Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch

Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Kaspar Ehrenzeller

von

St.Gallen

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

und

Prof. Dr. Giovanni Biaggini

Dissertation Nr. 4943

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2020

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 24. Oktober 2019

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Einzelpublikation
im Dike Verlag und im Nomos Verlag.
ISBN 978-3-03891-178-4 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-8487-7693-1 (Nomos Verlag, Baden-Baden)

Vorwort

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um eine leicht überarbeitete und aktualisierte Fassung meiner Dissertation, die von der Universität St. Gallen (HSG) im November 2019 angenommen wurde. Literatur und Praxis sind auf dem Stand vom 31.11.2019.

Zahlreiche Personen haben zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Zu danken ist deshalb vielen für vieles. Eine Seite reicht dafür nicht aus, und doch muss sie es an dieser Stelle tun.

Dank gebührt allen voran meinem Doktorvater und akademischen Lehrer Bernhard Ehrenzeller. Er schärfte mein Interesse und mein Verständnis für Fragen des Verfassungsrechts und ermutigte mich dazu, diese Schrift zu verfassen. Die Zeit als Assistent an seinem Lehrstuhl war mir eine fördernde und herausfordernde Lehre sowie stets eine Freude. Giovanni Biaggini, der sich sofort dazu bereit erklärte, das Ko-Referat zu übernehmen und mich inspirierte, eine Arbeit an der Schnittstelle von Rechtsmethode und Verfassungsdogmatik zu verfassen. Benjamin Schindler, der mich lehrte, dass der Beantwortung öffentlich-rechtlicher Fragestellungen mit einer Entwicklung passgenauer Lösungsansätze mehr gedient ist als mit einem missglückten Import von Ideen. Und nicht zuletzt Armin von Bogdandy und Anne Peters, die mir eine bereichernde Zeit am Max-Planck-Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht in Heidelberg ermöglichten.

Dank gebührt sodann all jenen, die mich durch die kritische Lektüre von Textentwürfen dieser Arbeit unterstützten. Es sind dies Damian Cueni, Andreas Kley, Ernst Kramer und Ralph Christensen. Ein herzliches Dankeschön geht auch an Daniela De Marco, die mich beim Layout und der Formatierung mit ihrem geübten Blick kräftig unterstützte. Gedankt sei ferner meinen Kolleginnen und Kollegen an der Universität St. Gallen sowie allen weiteren Personen, die mich im Rahmen meiner Doktorarbeit begleitet haben. Die Drucklegung der Arbeit wurde durch die grosszügige Unterstützung des Zyli-Legats sowie meines Patenonkels Carlo Habich ermöglicht, beiden sei dafür ebenfalls herzlich gedankt.

Mein grösster Dank gilt indes meiner Familie. Meinen Eltern Cornelia und Laurenz, die mir in allem was ich tat, stets zur Seite gestanden sind – ihnen ist diese Arbeit gewidmet. Meiner Lebensgefährtin Jovana, die mich immer wieder aufs Neue motivierte, stützte und ertrug, wenn ich klagte, danke ich für alles, für jeden Abend und für jeden Morgen.

Zürich, März 2020 Kaspar Ehrenzeller

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXIII
Literaturverzeichnis XXIX
Materialienverzeichnis LIII

Zusammenfassung LVII
Résumé de thèse LVIII
Abstract LIX

Einleitung 1
Kapitel 1 Gegenstand und Fragestellung 2
Kapitel 2 Methode 4
Kapitel 3 Aufbau 6

I. Teil Problemanalyse: Verfassungsrecht im Widerspruch als Steuerungsproblem 9

Vorbemerkungen 11

Kapitel 1 Erlass neuer Verfassungsnormen 12
A. Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung 12
B. Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung 32
C. Schranken der Verfassungsrevision 44
D. Zwischenfazit: Angenommene Volksinitiativen als widerspruchserhebende Verfassungsnormen 54

Kapitel 2 Ursachen und Verfassungsmässigkeit des Erlasses widerspruchserhebender Verfassungsnormen 58
A. Ursachen von Widersprüchen bei angenommenen Volksinitiativen 58
B. Verfassungsmässigkeit widerspruchserhebender Revisionsvorlagen 61
C. Zwischenfazit: Verfassungsmässigkeit von Verfassungsrecht im Widerspruch 63

Kapitel 3 Wirkweisen hinzugefügter Verfassungsnormen 64
A. Allgemeine Faktoren der Steuerungskraft von Verfassungsnormen 64
B. Besondere Faktoren der Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen 70
C. Zwischenfazit: Widersprüche zwischen Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen als besonderes Steuerungsproblem 74

II. Teil Bestandsanalyse: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in Lehre und Praxis 77

Vorbemerkungen 79

Kapitel 1 Koordination angenommener Volksinitiativen in der Verfassungspraxis 80
A. Volksinitiative «gegen den Bau von Minaretten» – Art. 72 Abs. 3 BV 81
B. Volksinitiative «über die Ausschaffung krimineller Ausländer» – Art. 121 Abs. 3–6 BV 84
C. Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» – Art. 75b BV 92
D. Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» – Art. 121a BV 98
E. Würdigung der Verfassungspraxis 107

Kapitel 2 Grundlagen der Verfassungsauslegung und der Verfassungsentwicklung ... 117
A. Verfassungsauslegung im «Viereck der Verfassungsgestaltung» 118
B. Verfassungsauslegung im Wandel der Zeit 122
C. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als umfassender Begriff der Verfassungsauslegung 130

Kapitel 3 Verfassungsentwicklung im Allgemeinen 134
A. Verfassungsstabilität: Verfassungsentwicklung als rekonstruierende Tätigkeit 135
B. Verfassungsdynamik: Verfassungsentwicklung als konstruierende Tätigkeit 146
C. Verfassungsdogmatik: Verfassungsentwicklung als Verfassungsfrage 161
D. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als dialektischer Vorgang von Erkenntnis und Entscheiden 180

Kapitel 4 Koordination als besondere Form der Verfassungsentwicklung 182
A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Gegenstand der Koordination 183
B. Weshalb: Widerspruchslosigkeit als Fluchtpunkt der Koordination 187
C. Wer: Zuweisung von Koordinationskompetenzen 192
D. Wie: Methoden zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen 198
E. Zwischenfazit: Koordination durch Begradigung von Widersprüchen 230

Kapitel 5 Kritik und Bedarf einer Neukonzeption 233
A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Koordinationsgegenstand 233
B. Weshalb: Begradigung von Widersprüchen als Koordinationsziel 236
C. Wer: Machtverschiebungen aufgrund von Ermächtigungsdefiziten 238
D. Wie: Systematisierungsdefizite von Koordinationsmethoden 242
E. Bedarf einer Neuorientierung 246

III. Teil Neuordnung: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess 249

Vorbemerkungen 251

Kapitel 1 Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: ein verfassungsstaatliches Fundament 253
A. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess 253
B. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat als verfassungsstaatliche Formungsentscheide 266
C. Zwischenfazit: Die Bundesverfassung als Ausgleichsordnung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung 284

Kapitel 2 Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in der Bundesverfassung 287
A. Gewaltenteilung als Leitidee verfassungsstaatlicher Organisation 288
B. Die Bundesversammlung als gesetzgebende Gewalt 305
C. Koordination als Aufgabe im Gefüge der Bundesverfassung 324
D. Koordination als Aufgabe der Bundesversammlung 355
E. Zwischenfazit: Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen 369

Kapitel 3 Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen 373
A. Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen als reflexiver Prozess 374
B. Grundzüge eines verfassungsrechtlichen Handlungsmassstabes zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch 382
C. Zwischenfazit: Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen 458

Kapitel 4 Zusammenfassung und Ausblick 460

IV. Teil Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: eine Typologie 465

Vorbemerkungen 467

Kapitel 1 Ausgleichsoffene Koordination 469
A. Steuerungsebene 469
B. Handlungsebene 471

Kapitel 2 Ausgleichsresistente Koordination 476
A. Steuerungsebene 476
B. Handlungsebene 478

Kapitel 3 Freiheitssichernde Koordination 481
A. Steuerungsebene 481
B. Handlungsebene 483

Kapitel 4 Vielfaltserhaltende Koordination 488
A. Steuerungsebene 488
B. Handlungsebene 490

Kapitel 5 Aktionsbewahrende Koordination 495
A. Steuerungsebene 495
B. Handlungsebene 497

Kapitel 6 Zusammenfassung 502

Zusammenfassende Kernthesen 503

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XXIII
Literaturverzeichnis XXIX
Materialienverzeichnis LIII

Zusammenfassung LVII
Résumé de thèse LVIII
Abstract LIX

Einleitung 1

Kapitel 1 Gegenstand und Fragestellung 2
Kapitel 2 Methode 4
Kapitel 3 Aufbau 6

I. Teil Problemanalyse: Verfassungsrecht im Widerspruch als Steuerungsproblem 9

Vorbemerkungen 11

Kapitel 1 Erlass neuer Verfassungsnormen 12

A. Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung 12
I. Historische Perspektive: Die Volksinitiative im Wandel der Zeit 13
1. Die Volksinitiative in der Bundesverfassung von 1848 14
2. Die Volksinitiative in der Bundesverfassung von 1874 17
3. Würdigung 19
II. Politologische Perspektive: Politikgestaltung durch Volksinitiativen in der Konkordanzdemokratie 20
1. Politische Funktionen der Volksinitiative auf der Mikroebene 21
2. Politische Funktionen der Volksinitiative auf der Makroebene 23
3. Würdigung 24
III. Verfassungsrechtliche Perspektive: Die Volksinitiative als Rechtsinstitut der Bundesverfassung 25
1. Adressat, Träger und Gegenstand einer Volksinitiative 25
2. Formen der Volksinitiative 27
3. Verfassungsrechtliche Funktionen der Volksinitiative 28
a) Individualrechtliche Funktion 28
b) Institutionelle Funktion 29
IV. Zwischenfazit: Die Volksinitiative als Recht auf Widerspruch 30

B. Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung 32
I. Eigenart des Verfahrens der Teilrevision 33
II. Ablauf einer Teilrevision der Bundesverfassung 35

1. Einleitung ... 36
a) Behördeninitiative als Instrument zur Einleitung ... 36
b) Volksinitiative als Instrument zur Einleitung ... 36
2. Ausarbeitung der Verfassungsvorlage und Willensbildung des Volkes ... 39
a) Ausarbeitung der Verfassungsvorlage durch die Behörden ... 39
b) Ausarbeitung der Verfassungsvorlage durch ein Bürgerkollektiv ... 40
aa) Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung ... 40
bb) Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs ... 41
3. Beschlussfassung, Inkrafttreten und Publikation ... 43

C. Schranken der Verfassungsrevision ... 44
I. Schranken der Verfassungsrevision im Einzelnen ... 45
II. Funktionen von Schranken der Verfassungsrevision ... 50
1. Institutionelle Funktion ... 51
2. Individualrechtliche Funktion ... 52
3. Prozedurale Funktion ... 53

D. Zwischenfazit: Angenommene Volksinitiativen als widerspruchserhebende Verfassungsnormen ... 54

Kapitel 2 Ursachen und Verfassungsmässigkeit des Erlasses widerspruchserhebender Verfassungsnormen ... 58

A. Ursachen von Widersprüchen bei angenommenen Volksinitiativen ... 58

B. Verfassungsmässigkeit widerspruchserhebender Revisionsvorlagen ... 61

C. Zwischenfazit: Verfassungsmässigkeit von Verfassungsrecht im Widerspruch ... 63

Kapitel 3 Wirkweisen hinzugefügter Verfassungsnormen ... 64

A. Allgemeine Faktoren der Steuerungskraft von Verfassungsnormen ... 64
I. Geltungskraft von Verfassungsnormen ... 65
II. Reale Wirkungskraft von Verfassungsnormen ... 66
III. Normative Kraft von Verfassungsnormen ... 66
1. Normdichte ... 67
2. Vielgestaltigkeit ... 68
3. Politischer Charakter ... 68
4. Normative Position und normativer Kontext ... 69
5. Organe und Verfahren ... 70

B. Besondere Faktoren der Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen ... 70
I. Integrationsbedarf eigener Art ... 71
II. Koordinationsprobleme eigener Art ... 72

C. Zwischenfazit: Widersprüche zwischen Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen als besonderes Steuerungsproblem ... 74

II. Teil Bestandsanalyse: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in Lehre und Praxis 77

Vorbemerkungen 79

Kapitel 1 Koordination angenommener Volksinitiativen in der Verfassungspraxis 80

A. Volksinitiative «gegen den Bau von Minaretten» – Art. 72 Abs. 3 BV 81
I. Konkrete Koordinationsprobleme 82
II. Bewältigungsversuche und Bewältigungsvorschläge in Lehre und Praxis 83

B. Volksinitiative «über die Ausschaffung krimineller Ausländer» – Art. 121 Abs. 3–6 BV 84
I. Konkrete Koordinationsprobleme 86
II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis 87
1. Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens 87
2. Vorparlamentarisches Verfahren 88
3. Parlamentarisches Verfahren 90

C. Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» – Art. 75b BV 92
I. Konkrete Koordinationsprobleme 93
II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis 94
1. Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens 94
2. Vorparlamentarisches Verfahren 95
3. Parlamentarisches Verfahren 97

D. Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» – Art. 121a BV 98
I. Konkrete Koordinationsprobleme 100
II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis 101
1. Koordinationsversuch auf völkerrechtlicher Ebene 101
2. Koordinationsvorgehen auf der innerstaatlichen Ebene 102
a) Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens 102
b) Koordination im vorparlamentarischen Verfahren 103
c) Koordination im parlamentarischen Verfahren 104

E. Würdigung der Verfassungspraxis 107
I. Gegenstand: Dominante Konfliktlagen 107
II. Zuständigkeiten: Koordination als Verbundsaufgabe 109
III. Vorgehen: Koordination als Auslegungsarbeit 110
IV. Rechtfertigung und Ziele der harmonisierenden Koordination angenommener Volksinitiativen 115
V. Ausblick: Koordination als Problem der Verfassungsauslegung 116

Kapitel 2 Grundlagen der Verfassungsauslegung und der Verfassungsentwicklung 117

A. Verfassungsauslegung im «Viereck der Verfassungsgestaltung» 118
I. Was: Gegenstand der Verfassungsauslegung 118
II. Wer: Institutionelle Zuständigkeiten der Verfassungsauslegung 120
III. Weshalb: Ziel der Verfassungsauslegung 121
IV. Wie: Methoden der Verfassungsauslegung 122

B. Verfassungsauslegung im Wandel der Zeit 122
I. Historische Entwicklung der juristischen Methode des Privatrechts in Deutschland 123
II. Historische Entwicklung der juristischen Methode des Staatsrechts in Deutschland 125
III. Historische Entwicklung der juristischen Methode in der Schweiz 126

C. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als umfassender Begriff der Verfassungsauslegung 130

Kapitel 3 Verfassungsentwicklung im Allgemeinen 134

A. Verfassungsstabilität: Verfassungsentwicklung als rekonstruierende Tätigkeit 135
I. Was: Die Bundesverfassung als qualifiziertes Gesetz 135
II. Wer: Der Verfassungsinterpret als Vollstrecker fremder Entscheidungen 137
III. Wie: Verfassungsentwicklung als kognitive Tätigkeit 138
1. Wortlaut: Normtext als Quelle der Erkenntnis 139
2. Systematik: Normativer Kontext als Quelle der Erkenntnis 140
3. Genese: Normgeschichte als Quelle der Erkenntnis 141
4. Telos: Normzweck und -biografie als Quelle der Erkenntnis 142
5. Methodenpluralismus als Ausdruck eines methodischen «acquis suisse»? 143
IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsstabilität 144

B. Verfassungsdynamik: Verfassungsentwicklung als konstruierende Tätigkeit 146
I. Was: Die Bundesverfassung als ergänzungsbedürftiges Normgefüge 147
II. Wer: Der Verfassungsinterpret als Partner des Verfassungsgebers 148
III. Wie: Verfassungsentwicklung als konstruierende Tätigkeit 150
1. Verfassungsentwicklung im «Gesamtvorgang der Rechtsverwirklichung» (Kelsen) 150
2. Verfassungsentwicklung in der juristischen Topik 151
3. Verfassungsentwicklung in der strukturierten Rechtslehre (F. Müller) 152
4. Verfassungsentwicklung in der Diskurstheorie (Habermas) 153
5. Verfassungsentwicklung in der Systemtheorie (Luhmann) 154
6. Abwägung als alternative Argumentationsstruktur? 155
IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsdynamik 158

C. Verfassungsdogmatik: Verfassungsentwicklung als Verfassungsfrage 161
I. Was: Die Verfassungsnorm als Gegenstand der Verfassungsentwicklung 162
II. Wer: Verfassungsentwicklung als Aufgabe verschiedener Organe 164
1. Gestaltungskompetenzen einzelner Organe zur Verfassungsentwicklung . 164
a) Verfassungsändernde Organe 165
b) Gesetzgebende Organe 166
c) Rechtsprechende Organe 167
d) Regierende und vollziehende Organe 168
2. Kompetenzkonkurrenzen im Kontext der Verfassungsentwicklung 169
III. Wie: Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung .. 171
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Verfassungsentwicklung 172
2. Gestaltungsspielräume zur Verfassungsentwicklung 173
3. Legislative Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung im Besonderen 174
a) Verfassungsumrahmte Gesetzgebung 176
b) Verfassungsdurchdrungene Spielräume der Gesetzgebung 177
IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsdogmatik 178

D. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als dialektischer Vorgang von Erkenntnis und Entscheiden 180

Kapitel 4 Koordination als besondere Form der Verfassungsentwicklung 182

A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Gegenstand der Koordination 183
I. Normposition und normativer Kontext angenommener Volksinitiativen 183
II. Widerspruchslosigkeit als Postulat über normative Kontexte 185

B. Weshalb: Widerspruchslosigkeit als Fluchtpunkt der Koordination 187
I. Widerspruch: Geltungs- oder Anwendungsproblem? 188
II. Arten und Begriffe rechtlicher Widersprüche 189
III. Konditionale Struktur des Widerspruchs 191

C. Wer: Zuweisung von Koordinationskompetenzen 192
I. Kompetenzkonkurrenzen zwischen verfassungshandhabenden Organen 193
1. Zuweisung von Regelungslasten unter Verweis auf die Normdichte 193
2. Ermittlung der Normdichte in der Verfassungspraxis 195
3. Koordination angenommener Volksinitiativen als primäre Sache der Gesetzgebung 196
II. Kompetenzkonkurrenzen zwischen Verfassungsgeber und übrigen Verfassungsinterpreten 197

D. Wie: Methoden zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen 198
I. Methodenqualität von Koordination 199
1. Koordination und Stabilität: Auslegung, Kollisionslücke oder Normberichtigung? 199
2. Koordination und Dynamik: Evolutive Anreicherung mithilfe besonderer Argumentationsstrukturen? 201
3. Koordination und Dogmatik: Ausübung besonderer Gestaltungskompetenzen? 202

4. Koordination als konditional strukturierter Argumentationsprozess zur verfassungsgeleiteten Anreicherung normativer Kontexte ... 203
a) Ermittlung des Koordinationsbedarfs ... 204
b) Evolutive Anreicherung normativer Kontexte ... 205
II. Argumente zur Koordination von Verfassungsnormen im Einzelnen ... 206
1. Derogationssätze als Mittel der Koordination ... 206
a) Derogation: logisches Prinzip oder normativer Anspruch? ... 208
b) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Derogation ... 209
c) Konditionale Struktur methodischer Derogationssätze ... 211
d) Würdigung ... 212
2. Völkerrechtskonforme Auslegung als Mittel der Koordination ... 213
a) Harmonisierungsfunktion völkerrechtskonformer Auslegung ... 214
b) Normerhaltungsfunktion völkerrechtskonformer Auslegung ... 215
c) Würdigung ... 217
3. Prinzip der Einheit der Verfassung als Mittel der Koordination ... 218
a) Einheit der Verfassung als Koordinationstechnik ... 220
b) Normative(r) Bezugspunkt(e) einer Einheit der Verfassung ... 221
c) Würdigung ... 222
4. Herstellung praktischer Konkordanz als Mittel der Koordination ... 222
a) Praktische Konkordanz als Chiffre für Ausgleich ... 223
b) Praktische Konkordanz als Argumentationsstruktur ... 226
c) Praktische Konkordanz als Koordinationsziel ... 227
d) Würdigung ... 229

E. Zwischenfazit: Koordination durch Begradigung von Widersprüchen ... 230

Kapitel 5 Kritik und Bedarf einer Neukonzeption ... 233

A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Koordinationsgegenstand ... 233
I. Normativer Kontext: Graduelle statt binärer Struktur ... 234
II. Vernachlässigung staatspolitischer Eigenwerte angenommener Volksinitiativen ... 235

B. Weshalb: Begradigung von Widersprüchen als Koordinationsziel ... 236
I. Erfassungsprobleme im Hinblick auf den Ist-Zustand ... 237
II. Angenommene Volksinitiativen als logischer Mangel? ... 237

C. Wer: Machtverschiebungen aufgrund von Ermächtigungsdefiziten ... 238
I. Machtverschiebungen durch fehlende Kompetenzgrundlagen zur Koordination ... 239
II. Machtverschiebungen durch die Vernachlässigung des Verfassungsgebers ... 241

D. Wie: Systematisierungsdefizite von Koordinationsmethoden ... 242
I. Übersystematisierung durch methodische Argumente ... 242
II. Fehlende Ausdifferenzierungen alternativer Koordinationsstrukturen ... 244
III. Internalisierungstendenzen staatspolitischer Eigenwerte von Verfassungsnormen ... 245

E. Bedarf einer Neuorientierung ... 246

III. Teil Neuordnung: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess 249

Vorbemerkungen 251

Kapitel 1 Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: ein verfassungsstaatliches Fundament 253

A. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess 253
I. Verfassungsrecht … 254
II. … im Widerspruch … 260
III. … koordinieren 263

B. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat als verfassungsstaatliche Formungsentscheide 266
I. Demokratie 267
II. Rechtsstaat 272
III. Bundesstaat 275
IV. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat als Garanten menschlicher Selbstbestimmung im Verfassungsstaat 278

C. Zwischenfazit: Die Bundesverfassung als Ausgleichsordnung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung 284

Kapitel 2 Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in der Bundesverfassung 287

A. Gewaltenteilung als Leitidee verfassungsstaatlicher Organisation 288
I. Historisches Grundanliegen der Gewaltenteilung 288
II. «Korsett» der klassischen Lehre der Gewaltenteilung 289
III. Erfassungsprobleme der Gewaltenteilungsidee im Kontext der Bundesverfassung 290
IV. Gewaltengliederung als staatsorganisatorische Leitidee der Bundesverfassung 294
1. Machtgliederung zur Hemmung staatlicher Macht 295
2. Machtgliederung zur Effektuierung staatlicher Macht 299
V. Würdigung 300

B. Die Bundesversammlung als gesetzgebende Gewalt 305
I. Historische Perspektive: Die Bundesversammlung im Wandel der Zeit 305
II. Politologische Perspektive: Die Bundesversammlung in der Konkordanzdemokratie 308
III. Verfassungsrechtliche Perspektive: Die Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung 309
1. Ausgestaltung der Bundesversammlung als Parlament auf Stufe Bund 310
2. Stellung der Bundesversammlung als «oberste Gewalt» im Bund 312
3. Funktion der Bundesversammlung als legislative Gewalt 316

4. Institutionell-organisatorische Legitimationsform der Bundesversammlung ... 319
a) Maximierung von Zustimmung als Legitimationsform parlamentarischer Tätigkeit ... 320
b) Verantwortete Deliberation als Legitimationsform parlamentarischer Tätigkeit ... 321
IV. Würdigung: Die Bundesversammlung als koordinierende Moderatorin ... 323

C. Koordination als Aufgabe im Gefüge der Bundesverfassung ... 324
I. Verfassungsgrundlagen der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe ... 325
1. Organ- und funktionsbezogene Erfassungsprobleme ... 325
2. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als besondere Form der Ausübung staatlicher Gewalt ... 327
II. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe ... 331
1. Ausgestaltung zwecks Machteffektuierung ... 331
2. Ausgestaltung zwecks Machthemmung ... 334
3. Ausgestaltung zwecks staatsleitender Moderation ... 336
a) Sicherung hinreichender Machthemmung in der Bundesverfassung ... 337
aa) Verfassungsrechtspflege als verfassungsmässige Aufgabe ... 338
bb) Konzepte zur Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit ... 341
cc) Verfassungsrechtspflege als staatsleitender Moderationsprozess? ... 344
b) Sicherung hinreichender Machteffektuierung in der Bundesverfassung ... 347
aa) Erhalt staatlicher Handlungsfähigkeit als verfassungsmässige Aufgabe ... 348
bb) Rechtfertigung des Erhalts staatlicher Handlungsfähigkeit ... 349
cc) Erhalt staatlicher Handlungsfähigkeit als staatsleitender Moderationsprozess? ... 350
c) Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als staatsleitender Moderationsprozess ... 351
III. Würdigung: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Prozess zwischen Machteffektuierung, Machthemmung und staatsleitender Moderation ... 354

D. Koordination als Aufgabe der Bundesversammlung ... 355
I. Legitimationsform der Bundesversammlung als Wegweiser der Kompetenzzuteilung ... 356
II. Legitimationsgrad staatlichen Handelns als Wegweiser der Kompetenzzuweisung ... 358
1. Legislative Erlassformen im Allgemeinen ... 359
2. Wichtigkeit als Kriterium zur situativen Kompetenzzuweisung ... 361
III. Legislative Gestaltungskompetenzen im Spannungsfeld zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit ... 363

E. Zwischenfazit: Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen ... 369

Kapitel 3 Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen 373

A. Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen als reflexiver Prozess 374
I. Hoheitliche «Ausübung legislativer Gewalt» 375
II. Ausübung legislativer Gewalt «unter Vorbehalt von Volk und Ständen» 376
III. Staatsleitende Ausübung legislativer Gewalt 379
IV. Zwischenfazit und Ausblick 380

B. Grundzüge eines verfassungsrechtlichen Handlungsmassstabes zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch 382
I. Ausgleichsmaximen: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat 384
1. Verhältnismässigkeitsprinzip als «Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns» 385
2. Verhältnismässigkeitsprinzip als residuale Ausgleichsmaxime staatlicher Gewaltausübung 388
a) Diagonale Ebene: Verhältnismässigkeitsprinzip 391
aa) Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausgleichsmaxime 392
bb) Verhältnismässigkeitsprinzip als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 393
b) Horizontale Ebene: Herstellung praktischer Konkordanz 394
aa) Praktische Konkordanz als Ausgleichsmaxime 395
bb) Praktische Konkordanz als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 397
c) Vertikale Ebene: Grundsatz der Subsidiarität 398
aa) Subsidiaritätsprinzip als Ausgleichsmaxime 399
bb) Subsidiaritätsprinzip als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 401
d) Transnationale Ebene: Beachtungsgebot des Völkerrechts 402
aa) Art. 5 Abs. 4 BV als Ausgleichsmaxime 405
bb) Art. 5 Abs. 4 BV als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 406
3. Ausgleichsmaximen als Wegweiser zur hoheitlichen Ausübung legislativer Gewalt 407
a) Ausgleichsmaximen als Prüfsteine legislativer Gewaltausübung 408
b) Ausgleichsmaximen und angenommene Volksinitiativen 409
II. Bindungsmaximen: Das Legalitätsprinzip als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat 410
1. Legalitätsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns 411
2. Legalitätsprinzip als Bindungsmaxime staatlicher Gewaltausübung 413
a) Verfassungsgebundenheit als Bindungsmaxime 415
b) Erfordernis der Verfassungsform als Bindungsmaxime 417
3. Bindungsmaximen als Wegweiser zur Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen unter Vorbehalt von Volk und Ständen 418
a) Bindungsmaximen und angenommene Volksinitiativen 419
b) Bindungsmaximen als das letzte Wort? 420
III. Moderationspflichten: Das Gleichheitsgebot als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat 422
1. Gleichheitsgebot als Idee staatlicher Gerechtigkeit 424

2. Gleichheitsgebot als residuale Moderationspflicht staatlicher Gewaltausübung 428
a) Willkürverbot: Freiheit vor dem Staat auf der diagonalen Ebene 432
aa) Willkürverbot als Figur der Rechtsdogmatik 432
bb) Willkürverbot als Moderationspflicht 433
cc) Das Willkürverbot als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 435
b) Ordre public: Freiheit vor dem Staatenverbund im Mehrebenensystem 436
aa) Ordre public als Figur der Rechtsdogmatik 437
bb) Ordre public als Moderationspflicht 440
cc) Ordre public als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 442
c) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit: Freiheit durch den Staat in ausserordentlichen Umständen 444
aa) Legislative Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Situationen 445
bb) Eigenart legislativer Gestaltungskompetenzen in «ausserordentlichen Umständen» 447
cc) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Moderationspflicht 450
dd) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen 451
3. Moderationspflichten als Wegweiser zur staatsleitenden Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen 453
a) Moderationspflichten als Prüfsteine legislativer Gewaltausübung zur staatsleitenden Moderation 454
b) Moderationspflichten und angenommene Volksinitiativen 456

C. Zwischenfazit: Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen 458

Kapitel 4 Zusammenfassung und Ausblick 460

IV. Teil Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: eine Typologie 465

Vorbemerkungen 467

Kapitel 1 Ausgleichsoffene Koordination 469

A. Steuerungsebene 469

B. Handlungsebene 471
I. Institutionelle Perspektive 472
II. Prozedurale Perspektive 473

Kapitel 2 Ausgleichsresistente Koordination 476

A. Steuerungsebene 476

B. Handlungsebene 478
I. Institutionelle Perspektive 478
II. Prozedurale Perspektive 479

Kapitel 3 Freiheitssichernde Koordination 481

A. Steuerungsebene 481

B. Handlungsebene 483
I. Institutionelle Perspektive 483
II. Prozedurale Perspektive 485

Kapitel 4 Vielfaltserhaltende Koordination 488

A. Steuerungsebene 488

B. Handlungsebene 490
I. Institutionelle Perspektive 491
II. Prozedurale Perspektive 491

Kapitel 5 Aktionsbewahrende Koordination 495

A. Steuerungsebene 495

B. Handlungsebene 497
I. Institutionelle Perspektive 497
II. Prozedurale Perspektive 499

Kapitel 6 Zusammenfassung 502

Zusammenfassende Kernthesen 503

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
AB N/S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung Nationalrat/ Ständerat
Abt.	Abteilung
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
allg.	allgemein
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art./art.	Artikel/article (engl. u. frz.)
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts (Amtliche Sammlung)
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd./Bde.	Band/Bände
BEKomm	Berner Kommentar
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (SR 173.110)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1)
BR	Bundesrat, Bundesrätin
BRT	Schweizerische Baurechtstagung
BSK	Basler Kommentar
BüV	Verordnung über das Schweizer Bürgerrecht vom 17. Juni 2016 (SR 141.01)
BV 1874	s. aBV
BV 1848	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848 (BBl 1849 I 3 ff.)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschlands

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Deutschland)
BVers	Bundesversammlung
BWIS	Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120)
bzw.	beziehungsweise
c.	contra
d.h.	das heisst
Der Staat	Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
Diss.	Dissertation
E-	Entwurf
E.	Erwägung
éd.	éditeur, éditrice, éditeurs, éditrices/édition
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0)
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (SR 818.101)
et al.	et alii (-ae, -a)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Konsolidierte Fassung, ABl. C 326 vom 26.10.2012, 13 ff.)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum/Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (BBl 1992 IV 668 ff.)
f./ff.	folgende/fortfolgende
FHG	Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0)
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
gem.	gemäss

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung; zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. Juli 2012 [BGBl. I 1478])
gl.M.	gleicher Meinung
GRN	Geschäftsreglement des Nationalrates vom 3. Oktober 2003 (SR 171.13)
h.L./h.M.	herrschende Lehre/herrschende Meinung
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
HStr	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
IPE	Ius Publicum Europaeum
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	insbesondere
kant.	kantonal
KJ	Kritische Justiz, Vierteljahresschrift für Recht und Politik
Kt./Kte.	Kanton/Kantone
KV AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227)
KV AR	Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1995 (SR 131.224.1)
KV BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (SR 131.212)
KV FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SR 131.219)
KV GE	Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234)
KV GR	Verfassung für den Kanton Graubünden vom 14. September 2003 (SR 131.226)
KV JU	Verfassung der Republik und des Kantons Jura vom 20. März 1977 (SR 131.235)
KV OW	Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968 (SR 131.216.1)
KV SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (SR 131.225)
KV SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR 131.223)
KV TG	Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR 131.228)
KV VS	Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (SR 131.232)

KV ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211)
KV	Kantonsverfassung
LeGes	Gesetzgebung und Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.H., m.w.H.	mit Hinweisen, mit weiteren Hinweisen
N	Nationalrat
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Deutschland)
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFK	Orell Füssli Kommentar
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (SR 171.10)
ParlVV	Verordnung der Bundesversammlung vom 3. Oktober 2003 zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung (SR 171.115)
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (SR 170.512)
PublV	Verordnung vom 17. November 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (SR 170.512.1)
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite(n)
s.	siehe
s.a.	siehe auch
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SGK	St. Galler Kommentar

SJZ/RSJ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
sog.	so genannt
SPK	Staatspolitische Kommission(en)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Sammlung)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StGH	Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (bis 1990 SJIR)
u.a.	unter anderem/und andere
UNO	United Nations Organization (Vereinte Nationen)
UNO-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120)
UNO-Pakt II	International Covenant on Civil and Political Rights (CCPR), Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
USA	United States of America
v.	versus
VdS	Verfassungsrecht der Schweiz
VE	Vorentwurf
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften vom 20. November 2013 (SR 221.331)
vgl.	vergleiche
VlG	Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (SR 172.061)
Vol.	Volume (englisch)
Vorbem.	Vorbemerkungen
VPR	Verordnung vom 24. Mai 1978 über die politischen Rechte (SR 161.11)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WVK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZWG	Bundesgesetz über die Zweitwohnungen vom 20. März 2015 (SR 702)
ZWV	Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 (SR 431.02)

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Werke werden mit dem Autorennamen sowie dem in Klammer genannten Stichwort(en) zitiert. Tragen mehrere Autoren denselben Nachnamen, wird zusätzlich der Vorname in abgekürzter Form angegeben.

ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1994 (zit. Grundrechte)

ALIG JONAS, Das Zweitwohnungsgesetz, in: Jusletter vom 1. Dezember 2014 (zit. Zweitwohnungsgesetz)

ALTWICKER TILMANN, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Habil., Heidelberg 2011 (zit. Gleichheitsschutz)

AMSTUTZ MARC, Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, in: ZSR 126/2007 Bd. II, 237–286 (zit. Text)

ARENDT HANNAH, Über die Revolution, 4. Aufl., München 1994 (zit. Revolution)

ATTINGER PATRIZIA, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Diss., Zürich 2016 (zit. Volksinitiativen)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967 und bearbeiteter Nachtrag, Bd. I mit Nachtrag bis 1990, Basel/Frankfurt a.M. 1991 (zit. Bundesstaatsrecht I)

– Bundesstaatsrecht der Schweiz, Fassung von 1967 und bearbeiteter Nachtrag, Bd. II mit Nachtrag bis 1994, Basel/Frankfurt a.M. 1995 (zit. Bundesstaatsrecht II)

– La Constitution, son contenu, son usage, in: ZSR 110/1991 Bd. II, 9 ff. (zit. Constitution)

– La hiérarchie des règles, in: ZSR 93/1974 Bd. II, 193 ff. (zit. Hiérarchie)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG-PAUL/RHINOW RENÉ/SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Loseblattsammlung ab 1987, Stand 1996), Basel etc. 1987–1996 (zit. Autor, in: Komm. BV 1874)

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003 (zit. Autor, Petit Comm., Art. _, Rz. _)

AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Habil., Basel 1984 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)

– Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in: Demokratie – Regierungsform – Verfassungsfortbildung, Schwerpunkte aus dem wissenschaftlichen Werk von René Rhinow, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), Basel 2009, 21 ff. (zit. Demokratie und Rechtsstaat)

– Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Bern 2016 (zit. Kantonales Staatsrecht)

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, L'État, 3ème éd., Berne 2013 (zit. Droit constitutionnel I)

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Les droits fondamentaux, 3ème éd., Berne 2013 (zit. Droit constitutionnel II)

BADURA PETER, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung und die Verfassungskonkretisierung im Gesetz, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 265 (zit. Verfassungskonkretisierung, HStR)

BALDUS MANFRED, Die Einheit der Rechtsordnung: Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, Berlin 1995 (zit. Einheit)

BAUMANN ROBERT, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBl 111/2010, 241 ff. (zit. Umsetzung)

BÄUMLIN RICHARD, Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, in: ZBJV 101/1965, 81 ff. (zit. Rechtsstaatsgedanke)

– Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung, in: ZSR 85/1966 Bd. II, 165 ff. (zit. Kontrolle)

– Die rechtsstaatliche Demokratie: eine Untersuchung der gegenseitigen Beziehungen von Demokratie und Rechtsstaat, Diss., Zürich 1954, (zit. Demokratie)

– Staat, Recht, Geschichte, Zürich 1961 (zit. Geschichte)

– Staatslehre und Kirchenrecht, über gemeinsame Fragen ihrer Grundproblematik, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Hesse Konrad/Reicke Siegfried/Scheuner Ulrich (Hrsg.), Tübingen 1962, 3 ff. (zit. Kirchenrecht).

BESSON SAMANTHA, Die Tugend des Konflikts, in: Rechtsphilosophie 1/2006, 33 ff. (zit. Konflikt)

– The morality of conflict: reasonable disagreement and the law, Habil., Oxford/Portland/Oregon 2005 (zit. Morality of Conflict)

BETTERMANN KARL AUGUST, Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren, Heidelberg 1986 (zit. Verfassungskonforme Auslegung)

BIAGGINI GIOVANNI, Ausgestaltung und Entwicklungsperspektiven des demokratischen Prinzips in der Schweiz, in: Demokratie in Europa, Bauer Hartmut/Huber Peter M./Sommermann Karl-Peter (Hrsg.), Tübingen 2005, 107 ff. (zit. Entwicklungsperspektiven)

– BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK-BV, BIAGGINI, Art._, N _)

– Die Immerhin liesse sich erwägen-Erwägung im Urteil 2C_716/2014: Über ein problematisches höchstrichterliches obiter dictum, in: ZBl 117/2016, 169 ff. (zit. Obiter Dictum)

– Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», in: ZöR 3/2010, 325 (zit. Minarette)

– Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, in: ZBl 111/2010, 1 ff. (zit. Standortbestimmung)

– Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Schweiz, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, von Bogdandy Armin/Cruz Villalon Pedro/Huber Peter M. (Hrsg.), Heidelberg 2007, § 10 (zit. Schweiz, IPE)

– Problematische Seiten der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, in: ZBl 118/2017, 581 ff. (zit. Unmittelbare Anwendbarkeit)

– Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBl 114/2013, 316 ff. (zit. Auslegung)

– Verfahren und Methoden der Verfassungsfortbildung, in: Demokratie – Regierungsform – Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), Basel 2009, 125 ff. (zit. Verfahren und Methoden)

– Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss., Basel/Frankfurt a.M. 1991 (zit. Richterrecht)

– Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa, von Bogdandy Armin/ Grabenwarter Christoph/Huber Peter M. (Hrsg.), Heidelberg 2016, § 105 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE)

– Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, in: ZBl 117/2016, 588 ff. (zit. Umsetzung)

– Methodik in der Rechtsanwendung, in: Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium für René Rhinow zum 60. Geburtstag, Schefer Markus/Peters Anne (Hrsg.), Bern 2004, 27 ff. (zit. Methodik in der Rechtsanwendung)

BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2011 (zit. Autor, Titel, in: Staatsrecht)

BIAGGINI GIOVANNI/MÜLLER JÖRG PAUL, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, in: ZBl 5/2015, 235 ff. (zit. Demokratieabsolutismus)

BIAGGINI GIOVANNI, DIGGELMANN OLIVER, KAUFMANN CHRISTINE (Hrsg.), Polis und Kosmopolis: Festschrift für Daniel Thürer, Zürich 2015 (zit. Autor, Titel, in: FS Thürer)

BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR, Allgemeines Staatsrecht, Band I, 6. Aufl., Stuttgart 1868 [1852] (zit. Staatsrecht)

– Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten: als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen 1872 (zit. Völkerrecht)

BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, Frankfurt a.M. 1986 (zit. Verfassungsgebende Gewalt)

– Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, in: NJW 1974, 1529 ff. (zit. Grundrechtsinterpretation)

– Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandesaufnahme und Kritik, in: NJW 46/1976, 2089 ff. (zit. Verfassungsinterpretation)

– Recht, Staat, Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M. 1991 (zit. Recht, Staat, Freiheit)
– Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1976 (zit. Staat, Gesellschaft, Freiheit)
– Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1999 (zit. Staat, Nation, Europa)
– Staat, Verfassung, Demokratie: Studie zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a.M. 1991 (zit. Staat, Verfassung, Demokratie)

BODIN JEAN, Sechs Bücher über den Staat, München 1981 [1576] (zit. Staat)

BOILLET VERONIQUE, Initiative «Contre l'immigration de masse»: analyse sous l'angle de la démocratie directe, in: ZSR 135/2016 Bd. II, 105 ff. (zit. Immigration)

BOILLET VÉRONIQUE/LAMMERS GUILLAUME, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, in: ZBl 117/2016, 511 ff. (zit. Mise en œuvre)

BOROWSKI MARTIN, Subjekte der Verfassungsinterpretation, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 274 (zit. Subjekte, HStR)

BRAUN DIETMAR, Dezentraler und unitarischer Föderalismus. Die Schweiz und Deutschland im Vergleich, in: Swiss Political Science Review 2003 9 (1), 57 ff. (zit. Föderalismus)

BRÜHL-MOSER DENISE, Die schweizerische Staatsleitung, im Spannungsfeld von nationaler Konsensfindung, Europäisierung und Internationalisierung, mit Bezügen zu Belgien, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien und Österreich, Habil., Basel 2006, Bern 2007 (zit. Staatsleitung)

BRYDE BRUN-OTTO, Verfassungsentwicklung: Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Habil., Baden-Baden 1982 (zit. Verfassungsentwicklung)

BUMKE CHRISTIAN, Relative Rechtswidrigkeit: Systembildung und Binnendifferenzierungen im Öffentlichen Recht, Habil., Tübingen 2004 (zit. Relative Rechtswidrigkeit)

BURCKHARDT WALTHER, Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925 (zit. Lücken)

– Die Organisation der Rechtsgemeinschaft: Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, 2. Aufl., Zürich 1944 [1927] (zit. Organisation)
– Grundsätzliches über die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen, in: ZBJV 68, 1932; auch abgedruckt in Aufsätze und Vorträge, 1970, 81 ff., 223 ff. (zit. Gesetzgebungskompetenzen)
– Methode und System des Rechts, Zürich 1927 (Nachdruck 1971) (zit. Methode)

CANARIS CLAUS WILHELM, Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (Hrsg.), Basel 2004, 581 ff. (zit. verfassungskonforme Auslegung)

– Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, Habil., 2. Aufl., Berlin 1983 [1968] (zit. Systemdenken)

CARONI MARINA, Herausforderung Demokratie, in: ZSR 132/2013 Bd. II, 5–93 (zit. Demokratie)

CHIARIELLO ELISABETH, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaates und der Demokratie durch höchste Gerichte, Habil., St. Gallen 2009 (zit. Richter als Verfassungsgeber)

CHRISTENSEN RALPH/FISCHER-LESCANO ANDREAS, Das Ganze des Rechts: vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte, Berlin 2007 (zit. Ganze des Rechts)

CHRISTENSEN RALPH/KUDLICH HANS, Gesetzesbindung, Berlin 2008 (zit. Gesetzesbindung)

CONDORCET JEAN-ANTOINE-NICOLAS DE CARITAT, Seconde lettre de M. de Condorcet, à M. le comte Mathieu de Montmorency, député du bailliage de Montfort-l'Amaury, in: Œuvre de Condorcet, O'Connor Arthur/Arago, F. (Hrsg.), Paris 1847 [1789] (zit. Seconde lettre)

COTTIER THOMAS, HERTIG RANDALL MAYA, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Zimmerli Ulrich (Hrsg.), Bern 2000, 1 ff. (zit. Völkerrecht)

DEPENHEUER OTTO/GRABENWARTER CHRISTOPH, Verfassungstheorie, Tübingen 2010 (zit, Autor, Titel, in: Verfassungstheorie, § _, Rz. _)

DERRIDA JAQUES, Gesetzeskraft – Der «mystische Grund der Autorität», Frankfurt a.M. 1991 (zit. Gesetzeskraft)

DIGGELMANN OLIVER, «Targeted sanctions» und Menschenrechte. Reflexionen zu einem ungeklärten Verhältnis, in: SZIER 17/2009, 301 ff. (zit. Targeted sanctions)

– Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik, Habil., Zürich 2004, Bern 2005 (zit. Internationalisierung)

DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN, Verfassungsrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2020 (zit. Autor, Titel, VdS 2020, Band)

DREIER HORST, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, in: Rechtswissenschaft, 1/2010, 11 ff. (zit. riskante Ordnung)

– Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, von Bogdandy Armin/Cruz Villalon Pedro/Huber Peter M. (Hrsg.), Heidelberg 2007, § 1 (zit. Deutschland, in: IPE)

DRUEY JEAN NICOLAS, Interessenabwägung – eine Methode?, in: Beiträge zur Methode des Rechts. St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern 1981, 131 ff. (zit. Interessenabwägung)

EGLI PATRICIA, Die Bundestreue: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Habil., Zürich/Baden-Baden 2010 (zit. Bundestreue)

– Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen, in: ZBl 107/2006, 397 ff. (zit. Einheit der Materie)

EHMKE HORST, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20/1969, 53 ff. (zit. Verfassungsinterpretation)

EHRENZELLER BERNHARD, Aussenpolitische Handlungsfähigkeit und Verfassung: eine Betrachtung aus der Sicht der neuen schweizerischen Bundesverfassung, in: Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger, Cremer Hans-Joachim/Giegerich Thomas/Richter Dagmar/Zimmermann Andreas (Hrsg.), Berlin 2002, 703 ff. (zit. Handlungsfähigkeit)

– Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, in: LeGes 3/2000, 29 ff. (zit. Erlassformen)

– Kollegialität und politische Verantwortlichkeit im schweizerischen Konkordanzsystem, in: ZBl 100/1999, 145 ff. (zit. Kollegialität)

– Legislative Gewalt und Aussenpolitik, Eine rechtsvergleichende Studie zu den parlamentarischen Entscheidungskompetenzen des deutschen Bundestages, des amerikanischen Kongresses und der schweizerischen Bundesversammlung im auswärtigen Bereich, Habil., Basel/Frankfurt a.M. 1993 (zit. Legislative Gewalt)

– Möglichkeit und Grenzen der direkten Demokratie, in: BJM 2/1999, 65 ff. (zit. Möglichkeiten)

– Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten, in: ZBl 117/2016, 3 ff. (zit. Politische Fragen)

– Sollen die Volksrechte ausgebaut werden?, in: Démocratie directe et politique étrangère en Suisse = Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik, Delley, Jean-Daniel (Hrsg.), Basel 1999, 111 ff. (Volksrechte)

– Garantie von Rechtsstaat und öffentlichem Diskurs: Das Verfahren der allgemeinen Anregung bei völkerrechtswidrigen Initiativen als Ausweg, in: Neue Zürcher Zeitung NZZ 231(2010), 11 (zit. Ausweg)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zit. SGK-BV, Autor, Art. _, Rz. _)

EHRENZELLER BERNHARD/EHRENZELLER KASPAR, «L'amour de la complexité» im Bundesstaat Schweiz – Kompetenzzuteilung und Kompetenzwahrnehmung in Bund und Kantonen, in: Föderale Kompetenzverteilung in Europa, Gamper Anna/Bussjäger Peter/Karlhofer Ferdinand/Pallaver Günther/Oberwexer Walter (Hrsg.), Baden-Baden 2016, 33 ff. (zit. Complexité)

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998 (zit. Autor, Titel, in: FS Hangartner)

EICHENBERGER KURT, Die Kontrolle der rechtsstaatlichen Demokratie der Gegenwart, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Basel 1980, 127 ff. (zit. Kontrolle)

– Die oberste Gewalt im Bunde: über die verfassungsrechtliche Verteilung und die tatsächliche Ausübung der Rechtssetzungs- und Regierungsfunktionen im schweizerischen Bundesstaat, Diss., Zürich 1949 (zit. Oberste Gewalt)

– Fragen des Ausmasses und der Methoden von Partialrevisionen der Bundesverfassung im Vorfeld einer Totalrevision, dargelegt am Revisionsvorhaben auf dem Gebiete des Energiewesens, in: ZSR 96/1977 Bd. II, 209 ff. (zit. Partialrevision)

– Leistungsstaat und Demokratie, in: Der Staat der Gegenwart, Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Verfassungsrat und Regierungsrat des Kantons Aargau (Hrsg.), Basel 1980, 56 ff. (zit. Leistungsstaat)

– Sinn und Bedeutung einer Verfassung, in: ZSR 110/1991 Bd. II, 143 ff. (zit. Sinn und Bedeutung)

EMMENEGGER SUSAN/TSCHENTSCHER AXEL, Art. 1 ZGB, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Bern 2012 (zit. BEKomm. Art. 1 ZGB)

ENGISCH KARL, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 [Neudruck 1987] (zit. Einheit)

– Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968 (zit. Konkretisierung)

– Einführung in das juristische Denken, Würtenberger Thomas/Otto Dirk (Hrsg.), 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zit. Einführung)

EPINEY ASTRID, Zur (teilweisen) Unmöglichkeit der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, in: Jusletter vom 10. August 2015 (zit. Unmöglichkeit)

– Die Verfassung ist als Einheit zu sehen, in: NZZ vom 31. Januar 2014

FASSBENDER BARDO, Völkerrecht und Landesrecht, zur Genese und heutigen Bedeutung der Konfrontation zweier Rechtsordnungen, in: AJP 2014, 437 ff. (zit. Völkerrecht und Landesrecht)

FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe: Inhalt und Tragweite: dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung, Diss., Bern 2002 (zit. Gesetzesbegriffe)

FISCHER-LESCANO ANDREAS, Kritik der praktischen Konkordanz, in: KJ 2008, 166 ff. (zit. Konkordanz)

FLEINER FRITZ, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928 (zit. Institutionen)

– Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, (zit. Bundesstaatsrecht)

FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949 [Nachdruck 1965] (zit. Schweizerisches Bundesstaatsrecht)

GÄCHTER THOMAS, Demokratie und Dringlichkeit, Gedanken zu Geschichte und Anwendung des Dringlichkeitsrechts der schweizerischen Bundesverfassung, in: Nachdenken über den demokratischen Staat und seine Geschichte: Beiträge für Alfred Kölz, Häner Isabelle (Hrsg.), Zürich 2003, 75 ff. (zit. Demokratie und Dringlichkeit)

– Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, Habil., Zürich 2005 (zit. Rechtsmissbrauch)

GADAMER HANS-GEORG, Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 2. Aufl., Tübingen 1965 (zit. Wahrheit und Methode)

GAMPER ANNA, Regeln der Verfassungsinterpretation, Habil., Wien/New York, 2012 (zit. Verfassungsinterpretation).

GERMANN OSKAR ADOLF, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967 (zit. Rechtsfindung)

GERTSCH GABRIEL, Die grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranke der Verfassungsrevision? De constitutione lata et ferenda, in: Jusletter vom 17. November 2014 (zit. Kerngehalte)

GIACOMETTI ZACCARIA, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941 (zit. Staatsrecht der Kantone)

– Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (zit. Verwaltungsrecht)

– Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede gehalten am 11. Juli 1925, Tübingen 1925 (zit. Auslegung)

– Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, in: Zaccaria Giacometti, Ausgewählte Schriften, Kölz Alfred (Hrsg.), Zürich 1994 [1954], 5 ff. (zit. Hüterin)

– Gewaltentrennung, in: Zaccharia Giacometti, Ausgewählte Schriften, Kölz Alfred (Hrsg.), Zürich 1994 [1960], 40 ff. (zit. Gewaltentrennung)

GLASER ANDREAS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den politischen Rechten auf Bundesebene, in: ZBl 118/2017, 415 ff. (zit. Politische Rechte)

– Zwingendes Völkerrecht: Wer hat die Deutungshoheit?, in: ZBl 115/2014, 203 ff. (zit. Zwingendes Völkerrecht)

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Wien 2012 (zit. EMRK)

GRAF MARTIN/THELER CORNELIA/VON WYSS MORITZ (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung: Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. Autor, Komm-ParlG, Art. _, N _)

GRIFFEL ALAIN, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, in: ZBl 115/2014, 59 ff. (zit. Umsetzung)

– Volksinitiative: auf dem Weg zur allgemeinen Anregung?, in: ZBl 115/2014, 401 ff.

GRIMM DIETER, Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen, München 2001 (zit. Politik)

GRISEL ETIENNE, Initiative et référendum populaires: traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3. Aufl., Bern 2003 (zit. Initiative)

GÜNTHER KLAUS, Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation, in: Rechtstheorie 20/1989, 163 ff. (zit. Kohärenz)

HÄBERLE PETER, Die «Kultur des Friedens» – Thema der universalen Verfassungslehre oder das Prinzip Frieden, Berlin 2017 (zit. Kultur des Friedens)

– Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und prozessualen Verfassungsinterpretation, in: JZ 1975 10, 297 ff. (zit. Verfassungsinterpreten)

– Die Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Königstein 1980 (zit. Pluralismus)

– Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz: zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Diss., 3. Aufl., Heidelberg 1983 [1962] (zit. Wesensgehaltsgarantie)

HÄBERLE PETER/KOTZUR MARKUS, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl., Baden-Baden/Zürich 2016 (zit. Verfassungslehre)

HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2017 [1998] (zit. Faktizität)

HÄFELIN ULRICH, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Eichenberger Kurt (Hrsg.), Bern 1981, 241 ff. (zit. verfassungskonforme Auslegung)

– Verfassungsgebung, in: ZSR 93/1974 Bd. II, 75 ff. (zit. Verfassungsgebung)

– Wertung und Interessenabwägung in der richterlichen Rechtsfindung, in: Im Dienst an der Gemeinschaft, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dietrich Schindler, Haller Walter/Kölz Alfred/Müller Georg/Thürer Daniel (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1989, 585 ff. (zit. Interessenabwägung)

– Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef, Häfelin Ulrich/Haller Walter/Müller Georg/Schindler Dietrich (Hrsg.), Zürich 1981, 91 ff. (zit. Lückenfüllung)

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016 (zit. Bundesstaatsrecht)

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016 (zit. Verwaltungsrecht)

HALLER WALTER, Verfassungsfortbildung durch Richterrecht, in: ZSR 124/2005 Bd. I, 5 ff. (zit. Verfassungsfortbildung)

HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Basel 2013 (zit. Staatsrecht)

HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I: Organisation, Zürich 1980 (zit. Grundzüge I)

– Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, in: ZSR 126/2007 Bd. I, 137 ff. (zit. Anwendbarkeit)

– Religionsfreiheit, Ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 3 BV (Verbot des Baus von Minaretten), in: AJP 2010, 441 ff. (zit. Religionsfreiheit)

– Unklarheiten bei Volksinitiativen, Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV, in: AJP 2011, 411 ff. (zit. Unklarheiten)

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000 (zit. Demokratische Rechte)

HAUG HANS, Die Schranken der Verfassungsrevision: das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassungsgebenden Gewalt: Betrachtung zum Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre, Diss., Zürich 1947 (zit. Schranken)

HECK PHILIPP, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (zit. Interessenjurisprudenz)

HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Wissenschaft der Logik, Band I, auf der Grundlage der Werke von 1832–1845, neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Band V, Frankfurt a.M. 1989 (zit. Logik)

– Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaft, Band I, auf der Grundlage der Werke von 1832–1845, neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Band V, Frankfurt a.M. 1989 (zit. Philosophie)

HELLER HERMANN, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: VVDStRL 4/1928, 98 ff. (zit. Begriff des Gesetzes)

– Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart, in: AöR 55/1929, 321 ff. (zit. Problematik)

HERDEGEN MATTHIAS, Verfassungsinterpretation als Methodische Disziplin, in: JZ, 59/2004, 873 ff. (zit. Verfassungsinterpretation)

HERTIG RANDALL MAYA, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, in: ZSR 129/2010 Bd. II, 221 ff. (zit. Juridiction constitutionnelle)

HESSE KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (zit. Grundzüge)

HEUSLER BERNHARD, Oberaufsicht und Kontrolle im schweizerischen Verfassungsrecht: Studie über die parlamentarische Machtkontrolle der Exekutive und die Kontrolle als Entscheidungselement unter Beizug deutscher Kontrolltheorien, Diss., Basel 1993 (zit. Kontrolle)

HILLGRUBER CHRISTIAN, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: VVDStRL 67/2008, 7 ff. (zit. Normativer Anspruch)

HINDERLING HANS GEORG, Rechtsnorm und Verstehen: die methodischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung, Diss., Bern 1971 (zit. Rechtsnorm)

HOBBES THOMAS, Leviathan, Reprinted from the Edition of 1651 with an Essay by the late W.G. Pogson Smith, Oxford 1965 [1651] (zit. Leviathan)

HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV), Diss., Zürich 2014 (zit. Verhältnismässigkeitsprinzip)

HÖHN ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993 (zit. Methodik)

HÖPFNER CLEMENS, Die systemkonforme Auslegung, Diss., Tübingen 2008 (zit. Systemkonforme Auslegung)

HOTZ REINHOLD, Methodische Rechtsetzung: eine Aufgabe der Verwaltung, Habil., Zürich 1983 (zit. Rechtsetzung)

HUBER EUGEN, Recht und Rechtsverwirklichung: Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921 (zit. Rechtsverwirklichung)

HUBER HANS, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, in: ZBJV 107/1971, 172 ff. (zit. Formenreichtum).

– Über den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, in: ZSR 96/1977 Bd. I, 1 ff. (zit. Verhältnismässigkeit)

– Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Saladin Peter/Wildhaber Luzius (Hrsg.), Basel 1972, 191 ff. (zit. Konkretisierung)

HURST ROBERT, Der Grundsatz der Einheit der Materie, Diss., Zürich 2002 (zit. Einheit der Materie)

IMARK LUKAS, Aufhebung von Rechtssätzen in der Schweiz, Diss., Basel 1993 (zit. Aufhebung)

IMBODEN MAX, Normkontrolle und Norminterpretation, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, 24. Mai 1961, Bern 1961, 133 ff. (zit. Norminterpretation)

JAGMETTI RICCARDO, Der Einfluss der Lehren von der Volkssouveränität und vom pouvoir constituant auf das schweizerische Verfassungsrecht, Diss., Zürich 1920 (zit. Volkssouveränität)

JASPERS KARL, Über Bedingungen und Möglichkeiten eines neuen Humanismus, Stuttgart 1962 (zit. Humanismus)

JELLINEK GEORG, Allgemeine Staatslehre, 7. Aufl., Bad Homburg 1960 [1900] (zit. Staatslehre)

JELLINEK WALTER, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, Berlin 1931 (zit. Grenzen)

JESTAEDT MATTHIAS, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Depenheuer Otto/Heintzen Markus/Jestaedt Matthias/Axer Peter (Hrsg.), Heidelberg 2007, 253 ff. (zit. Abwägungslehre)

– Grundrechtsentfaltung im Gesetz, Habil., Tübingen 1999 (zit. Grundrechtsentfaltung)

VON JHERING RUDOLF, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Aufl., Leipzig 1874 (zit. Geist des römischen Rechts)

JOSITSCH DANIEL/BAICI LUCA, Die Umsetzung der Pädophilen-Initiative, in: Jusletter vom 30. Mai 2016 (zit. Umsetzung)

KÄGI WERNER, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchung über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht, Habil., Zürich, 1945 (zit. Grundordnung)

– Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision, in: ZSR 75/1956 Bd. II, 739a ff. (zit. Partialrevision)

– Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit – Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, 24. Mai 1961, Bern 1961, 151 ff. (zit. Gewaltenteilung)

KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie: Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Habil., Bern 1987 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)

KÄLIN WALTER/KIENER REGINA/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. Grundrechte)

KAYSER MARTIN, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassunggebung, Diss., Zürich 2001 (zit. Grundrechte als Schranke)

KELLER HELEN/LANTER MARKUS/FISCHER ANDREAS, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, in: ZBl 109/2008, 121 ff. (zit. Volksinitiativen)

KELSEN HANS, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925 (zit. Allgemeine Staatslehre)

– Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966, Jestaedt Matthias (Hrsg.), Tübingen/Wien 2017 (zit. Reine Rechtslehre)

– Allgemeine Theorie der Normen, im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass, Ringhofer Kurt/Walter Robert (Hrsg.), Wien 1979 (zit. Norm)

– Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929 (zit. Demokratie)

KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBl 110/2009, 237 ff. (zit. Bedeutungswandel)

KLATT MATTHIAS, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen: entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, Habil., Tübingen 2014 (zit. Konkordanz)

KLATT MATTHIAS/SCHMIDT JOHANNES, Spielräume im Öffentlichen Recht: Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Tübingen 2010 (zit. Spielräume)

KLEY ANDREAS, Die Einheit der Materie bei Bundesgesetzen und der Stein der Weisen, in: ZBl 120/2019, 3 ff. (zit. Einheit der Materie)

– Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. Geschichte)

– Kompromiss – «Trickserei» oder Voraussetzung der Demokratie?, in: AJP 2018, 1379 ff. (zit. Kompromiss)

– Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. Verfassungsgeschichte)

KLEY ANDREAS/AMSTUTZ RICHARD, Gironde-Verfassungsentwurf aus der französischen Revolution vom 15./16. Februar 1793: deutschsprachige Übersetzung mit einer Einleitung und kommentierenden Anmerkungen Zürich/Baden-Baden 2011 (zit. Gironde-Verfassungsentwurf)

KLEY ANDREAS/VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012 (zit. Autor, Titel, in: Grundrechtspraxis LI)

KNÖPFEL PETER [et al.], Handbuch der Schweizer Politik/Manuel de la politique suisse, 5. Aufl., Zürich 2014 (zit. Autor, Titel, in: Handbuch der Politik)

KOLLER HEINRICH, Wunsch und Wirklichkeit im Umgang mit Volksinitiativen – Methodik der Umsetzung anhand von drei Beispielen, in: LeGes 3/2015, 545 ff. (zit. Umgang mit Volksinitiativen)

KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. I: Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992 (zit. Verfassungsgeschichte bis 1848)

– Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte, Bd. II: Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Bern 2004 (zit. Verfassungsgeschichte seit 1848)

KOSKENNIEMI MARTTI, Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission, United Nations (Hrsg.), Genf 2006 (zit. Fragmentation)

KOTZUR MARKUS, Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtslehre, in: Demokratie in Europa, Bauer Hartmut/Huber Peter M./Sommermann Karl Peter (Hrsg.), Tübingen 2005, 351 ff. (zit. Demokratiedebatte)

KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern/München/Wien 2019 (zit. Methodenlehre)

KREBS WALTER, Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen: ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen, Habil., Heidelberg 1984 (zit. Kontrolle)

KRISCH NICO, Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law, Oxford 2010 (zit. Beyond constitutionalism)

– The Case for Pluralism in Postnational Law, in: LSE Legal Studies Working Paper No. 12/2009, 1 ff. (zit. Pluralism)

KUNZ RAFFAELA, Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»?, in: ZaöRV 74/2014, 329 ff. (zit. Masseneinwanderung)

LABAND PAUL, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band I, 5. Aufl., Tübingen 1911 [1876] (zit. Staatsrecht I)

– Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Band II, 5. Aufl., Tübingen 1911 [1876] (zit. Staatsrecht II)

LAMMERS GUILLAUME, La démocratie directe et le droit international: prise en compte des obligations internationales de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure, Diss., Bern 2015 (zit. Démocratie directe)

LAMMERS NORBERT, Demokratie heisst, sich in die eigenen Angelegenheiten einzumischen, in: Politik ist Dienst: Festschrift für Bernhard Vogel zum 80. Geburtstag, Pöttering Hans-Gert (Hrsg.), Wien 2012, 27 ff. (zit. Demokratie)

LENDI MARTIN, Staatsleitung, in: Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Band III/1, Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Basel 2008, 494 ff. (zit. Staatsleitung)

LEPSIUS OLIVER, Die massstabsetzende Gewalt, in: Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Jestaedt Matthias/Möllers Christoph/Schönberger Christoph/Lepsius Oliver, Berlin 2011 (zit. Massstabsetzende Gewalt)

LERCHE PETER, Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Badura Peter/Dreier Horst (Hrsg.), Tübingen 2001 (zit. Stil und Methode)

– Übermass und Verfassungsrecht, Habil., Köln/Berlin/München/Bonn 1961 (zit. Übermass)

LIJPHARD AREND, Patterns of Democracy, Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, 2. Aufl., New Haven/London 2012 (zit. Patterns of Democracy)

LINDER WOLF, Zur Funktion der Volksrechte im schweizerischen Politiksystem – Anmerkungen aus politologischer Sicht, in: Demokratie – Regierungsform – Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), Basel 2009, 43 ff. (zit. Volksrechte)

LINDER WOLF/MUELLER SEAN, Schweizerische Demokratie, Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. Schweizerische Demokratie)

LOCKE JOHN, Second Treatises of Government, Indianapolis/Cambridge 1980 [1690] (zit. Government)

LOEWENSTEIN KARL, Verfassungslehre, 4. Aufl., Tübingen 2000 [1975] (zit. Verfassungslehre)

LOOSER MARTIN, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss., Zürich 2011 (zit. Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle)

LÜCHINGER HANS GEORG, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss., Zürich 1954 (zit. Auslegung)

LÜCHINGER STEPHAN, Das politische Denken von Condorcet (1743–1794), Diss., Bern 2002 (zit. CONDORCET)

LÜCHING-MICHEL CLAUDIA, Konkordanz und Konsens, Würzburg 1994 (zit. Konkordanz)

LUCHSINGER MARTIN, Die Prinzipien des Rechtsstaats als materielle Schranken der Verfassungsrevision, Diss., Zürich, 1960 (zit. Prinzipien)

LUHMANN NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2013 [1995] (zit. Recht der Gesellschaft)

MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl., Baden-Baden 2012 (zit. Rechtsphilosophie)

– Wirkungsweisen von Verfassungsrecht – Verfassungsauslegung und die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers, in: ZBl 118/2017, 3 ff. (zit. Wirkungsweisen)

MAISSEN THOMAS, Geschichte der Schweiz, Baden 2010 (zit. Geschichte)

– Was Katalonien vom Kanton Jura lernen kann? Geduld, in: NZZ am Sonntag vom 5. November 2017.

MARTENS SEBASTIAN, Methodenlehre des Unionsrechts, Habil., Tübingen 2013 (zit. Methodenlehre)

MARTIN CÉLINE, Grundrechtskollisionen, Diss., Basel 2007 (zit. Grundrechtskollisionen)

MASTRONARDI PHILIPPE, Angewandte Rechtstheorie, Bern 2009 (zit. Rechtstheorie)

– Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie, Essay zu einer schweizerischen Demokratietheorie, in: ZSR 117/1998 Bd. II, 317 ff. (zit. Zweck)

– Juristisches Denken: eine Einführung, 2. Aufl., Bern 2003 (zit. Juristisches Denken)

– Verfassungslehre, Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Bern 2007 (zit. Verfassungslehre)

MAYER OTTO, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, Strassburg 1895 (zit. Verwaltungsrecht)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Der Richter als Gesetzgeber: eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereich der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Habil., Zürich 1951 (zit. Gesetzgeber)

MERKL ADOLF JULIUS, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior, in: Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften. Bd. 1, Mayer-Maly Dorothea, Berlin 1993 [1918], 169 ff. (zit. Lex Posterior)

MERTEN DETLEF, Verhältnismässigkeitsgrundsatz, in: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (Hrsg.), Heidelberg, 2009, § 68 (zit. Verhältnismässigkeit)

MESSERSCHMIDT KLAUS, Gesetzgebungsermessen, Habil., Berlin 2000 (zit. Gesetzgebungsermessen)

MEYER TOBIAS D., Die Rolle der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Diss., Bern 2011 (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)

MÖLLERS CHRISTOPH, Die Möglichkeit der Normen: über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2015 (zit. Normen)

– Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Habil., Tübingen 2005 (zit. Gewaltengliederung)

– Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Das entgrenzte Gericht: eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Jestaedt Matthias/Möllers Christoph/Schönberger Christoph/Lepsius Oliver, Berlin 2011 (zit. Bundesverfassungsgericht)

– Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Europäisches Verfassungsrecht: theoretische und dogmatische Grundzüge, von Bogdandy Armin/Bast Jürgen (Hrsg.), 2. Aufl., Berlin 2009, 227 ff. (zit. Verfassunggebende Gewalt)

– Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung, Weilerswist 2008 (zit. Drei Gewalten)

MONTESQUIEU CHARLES-LOUIS, Vom Geist der Gesetze, Stuttgart, 1965 [1748] (zit. Geist der Gesetze)

MORAND, CHARLES-ALBERT, La légalité: un principe à géométrie variable, Genève 1992 (zit. Légalité)

MOSER WERNER, Unterschätzte Verfassung?, Beiheft 4 zur ZSR, Basel 1986 (zit. Unterschätzte Verfassung)

MOUFFE CHANTAL, Das Demokratische Paradox, Wien 2013 (zit. Paradox)

MÜLLER FRIEDRICH, Die Einheit der Verfassung, Kritik des juristischen Holismus, 2. Aufl., 2007 [1979] (zit. Einheit)

MÜLLER FRIEDRICH/CHRISTENSEN RALPH, Juristische Methodik, 10. Aufl., Berlin 2009 (zit. Methodik)

MÜLLER GEORG, Der Gleichheitssatz, in: VVDStRL 47/1989, 38 ff. (zit. Gleichheitssatz)

– Die Einführung neuer Rechtsnorm in die bestehende Rechtsordnung, in: Grundfragen der Rechtsetzung, Eichenberger Kurt/Buser Walter/Métraux Alexandre/Trappe Paul (Hrsg.), Basel 1978, 369 ff. (zit. Einführung)

– Die Umschreibung des Inhalts der Bundesgesetze und die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, in: LeGes 3/2000, 29 ff. (zit. Delegation)

– Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Habil., Basel 1977, Basel/Stuttgart 1979 (zit. Inhalt und Formen)
– Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 73/1972, 337 ff. (zit. Interessenabwägung)
– Methodik in der Rechtssetzung, in: Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium für René Rhinow zum 60. Geburtstag, Schefer Markus/Peters Anne (Hrsg.), Bern 2004 (zit. Methodik)
– Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Eichenberger Kurt (Hrsg.), Bern 1981, 109 ff. (zit. Reservate)
– Wie steuert der Gesetzgeber die Verordnung?, in: SJZ 116/2020 Nr. 2, 47 ff. (zit. Steuerung)

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. Rechtssetzungslehre)

MÜLLER JÖRG PAUL, Demokratische Gerechtigkeit: eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung, München 1993 (zit. Demokratische Gerechtigkeit)
– Die demokratische Verfassung, Von der Selbstbestimmung der Menschen in den notwendigen Ordnungen des Zusammenlebens, 2. Aufl., Zürich 2009 (zit. Demokratische Verfassung)
– Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39/1981, 53 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
– Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts, Symposium für René Rhinow zum 60. Geburtstag, Schefer Markus/Peters Anne (Hrsg.), Bern 2004, 53 ff. (zit. Methodenlehre)
– Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter vom 1. März 2010 (zit. Minarettverbot)
– Begegnung zwischen Staatsbürger und Weltbürger, in: Vom Staatsbürger zum Weltbürger – ein republikanischer Diskurs in weltbürgerlicher Absicht, Drittes Kolloquium der Peter-Häberle-Stiftung, Ehrenzeller Bernhard/Gomez Peter/Grewe Constance/Kley Andreas/Kotzur Markus/Odendahl Kerstin/Schindler Benjamin/Thürer Daniel (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2011, 7 ff. (zit. Staatsbürger)

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. Grundrechte)

MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013 (zit. Verhältnismässigkeit)

MUSLIU NAGIHAN, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Diss., Zürich/St. Gallen 2019 (zit. Umsetzung)

NAWIASKY HANS, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Zürich/Köln 1956 (zit. Rechtslehre)

NEIDHART LEONHARD, Die politische Schweiz, Fundamente und Institutionen, Zürich 2002 (zit. Politische Schweiz)

NIGGLI ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG- Autor, Art. _, N _)

NOBS ROGER, Volksinitiative und Völkerrecht, Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Diss., Zürich/St. Gallen 2006 (zit. Volksinitiative)

NOLL PETER, Gesetzgebungslehre, Hamburg 1973 (zit. Gesetzgebungslehre)

OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung: zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil., Bern 2008 (zit. Typisierung)

OTT EDWARD, Die Methode der Rechtsanwendung, Habil., Zürich 1979 (zit. Methode)

PERRIN JEAN-FRANÇOIS, Conflits entre le droit interne et le droit international, démoctratie directe et/ou pouvoir des juges?, Collection de la revoue de droit suisse, Bd. 55, Basel 2018 (zit. Conflits)

PETERS ANNE, Supremacy Lost: International Law Meets Domestic Constitutional Law, in: Vienna Online Journal on International Constitutional Law, 2009, 170 ff. (zit. Supremacy Lost)

POPPER KARL, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band I: der Zauber Platons, 8. Aufl., Tübingen 2003 [1950] (zit. Offene Gesellschaft)

– Ausgangspunkte, meine intellektuelle Entwicklung, 2. Aufl., München 2006 (zit. Intellektuelle Entwicklung)

RADBRUCH GUSTAV, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., Stuttgart 1950 (zit. Rechtsphilosophie)

RECHSTEINER DAVID, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen: unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. Katastrophen)

REICH JOHANNES, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt: funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff. (zit. Konflikt)

– Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Diss., Zürich/St. Gallen 2011 (zit. Wirtschaftsfreiheit)

– Konzeptionalisierung der Verfassungsverwirklichung, in: Demokratie – Regierungsform – Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), Basel 2009, 113 ff. (zit. Verfassungsverwirklichung)

REIMER FRANZ, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016 (zit. Methodenlehre)

RENNER FELIX, Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert, ein Beitrag zur Dogmengeschichte, Diss., Zürich 1968 (zit. Staatsrechtliches Denken)

RHINOW RENÉ, Bundesstaatsreform und Demokratie – Der schweizerische Föderalismus aus staatsrechtlicher Sicht, in: Recht im politischen Prozess: Beiträge zu Institutionen und Reformen im demokratischen Verfassungsstaat, Rhinow René (Hrsg.), Basel 2017, 554 ff. (zit. Föderalismus)

– Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, in: ZSR 118/1984 Bd. II, 111 ff. (zit. Demokratie)

– Politische Funktionen des Rechts, in: ZSR 127/2008 Bd. I, 181 ff. (zit. Politische Funktionen)

– Rechtsetzung und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Habil., Basel/Stuttgart 1979 (zit. Rechtsetzung und Methodik)

RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIELA/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht: Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. Prozessrecht)

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. Verfassungsrecht)

RICHLI PAUL, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, in: ZSR 117/1998 Bd. II, 145 ff. (zit. Zweck)

RIKLIN ALOIS, Machtteilung – Geschichte der Mischverfassung, Darmstadt 2006 (zit. Machtteilung)

– Vom Sinn der Verfassung, ZSR 117/1998 Bd. I, 149 ff. (zit. Sinn der Verfassung)

ROHNER GABRIELA, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848 – 2010, Diss., Zürich 2012 (zit. Wirksamkeit)

ROTH FLORIAN C., Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative als Lehrstück der Verfassungsauslegung, in: Jusletter vom 12. September 2016 (zit. Umsetzung)

DE ROUGEMONT DENIS, Les maladies de l'Europe, in: L'Europe en jeu, De Rougemont Denis, 1948 (zit. Europe)

ROUSSEAU JEAN-JAQUES, Vom Gesellschaftsvertrag, Stuttgart 1977 [1762] (zit. Gesellschaftsvertrag)

RÜTHERS BERND, Methodenfragen als Verfassungsfragen?, in: Rechtstheorie 40/2009, 253 ff. (zit. Methodenfragen)

RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/BIRK AXEL, Rechtstheorie: mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018 (zit. Rechtstheorie)

SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982 (zit. Grundrechte im Wandel)

– Wozu noch Staaten?: zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, Wien 1995 (zit. Staaten)

SAUER HEIKO, Vorrang ohne Hierarchie. Zur Bewältigung von Kollisionen zwischen Rechtsordnungen durch Rangordnungsnormen, Bindungsnormen, Derogationsnormen und Kollisionsnormen, in: Rechtstheorie, 44/2013, 503 ff. (zit. Vorrang)

VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen Römischen Rechts Band I, 1. Aufl., Berlin 1840 (zit. Römisches Recht)

SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil., Bern, Bern 2001 (zit. Kerngehalte)

SCHEUNER ULRICH, Gesetzgebung und Politik, in: Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, Listl Joseph/Rüfner Wolfgang (Hrsg.), Berlin 1978, 529 ff. (zit. Gesetzgebung)

– Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung, in: Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, Listl Joseph/Rüfner Wolfgang (Hrsg.), Berlin 1978, 293 ff. (zit. Kontrolle)

– Verfassung, in: Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, Listl Joseph/Rüfner Wolfgang (Hrsg.), Berlin 1978, 171 ff. (zit. Verfassung)

SCHINDLER BENJAMIN, Rechtsanwendungsgleichheit im Mehrebenensystem, in: VVDStRL 78/2018, 38 ff. (zit. Gleichheitssatz)

– Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil., Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Verwaltungsermessen)

SCHINDLER DIETRICH, Recht und soziale Struktur, 5. Aufl., Zürich 1970 [1931] (zit. Soziale Struktur)

SCHLADEBACH MARCUS, Praktische Konkordanz als verfassungsrechtliches Kollisionsprinzip, in: Der Staat 53/2014, 263 ff. (zit. Konkordanz)

SCHLINK BERNHARD, Abwägung im Verfassungsrecht, Diss., Berlin 1976 (zit. Abwägung)

– Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Badura Peter/Dreier Horst (Hrsg.), Tübingen 2001, 445–465 (zit. Verhältnismässigkeit)

SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006 (zit. Einladung)

– Teleologisches Auslegungselement: Trivialer Joker, Trumpf-Ass oder gleichgeordnete Stichkarte?, in: Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Honsell Heinrich/Zäch Roger/Hasenböhler Franz/Harrer Friedrich/Rhinow René (Hrsg.), Basel 2004, 271 ff. (zit. Trumpf-Ass)

SCHMID GERHARD, Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung, in: Grundfragen der Rechtsetzung, Eichenberger Kurt/Buser Walter/Métraux Alexandre/Trappe Paul (Hrsg.), Basel 1978, 315 ff. (zit. Offenheit)

SCHMID STEFAN G., 150 Jahre direkte Demokratie im Kanton Zürich: Verfassungsrecht von «welthistorischer Bedeutung»?, in: Zürcher Taschenbuch, Gesellschaft zürcherischen Geschichtsfreunde (Hrsg.), Zürich 2020, 115 ff. (zit. Welthistorische Bedeutung)

SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin 2006 (zit. Ordnungsidee)

– Der Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 24 (zit. Rechtsstaat, HStR)

– Einheit und Kohärenz der europäischen Mehrebenenrechtsordnung, in: EuGRZ 2016, 85 ff. (zit. Einheit)

SCHMITT CARL, Verfassungslehre, 11. Aufl., Berlin 2017 [1928] (zit. Verfassungslehre)

SCHÖNFELD WALTHER, Von der Rechtserkenntnis: eine metaphysische Studie, Berlin/Leipzig 1931 (zit. Rechtserkenntnis)

SCHUMPETER JOSEF, Capitalism, Socialism and Democracy, 5. Aufl., London/Boston/Sidney 1974 (zit. Democracy)

SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Gute Gesetzgebung: Bausteine einer kritischen Gesetzgebungslehre, Heidelberg 2003 (zit. Gute Gesetzgebung)

SEFEROVIC GORAN, Volksinitiative zwischen Recht und Politik: die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Habil., Bern 2018 (zit. Volksinitiativen)

SEILER HANSJÖRG, Gewaltenteilung, Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, Habil., Bern 1994 (zit. Gewaltenteilung)

– Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, in: ZSR 129/2010 Bd. II, 381 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)

SIEYÈS EMANUEL-JOSEPH, Qu'est-ce que le tiers état?, 1789 (zit. État)

SKOURIS WASSILIOS, Teilnichtigkeit von Gesetzen, Diss., Berlin 1973 (zit. Teilnichtigkeit)

SMEND RUDOLF, Verfassung und Verfassungsrecht, München/Leipzig 2015 [1928] (zit. Verfassungsrecht)

STARCK CHRISTIAN, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2014, § 271 (zit. Verfassungsauslegung, HStR)

STRAUSS DAVID A., The living constitution, Oxford 2010 (zit. Living Constitution)

TEUBNER GUNTHER, Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in: Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Joerges Christian/Teubner Gunther (Hrsg.), Baden-Baden 2003, 25 ff. (zit. Rechtsparadoxien)

– Verfassungsfragmente, Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin 2012 (zit. Verfassungsfragmente)

TEUBNER GUNTHER/WILLKE HELMUT, Kontext und Autonomie, Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Heft 1, 1984, 4 ff. (zit. Reflexives Recht)

THÜRER DANIEL, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV, in: ZSR 106/1987 Bd. II, 413 ff. (zit. Willkürverbot)

– Völkerrechtliches Ius Cogens und Völkerrechtssouveränität schweizerischer Prägung, in: Direkte Demokratie, Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Bern 2013 (zit. Ius Cogens)

THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. Autor, Titel, VdS)

THURNHERR DANIELA, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Die verfassungsrechtlichen Mindestgarantien prozeduraler Gerechtigkeit unter den Bedingungen der Diversität administrativer Handlungsmodalitäten, Habil. Zürich/St. Gallen 2013 (zit. Verfahrensgrundrechte)

DE TOCQUEVILLE ALEXIS, Über die Demokratie in Amerika, Bd. I, Stuttgart 2016 [1835] (zit. Demokratie in Amerika)

TÖNDURY ANDREA, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie: die Gewährleistung der Kantonsverfassungen nach Art. 51 BV, Diss., Zürich 2004 (zit. Gewährleistung der Kantonsverfassungen)

– Toleranz als Grundlage politischer Chancengleichheit: eine ideengeschichtliche Spurensuche: Überlegungen mit Blick auf die schweizerische Verfassungsordnung, Habil., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. Toleranz)

TRIBE, LAURENCE H./ MATZ JOSHUA, To End a Presidency – The power of impeachment, New York 2018 (zit. End a Presidency).

TRÜMPLER RALPH, Notrecht: eine Taxonomie der Manifestationen und eine Analyse des intrakonstitutionellen Notrechts de lege lata und de lege ferenda, Diss., Zürich 2012 (zit. Notrecht)

TSCHANNEN PIERRE, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, in: ZBl 103/2002 3 ff. (zit. Einheit der Form)

– Gleichheit im Unrecht, in: ZBl 57/2011, 57 ff. (Gleichheit im Unrecht)

– Mehr Volk, weniger Staat: direkt anwendbare Verfassungsinitiativen im Bund, in: Mehr oder weniger Staat? Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag: Belser Eva Maria/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Bern 2015, 131 ff. (zit. Mehr Volk)

– Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016 (zit. Staatsrecht)

– Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie, Habil., Basel/Frankfurt a.M. 1995 (zit. Stimmrecht)

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014 (zit. Verwaltungsrecht)

TUCK RICHARD, The Sleeping Sovereign, The Invention of Modern Democracy, Cambridge 2015 (zit. Sleeping Sovereign)

UEBERSAX PETER, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – zur Auslegung von Art. 121a BV, in: Jusletter vom 14. April 2014 (zit. Zuwanderungssteuerung)

– Ist das vom Parlament beschlossene Ausführungsgesetz zu Art. 121a BV verfassungswidrig?, in: Jusletter vom 23. März 2017 (zit. Ausführungsgesetz)

UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil., Bern 2005 (zit. Willkürverbot)

DE VATTEL EMERIC, Le Droit des gens ou principles de la Loi Nature, London 1762 (zit. Droit des Gens)

VATTER ADRIAN, Das politische System der Schweiz, 2. Aufl., Baden-Baden 2016 (zit. Politisches System)

VIEHWEG THEODOR, Topik und Jurisprudenz, Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 3. Aufl., München 1965 [1954] (zit. Topik und Jurisprudenz)

VOGEL STEFAN, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht, in: Rechtsetzung und Verfassungsgebung – Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Uhlmann Felix (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2013, 11 ff. (zit. Verfassungsgebung)

VOGT GUSTAV, Veto und Initiative in den neueren schweizerischen Kantonsverfassungen, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 29/1873, 350 ff. (zit. Veto und Initiative)

VOLKMANN UWE, Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit, in: VVDStRL 67/2008, 58 ff. (zit. Normativer Anspruch)

– Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 2013 (zit. Grundzüge)

– Rechtsproduktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, in: Der Staat, 54/2015, 35 ff. (zit. Rechtsproduktion).

VOSSKUHLE ANDREAS, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht: Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Bauer Hartmut/Czybulka Detlef/Kahl Wolfgang/Vosskuhle Andreas (Hrsg.), Tübingen 2001, 171 ff. (zit. Methode und Pragmatik)

VRANES ERICH, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der «Konfliktlösungsregeln», in: ZaöRV 65/2005, 391 ff. (zit. Konfliktlösungsregeln)

WALDMANN BERNHARD, Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, in: LeGes 3/2015, 521 ff. (zit. Umsetzung)

– Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm. Der Umgang mit einer imperativen, aber weiterzuentwickelnden Verfassungsnorm, BRT 2013, 123 ff. (zit. Sperrige Verfassungsnorm)

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Autor, Art. _, N _)

WEBER MAX, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19/1904, 64 ff. (zit. Objektivität)

– Gesammelte politische Schriften, 1. Auflage, Nachdruck des Originals von 1921, Paderborn 2015 (zit. Politische Schriften)

WEYENETH ROBERT, Der nationale und internationale ordre public im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe in Steuersachen, Diss., Basel 2017 (zit. ordre public)

WILI HANS-URS, «Gutes entsteht nicht, wo viele Herrschen» …? Zu Entwicklungen der Volksinitiative 1975–2015, in: LeGes 1/2019, 11 ff. (zit. Entwicklungen)

WILLIAMS BERNARD, Wahrheit und Wahrhaftigkeit, Frankfurt a. M. 2013 (zit. Wahrheit und Wahrhaftigkeit)

WINDISCH FLORIAN, «Abwägung» als Relationsnorm-Konstruktion: Konstruktive Überlegungen zur Abwägung im Kontext der strukturierenden Rechtslehre, in: «Abwägung». Herausforderung für eine Theorie der Praxis, Müller Friedrich/Mastronardi Philippe (Hrsg.), Berlin 2014, 19 ff. (zit. Relationsnorm)

– Abwägung: Total, Formal oder Strukturiert? Ansätze einer Methodik rechtsgebundener Wertzumessung, in: Rechtstheorie 44/2013, 61 ff. (zit. Abwägung)

– Jurisprudenz und Ethik: eine interdisziplinäre Studie zur Legitimation demokratischen Rechts, Diss., Berlin 2010 (zit. Ethik)

WINKLER MARKUS, Einheit oder Harmonie der Rechtsordnung?, in: ZSR 136/2017 Bd. I, 171 ff. (zit. Einheit)

WOHLRAPP HARALD, Der Begriff des Arguments: über die Beziehungen zwischen Wissen, Forschen, Glauben, Subjektivität und Vernunft, Würzburg 2008 (zit. Argument)

WULLSCHLEGER STEPHAN, Gesetzgebungsaufträge, Normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Interventionen, Diss., Basel 1999 (zit. Gesetzgebungsaufträge)

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?: das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Habil., Bern 2001 (zit. Öffentliche Interessen)

VON WYSS MORITZ, Maximen und Prinzipien des parlamentarischen Verfahrens: eine Untersuchung über die Schweizerische Bundesversammlung, Diss., Zürich 2001 (zit. Parlamentarisches Verfahren)

ZEN-RUFFINEN PIERMARCO/AUER ANDREAS (éd.), De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996 (zit. Autor, Titel, in: FS Aubert)

ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, in: ZSR 97/1978 Bd. II, 1 ff. (zit. Verhältnismässigkeit)

ZIPPELIUS REINHOLD, Der Gleichheitssatz, in: VVDStRL 47/1989, 8 ff. (zit. Gleichheitssatz)

Materialienverzeichnis

Aussenpolitischer Bericht 2018 vom 30. Januar 2019, BBl 2019 1505 ff. (zit. Aussenpolitischer Bericht 2018)

Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates zur Beseitigung von Mängeln der Volksrechte vom 2. April 2001, BBl 2001 4803 ff. (zit. Bericht Volksrechte, SPK-SR)

Bericht der ständerätlichen Kommissionsmehrheit, betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung vom 17. Dezember 1890, BBl 1891 I 16 ff. (zit. Bericht SR Partialrevision)

Bericht des Bundesrates über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 24. August 2016, BBl 2016 7763 ff. (zit. Sicherheitspolitischer Bericht 2016)

Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010 2263 ff., 2307 f. (zit. Bericht BR VR-LR)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung, handelnd von der Revision dieser letzteren vom 13. Juni 1890, BBl 1890 III 455 ff. (zit. Botschaft Partialrevision)

Bericht des Bundesrates zur Stärkung der präventiven Rechtskontrolle vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff. (zit. Bericht Präventive Rechtskontrolle)

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013 291 ff. (zit. Botschaft Masseneinwanderungsinitiative)

Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» und zum indirekten Gegenvorschlag (Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung) vom 15. März 2019, BBl 2019 2013 ff. (zit. Botschaft Verhüllungsverbotsinitiative)

Botschaft über die neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)

Botschaft über die Volksinitiative «zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr» vom 12. Februar 1992, BBl 1992 II 877 ff. (zit. Botschaft Alpenschutzinitiative)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG) vom 4. Mai 1994, BBl 1994 II 1295 ff. (zit. Botschaft Umsetzung 36^{sexies} aBV)

Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2287 ff. (zit. Botschaft ZWG)

Botschaft zum Bundesgesetz zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät (Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) vom 22. Juni 2011, BBl 2011 5977 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Art. 123b)

Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016, BBl 2016 3007 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Art. 121a)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Art. 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter) vom 23. November 2005, BBl 2006 889 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Art. 123a)

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer) vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6)

Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 123c BV) vom 3. Juni 2016, BBl 2016 6115 ff. (zit. Botschaft Umsetzung Art. 123c)

Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016, BBl 2016 2223 ff. (zit. Botschaft Kroatien)

Botschaft zur eidgenössischen Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» vom 29. Oktober 2008, BBl 2008 8757 ff. (zit. Botschaft Zweitwohnungsinitiative)

Botschaft zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2001, BBl 2002 2291 ff. (zit. Botschaft NFA)

Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 24. Juni 2009, BBl 2009 5097 ff. (zit. Botschaft Ausschaffungsinitiative)

Botschaft zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» vom 7. Juni 2019, BBl 2019 5027 ff. (zit. Botschaft Begrenzungsinitiative)

Botschaft zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008, BBl 2008 7603 ff. (zit. Botschaft Minarettinitiative)

Botschaft zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag vom 10. Oktober 2012, BBl 2012 8819 ff. (zit. Botschaft Pädophileninitiative)

Botschaft zur Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» vom 27. Oktober 2015, BBl 2017 3341 ff. (zit. Botschaft Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse»)

Botschaft zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremder Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5355 ff. (zit. Botschaft Selbstbestimmungsinitiative)

Botschaft zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vom 20. November 2013, BBl 2013 9459 ff. (zit. Botschaft Durchsetzungsinitiative)

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl., Bern 2007 (zit. Gesetzgebungsleitfaden BJ)

Umsetzungskonzept des Eidgenössischen Justiz und Polizeidepartements EJPD zu Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung) vom 20. Juni 2014, abrufbar unter: <https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/berichte_botschaften/121a-umsetzungskonzept-ejpd_de.pdf>, besucht am 12. Juni 2018 (zit. EJPD, Umsetzungskonzept)

Zusatzbericht der Staatspolitischen Kommissionen der eidgenössischen Räte zur Verfassungsreform vom 6. März 1999, BBl 1997 III 245 ff. (zit. Zusatzbericht SPK)

Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613 ff. (zit. BR Zusatzbericht)

Zusammenfassung

Was ist, weshalb bedarf es einer und wie erfolgt legislative Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen? Diesen Fragen geht die vorliegende Studie nach. Angenommene Volksinitiativen lassen staatliche Organe immer häufiger in einem Spannungsfeld zuwiderlaufender Verfassungsnormen zurück, die sich gegenseitig in ihrer Wirksamkeit terminieren. Die vorliegende Arbeit zeigt, dass es sich bei solchen Steuerungsproblemen staatlicher Gestaltung um ein von der schweizerischen Staatsorganisation explizit in Kauf genommenes Phänomen handelt, weil das Instrument der Volksinitiative ein Recht auf Widerspruch gegen Formen politischer Gestaltung zur Verfügung stellt. In Verarbeitung der bestehenden Konzepte zum Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen legt die vorliegende Studie dar, weshalb die Koordination entsprechender Verfassungsnormen kein Auslegungsproblem darstellt, sondern einen reflexiven Prozess zur Machthemmung, zur Machteffektuierung und zur staatsleitenden Moderation. Die Arbeit entwickelt hierzu einen verfassungsrechtlichen Referenzrahmen, welcher der Ausgestaltung, Ausübung und Rechtfertigung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen Mass und Form verleihen soll. Zum Schluss werden die dabei gewonnenen Erkenntnisse in eine Typologie zur Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen überführt. Diese Typologie soll den Umgang mit Steuerungsproblemen aufgrund von widerspruchserhebenden Volksinitiativen erleichtern, indem verschiedenen Motiven Rechnung getragen wird, die hinter der Einräumung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen stehen.

Résumé de thèse

La coordination législative de normes constitutionnelles se trouvant en contradiction les unes avec les autres suite à l'adoption d'initiatives populaires – de quoi s'agit-il, pourquoi est-elle nécessaire, et comment fonctionne-t-elle ? C'est à ces questions que s'intéresse la présente étude. Le peuple suisse adopte de plus en plus d'initiatives qui confrontent les organes de l'État au défi de concilier des normes constitutionnelles contradictoires se limitant mutuellement dans leur efficacité. Le présent ouvrage démontre que ces problèmes de gouvernance constituent un phénomène explicitement accepté par le système d'organisation de l'Etat suisse, où l'instrument de l'initiative populaire prévoit un droit d'opposition contre des formes particulières de configuration politique. En tenant compte des concepts existants destinés à la conciliation des conflits entre la Constitution fédérale et les initiatives populaires adoptées, la présente étude explique pourquoi la coordination de telles normes constitutionnelles n'est pas en premier lieu un problème d'interprétation, mais doit plutôt être considérée comme un processus de réflexion visant à limiter le pouvoir, à l'exercer et à coordonner les normes constitutionnelles contradictoires. Le présent ouvrage développe un cadre de référence constitutionnel fournissant des lignes directrices quant à la conception, l'exercice et la justification de la marge de manœuvre législative afin de concrétiser les initiatives populaires adoptées. En outre, elle transfère les résultats obtenus dans une typologie ayant pour but de coordonner les normes constitutionnelles en conflit. Cette typologie vise à faciliter le traitement des problèmes de coordination liés aux initiatives créant des conflits de normes et prend en compte les différents motifs d'octroi d'une marge de manœuvre législative dans le cadre de la mise en œuvre d'initiatives populaires approuvées.

Abstract

What is, why do we need and how does the legislative coordination of constitutional norms in contradiction due to approved popular initiatives work? The current study examines precisely these questions. More and more frequently, popular initiatives introducing conflicting constitutional norms that mutually terminate each other's effectiveness are approved by the Swiss population. As a result, government bodies are left behind with the mission to reconcile these norms. The present thesis shows that these governance issues are a phenomenon explicitly accepted by the Swiss state organization because the means of popular initiatives provide a right to object to particular forms of policy making. While processing the existing concepts on how to handle conflicting constitutional norms the current study demonstrates why the coordination of such constitutional norms is less a problem of interpretation but rather a reflective process to restrain power, to effectuate power and to moderate by leadership through the coordination of constitutional norms in contradiction. The present thesis develops a constitutional framework, which provides guidelines on the coordination of contradicting constitutional norms by the Swiss Federal parliament. Furthermore, it transfers the obtained findings into a useful typology to coordinate opposing constitutional norms. This categorization aims at facilitating the management of governance problems arising due to popular initiatives that raise conflicts by taking in to account the various intentions behind the concession of legislative competencies to shape approved popular initiatives.

Einleitung

Gibt es überhaupt Bedarf für eine Studie über die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen? Zur Volksinitiative scheint das Wesentliche bereits gesagt zu sein, zum rechtsmethodischen Umgang mit widersprüchlichen Rechtsnormen ebenso; und dass angenommene Volksinitiativen Widersprüche innerhalb der Bundesverfassung erzeugen können, ist kein neues Phänomen. Umgekehrt: Eine zunehmende Verlagerung der Politik in transnationale Ordnungsgefüge führt mehr und mehr zu einer «Immobilisierung der staatlichen Demokratie».[1] Das erhöht das Bedürfnis, durch angenommene Volksinitiativen demokratische Mitbestimmung in Politikbereichen zurückzugewinnen, die durch völkerrechtliche Vorgaben immer mehr eingeengt werden. Das Instrument der Volksinitiativen löst aber auch zunehmend Unbehagen aus, wenn es als Mittel zur rigiden Durchsetzung politischer Programme ohne Rücksicht auf die Essenzen eines demokratischen Verfassungsstaates verwendet wird. Zuweilen, so scheint es, geht mit Volksinitiativen auch eine Fiktionalisierung des Politischen einher; gesucht werden weniger Veränderungen als vielmehr mediale Wirkungen, die realpolitische Lösungen bewusst oder unbewusst verdrängen. 1

In jüngerer Zeit lassen diese und andere Ursachen staatliche Organe bei angenommenen Volksinitiativen immer häufiger in einem Spannungsfeld von Verfassungsnormen zurück, die sich gegenseitig in ihrer Wirksamkeit terminieren. Solchen Konstellationen kann ohne Zweifel durch Prävention entgegengetreten werden, wie das die breit geführte Diskussion über zusätzliche Schranken der Verfassungsrevision vorschlägt.[2] In der Überzeugung, dass das Instrument der Volksinitiative einen eigenständigen, notwendigen und komplementären Beitrag zum Gelingen des schweizerischen Verfassungsstaates leistet, schlägt die vorliegende Arbeit indes einen anderen Kurs ein und wendet sich der Frage zu, wie mit angenommenen Volksinitiativen umzugehen ist, die quer zu anderen Verfassungsvorgaben stehen. Kurzum: Die Studie widmet sich der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. 2

---

1 Der Begriff ist entnommen bei DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 18 im Titel.

2 So etwa KELLER/LANTER/FISCHER, Volksinitiativen, 145 ff.; KIENER/KRÜSI, Bedeutungswandel, 252 ff.; vgl. auch BR Zusatzbericht, BBl 2011 3613 ff.

Kapitel 1 Gegenstand und Fragestellung

3 Was ist, weshalb bedarf es einer und wie erfolgt eine legislative Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen? Diese Fragen bilden den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Sie will aufzeigen, dass und weshalb die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen bei angenommenen Volksinitiativen in erster Linie einen durch die Bundesverfassung geregelten reflexiven Prozess darstellt und weniger ein Auslegungsproblem. Dazu wird ein verfassungsdogmatischer Begriff des «Widerspruchs» entwickelt, der keinen zu behebenden Zustand in der Verfassung umschreibt, sondern vielmehr einen dialektischen Prozess, um begriffliche Antinomien ohne monistische Auflösung zu überwinden und jenes Maximum von Wirklichkeitserkenntnis zu vermitteln, das in diesen Dingen erreicht werden kann.[3] Unter «Koordination» versteht die vorliegende Studie einen reflexiven Prozess zur verlässlichen Zuordnung von (Verfassungs-)Rechtsnormen. Seine Konturen erhält der Gegenstand dieser Studie primär durch eine Einschränkung der skizzierten Fragestellung im Hinblick auf das *Organ*, die *Ursachen* und die *Erkenntnisquellen*.

4 Im Hinblick auf das *Organ* stellt die Arbeit Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung in den Vordergrund und erfasst diese über die parlamentarische Legitimationsform der Deliberation. Auf diese Weise soll dargelegt werden, weshalb es bei der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen entscheidend auf die Bundesversammlung ankommt. Die vorliegende Arbeit postuliert dabei weder einen Bruch mit der bestehenden Praxis der Bundesversammlung im Umgang mit angenommenen Volksinitiativen noch bestätigt sie diese vollumfänglich. Stattdessen will sie einen Mittelweg einschlagen und einen Referenzrahmen entwickeln, indem sie die entsprechende Verfassungspraxis verarbeitet, systematisiert und überprüft.

---

[3] Diese Definition der Dialektik ist entnommen bei D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 8: «Dialektik überwindet ohne monistische Auflösung die begrifflichen Antinomien und sie vermittelt jenes Maximum von Wirklichkeitserkenntnis, dass in diesen Dingen erreicht werden kann.» Vgl. auch HEGEL, Philosophie, 172, der die Dialektik als philosophische Methode versteht, welche die Position, von der sie ausgeht, durch gegensätzliche Behauptungen infrage stellt und in der Synthese beider Positionen eine Erkenntnis höherer Art zu gewinnen sucht: «Das Dialektische macht daher die bewegende Seele des wissenschaftlichen Fortgehens aus und ist das Prinzip, wodurch allein immanenter Zusammenhang und Notwendigkeit in den Inhalt der Wissenschaft kommt, so wie in ihm überhaupt die wahrhafte, nicht äusserliche Erhebung über das Endliche liegt».

In Bezug auf die *Ursache* widersprüchlicher Verfassungsnormen beschränkt sich die Studie auf angenommene Volksinitiativen in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs. Grundrechtskollisionen und andere Normenkonflikte zwischen einer Verfassungsnorm und Bestimmungen derselben oder anderer nationaler oder transnationaler Normgefüge stehen somit nicht im Vordergrund und werden bloss vergleichend berücksichtigt. 5

Als *Erkenntnisquellen* dienen die schweizerische Bundesverfassung und die dazugehörige Verfassungspraxis. Ausländische und kantonale Verfassungen sowie infrakonstitutionelles Recht werden bloss punktuell und exemplarisch beigezogen. Insoweit die Arbeit Bezug zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Verfassungsnormen nimmt, tut sie das aus einer Verfassungsperspektive im Wissen um mögliche Unterschiede zu einer völkerrechtlichen Sichtweise. Um die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen als verfassungsrechtliche Fragestellung in der notwendigen Tiefenschärfe zu erfassen, leistet die vorliegende Untersuchung zudem an verschiedenen Stellen einen rechtsmethodischen und rechtstheoretischen Aufwand. Zur Überführung solcher Gedanken in die Verfassungsdogmatik nimmt sie gewisse Abstriche im Hinblick auf den rechtsmethodischen und rechtstheoretischen Tiefgang in Kauf. 6

Kapitel 2 Methode

7 Wie hält es die Arbeit mit Methode und Forschungsstil?[4] Die vorliegende Analyse versteht sich als verfassungsdogmatische Untersuchung von legislativen Gestaltungskompetenzen zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch bei angenommenen Volksinitiativen. Das heisst: Sie will für erhöhte Transparenz und zusätzliche Struktur des Erkenntnisprozesses zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen sorgen, nach entsprechenden Handlungsmustern suchen, diese hinterfragen und sie in einem vierteiligen Schema weiterentwickeln:[5] Zuerst geht hierzu eine *Problemanalyse* auf «Verfassungsrecht im Widerspruch» als besonderes Steuerungsproblem ein (Teil I). Im Anschluss erörtert eine *Bestandsanalyse* die bestehenden Konzepte zum Umgang mit diesem Steuerungsproblem in der Verfassungslehre und der Verfassungspraxis (Teil II). Eine *Neuordnung* soll zum künftigen Umgang mit Steuerungsproblemen beitragen, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen (Teil III). Zum Schluss werden die gewonnenen Erkenntnisse über die Koordination von widersprüchlichen Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen in einer *Typologie* geordnet und verarbeitet (Teil IV). Die verfassungsrechtlichen Fragen, was Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ist und weshalb es solcher bedarf, soll und kann die Studie somit nicht abschliessend beantworten. Ziel ist es vielmehr, einen Referenzrahmen zu entwickeln, der bei der Suche nach Antworten auf diese Fragen hilft. Damit stellt sich die vorliegende Arbeit dem Vorwurf, keine fertigen Lösungen anzubieten in der Überzeugung, mittels Typenbildung mehr Probleme zu lösen.

8 Darüber hinaus ist das methodische Vorgehen geprägt von folgenden Grundüberzeugungen: der Überzeugung, dass eine Analyse der historischen Entwicklung von verfassungsdogmatischen Begriffen und Konzepten Einsicht in ihre heutige Bedeutung vermittelt; der Überzeugung, dass die Verfassungsdogmatik[6] – verstanden als gleichzeitiges Nutzen und Entwickeln von Verfassungsrecht – bestehende Dogmen zu hinterfragen hat und sie gegebenenfalls von ihrem Sockel stürzen muss, anstatt ihnen zu huldigen, um dem Recht eigene theoretische Voraussetzungen zu entwickeln und interne Widersprüchlichkeiten in solchen aufzu-

---

4 Die Frage lehnt sich an bei VOSSKUHLE, Methode und Pragmatik, 172.

5 Vgl. auch das umfassende «Sieben-Stufen-Modell» von VOSSKUHLE, Methode und Pragmatik, 188 ff.; ähnlich auch das Vorgehen bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 9 ff.

6 Zum Begriff und der Funktion der «Verfassungsdogmatik» eingehend SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 4 f.

decken; der Überzeugung, dass Dekonstruktion von Bestehendem nur dann legitim ist, wenn sie den Blick für neue Erkenntnisse öffnet und solche konstruiert; der Überzeugung, das Wissenschaftlichkeit von der Aufrichtigkeit und der Genauigkeit der angewandten Methoden abhängt;[7] und ausserdem der Überzeugung, dass ein dialektisches Gegenüberstellen von Auffassungen sich dazu eignet, bestehende Erkenntnisse zu erfassen, zu beurteilen und weiterzuentwickeln.

[7] B. WILLIAMS, Wahrheit und Wahrhaftigkeit, 26.

Kapitel 3 Aufbau

9 Wie ist die vorliegende Arbeit aufgebaut? Sie gliedert sich in vier Teile: Im ersten Teil wird dargelegt, was unter dem Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch infolge angenommener Volksinitiativen» verstanden wird, welches dessen Ursachen sind und welche Grundprobleme sich daraus ergeben. Eine spezielle Systematisierung der Volksinitiative, des Verfahrens der Verfassungsteilrevision und der Schranken der Verfassungsrevision soll dabei für neue Erkenntnisse sorgen und darlegen, weshalb die Volksinitiative ein Recht auf Widerspruch vermittelt und warum das Teilrevisionsverfahren einen Kanal darstellt mit dem Ziel, politische Konflikte zwecks ihrer Befriedung in Verfassungsform zu transformieren (Kapitel 1). Im Anschluss wird erörtert, wieso die Volksinitiative als «*Recht auf Widerspruch*» gegen bestehende Formen politischer Gestaltung verstanden werden kann, das mitunter *«Widersprüche in der Bundesverfassung»* hervorruft, die Steuerungsprobleme erzeugen, weil sie denselben Sachverhalt gegensätzlich regeln. Und weshalb es sich dabei um ein von der schweizerischen Staatsorganisation explizit in Kauf genommenes Phänomen zur Befriedung politischer Konflikte mit den Mitteln des Verfassungsrechts handelt (Kapitel 2 und Kapitel 3).

10 Der zweite Teil der Untersuchung widmet sich einer Bestandsanalyse der bestehenden Lösungsansätze in der Verfassungsdogmatik zum Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen hervorrufen. Eine rein deskriptive Analyse zeichnet hierzu bestehende Konzepte nach und ordnet sie, ohne sie näher zu bewerten. Zunächst wird in der Verfassungspraxis nach Mustern zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch infolge einer angenommenen Volksinitiative gesucht (Kapitel 1). Sodann muss sich die Arbeit mit der Frage auseinandersetzen, was Verfassungsauslegung ist und wie sie erfolgt, da die Verfassungspraxis die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen weitgehend als Problem der Verfassungsauslegung betrachtet. Für zusätzliche Orientierung soll dabei eine eigene Systematisierung der bestehenden Konzepte zur Auslegung und Konkretisierung von Verfassungsrecht im «Viereck der Verfassungsgestaltung» sorgen (Was, Weshalb, Wer, Wie), das von zwei parallel verlaufenden Ambitionen geprägt wird: der Verfassungsstabilität und der Verfassungsdynamik (Kapitel 2). Eine vertiefte Analyse der bestehenden Konzepte zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen im Allgemeinen (Kapitel 3) und ihrer Koordination, gemeint ist damit die verlässliche Klärung der Normposition, des normativen Kontextes und der Normrelationen von Verfassungsbestimmungen (Kapitel 4), verdeutlicht jedoch, dass die existierenden Lösungsansätze für den Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung infolge angenommener

Volksinitiativen vor allem aus zwei Gründen nur bedingt taugen: Zum einen internalisieren sie den staatspolitischen Eigenwert von angenommenen Volksinitiativen durch methodische Konstrukte in die Eigenlogik des Rechts mit dem Ziel, Widersprüche zwischen Verfassungsnormen zu begradigen. Zum andern schliessen sie vorschnell von Steuerungsproblemen, die angenommene Volksinitiativen erzeugen, auf erweiterte Gestaltungskompetenzen der verfassungshandhabenden Organe (Kapitel 5).

11 Im dritten Teil entwickelt die Studie ein neues Konzept für den Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen. Die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen wird hierzu nicht mehr als Auslegungsproblem verstanden, sondern als reflexiver Prozess, den die Bundesverfassung regelt. Weshalb dem so ist, legt Kapitel 1 des dritten Teils dar. Die verfassungsrechtliche *Ausgestaltung* von Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen erörtert Kapitel 2, die Regelung der *Ausübung* solcher Befugnisse Kapitel 3. Dabei wird aufgezeigt, dass und weshalb die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch eine besondere Form der Ausübung von Staatsgewalt darstellt und warum entsprechende Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung in Prozessen zur Machthemmung, zur Machteffektuierung und zur staatsleitenden Koordination systematisiert werden können, die allesamt darauf abzielen, zustimmungsfähige Leitentscheide über die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zu treffen. Neben den verfahrensrechtlichen und den institutionellen Vorgaben stiftet dabei ein verfassungsrechtlicher Handlungsmassstab Orientierung durch «Ausgleichsmaximen», «Bindungsmaximen» und «Moderationspflichten».

12 Im vierten Teil überführt die Untersuchung die gewonnenen Erkenntnisse in eine Typologie zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen. Sie trägt verschiedenen Motiven Rechnung, die hinter der Einräumung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen stehen. Fünf verschiedene Koordinationstypen sollen die Verfassungspraxis im Umgang mit Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen als Argumentationsspeicher entlasten und die Wiederaufnahme von Erfahrungen im Umgang mit Koordinationsproblemen erleichtern. Zum Schluss wird die vorliegende Studie in zehn Kernthesen zusammengefasst.

13 Jenen, denen die Zeit und die Musse fehlt, die gesamte Arbeit zu lesen, mag folgende Lesehilfe dienen: Konkrete Hinweise zum Umgang mit Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen finden sich in der Typologie in Teil IV und den zusammenfassenden Kernthesen im Anschluss daran. Wer mit den vorherrschenden Handlungsmustern zum Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen vertraut ist, kann mit der

Lektüre direkt bei Teil III einsteigen. Was die Analyse unter dem Titel «Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch» versteht, erörtert Teil III Kapitel 1 A. Teil III Kapitel 2 C. II ff. erklärt, wie legislative Gestaltungskompetenzen zur Koordination von widersprüchlichen Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen ausgestaltet und auszuüben sind.

I. Teil

Problemanalyse: Verfassungsrecht im Widerspruch als Steuerungsproblem

«Demokratie heisst, sich in die eigenen Angelegenheiten einzumischen.»[8]

MAX FRISCH

[8] Zitiert bei LAMMERS, Demokratie 27, im Titel.

Vorbemerkungen

Was ist Verfassungsrecht im Widerspruch, worin liegen seine Ursachen und welche Grundprobleme entstehen dadurch? Bevor wir uns dem Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen durch Koordination widmen, ist zu klären, weshalb angenommene Volksinitiativen mitunter Widersprüche zwischen Verfassungsnormen erzeugen und welche Eigenart diese besitzen. Der erste Teil der vorliegenden Studie untersucht dazu den Erlass neuer Verfassungsnormen in einem Verfahren der Verfassungsteilrevision, das mittels Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs eingeleitet wurde (Kapitel 1). Im Anschluss wird auf die Ursachen von Widersprüchen in der Bundesverfassung wegen angenommener Volksinitiativen eingegangen und dargelegt, weshalb es verfassungsmässig ist, Verfassungsnormen zu erlassen, die Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugen (Kapitel 2). Schliesslich haben wir die Grundprobleme von Verfassungsrecht im Widerspruch bei angenommenen Volksinitiativen zu erörtern (Kapitel 3): Warum wissen staatliche Organe, die mit einer angenommenen Volksinitiative konfrontiert werden, regelmässig nicht, wie sie sich verhalten sollen, und weshalb liegt in solchen Situationen ein besonderes Steuerungsproblem staatlichen Handelns vor? 14

Kapitel 1 Erlass neuer Verfassungsnormen

15 Wie ist der Erlass von neuem Verfassungsrecht geregelt? «Verfassungsgebung ist eine Form der Rechtsetzung»[9], die sich durch ein qualifiziertes Verfahren sowie ein besonderes Beschlussorgan – den Verfassungsgeber – kennzeichnet und durch die Bundesverfassung selbst geregelt ist (Art. 192 ff. BV).[10] Die nachfolgenden Ausführungen bezwecken nicht, den Vorgang der Verfassungsgebung[11] umfassend darzustellen, sondern beschränken sich darauf, drei seiner Herausstellungsmerkmale zu beleuchten, die für die Erzeugung widersprüchlicher Verfassungsnormen von zentraler Bedeutung sind: die Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs (Abschnitt A), das Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung (Abschnitt B) und die Schranken der Verfassungsrevision (Abschnitt C). Die dafür gewählte, von der traditionellen Darstellung abweichende Systematisierung dieser drei Erzeugungsbedingungen von Verfassungsrecht erhofft sich zusätzliche Erkenntnisse über das Zusammenspiel, die Wirkungen und die Zwecke der Volksinitiative, des Verfahrens der Teilrevision und der Schranken der Verfassungsrevision.

A. Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

16 Die Volksinitiative ist unbestritten ein besonderes Vorschlagsrecht zur Einleitung eines Verfassungsrevisionsverfahrens; ein «Antrag aus dem Volk an das

---

9 HÄFELIN, Verfassungsgebung, 100.

10 Die Verfassung bildet nach LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 44, ein System, das «zur Herstellung eigener Operationen auf das Netzwerk eigener Operationen angewiesen» ist und sich in diesem Sinne selbst «reproduziert» (sog. Autopoiesis); BURCKHARDT, Organisation, 209, betont, dass «die Revisionsbestimmungen, die doch selbst in der Verfassung stehen und mit ihr stehen und fallen, beanspruchen, zu bestimmen, wie neues Verfassungsrecht Geltung erlangen soll».

11 M.w.H. zu den Unterschieden zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung sowie den Begriffen als Synonyme im schweizerischen Verfassungsrecht RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 443; m.H. auf die Unterscheidung von «pouvoir constituant» und «pouvoir constitué» HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 12 Rz. 351 ff.; die Unterscheidung geht zurück auf SIEYÈS, État; m.w.H. dazu HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 349 ff.; siehe auch grundlegend JAGMETTI, Volkssouveränität.

Volk»[12], wie es F. FLEINER präzise formulierte. Als Produkt einer über 100-jährigen historischen Entwicklung und als Wesenszug des politischen Systems der Schweiz bildet die Volksinitiative aber auch einen «Identitätsfaktor» der Eidgenossenschaft als Willensnation und ein prägendes «Element ihrer demokratischen Kultur».[13] Um die Rolle der Volksinitiative im Rahmen des Erlasses neuer Verfassungsnormen in der notwendigen Tiefenschärfe zu erfassen, untersucht der folgende Abschnitt das Institut der Volksinitiative daher aus einer historischen (Abschnitt I), einer politologischen (Abschnitt II) sowie einer verfassungsrechtlichen (Abschnitt III) Perspektive.

I. Historische Perspektive: Die Volksinitiative im Wandel der Zeit

Einen eindeutigen historischen Ursprung der Volksinitiative gibt es nicht. Verschiedene Impulse bildeten zusammen einen Nährboden, aus dem das Instrument der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung, wie wir es heute kennen, im Wandel der Zeit erwuchs. 17

Gewiss wurzelt das Institut der Volksinitiative auch auf direktdemokratischen Elementen, die bereits in der alten Eidgenossenschaft existierten. Schliesslich war die Landsgemeinde während Jahrhunderten das zentrale Entscheidungsorgan auf dem Gebiet der Schweiz, das direktdemokratisch über die wichtigsten Sachfragen entschied.[14] Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass die Landsgemeinde keine Versammlung gleicher und freier Bürger im heutigen Sinne war. «Demokratie» galt damals als den Feudalherren abgerungenes Privileg eines Kollektivs.[15] 18

Die Idee der Volksinitiative hat ihre Ursprünge nachweislich auch im Staatsdenken des 19. Jahrhunderts, das im aufkommenden Verfassungsstaat nach Antworten auf die US-amerikanische und die Französische Revolution sowie ähnliche Ereignisse suchte.[16] Die Literatur verortet den Grundgedanken einer Mitwirkung 19

---

12 Die Formulierung beruht auf F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 398; sie wurde auch vom Bundesgericht übernommen (BGE 25 I 64, 77, E. 5) und von der Doktrin aufgenommen; vgl. etwa NOBS, Volksinitiative, 27; BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 34.

13 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 895; vgl. auch SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 6; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 7, Rz. 317 ff.

14 GRISEL, Initiative, 45.

15 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 921 ff.

16 KLEY, Verfassungsgeschichte, 262 ff.; KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, 65 ff.; ARENDT, Revolution, 183, diagnostiziert die Vorherrschaft eines «Verfassungsfiebers» zu jener Zeit.

des Volkes an der Rechtsetzung allen voran bei CONDORCET,[17] dem Mitautor des nie in Kraft getretenen Gironde-Verfassungsentwurfs von 1793, mit dem die konstitutionelle Monarchie nach der Hinrichtung von Louis XVI. in Frankreich abgeschafft werden sollte.[18] «Le grand art, dans une constitution libre», so CONDORCET, «est d'offrir au peuple un moyen légal et régulier de faire tout ce dont on prévoit que la volonté de conserver ses droits pourra lui inspirer le désir, afin que la violation évidente d'une loi constitutionnelle soit le seul cas où il puisse être obligé ou tenté de recourir à la force».[19] Die Volksinitiative wird hiermit gleichsam als Mittel umschrieben, um den Kampf der Bürger um ihre individuelle Selbstbestimmung[20] durch ein legales Mittel in rechtliche Bahnen zu lenken, den Gebrauch ursprünglich-natürlicher Gewalt einzelner Bürger zu verhindern und die bürgerliche «l'acceptation immédiate» der Verfassung zu stärken.[21] Dieses von CONDORCET konzipierte Initiativrecht ermächtigte bloss zur allgemeinen Anregung.[22] Zur Sicherung der Bereitschaft des Parlaments gegenüber einer Verfassungsrevision im Falle der Annahme einer Initiative postulierte er die Neuwahl des Parlaments.[23]

1. Die Volksinitiative in der Bundesverfassung von 1848

20 Die Bundesverfassung von 1848, welche die Eidgenossenschaft – gegen den Willen mehrerer Kantone[24] – als Demokratie, als Bundesstaat und als Rechtsstaat konstituierte,[25] organisierte den Bund als streng repräsentative Demokratie.[26] 50'000 Stimmbürger konnten zwar mittels Volksinitiative beantragen, dass «die Frage, ob eine Revision stattfinden soll oder nicht, dem schweizerischen Volke

---

17 KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, 79 f.; KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 26 ff., insb. 29.

18 KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 7 ff.

19 CONDORCET, Seconde Lettre, 391; m.w.H. LÜCHINGER, Condorcet, 226 ff.; KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 29; vgl. auch TUCK, Sleeping Sovereign, 249 ff., der unter Verweis auf Hobbes vom «sleeping Sovereign» spricht, jedoch hervorhebt, dass dieser im Rahmen von institutionalisierten Möglichkeiten zur Ausübung staatlicher Gewalt durch das Volk eben auch wieder erwachen kann.

20 Grundlegend zur individuellen Selbstbestimmung Rz. 426.

21 KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 46; KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, 80.

22 KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 29.

23 KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 29; LÜCHINGER, Condorcet, 226.

24 BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 29 ff.

25 Grundlegend zur Staatsorganisation der Schweiz als Demokratie, als Rechtsstaat und als Bundesstaat Rz. 409 ff.

26 KLEY, Verfassungsgeschichte, 290 ff.; AUBERT, Geschichtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 87 ff.

zur Abstimmung vorgelegt» wird.[27] Spricht «die Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger über die Frage sich bejahend» aus, «so sind beide Räthe neu zu wählen, um die Revision [der Bundesverfassung] zur Hand zu nehmen».[28] Ganz im Sinne CONDORCETS gewährte die Bundesverfassung von 1848 durch die Möglichkeit, aus dem Volk heraus eine Verfassungsrevision einzuleiten, einen Kanal für «legale Revolutionen»[29]. Zwischen einer Total- und einer Teilrevision wurde damals indes noch nicht differenziert und man war sich im Grundsatz einig, dass das Vorschlagsrecht einzig die Totalrevision zum Gegenstand hatte.[30]

Auch nach dem Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1848 blieb der Ausbau demokratischer Mitwirkungsrechte bei Sachentscheiden ein politisches Anliegen. Mit der «Demokratischen Bewegung» formierte sich eine Opposition gegen den damals in der Schweiz vorherrschenden elitären Manchesterliberalismus der «Bundesbarone» um Alfred Escher. Inspiriert vom Denken amerikanisch-französischer Rechtskreise, vertrat die Demokratische Bewegung einen individualistisch-freiheitlichen Republikanismus und sah in der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung ein geeignetes Instrument, um die mächtigen Repräsentativorgane an den Volkswillen zurückzubinden.[31] 21

Das Instrument der Volksinitiative auf Verfassungsrevision existierte in Bund[32] wie Kantonen[33] demnach bereits in unterschiedlichen Varianten. In der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs mit der Möglichkeit eines Gegenvorschlags, wie wir sie heute kennen, ist die Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung jedoch ein Kind der Verfassungsrevision des Kantons Zürichs von 1869.[34] Dort gelang es der Demokratischen Bewegung, die Volksinitiative auf Erlass oder die Aufhebung eines Gesetzes oder der Verfassung trotz Opposition seitens der Kreise um Alfred Escher in der neuen Kantonsverfassung zu verankern.[35] Vom Erfolg in den Kantonen getragen, nahm auch auf Bundesebene der Druck zu, die Volksrechte auszubauen. 22

27 Art. 113 BV 1848.

28 Art. 113 BV 1848.

29 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 35.

30 Art. 113 BV 1848 e contrario; NOBS, Volksinitiative, 24.

31 MAISSEN, Geschichte, 217.

32 Art. 113 BV 1848.

33 Art. 80 KV SH 1831; Art. 143 KV SG 1831; Art. 85 KV AG 1831; Art. 219 ff. KV TG 1831.

34 Art. 29 und 65 KV ZH 1869; von einer welthistorischen Bedeutung der Einführung der Volksinitiative spricht S. SCHMID, Welthistorische Bedeutung, 122 ff., 145; siehe auch SEFEROVIC, Volksinitiative, 16 ff.; AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 935; KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 60 f.

35 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 935; F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 12 f.

23 Am 4.07.1873 veröffentlichte der Bundesrat eine Vorlage zur Totalrevision der Bundesverfassung von 1848.[36] Eines der Hauptanliegen war dabei der Ausbau von Bundeskompetenzen, vor allem eine Neuorganisation des Militärs, und eine nationale Rechtsvereinheitlichung.[37] Zur Sicherung der Akzeptanz dieser Verfassungsänderungen seitens der Demokratischen Bewegung enthielt die Vorlage nebst einer Bundeskompetenz zur Fabrikgesetzgebung ein Gesetzesreferendum sowie eine Gesetzes- und Beschlussinitiative.[38] Ferner sollten die direktdemokratischen Mitwirkungsrechte den Machtverlust der Kantone aufgrund der neuen Bundeskompetenzen kompensieren.[39] Während das Gesetzesreferendum als «Prunkstück» in der Vorlage blieb, strichen die Räte das Instrument der Volksinitiative aus der Vorlage zur Totalrevision. KÖLZ begründet dies mit dem «allgemeinen Bestreben, nach der Konzedierung des Referendums das Prinzip der Parlamentsherrschaft nicht allzu stark zu schwächen».[40] Am 19.04.1874 nahm das Volk die angepasste Revisionsvorlage relativ deutlich[41] an, in Kraft trat die totalrevidierte Bundesverfassung schliesslich am 29.05.1874. Das neu eingeführte fakultative Gesetzesreferendum relativierte die bis dahin vorherrschende Organisation des Bundes als repräsentative Demokratie zwar in beträchtlicher Weise.[42] Eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung enthielt die Bundesverfassung von 1874 indes nicht. Trotz des eingeführten Gesetzesreferendums galt die Teilnahme des Volkes an der Gesetz- und – erst recht – der Verfassungsgebung weiterhin als etwas Fremdes, das höchstens die Ausnahme darstellen sollte.[43]

---

36 Durch Konzessionen, insbesondere in den Bereichen Zivilrecht, Militärwesen und Schulwesen, gelang es, die Westschweizer Föderalisten für die neue Vorlage zu gewinnen, die den ursprünglichen Verfassungsentwurf abgelehnt hatten. M.w.H. BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 15.

37 MAISSEN, Geschichte, 220.

38 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 614; MAISSEN, Geschichte, 220 f.

39 BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 14; MAISSEN, Geschichte, 221.

40 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 618.

41 Mit 340'000 zu 200'000 Volksstimmen und 14½ zu 7½ Standesstimmen; zitiert bei KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 623 f.

42 NOBS, Volksinitiative, 23.

43 So in Bezug auf die gescheiterte Vorlage von 1872 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 586.

2. Die Volksinitiative in der Bundesverfassung von 1874

Allen voran die katholisch-konservativen Kreise betrachteten die Bundesverfassung von 1874 als Diktat der freisinnigen Mehrheit,[44] sodass der «Ruf» nach zusätzlichen demokratischen Mitwirkungsrechten auf Stufe Bund auch nach der Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1874 nicht verhallte. Die von Nationalrat Joos am 3.08.1880 eingereichte parlamentarische Initiative zur konkreten Änderung eines einzelnen Verfassungsartikels griff dieses Unbehagen auf.[45] Der Bundesrat beurteilte dessen Initiative jedoch als «konstitutionelle Unmöglichkeit», weil sie sich auf einen spezifischen Artikel beziehe und keine Totalrevision der Bundesverfassung beantrage.[46] Die Bundesversammlung unterbreitete dem Volk daraufhin die Frage zur Abstimmung, ob eine (Total-)Revision der Bundesverfassung stattfinden soll,[47] was die Stimmberechtigten verneinten.[48] Mit diesem Vorgehen sahen sich Bundesrat und Bundesversammlung in ihrer Auffassung bestätigt, dass die Bundesverfassung von 1874 keine Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung enthält. 24

Dieses unsensible Auftreten der Behörden leistete dem Begehren nach weiteren Volksrechten zusätzlich Vorschub und bahnte den Weg für die im Jahr 1884 von katholisch-konservativen Nationalräten sowie kantonalen Arbeiterverbänden (Grütlivereine) eingereichte Motion, es sei eine Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung einzuführen.[49] Der Bundesrat wurde dadurch dazu gezwungen, eine Vorlage zur Änderung von Art. 120 aBV auszuarbeiten,[50] die eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung vorsah.[51] In der dazugehörigen Botschaft führte der Bundesrat aus, es könne auch «unmittelbar in Volkskreisen der Gedanke Platz greifen, es sei im Interesse der Entwicklung des Landes, eine bestimmte hindernde Vorschrift der Verfassung zu ändern oder eine neue Bestimmung aufzustellen».[52] «Die Frage, ob die Bundesverfassung revidiert werden solle» sei für das Volk «eine ganz andere als die, ob dieser oder jener bestimmte Artikel aufgehoben, abgeändert oder ergänzt werden solle».[53] Einem 25

---

44 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 633.

45 SEFEROVIC, Volksinitiative, 30 f.

46 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 637.

47 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 638 f.

48 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 639.

49 Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff.; KLEY, Verfassungsgeschichte, 319; KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 639 ff.

50 Zum Wortlaut Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff., 472.

51 NOBS, Volksinitiative, 25; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 7; m.w.H. KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 641 f.

52 Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff., 458 f.

53 Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff., 459.

«organisierten Petitionsrecht»[54] zuhanden des Volkes ähnlich, berechtigte der bundesrätliche Vorschlag zwar zur Einleitung einer Verfassungsteilrevision mittels Volksinitiative. «Wie» die Verfassung konkret zu ändern ist, sollten indes auch künftig die repräsentativen Organe bestimmen.[55] Erst im Ständerat wurde die Vorlage des Bundesrates zu einer Volksinitiative auf Teilrevision in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs nach dem Vorbild der Kantonsverfassung Zürichs ausgebaut.[56] Anders als CONDORCET, bevorzugte der Ständerat zur Sicherung der Wirkung einer Volksinitiative das relativ zur Neuwahl des Parlaments mildere Mittel der Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs. Das Plädoyer des Ständerates THEODOR WIRZ veranschaulicht bis heute die Gründe, welche den Ständerat zu diesem Schritt bewogen:

> *Neben dem «für sich selbst nicht produktiven» Referendumsrecht des Volkes, dürfe ein freier Mann und ein freies Volk «nicht nur ihre Vögte wählen, sie dürfen nicht nur Nein sagen, sie müssen auch schöpferisch und positiv ihrem Willen eine wirksame Manifestation verleihen dürfen».*[57] *Das vorgeschlagene Petitionsrecht erlaube es dem Parlament, «den ausgesprochenen Volkswillen ganz beliebig in sein Gegentheil [zu] verwandeln»; weil das Parlament nicht wie bei der Totalrevision aufgelöst wird, könne es «fortwalten und seinen Willen dem Volke oktroyieren».*[58] *«Es bedürfe das Recht, mit welchem sie in klar präzisirter Form und nicht nur im vagen, allgemeinen Umrissen das Postulat der Partialrevision dem Volksentscheide unterbreiten können. Damit und einzig damit ist die Garantie geboten, dass der Volkswille gegenüber demjenigen des Parlaments zum wahren, unverfälschten Ausdruck kommen kann. Damit und einzig damit ist jeder beträchtlichen Opposition im Lande der Weg an den Souverän geöffnet».*[59] *«Wir gehen aber auch nicht so weit, dass wir das Parlament zum bloßen Briefträger der Initianten machen und es zum Schweigen verurtheilen. Es soll in diesen fundamentalsten Fragen zwar dem Volksentscheide nicht präjudiziren dürfen, aber es soll der pflichtgemäße Berather des Volkes sein. Das Parlament, welches ja nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch der Verfassungsrath des Schweizervolkes ist, soll das gleiche Recht der Meinungsäusserung besitzen, wie 50'000 Schweizerbürger.»*[60]

26 Nachdem der Machtverlust des Parlaments gegenüber den Initianten mittels einer Kompetenz der Bundesversammlung, der Volksinitiative einen Gegenvorschlag

---

54 KLEY, Verfassungsgeschichte, 319; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 7.

55 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 7.

56 NOBS, Volksinitiative, 25; KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 642 ff.; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 10.

57 Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 17.

58 Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 19.

59 Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 20.

60 Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 20.

gegenüberzustellen, relativiert wurde,[61] folgte der Nationalrat dem Vorschlag des Ständerates knapp[62], sodass am 5.07.1891 60,3% des Volkes sowie 18 zu 4 Kantone der Änderung von Art. 121 aBV zustimmten.[63] Fortan gewährte Art. 121 aBV den im Parlament unterrepräsentierten Gruppen[64] ein Instrument zur Mitsprache, mit dem sie Sachanträge direkt dem Verfassungsgeber zur Abstimmung unterbreiten konnten, wenn sie den Repräsentativorganen misstrauten.[65]

3. Würdigung

Das Konzept der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs verbunden mit der Möglichkeit zum Gegenentwurf wurde – von verschiedenen Seiten beeinflusst – erst mit der Zeit zu dem, was wir heute darunter verstehen. Als geschichtliches Phänomen[66] ist die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung demnach weder bloss ein Instrument, das aus der Tradition der Landsgemeinde herauswuchs, noch eine schematische Kopie von CONDORCETS Idee der Volksinitiative. Wie so manches im langsam zusammenwachsenden Bundesstaat mit einer noch sehr schwachen Zentralstaatlichkeit stammt auch sie aus den Kantonen.[67] Zudem verleiht der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung ihre Entstehungsgeschichte vor allem in dreierlei Hinsicht erste Konturen: 27

Zum Ersten verdeutlicht die Entstehungsgeschichte der Volksinitiative ihre institutionelle Bedeutung. Die mit der Einführung der Volksinitiative verbundene Machtverschiebung von den repräsentativen Organen hin zu Volk und Ständen als Staatsorgane wertet die Literatur als Paradigmenwechsel vom Regierungssystem der «Hegemonialdemokratie» und von einem ausgebauten Parlamentarismus hin zu einer «Kooperativdemokratie».[68] Anders als das Volksreferendum relativiert die Volksinitiative die Organisation des Bundes als repräsentative Demo- 28

---

61 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 10.

62 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 643; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 11.

63 KLEY, Verfassungsgeschichte, 319; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 11.

64 Damals namentlich katholische, ländliche und konservative Bevölkerungskreise und Landesteile.

65 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 648; vgl. auch ROHNER, Wirksamkeit, 11.

66 M.w.H. zur Wechselwirkung von Verfassungsgeschichte und Verfassungsdogmatik WALDHOFF, Verfassungsgeschichte und Theorie der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 4, Rz. 11, 17 ff.

67 AUER, Kantonales Staatsrecht, Rz. 934.

68 NOBS, Volksinitiative, 25; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 12.

kratie nämlich nicht bloss, sondern gestaltet diese um und zwingt die Repräsentativorgane zur Kooperation mit den Initianten der Volksinitiative.[69]

29 *Zum Zweiten* widerspiegelt sich in der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Volksinitiative die bundesstaatliche Organisation der Eidgenossenschaft. Der Gegenstand der Volksinitiative bleibt bewusst auf die Verfassungsgebung beschränkt. Denn eine Gesetzgebungsinitiative auf Stufe Bund würde das ständische Prinzip vernichten, weil der Bund dadurch mit Hilfe des Volkes gegen den Willen der Kantone Verbandskompetenzen an sich ziehen könnte.[70]

30 *Zum Dritten* offenbart die historische Entwicklung der Volksinitiative ihre Funktion als Mittel zur Ausübung von zurückbehaltener Staatsgewalt in Bürgerkollektiven («recourir à la force»[71]). Das Instrument der Volksinitiative öffnet gleichsam einen legalen Korridor, in dem die Bürger um ihre natürlichen Selbstbestimmungsrechte kämpfen können.[72] Als Mittel zur «organisierten Revolution»[73] zielt die Volksinitiative darauf ab, die Akzeptanz der Bürger gegenüber der eingesetzten Staatsgewalt und der Verfassung zu stärken – CONDORCET spricht von der «l'acceptation immédiate»[74]. Damit leistet die Volksinitiative auch einen eigenen und komplementären Beitrag zum präventiven Verfassungsschutz.[75]

II. Politologische Perspektive: Politikgestaltung durch Volksinitiativen in der Konkordanzdemokratie

31 Seit ihrer Einführung im Jahr 1891 dient die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung als Mittel zur Einflussnahme auf den Inhalt politischer Gestal-

---

69 NOBS, Volksinitiative, 26.

70 Der Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 18, hält fest: Einzig «mit einer wirksam ausgebildeten Verfassungsinitiative greift man zurück auf den doppelten Urquell aller eidgenössischen Souveränität, auf das Volk und die Stände»; zum Zentralisierungseffekt einer Gesetzesinitiative auf Bundesebene auch KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 531 f.; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 910.

71 CONDORCET, Seconde Lettre, 391; vgl. auch LÜCHINGER, Condorcet, 226 ff.; KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 29.

72 Grundlegend zur individuellen Selbstbestimmung Rz. 426; zu den Mitteln einer legalen Revolution auch Rz. 55, 662 ff.

73 Zitiert bei L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 36.

74 KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 46.

75 M.w.H. dazu auch Rz. 55.

tung.[76] Politologisch betrachtet ist die Einleitung einer Verfassungsrevision nämlich bei weitem nicht der einzige Grund zur Lancierung einer Volksinitiative, denn die Politikwissenschaften differenzieren zwischen verschiedenen politischen Motiven für einen Griff zum Instrument der Volksinitiative auf der Mikroebene (Abschnitt 1) sowie der Makroebene (Abschnitt 2).[77]

1. Politische Funktionen der Volksinitiative auf der Mikroebene

Auf der Mikroebene wird die Volksinitiative als Instrument politischer Akteure umschrieben. Es werden verschiedene Motivationen ausgewiesen für einen Zusammenschluss politischer Akteure mit dem Ziel,[78] durch eine Volksinitiative auf den politischen Prozess einzuwirken.[79] Die Literatur unterscheidet auf der Mikroebene zwischen der *Oppositionsfunktion* einer Volksinitiative, ihrer *Funktion als Verhandlungspfand*, ihrer *Innovationsfunktion* sowie ihrer *Marketing- und Mobilisierungsfunktion*. 32

Erstens ist die Volksinitiative ein politisches Handlungsinstrument, mit dem ein politischer Akteur inhaltliche Forderungen gegenüber den repräsentativen Behörden unmittelbar durchsetzen kann (*Oppositionsfunktion*).[80] In einer Konkordanzdemokratie wie der Schweiz, auf deren Eigenart hier vorerst nicht näher eingegangen wird,[81] ist die Volksinitiative als Kanal zur Artikulation von punktuellem Dissens besonders wichtig. Als Mittel zur Opposition verhindert sie, dass gewisse Forderungen dauernd aus dem politischen Prozess ausgeschlossen und gewisse Gruppen oder Anliegen an den Rand gedrängt werden.[82] Denn: Die Tyrannei der Konkordanz kann sich gegenüber Randgruppen genauso abscheulich zeigen wie die «Tyrannei der Mehrheit»[83] für Minderheiten. Die Volksinitiative ist jedoch mehr als ein blosser Ersatz der parlamentarischen Opposition in einer Konkordanzdemokratie, da sie auch den Regierungsparteien ermöglicht, 33

---

76 Vgl. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 278; umfassend zur praktischen Bedeutung der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung ROHNER, Wirksamkeit, 177 ff.; zur beschränkten Wirkung der Form der allgemeinen Anregung hingegen SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 16 f.

77 NOBS, Volksinitiative, 43; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 136–142, Rz. 16 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2196.

78 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 279.

79 Vgl. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 276.

80 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 308; LINDER/MUELLER, Demokratie, 321; RHINOW, Demokratie, 207 ff.

81 M.w.H. zur Staatsorganisation als Konkordanzdemokratie Rz. 414, 467 f.

82 LINDER/MUELLER, Demokratie, 299, 321 f.; kritisch auch BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 384 ff.

83 Der Begriff findet sich bereits bei DE TOCQUEVILLE, Demokratie in Amerika, 145.

Opposition aus konkretem Anlass zu betreiben. Von einem Missbrauch der Volksinitiative zu sprechen, wenn grosse Parteien zur Volksinitiative greifen, scheint in einer oppositionsarmen Konkordanzdemokratie demnach verkürzt. Schliesslich ist auch eine Konkordanzdemokratie auf ein gewisses Mass an Opposition und anderen Meinungen[84] angewiesen; woher diese stammen, ist nicht entscheidend.

34 Zweitens kann mittels Volksinitiative Druck auf Regierung und Parlament erzeugt werden, um einen direkten oder indirekten Gegenentwurf zu provozieren (*legislative bargaining*).[85] Hierbei dient die Volksinitiative gleichsam als Drohkulisse oder Verhandlungspfand, das die politischen Behörden dazu zwingt, einen zustimmungsfähigen Kompromiss im vorgebrachten Anliegen zu erarbeiten.[86] Ist der Zweck einer solchen Volksinitiative erreicht, ziehen die Initianten sie regelmässig zurück. Speziell in einer Konkordanzdemokratie ist diese taktische Funktion einer Volksinitiative von eminenter Bedeutung, weil die Stimmbürger die eingesetzten Organe so auch zur Kooperation zwingen können, ohne dass die Bundesverfassung tatsächlich abgeändert wird.[87]

35 Drittens kann der politische Akteur mittels Volksinitiative auf alternative Inhalte und Problemlösungen aufmerksam machen, die auf der politischen Bühne nicht präsent sind,[88] und dafür eine «ehrenvolle Niederlage» an der Urne in Kauf nehmen (*Innovationsfunktion*).[89]

36 Viertens dient die Volksinitiative im «Wettbewerb der Parteien um Wählerstimmen»[90] (sog. Public-Choice-Theorie[91]) mitunter auch als Mittel zur Mobilisation der Öffentlichkeit für bestimmte Anliegen (*Marketings- oder Mobilisierungsfunktion*).[92] Der Wähler wird hierfür mittels Volksinitiative auf Probleme auf-

---

84 MÖLLERS, Normen, 453; vgl. auch MOUFFE, Paradox, 107 ff.

85 ROHNER, Wirksamkeit, 42 f.; NOBS, Volksinitiative, 49 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2198; LINDER/MUELLER, Demokratie, 322.

86 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 309; für Beispiele in der Praxis siehe ROHNER, Wirksamkeit, 42 f.

87 REICH, Konflikt, 989.

88 NOBS, Volksinitiative, 51; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 309.

89 NOBS, Volksinitiative, 51.

90 SCHUMPETER, Democracy, 269; vgl. auch HABERMAS, Faktizität, 401–405.

91 M.w.H. REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 92 ff.

92 ROHNER, Wirksamkeit, 44 f.; LINDER/MUELLER, Demokratie, 323; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2199; LINDER/MUELLER, Demokratie, 322 f.; ROHNER, Wirksamkeit, 44 ff.; vgl. auch REICH, Konflikt, 990 ff.

merksam gemacht, für die im Wahlkampf anschliessend (scheinbare) Lösungen angeboten werden.[93]

2. Politische Funktionen der Volksinitiative auf der Makroebene

Auf der Makroebene geht es um die institutionelle Rolle der Volksinitiative im politischen System der Eidgenossenschaft als Ganzes.[94] Die Literatur unterscheidet dabei zwischen der *Effektuierungsfunktion*, der *Integrationsfunktion*, der *Korrekturfunktion* sowie der *Diskursfunktion* einer Volksinitiative. 37

Erstens verleiht die Volksinitiative dem politischen Prozess Schub und dient ihm als «Gaspedal»[95] (*Effektuierungs- oder Innovationsfunktion*). Unabhängig vom Ausgang einer etwaigen Volksabstimmung,[96] werden durch eine Volksinitiative zuvor nicht oder zu wenig beachtete Themen dem politischen Diskurs zugeführt, sodass in der Gesellschaft eine Reflexion über Präferenzen unter Rücksicht auf bisher nicht beachtete Externalitäten stattfindet.[97] Je mehr allerdings der politische Prozess mittels Volksinitiative beschleunigt werden soll, desto geringer sind ihre Erfolgsaussichten an der Urne.[98] 38

Zweitens agiert die Volksinitiative auch auf der Makroebene als notwendiges «Korrektiv in der Konkordanzdemokratie»[99], das Opposition, Protest und Unzufriedenheit ein «Ventil»[100] gewährt, um sie in den politischen Prozess zu integrieren (*Integrationsfunktion*).[101] Diese Suche nach der «acceptation immédiate» hob bereits CONDORCET hervor und findet in der Bundesverfassung eine eigen- und wohl auch einzigartige Ausprägung.[102] 39

---

93 Eine zunehmende Bedeutung dieser Mobilisierungsfunktion der Volksinitiative hat sich im Rahmen politologischer Untersuchungen nicht bestätigt; vgl. LINDER/MUELLER, Demokratie, 323, 326; empirisch nachweisbar ist laut RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2200, indes, dass in der zweiten Hälfte einer Legislaturperiode jeweils deutlich mehr Volksinitiativen eingereicht werden als in der ersten.

94 LINDER, Grundzüge des politischen Systems, VdS, § 64, Rz. 24.

95 LINDER/MUELLER, Demokratie, 321.

96 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 23.

97 NOBS, Volksinitiative, 44; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 811; LINDER/MUELLER, Demokratie, 299, 321.

98 LINDER/MUELLER, Demokratie, 325 f.

99 LINDER/MUELLER, Demokratie, 321 f.

100 LINDER/MUELLER, Demokratie, 321 f.

101 ROHNER, Wirksamkeit, 46; NOBS, Volksinitiative, 44; NEIDHART, Politische Schweiz, 385.

102 Siehe Rz. 30.

40 Drittens dient die Volksinitiative auf der Makroebene als Mittel zur Korrektur unerwünschter Entscheide seitens der repräsentativen Behörden (*Korrekturfunktion*). Das Volk kann Sachentscheide der repräsentativen Organe mittels Volksinitiative via Verfassung nämlich auch dort berichtigen, wo keine direktdemokratischen Mitwirkungsrechte bestehen.[103] Und der Inaktivität politischer Behörden kann durch verbindliche verfassungsrechtliche Gestaltungsaufträge entgegengewirkt werden.[104]

41 Viertens leitet die Volksinitiative den politischen Prozess nicht einfach ein und überlässt ihn nachher sich selbst. Die Volksinitiative trägt auch dazu bei, dass der Stimmbürger politische Entscheide als mitverantwortet und darum akzeptabel auffasst (*Diskursfunktion*).[105] Eine Volksinitiative, so die These, setzt einen «kollektiven Lernprozess»[106] in Gang, der für eine erhöhte Legitimität des politischen Entscheides[107] sorgt und die Behörden dazu zwingt, mit der Öffentlichkeit in einen Diskurs über ein konkretes politisches Projekt zu treten («responsible government»).[108]

3. Würdigung

42 Die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung besitzt eine eminente staatspolitische Bedeutung im schweizerischen Verfassungsstaat, die weit über die Einflussnahme auf ein politisches Projekt der Verfassungsgebung hinausgeht. Gewiss ist die Volksinitiative ein «Identitätsfaktor» und ein «Element einer demokratischen Kultur» in der Schweiz,[109] das zu einer lebendigen Zivilgesellschaft beiträgt. In ihren verschiedenen politischen Funktionen sucht die Volksinitiative jedoch vor allem nach Steuerungseffekten in Bezug auf den Inhalt der politischen Gestaltung in der Schweiz: sei es direkt via verbindliche Rechtsvorgabe auf Stufe Verfassung, indirekt durch die Lancierung politischer Projekte oder durch die Erhöhung des Kooperationszwangs auf Seiten der eingesetzten Organe. Politologisch betrachtet handelt es sich bei der Volksinitiative demzufolge in erster Linie um ein Mittel zur Formulierung neuer Ideen und zur Artiku-

---

103 NOBS, Volksinitiative, 46; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 22; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 285, 309; RHINOW, Demokratie, 203.

104 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 285.

105 HABERMAS, Faktizität, 154; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 311.

106 NOBS, Volksinitiative, 47; z. T. wird auch etwas paternalistisch von staatsbürgerlichem Erwachsenenunterricht gesprochen, so etwa RHINOW, Demokratie, 217.

107 M.w.H. dazu LINDER/WIRZ, Direkte Demokratie, in: Handbuch der Politik, 160 f. mit Verweis auf J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit.

108 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 20; REICH, Konflikt, 986.

109 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 895.

lation von Anliegen, die im ordentlichen politischen Prozess nicht auf Gehör stossen.

III. Verfassungsrechtliche Perspektive: Die Volksinitiative als Rechtsinstitut der Bundesverfassung

Worin liegt die Eigenart der Volksinitiative als «Rechtsinstitut»[110] der Bundesverfassung? Der Verfassungstext erwähnt die Volksinitiative doppelt: einmal im 3. Titel über Volk und Stände (Art. 138 ff. BV), einmal im 6. Titel über die Revision der Bundesverfassung (Art. 193 ff. BV). Näheres regelt das Gesetz.[111] Die Verfassungsdogmatik qualifiziert die Volksinitiative gemeinhin als besonderes Vorschlagsrecht, mit dem ein Beschluss über die Verfassungsänderung beantragt werden kann:[112] besonders zum einen aufgrund ihres direktdemokratischen Charakters, da sie den unorganisierten Volksteilen dasselbe Vorschlagsrecht gewährt wie den eingesetzten Organen; besonders zum andern wegen ihrer verbindlichen Rechtsnatur, denn anders als eine Petition[113] nimmt die Volksinitiative Bundesrat und Bundesversammlung in die Pflicht, dem Verfassungsgeber einen Vorschlag über die Verfassungsrevision zu unterbreiten.[114] Dass die Bundesverfassung zwei unterschiedliche Formen der Volksinitiative kennt, ist allgemein bekannt (Abschnitt 2). Nicht immer die notwendige Beachtung erfahren ihre Besonderheiten im Hinblick auf den Adressaten, den Träger, den Gegenstand (Abschnitt 1) und die Funktionen (Abschnitt 3) einer Volksinitiative. 43

1. Adressat, Träger und Gegenstand einer Volksinitiative

Träger des Rechts, eine Volksinitiative zu erheben, ist das Volk. Gemeint ist das Volk als Kollektiv von Stimmbürgern, nicht als Gesamtheit. Innerhalb dieses Kollektivs ist zu unterscheiden zwischen den Initianten, die eine Volksinitiative lancieren, sowie den mindestens 100'000 Stimmbürgern, deren Unterschriften das Zustandekommen einer Volksinitiative voraussetzt. Adressat einer Volksinitiative sind Volk und Stände als Verfassungsgeber, wobei sich das «Volk» als Beschlussorgan aus der Gesamtheit der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger zusammensetzt.[115] Der Verfassungstext spricht im Zusammenhang mit der Volks- 44

---

110 Von der Volksinitiative als «Rechtsinstitut» sprechen auch HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 7, 127.

111 Art. 68 ff. BPR.

112 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 1040; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 8, Rz. 361.

113 Vgl. Art. 33 BV.

114 NOBS, Volksinitiative, 28.

115 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 7, Rz. 328.

initiative interessanterweise konsequent den Träger an, während Volk und Stände als Adressaten einer Volksinitiative durchgehend unerwähnt bleiben.[116]

45 Den Gegenstand der Volksinitiative beschränkt die Bundesverfassung auf den Antrag, die Bundesverfassung zu erneuern (Art. 138 BV) oder zu ändern (Art. 139 BV).[117] Mit anderen Worten handelt es sich bei der Volksinitiative um einen «Antrag aus dem Volk an das Volk»[118], mit dem ein Kollektiv von Stimmbürgern als Antragsorgan ein ebenfalls aus Stimmbürgern zusammengesetztes Beschlussorgan um einen Entscheid über die Änderung der Bundesverfassung ersucht. Eine Gesetzesinitiative oder eine Verwaltungsinitiative kennt die Bundesverfassung nicht. Der eingeschränkte Gegenstand der Volksinitiative erzeugt zum einen machthemmende Effekte[119] zugunsten der Kantone und verhindert, dass der Bund mit Hilfe des Volkes gegen den Willen der Kantone Verbandskompetenzen an sich ziehen kann.[120] Zum andern sorgt die Konzeption des Gegenstandes der Volksinitiative für machteffektuierende Effekte[121], indem sie im Kernbereich parlamentarischer Tätigkeit – der Gesetzgebung – einer übermässigen Blockade staatlicher Handlungsfähigkeit durch das Volk entgegenwirkt und den Stimmbürgern dort bloss Kontrollrechte in der Form des Referendums zugesteht.[122]

---

116 «100'000 Stimmberechtigte können innert 18 Monaten seit der amtlichen Veröffentlichung ihrer Initiative eine Teilrevision der Bundesverfassung verlangen» (Art. 139 Abs. 1 BV) oder «eine Totalrevision der Bundesverfassung vorschlagen» (Art. 139 Abs. 1 BV); vgl. auch Art. 194 Abs. 1 BV: « Eine Teilrevision der Bundesverfassung kann vom Volk verlangt oder von der Bundesversammlung beschlossen werden»; m.w.H. zur Einleitung einer Verfassungsrevision und der Beschlussfassung darüber auch Rz. 63 ff., 77 ff.

117 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2153; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 14; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 139, N 5 ff.; BGE 108 Ia 165, 166, E. 2.

118 Vgl. Fn. 12.

119 M.w.H. zur Machthemmung als staatsorganisatorisches Grundanliegen Rz. 450 ff.

120 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 910.

121 M.w.H. zur Machteffektuierung als staatsorganisatorisches Anliegen Rz. 455 ff.

122 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 909; nach TSCHANNEN, Staatsrecht, § 49, Rz. 20, wird die Idee einer von repräsentativen Organen geprägten Bundesgesetzgebung jedoch dadurch relativiert, dass sich die Verfassungsinitiative auch auf Gegenstände der Gesetzes- oder der Verwaltungsinitiative beziehen kann.

2. Formen der Volksinitiative

Die Bundesverfassung kennt zwei verschiedene Formen der Volksinitiative:[123] die *allgemeine Anregung* und den *ausgearbeiteten Entwurf*.[124] Die Volksinitiative in der Form einer *allgemeinen Anregung* beauftragt die Bundesversammlung damit, dem Verfassungsgeber eine Textvorlage zum Erlass, zur Änderung oder zur Aufhebung bestimmter Verfassungsnormen zu unterbreiten.[125] Ein solcher Revisionsantrag stammt zwar aus dem Volk, den konkreten Änderungsvorschlag erarbeiten indes die gesetzgebenden Organe. Bundesrat und Parlament haben im Sinne und im Namen des Volkes eine Textvorlage zur Verfassungsänderung zu entwerfen und diese dem Verfassungsgeber zur Abstimmung zu unterbreiten. In der Praxis ist die Form der allgemeinen Anregung relativ selten und hat bisher noch nie zu einer Verfassungsänderung geführt.[126] 46

Davon zu unterscheiden ist die Volksinitiative in der Form eines *ausgearbeiteten Entwurfs*. Sie richtet einen Vorschlag zur Verfassungsänderung, den zuvor ein Bürgerkollektiv ausgearbeitet hat, ohne Rücksicht auf anderslautende Prioritäten von Regierung und Parlament direkt an den Verfassungsgeber.[127] Die Bundesversammlung bleibt hierbei dazu verpflichtet, dem Verfassungsgeber die mittels Volksinitiative eingebrachte Änderungsvorlage «in all ihren gültigen Teilen, so wie sie lautet, der Volksabstimmung zu unterbreiten».[128] Die Rolle von Bundesrat und Parlament beschränkt sich im Kontext einer ausformulierten Volksinitiative auf jene eines Beraters des Verfassungsgebers. 47

Die beiden Formen der Volksinitiative sind von Verfassungs wegen gleichrangig und gleichwertig.[129] In Bezug auf die Texthoheit bestehen indes beträchtliche Unterschiede: Je nach Form der Volksinitiative erarbeiten entweder die Bundesversammlung und die ihr vorgelagerten Behörden oder aber die Initianten den Text einer Vorlage zur Verfassungsrevision.[130] Über die jeweilige Form einer Volksinitiative bestimmen die Initianten. Sie tragen sowohl das Risiko der Ver- 48

---

123 Vgl. TSCHANNEN, Einheit der Form, 4 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2158, unterscheiden zwischen drei Formen von Volksinitiativen, indem sie die Totalrevision als zusätzliche Form erachten.

124 M.w.H. SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 27; KLEY, Demokratisches Instrumentarium, in: Staatsrecht, § 24, Rz. 62 ff.; in Bezug auf das kantonale Verfassungsrecht auch BGE 139 I 292, 296, E. 5.8.

125 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 68.

126 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 16 f.

127 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 37.

128 Art. 23 i.V.m. Art. 99 ParlG.

129 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 31.

130 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 27; vgl. auch den historischen Willen des Bundesrates Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff., 466.

wässerung einer allgemeinen Anregung durch das Parlament wie auch die Risiken einer selbst formulierten Vorlage zur Verfassungsänderung.[131] Bei Zweifeln über die Form einer Volksinitiative stellt die Lehre teils auf den Willen der Initianten ab,[132] teils auf die Eignung des Texts zur unveränderten Übernahme in die Verfassung. Ob die Verfassung nach einer allfälligen Annahme Widersprüche oder andere Mängel enthalten könnte, ist im Hinblick auf die Initiativform irrelevant.[133] Entscheidend ist ihre redaktionelle, nicht ihre rechtsetzungstechnische Qualität.

3. Verfassungsrechtliche Funktionen der Volksinitiative

49 Welche Funktionen besitzt das Institut der Volksinitiative? Die Volksinitiative ist mehr als ein besonderes Vorschlagsrecht der Stimmbürger zur Verfassungsrevision, das belegen ihre verschiedenen, im Schrifttum[134] anerkannten, staatsrechtlichen Funktionen. In ihrer individualrechtlichen Funktion vergrössert die Volksinitiative die politische Autonomie des Stimmbürgers durch ein Vorschlagsrecht im Rahmen der Verfassungsrevision (Abschnitt a). In ihrer institutionellen Funktion (Abschnitt b) vermittelt sie einem Kollektiv von Stimmbürgern im Verfahren der Verfassungsänderung dieselben Vorschlagsrechte wie den Repräsentativorganen (Art. 138 ff. BV).

a) Individualrechtliche Funktion

50 In ihrer individualrechtlichen Bedeutungsschicht konkretisiert die Volksinitiative die politischen Rechte des Stimmbürgers (Art. 34 BV) für das spezifische Verfahren der Verfassungsgebung.[135] Dieses verfassungsmässige Recht schützt zum einen den Zugang zum Initiativrecht: Jeder Bürger hat das Recht, das Verfahren der Verfassungsrevision zusammen mit anderen Stimmbürgern einzuleiten.[136] Zum andern sichert die Volksinitiative den Anspruch, dass über eine mittels

---

131 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 28.

132 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 31.

133 TSCHANNEN, Einheit der Form, 8.

134 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 13 ff.; NOBS, Volksinitiative, 26; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 7, Rz. 306 ff.; m.w.H. zur dualistischen Natur politischer Rechte TSCHANNEN, Staatsrecht, § 48, Rz. 11; Schwäche dieser Auffassung ist nach TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 26, dass sie eine funktionale Differenzierung von Staat und Gesellschaft vornimmt, indem sie gesellschaftliche Kräfte einfach in staatsrechtliche Kräfte transformiert. Diese Spannung zwischen der Perspektive des Einzelnen und jener des Kollektivs wird jedoch als eine theoretische Notwendigkeit betrachtet, die es auszuhalten gelte.

135 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 13.

136 SGK-BV, STEINMANN, Art. 34, Rz. 12; BGE 108 Ia 165, 166 f., E. 2.

Volksinitiative vorgebrachte Vorlage abgestimmt wird.[137] Schliesslich sind Volksinitiativen zwar nicht immun gegenüber Gegenentwürfen der repräsentativen Behörden,[138] aber werden geschützt vor einer ungerechtfertigten Ungültigkeitserklärung.[139] Eine Umsetzungsbeschwerde, wie sie bei kantonalen Volksinitiativen zumindest in Bezug auf die allgemeine Anregung besteht, existiert für Volksinitiativen auf Stufe Bund de lege lata generell nicht.[140] Ferner darf der grundrechtlich geschützte Anspruch auf eine verfassungsgemässe Ausübung des Initiativrechts keinesfalls verwechselt werden mit dem ebenso aus Art. 34 Abs. 2 BV fliessenden Recht auf Schutz der Willensbildung, der allgemeinen und unverfälschten Stimmabgabe sowie der Teilnahme an Abstimmungen über Volksinitiativen.[141] Diese Teilgehalte von Art. 34 BV beziehen sich allesamt nicht auf die politischen Rechte zur Einleitung einer Verfassungsrevision, sondern auf die Mitwirkungsrechte an der Abstimmung über eine Verfassungsrevision.[142]

b) Institutionelle Funktion

In ihrer institutionellen Bedeutungsschicht präzisiert die Volksinitiative die in der und durch die Bundesverfassung ausgestaltete Staatsorganisation, indem sie dem in Bürgerkollektiven organisierten Volk dieselben Vorschlagsrechte gewährt wie dem Volk, das sich in den repräsentativen Organen organisiert.[143] Neben den repräsentativen Organen soll also auch ein Kollektiv von mindestens 100'000 Stimmbürgern dem Verfassungsgeber eine Verfassungsänderungsvorlage unterbreiten können. Sodann formt die Volksinitiative die Organkompetenzen und die institutionelle Rolle von Stimmbürgern näher aus, die sich in einem Bürgerkollektiv zusammenschliessen.[144] Schliesslich erzeugt eine Volksinitiative in ihrer institutionellen Funktion machthemmende und machteffektuierende Effekte. Sie wirkt machteffektuierend auf die Befugnisse von Volk und Ständen durch eine Erweiterung der politischen Rechte auf Sachentscheide. Machthemmende Effekte entfaltet eine Volksinitiative gegenüber Bundesversammlung und 51

137 M.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 51, Rz. 14; SGK-BV, STEINMANN, Art. 34, Rz. 13 f.; vgl. BGE 108 Ia 165, 166, E. 2.

138 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 51, Rz. 18 f.; SGK-BV, STEINMANN, Art. 34, Rz. 25; BGE 113 Ia 46, 53, E. 5a.

139 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 51, Rz. 20.

140 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 189, N 7; siehe aber etwa BGE 141 I 186.

141 Vgl. dazu auch Rz. 91; siehe auch OFK-BV, BIAGGINI, Art. 34, N 15; BGE 141 II 297, 299, E. 5.2.

142 Vgl. zu den einzelnen Phasen einer Teilrevision der Bundesverfassung Teil I Kapitel 1 B. II; zur Beschlussfassung insbesondere Rz. 77 ff.

143 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 14; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 12.

144 Vgl. BGE 119 Ia 167, 172, E. 1d; siehe auch KELSEN, Demokratie, 166.

Bundesrat: schwächer durch die Form der allgemeinen Anregung, die gegenüber den repräsentativen Organen weniger einschränkend wirkt; stärker durch die Form des ausgearbeiteten Entwurfs, die dem Bundesrat und der Bundesversammlung den Entscheid über das Schicksal des Gegenstandes einer Verfassungsrevision entzieht.[145]

IV. Zwischenfazit: Die Volksinitiative als Recht auf Widerspruch

52 Worin liegen Eigenart und Zweck der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung? Gewiss garantiert die Volksinitiative ein besonderes Vorschlagsrecht im Verfahren der Verfassungsrevision. Ein derart formaljuristisches Verständnis erfasst jedoch nur deren äusserste Bedeutungsschicht. Eine Analyse aus verschiedenen Perspektiven hat nämlich die Sicht auf zusätzliche Funktionen der Volksinitiative freigelegt: ihre staatsorganisatorische Funktion, ihren Charakter als rechtlich-politisches Doppelphänomen sowie ihre Rolle als Recht auf Widerspruch gegen Formen politischer Gestaltung.

53 Einmal bezweckt das Instrument der Volksinitiative auf Verfassungsteilrevision aus einer *staatsorganisatorischen Perspektive* eine ganz bestimmte Ausformung der Eidgenossenschaft als Rechtsstaat und als Demokratie: In rechtsstaatlicher Hinsicht wirkt sich die Volksinitiative machthemmend auf die Befugnisse der eingesetzten Organe aus, machteffektuierend auf jene eines Kollektivs von Stimmbürgern, indem sie dem Volk im Verfahren der Verfassungsrevision dieselben Vorschlagsrechte gewährt wie dem Bundesrat und der Bundesversammlung. In demokratischer Hinsicht dient die Volksinitiative primär als Chiffre einer direktdemokratischen Staatsorganisation. Nicht immer genügend Beachtung findet dadurch ihre bedeutende Funktion in einem als Konkordanzdemokratie organisierten Staat wie der Schweiz.[146] Als Instrument der Opposition sorgt sie für das notwendige Mass anderer Meinungen, die eine Demokratie am Leben erhalten. Gleichsam als Gegenstück[147] zur institutionalisierten Suche konkordanter Lösungen führt die Volksinitiative dem politischen Prozess Anliegen zu, die ansonsten nicht beachtet würden.

54 Sodann durchdringt der Zweck der Volksinitiative ihren Charakter als *rechtlich-politisches Doppelphänomen,* das zugleich rechtliche und politische Steuerungseffekte sucht.[148] Eine Volksinitiative wirkt als politisches Instrument – auch

145 NOBS, Volksinitiative, 29; vgl. auch BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 34.

146 M.w.H. zur Schweiz als Konkordanzdemokratie Rz. 414, 467 f.

147 LINDER, Volksrechte, 48.

148 M.w.H. zum Verhältnis von Recht und Politik Rz. 392; spezifisch in Bezug auf die Volksinitiative Rz. 52 ff.

jenseits einer eigentlichen Verfassungsrevision – steuernd auf die politische Gestaltung der Schweiz ein. Als rechtliches Instrument vermittelt sie gleichsam Zugriffsrechte auf den politischen Prozess. Auf diese Weise institutionalisiert die Volksinitiative eine Politisierung von Recht und eine Verrechtlichung von Politik und vermittelt als speziell ausgeformter Verbindungskanal zwischen den Eigenrationalitäten von Recht und Politik, ohne sie ineinander aufzulösen.

Diese Koppelungsfunktion der Volksinitiative öffnet die Sicht auf einen weiteren Zweck der Volksinitiative in der verfassungsstaatlichen Ordnung der Schweiz. Speziell in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs vermittelt das Instrument der Volksinitiative Bürgerkollektiven auch ein *Recht auf Widerspruch* gegenüber Formen politischer Gestaltung, mit dem gegen den Willen der eingesetzten Organe Einfluss auf den Inhalt staatlicher Tätigkeit genommen werden kann.[149] Damit sind wir zu einer ersten Grundthese der vorliegenden Analyse vorgestossen: die Volksinitiative als Recht auf Widerspruch gegen bestehende Formen der Politik durch Verfassungsrecht. Angesprochen ist ein Recht *«auf»* Widerspruch in einem Verfahren, also etwas grundlegend anderes als Konstellationen von Rechtsnormen *«im»* Widerspruch.[150] Ähnlich wie das Impeachment-Verfahren in der US-amerikanischen Verfassung als legale Form eines Tyrannenmordes oder Staatsstreiches gedacht war und ist,[151] vermittelt die ausformulierte Volksinitiative in und durch die Verfassung ein Mittel zum Kampf um die individuelle Selbstbestimmung als Alternative zur illegitimen Gewaltausübung.[152] Im Bewusstsein, dass der Erhalt der verfassungsstaatlichen Ordnung in der multiethnischen und vielsprachigen «Willensnation Schweiz» ganz entscheidend von der Verfassungsakzeptanz[153] abhängt, garantiert die Bundesverfassung ein Recht auf Widerspruch gegenüber bestehenden Formen legitimer Staatsgewalt, um die Verfassungsakzeptanz zu sichern. Gleichsam im Sinne einer «legalen Revolution»[154]

55

---

149 Vgl. auch KLEY, Rechtsstaat und Widerstand, VdS, § 17, Rz. 26; BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 704.

150 Eingehend zu Rechtsnormen im Widerspruch Rz. 99; 291 ff.; zu einer Neuausrichtung des rechtsdogmatischen Begriffs des Widerspruchs siehe Rz. 399 ff.

151 M.w.H. TRIBE/MATZ, End a Presidency.

152 Vgl. auch J.P. MÜLLER, Staatsbürger, 13 f.

153 HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 44; von der «Achtung vor der Verfassung» spricht HÄFELIN, Verfassungsgebung, 104; ähnlich auch HABERMAS, Faktizität, 47.

154 KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 35; das Arrangement des deutschen Grundgesetzes unterscheidet sich davon grundlegend, wie die Ausführungen von Thomas Dehler (FDP), 36. Sitzung des Hauptausschusses vom 12.01.1949, in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, 1948/1949, 454, aus Anlass der Einführung der Ewigkeitsklausel (Art. 79 Abs. 3 GG) zeigen: «Auf jeden Fall halte ich es für notwendig, dass wir diese Barriere aufrichten, nicht in dem Glauben, dass wir dadurch einer Revolution begegnen können, aber doch in dem Willen, einer Revolution die Maske der Legalität zu nehmen.» Bekräftigend der Vorsitzende des

soll die Volksinitiative Blut in Verfassungstinte verwandeln und verhindern, dass Bürgerinnen und Bürger sich von der Verfassungsordnung abwenden und zur Rebellion oder zur revolutionären Umwälzung des Staates durch unautorisierte Gewalt schreiten.[155] In ihrer Funktion als Recht auf Widerspruch leistet die Volksinitiative somit auch einen eigenen und komplementären Beitrag zum Verfassungsschutz: nicht durch die Androhung von Zwang, nicht durch Verbote, sondern durch ein Recht zur Artikulation von Widerspruch, das eine Konfliktbewältigung im Dialog ermöglicht. Solche Dialoge gestaltet die Bundesverfassung im Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung näher aus.

B. Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung

56 Ein zweites zentrales Herausstellungsmerkmal des Erlasses neuer Verfassungsnormen neben der Volksinitiative ist die Ausgestaltung des Teilrevisionsverfahrens der Bundesverfassung in den Art. 192 ff. BV. Wird das Teilrevisionsverfahren mittels Volksinitiative eingeleitet, ist zudem Art. 139 BV zu beachten; Näheres bestimmt das Gesetz.[156] Erkenntnis über den Einfluss des Teilrevisionsverfahrens auf die Erzeugung von Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen soll eine Analyse seiner Eigenart (Abschnitt I) und seines Ablaufs (Abschnitt II) liefern. Punktuell, exemplarisch und nur soweit sachdienlich wird hierzu auch auf das Verfahren der Totalrevision und die Behördeninitiative Bezug genommen.

Hauptausschusses Carlo Schmid (SPD): «Ich trete der Ansicht des Kollegen Dehler bei. Es ist schon ein Unterschied, ob jemand gezwungen ist, offen Revolution zu machen, oder ob man ihm die Möglichkeit gibt, unter dem Schutz einer Scheinlegalität effektiv Revolution zu machen, ohne sich dazu bekennen zu müssen. Er wird in diesem Fall die Dummen im Volk eher hinter sich bekommen, als wenn er von vornherein klipp und klar sagen muss: Ich will eine Tyrannei errichten und die Demokratie abschaffen».

155 Zum Unterschied zwischen einer Rebellion und einer Revolution ARENDT, Revolution, 183 ff.

156 Das BPR regelt die Lancierung und das Zustandekommen einer Volksinitiative, das ParlG dessen nachfolgende parlamentarische Behandlung.

I. Eigenart des Verfahrens der Teilrevision

Die Bundesverfassung kennt zwei verschiedene Verfahrensarten der Verfassungsrevision: die Totalrevision[157] und die Teilrevision[158]. Welche Art des Revisionsverfahrens es wann bedarf, regelt die Bundesverfassung nicht näher. Entsprechende Abgrenzungsschwierigkeiten waren bereits im Rahmen der Einführung der Volksinitiative auf Teilrevision ein Argument ihrer damaligen Gegner.[159] Die herrschende Verfassungsdogmatik behilft sich zur Abgrenzung der beiden Verfahrensarten mit formellen und materiellen Kriterien:[160] 57

Nach dem *formellen Kriterium* betrifft das Verfahren der Totalrevision die Ersetzung der alten Verfassungsurkunde durch eine neue, abgestellt wird also auf die Anzahl der zu ändernden Verfassungsbestimmungen. Im Rahmen einer Totalrevision werden alle Artikel der Verfassung in Beratung gezogen und neu über sie beschlossen;[161] man kann auch von einer Systemänderung der Verfassungsrechtsordnung sprechen.[162] Das Verfahren der Teilrevision regelt hingegen den «Erlass, [die] Änderung oder Aufhebung»[163] einer oder mehrerer Verfassungsbestimmungen.[164] Im Rahmen einer Teilrevision erlassene Verfassungsnormen haben für sich demnach keine systemtransformierende Wirkung auf die Verfassungsrechtsordnung als Ganzes, sondern revidieren diese bloss punktuell.[165] 58

Nach dem *materiellen Kriterium* ist der Inhalt der Änderungsvorlage entscheidend für die Wahl des Revisionsverfahrens, nicht die Anzahl der zu ändernden Verfassungsbestimmungen. Um der Forderung nach «mehr Demokratie»[166] bei besonders einschneidenden Revisionsvorhaben Rechnung zu tragen,[167] ist das Verfahren der Totalrevision mitunter auch dann einzuschlagen, wenn nicht die gesamte Verfassungsurkunde revidiert wird. Einerseits dort, wo eines oder meh- 59

---

157 Art. 193 BV.

158 Art. 194 BV.

159 M.w.H. L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 11.

160 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 16; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 447 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 2 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1764 ff.

161 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 12, Rz. 356.

162 EICHENBERGER, Partialrevision, 215.

163 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 295.

164 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 139, N 5; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 17; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 2; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 445 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1764.

165 EICHENBERGER, Partialrevision, 216.

166 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 20.

167 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 6.

rere Grundprinzipien der Bundesverfassung im Rahmen sog. Bereichsreformen[168] geändert werden. Andererseits dann, wenn die Revision einer einzigen Verfassungsnorm eine grundlegende Umgestaltung der Verfassungsordnung herbeiführt (sog. materielle Totalrevision).[169] Ohne Zweifel bleibt dabei «grundlegend» als Prüfstein sehr unbestimmt und liefert weniger Orientierung als die Literatur zuweilen impliziert.[170]

60 Neben dem Umfang und dem Inhalt determiniert auch der Verfahrensgang die Eigenart des Teilrevisionsverfahrens. Vorerst – auf den näheren Ablauf einer Teilrevision der Bundesverfassung wird sogleich[171] eingegangen – sei darauf hingewiesen, dass dieses Revisionsverfahren relativ zu jenem der Totalrevision wesentlich einfacher strukturiert und direkter auf einen Beschluss des Verfassungsgebers ausgerichtet ist.[172] Im Rahmen des Teilrevisionsverfahrens findet lediglich am Ende ein obligatorisches Referendum durch Volk und Stände statt, ausser die Bundesversammlung lehnt eine Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung ab (Art. 140 Abs. 2 lit. b BV). Bei einer Totalrevision beschliesst das Volk hingegen zunächst über die Durchführung einer Totalrevision. Stimmt es dem Vorhaben zu, werden die beiden Räte neu gewählt, um ein revisionsfeindliches Parlament zu verhindern.[173] Wurde das Totalrevisionsverfahren aus der Mitte des Volks eingeleitet oder sind sich die Räte des Parlaments nicht

---

168 Im Zuge der Sachbereichsvorlagen zur Volksrechtsreform und der Reform der Justizverfassung wurde – anders als die Staatsleitungsreform oder der NFA – das Verfahren der Totalrevision eingeschlagen (Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 99). Ob solche Paket- oder Bereichsreformen Totalrevisionen darstellen, ist in der Lehre nicht gefestigt: kritisch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 8; zustimmend HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 14, Rz. 733 ff.; differenziert SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 22; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2076, 2161; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1768.

169 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 447 ff.; siehe auch F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 714 f.

170 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 5; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 1460; BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 138, N 12; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 20.

171 Rz. 62 ff.

172 Vgl. L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 12; Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 21.

173 Art. 140 Abs. 2 lit. a und c BV; Art. 193 Abs. 2 BV; Art. 193 Abs. 3 BV; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 193, Rz. 16; in der Praxis blieb diese Vorschrift ohne Bedeutung, da sich die Räte bisher stets einigen konnten und die einzige Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung abgelehnt wurde; m.w.H. OFK-BV, BIAGGINI, Art. 193, N 5 ff.; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 15, Rz. 783; KÖLZ, Verfassungsgeschichte seit 1848, 760 f.

einig über das Eintreten auf die Totalrevision der Bundesverfassung, erfolgen mitunter gar weitere obligatorische Volksreferenda.[174] Wird das Teilrevisionsverfahren mittels einer ausformulierter Volksinitiative eingeleitet, findet auch kein ordentliches Gesetzgebungsverfahren statt, um eine Änderungsvorlage auszuarbeiten. Stattdessen wird die von den Initianten ausgearbeitete Vorlage zur Verfassungsänderung dem Verfassungsgeber direkt zur Abstimmung unterbreitet.

Schliesslich ergibt sich die Eigenart des Verfahrens der Teilrevision auch aus seiner spezifischen Funktion. «Die Frage, ob die Bundesverfassung revidiert werden solle» ist für das Volk «eine ganz andere als die, ob dieser oder jener bestimmte Artikel aufgehoben, abgeändert oder ergänzt werden solle», wie der Bundesrat anlässlich der Einführung des Teilrevisionsverfahrens 1891 ausgeführt hat.[175] «Die Partialrevision soll die schmiegsamen und wesensgemäss anpassungsfähigen (integrativen) Modifikationen einbringen, während bei grundlegenden Staatsveränderungen, die man auch Systemänderungen nennen kann, das Verfahren der Totalrevision einzuschlagen ist.»[176] Das Verfahren der Teilrevision installiert zwar einen Kanal legalen Widerstands gegen die bestehende Verfassungsordnung, gleichwohl zielt es auf eine Modifikation, nicht auf einen Umsturz der Bundesverfassung. Anders formuliert: Das Teilrevisionsverfahren bleibt der Struktur nach stärker auf das Anliegen nach Stabilität und Kontinuität der Bundesverfassung ausgerichtet als das Verfahren der Totalrevision. In dieser besonderen Positionierung zwischen den Polen der Verfassungsdynamik und der Verfassungsstabilität, auf die später noch vertieft eingegangen wird,[177] liegt eine weitere strukturelle Eigenart des Teilrevisionsverfahrens. 61

II. Ablauf einer Teilrevision der Bundesverfassung

Das Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung gliedert sich im Wesentlichen in drei verschiedene «Etappen»[178]: die Initiierung oder Einleitung des Verfahrens (Abschnitt 1), die Ausarbeitung einer Änderungsvorlage und die Willensbildung des Volkes darüber (Abschnitt 2) sowie die Beschlussfassung, das Inkrafttreten und die Publikation der Verfassungsänderung (Abschnitt 3). Diese drei Phasen des Verfahrens der Verfassungsteilrevision sind mitunter schwer zu 62

174 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 193, Rz. 5; BSK BV-EPINEY, Art. 193, N 5; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 193, N 5 ff.

175 Botschaft Partialrevision, BBl 1890 III 455 ff., 459.

176 EICHENBERGER, Partialrevision, 215.

177 M.w.H. zum Verhältnis von Verfassungsdynamik und Verfassungsstabilität Rz. 204, 393; spezifisch zur Verfassungsstabilität auch Rz. 227 ff.

178 Der Begriff ist entnommen bei SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 3.

trennen und überlagern sich, aber dennoch muss man sie auseinanderhalten. Denn eine solche Differenzierung vermittelt zusätzliche Einsichten über das Zusammenspiel, die Wirkweisen und die Zwecke des Verfahrens der Teilrevision und der Volksinitiative.

1. Einleitung

63 Ein Verfahren der Teilrevision der Bundesverfassung kann «vom Volk verlangt oder von der Bundesversammlung beschlossen werden».[179] Die Bundesverfassung stellt diese Möglichkeiten zur Einleitung einer Verfassungsrevision einander gleichwertig gegenüber.[180] Ihre nachfolgende Erörterung stellt, dem Erkenntnissinteresse des ersten Teils der vorliegenden Arbeit entsprechend, die Einleitung eines Teilrevisionsverfahrens mittels Volksinitiative ins Zentrum, während die Behördeninitiative als blosser Bezugspunkt dient.

a) Behördeninitiative als Instrument zur Einleitung

64 Jedes Ratsmitglied, jede Fraktion, jede parlamentarische Kommission, jeder Kanton und der Bundesrat kann eine Teilrevision der Bundesverfassung beantragen.[181] Ferner kann der Bundesrat mittels parlamentarischer Motion beauftragt werden, von seinem Initiativrecht Gebrauch zu machen, der Bundesversammlung einen Entwurf zur Änderung der Bundesverfassung vorzulegen.[182] Adressat einer Behördeninitiative auf Einleitung eines Verfassungsteilrevisionsverfahrens ist immer die Bundesversammlung. Sie entscheidet in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses, ob sie auf den Antrag eintritt, die Bundesverfassung in einer bestimmten Weise abzuändern.[183]

b) Volksinitiative als Instrument zur Einleitung

65 Neben der Behördeninitiative kennt die Bundesverfassung für die Einleitung der Teilrevision auch das Instrument der Volksinitiative, das einen andersgearteten Verfahrensablauf mit sich bringt. Die Einleitung einer Teilrevision der Bundesverfassung mittels Volksinitiative nimmt ihren Anfang in der Anmeldung eines

---

179 Art. 194 Abs. 1 BV; m.w.H. SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 3.

180 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 28.

181 Art. 160 BV; Art. 181 BV; siehe auch SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 3.

182 Art. 120 ParlG; m.w.H. SGK-BV, BIAGGINI, Art. 181, Rz. 5 sowie 9.

183 Art. 74 ParlG; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 53.

entsprechenden Vorhabens bei der Bundeskanzlei durch das Initiativkomitee[184]. Die Bundeskanzlei unterzieht das Initiativbegehren einer Vorprüfung[185], kontrolliert, ob die benötigte Unterschriftenliste den gesetzlichen Formen[186] entspricht und der Titel der Volksinitiative nicht irreführend ist, kommerzielle oder persönliche Werbung enthält oder Anlass zu Verwechslungen hervorruft.[187] Erfüllt das Initiativbegehren diese Kriterien, veröffentlicht die Bundeskanzlei Titel, Text sowie Namen der Initianten einer Volksinitiative im Bundesblatt.[188]

Im Anschluss haben die Initianten innert 18 Monaten[189] die notwendigen 100'000 Unterschriften zu sammeln und bei der Bundeskanzlei einzureichen.[190] Nach dem Ablauf der Sammelfrist entscheidet die Bundeskanzlei über das Zustandekommen[191] der Volksinitiative. Dabei prüft sie einzig, ob die vorgeschriebene Zahl gültiger Unterschriften vorliegt.[192] Bejahendenfalls erlässt die Bundeskanzlei eine Verfügung über das Zustandekommen der Volksinitiative und veröffentlicht diese im Bundesblatt.[193] 66

Mit dem Zustandekommen einer Volksinitiative ist die Einleitung einer Verfassungsteilrevision noch nicht abgeschlossen, sondern setzt sich in einem Zwischenverfahren zur Beurteilung fort, ob und zusammen mit welchen Empfehlungen eine Volksinitiative Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden soll. Der Bundesrat hat der Bundesversammlung dazu innert eines Jahres seit dem Einreichen der Volksinitiative – wenn er einen Gegenentwurf vorbereitet innert 18 Monaten[194] – eine Botschaft zu unterbreiten und Volk und Ständen seine Empfehlung auf Annahme oder Ablehnung der Volksinitiative abzugeben.[195] Danach befindet die Bundesversammlung über die Gültigkeit der Volks- 67

184 Mindestens sieben und höchstens 27 Stimmberechtigte bilden das Initiativkomitee, Art. 68 Abs. 1 lit. e BPR.

185 Art. 23 VPR; m.w.H. zur Vorprüfung SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 21.

186 Art. 69 Abs. 1 BPR.

187 Art. 69 Abs. 2 BPR.

188 Art. 69 Abs. 4 BPR.

189 Eine Reduktion der Frist auf 12 Monate scheiterte im Rahmen der Volksrechtsreform im Ständerat, AB S 2001 488 ff.

190 Art. 139 Abs. 1 BV.

191 Zum Zustandekommen auch SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 23; WILI, Entwicklungen, 14 ff.

192 Art. 72 BPR.

193 Art. 72 BPR.

194 Art. 97 Abs. 2 ParlG.

195 Art. 97 Abs. 1 lit. a ParlG i.V.m. Art. 141 ParlG; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 59.

initiative mittels eines einfachen Bundesbeschlusses[196].[197] Hierbei prüft sie, ob die Volksinitiative die noch zu erläuternden[198] Schranken der Verfassungsrevision wahrt.[199] Mit anderen Worten kontrolliert die Bundesversammlung den politischen Entscheid eines Bürgerkollektivs, über eine bestimmte Verfassungsänderung abzustimmen, in einem besonderen Verfahren der Verfassungsrechtspflege.[200] Verletzt eine Volksinitiative die Schranken der Verfassungsrevision, so hat die Bundesversammlung die gesamte Volksinitiative oder Teile davon für ungültig zu erklären.[201] Eine Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen kann unterschiedliche Rechtsfolgen haben: Bestimmungen, die gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verstossen, sind gemäss herrschender Lehre ex tunc nichtig.[202] Sonst ist nach herrschender Auffassung jene Rechtsfolge zu wählen, welche die politischen Rechte der Initianten geringstmöglich einschränkt.[203] Eine vollständige Ungültigkeitserklärung bleibt demnach bloss als Ultima Ratio zulässig.

68 Ihr Ende nimmt die Einleitung eines Teilrevisionsverfahrens mittels Volksinitiative erst mit dem Beschluss der Bundesversammlung über die Gültigkeit einer Volksinitiative, sodass der Eintretensbeschluss entfällt.[204]

---

196 Art. 171 Abs. 1 lit. f BV; Art. 98 ParlG; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 850 ff.

197 Art. 139 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 98 ParlG.

198 Dazu näher Rz. 80 ff.

199 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 60.

200 Auf die Eigenart dieses Verfahrens gehen Rz. 518, 528 ff. vertieft ein.

201 Art. 98 Abs. 2 ParlG; bisher wurden lediglich vier Volksinitiativen für ungültig erklärt: die Initiative für eine Rüstungspause (BBl 1955 II 325, 334 ff.), die Initiative «gegen Teuerung und Inflation (BBl 1977 II 501, 515 f.; BBl 1977 III 919), die Initiative für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik (BBl 1994 III 1201, 1204 ff., BBl 1995 III 570) sowie die Initiative für eine vernünftige Asylpolitik (BBl 1996 I 1355); eine partielle Ungültigkeit wurde erst einmal in Bezug auf die Initiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer» beschlossen (BBl 2015 2701, BBl 2013 9459, 9467 ff.).

202 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH Art. 139, Rz. 58; J.P. MÜLLER, Minarettverbot, Rz. 21; relativierend indes die Ausführungen in Rz. 326 ff.

203 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 60 ff.

204 Art. 74 Abs. 3 ParlG; in Bezug auf die Form des Beschlusses der Bundesversammlung bestehen gegenüber der Behördeninitiative jedoch keine Unterschiede. Sowohl die Gültigkeit einer Volksinitiative wie auch der Eintretensbeschluss ergehen in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses.

2. Ausarbeitung der Verfassungsvorlage und Willensbildung des Volkes

Die zweite Phase des Verfahrens der Verfassungsteilrevision befasst sich mit der Ausarbeitung einer Textvorlage zur Änderung der Bundesverfassung und der Willensbildung im Volk darüber. Je nach dem, ob das Teilrevisionsverfahren mittels einer Behördeninitiative, einer Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung oder einer ausformulierten Volksinitiative eingeleitet wurde, verläuft dieser zweite Abschnitt des Teilrevisionsverfahrens anders. 69

a) Ausarbeitung der Verfassungsvorlage durch die Behörden

Steht am Anfang des Teilrevisionsverfahrens eine Behördeninitiative, wird die Verfassungsvorlage im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausformuliert.[205] Das heisst: Der Bundesrat und die ihm unterstellte Bundesverwaltung haben im vorparlamentarischen Gesetzgebungsverfahren eine entsprechende Änderungsvorlage auszuarbeiten und diese der Bundesversammlung zu unterbreiten.[206] Wurde das Teilrevisionsverfahren mittels parlamentarischer Initiative oder Standesinitiative eingeleitet, so ist es ausnahmsweise nicht Sache des Bundesrates, sondern der entsprechenden Parlamentskommission, eine Vorlage zur Verfassungsänderung auszuarbeiten und sie der Bundesversammlung zu unterbreiten.[207] Die Änderungsvorlage ist dabei stets so zu formulieren, dass sie die sogleich vertieften[208] Schranken der Einheit der Materie und des zwingenden Völkerrechts wahrt.[209] 70

Nach der Ausarbeitung des neuen Verfassungstextes beschliesst die Bundesversammlung zuerst über das Eintreten auf die Änderungsvorlage. Tritt sie nicht auf die Vorlage ein, endet das Revisionsverfahren; zeigt sich nur eine der beiden Kammern reformwillig, ist das Revisionsvorhaben ebenfalls gescheitert.[210] Diese Verfahrenskonzeption ermöglicht es dem Ständerat, aus Sicht der Kantone unerwünschte Verfassungsrevisionen zu blockieren. Tritt die Bundesversammlung auf die Änderungsvorlage ein, so wird sie in den Räten im Detail[211] beraten und 71

---

205 Art. 192 Abs. 2 BV; Art. 104 ParlG.

206 Nach Art. 7 RVOG leitet der Bundesrat «das Vorverfahren der Gesetzgebung» ein und legt der Bundesversammlung «Entwürfe zu Verfassungsänderungen vor».

207 Art. 107 ff. ParlG; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 45, Rz. 65 ff. sowie 72 ff.

208 Dazu näher Rz. 81 ff.

209 Vgl. Rz. 82 ff.; m.w.H. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 55.

210 Anders als im Verfahren der Totalrevision kommt es auch nicht zu einer Volksabstimmung über die Durchführung einer Verfassungsrevision; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 53; OFG-BV, BIAGGINI, Art. 194, N 2; ebenso bereits F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 396.

211 Art. 74 Abs. 2 ParlG.

mündet in einem Beschluss der Bundesversammlung, die Bundesverfassung auf eine bestimmte Weise zu revidieren, der seinerseits dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen untersteht.[212] Zusammengefasst erweist sich die Ausarbeitung der Textvorlage zur Änderung der Bundesverfassung im Falle einer Behördenvorlage als «Gemeinschaftswerk» von Bundesrat, Bundesverwaltung und den parlamentarischen Kommissionen. Die «Hoheit über den Verfassungstext» liegt bei der Bundesversammlung. Sie entscheidet abschliessend darüber, welche Textvorlage sie dem Verfassungsgeber zur Abstimmung unterbreitet, während der Verfassungsgeber bloss über das Inkrafttreten der beantragten Verfassungsänderung abstimmt.[213]

b) Ausarbeitung der Verfassungsvorlage durch ein Bürgerkollektiv

72 Einen anderen Verlauf nimmt die Ausarbeitung der Textvorlage zur Verfassungsrevision, wenn das Verfahren der Teilrevision mittels Volksinitiative eingeleitet wurde. Je nach Form der Volksinitiative ergeben sich dabei zusätzliche Unterschiede.

aa) Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung

73 Wurde das Teilrevisionsverfahren mittels Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung eingeleitet, beschliesst zunächst die Bundesversammlung darüber, ob sie der Volksinitiative zustimmt oder nicht.[214] In der Praxis trifft sie diesen Entscheid im selben Bundesbeschluss, mit dem sie auch über die Gültigkeit der Volksinitiative befindet. Verwehrt die Bundesversammlung der Volksinitiative ihre Zustimmung, hat der Bundesrat dem Volk die Vorfrage zur Abstimmung vorzulegen, ob eine Verfassungsvorlage im Sinne der allgemeinen Anregung auszuarbeiten ist.[215] Stimmt die Bundesversammlung direkt oder das Volk der Vorfrage über die Ausarbeitung einer Verfassungsvorlage im Sinne der Volksinitiative zu, ist in einem zweiten Schritt innert zwei Jahren eine Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung im ordentlichen Verfahren der Gesetzgebung auszuarbeiten.[216]

---

212 Art. 23 ParlG i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV; m.w.H. Rz. 77; siehe auch SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 4; ODERMATT/TOPHINKE, KommParlG, Art. 23, N 1 ff.

213 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 3.

214 Art. 103 Abs. 1 ParlG.

215 Art. 140 Abs. 2 lit. b BV i.V.m. Art. 139 Abs. 4 Satz 2 BV; m.w.H. SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 65.

216 Art. 139 Abs. 4 Satz 1 BV; Art. 104 Abs. 1 ParlG; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 871; BGE 73 I 22, 35, E. 3.

Durch den rechtsverbindlichen Charakter der Volksinitiative erhält das Gesetzgebungsverfahren dabei eine direktdemokratische Prägung. Im vorparlamentarischen Verfahren ergeht aus der Volksinitiative ein verbindlicher Gestaltungsauftrag an Bundesrat und Bundesverwaltung, einen Entwurf der angestrebten Verfassungsrevision auszuarbeiten; im parlamentarischen Verfahren manifestiert sich die Verbindlichkeit vor allem in einer Eintretenspflicht[217]. Und im gesamten Gesetzgebungsverfahren schmälern verbindliche Vorgaben über Inhalt, Ziel und Mittel staatlicher Gestaltung die Gestaltungsspielräume der repräsentativen Organe.[218] Dennoch: Steht am Anfang eines Teilrevisionsverfahrens eine Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung, bleibt die Ausarbeitung des künftigen Verfassungstextes ein «Gemeinschaftswerk». Im Unterschied zur Behördenvorlage sind neben den repräsentativen Behörden zwar auch die Initianten der Volksinitiative daran beteiligt. Die «Hoheit über den Verfassungstext» liegt jedoch bei der Bundesversammlung. Sie entscheidet, welchen Verfassungstext sie dem Verfassungsgeber zur Abstimmung vorlegt.[219] 74

bb) Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs

Anders ist die Ausarbeitung der Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung strukturiert, wenn das Verfahren der Verfassungsteilrevision durch eine Volksinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs eingeleitet wird. In diesem Fall arbeitet ein Bürgerkollektiv die Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung aus, noch bevor es das Teilrevisionsverfahren einleitet. Es bleibt zwar Sache der Bundesversammlung, eine in der Mitte des Volkes ausgearbeitete Änderungsvorlage Volk und Ständen durch einen dem obligatorischen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss zur Abstimmung zu unterbreiten.[220] Dabei bleibt sie jedoch verpflichtet, die Volksinitiative «in allen gültigen Teilen, so wie sie lautet» dem Verfassungsgeber zur Abstimmung zu unterbreiten.[221] Eine ausformulierte Volksinitiative entzieht die Phase der Formulierung des Verfassungstextes demnach komplett dem Einfluss von Bundesrat und Bundesversammlung. Die Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung erweist sich als «Gruppenarbeit» der Initianten, nicht mehr als Gemeinschaftswerk repräsentativer Organe und dem Volk. Die «Hoheit über den Verfassungstext» liegt bei den Initianten 75

217 Art. 74 Abs. 3 ParlG.

218 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 871; BGE 73 I 22, 35, E. 3.

219 Art. 23 ParlG i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 4; ODERMATT/TOPHINKE, Komm-ParlG, Art. 23, N 1 ff.

220 Art. 99 ParlG i.V.m. Art. 23 ParlG i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV.

221 Art. 99 ParlG; tut die Bundesversammlung dies aus welchen Gründen auch immer nicht, verhält sie sich nach HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 74, verfassungswidrig.

selbst. Sie haben das Recht zur Fragestellung an den Verfassungsgeber inne und entscheiden, aus welchem Anlass, zu welchem Zeitpunkt und mit welcher Formulierung sie Volk und Ständen eine Vorlage zur Verfassungsrevision zur Abstimmung unterbreiten. Ihnen allein bleibt es vorbehalten, ihre Volksinitiative wieder zurückzuziehen.[222]

76 Es wäre jedoch verkürzt, Bundesversammlung und Bundesrat im Kontext einer ausformulierten Volksinitiative als blosse «Briefträger»[223] zwischen den Initianten und dem Verfassungsgeber zu umschreiben. Schliesslich besitzen sie beide im Willensbildungsprozess über eine Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung eine wichtige Rolle als Berater des Verfassungsgebers: Der Bundesrat empfiehlt Volk und Ständen die Volksinitiative in seiner Botschaft sowie dem Abstimmungsbüchlein zur Annahme oder Ablehnung.[224] Die Bundesversammlung ist ebenfalls zu einer Abstimmungsempfehlung[225] verpflichtet und besitzt die Möglichkeit, der Volksinitiative einen indirekten[226] oder direkten Gegenentwurf als Alternative und Mittel der Beratung gegenüberzustellen.[227] Und nicht zuletzt «berät» die Bundesversammlung Volk und Stände, indem sie über die Gültigkeit einer Volksinitiative befindet und dadurch garantiert, dass keine Änderungsvorlagen zur Abstimmung gelangen, die den Verfassungsgeber über Entscheidungsalternativen täuschen, die nicht existieren.[228]

---

222 Art. 73 f. BPR.

223 Bericht SR Partialrevision, BBl 1891 I 16 ff., 20.

224 Art. 97 Abs. 1 lit. a ParlG i.V.m. Art. 141 ParlG; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 59; vgl. für die erstmalige Aufhebung einer Volksabstimmung durch das Bundesgericht auch BGer 1C 315/2018 et al. vom 10.04.2019, E. 6 ff.

225 Art. 139 Abs. 5 Satz 2 BV i.V.m. Art. 100 ParlG; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 76 ff.

226 Beim indirekten Gegenentwurf zeigt sich die taktische Funktion einer Volksinitiative, ROHNER, Wirksamkeit, 249 ff.; bis zu einem gewissen Grad kompensiert sie auch das Fehlen einer Gesetzesinitiative auf Bundesebene gem. SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 76 ff.; die Option besteht nach SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 69, auch bei einer Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung; ebenso L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 159.

227 Art. 139 Abs. 5 Satz 3 BV i.V.m. Art. 101 ParlG; im Fall einer allgemeinen Anregung sieht die Bundesverfassung keine Möglichkeit eines Gegenentwurfs seitens der Bundesversammlung vor. M.w.H. dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 71; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 69.

228 M.w.H. dazu auch Rz. 92 ff.

3. Beschlussfassung, Inkrafttreten und Publikation

Unabhängig davon, ob eine Total- oder eine Teilrevision vorliegt, das Verfahren durch die Behörden oder aus der Mitte des Volkes eingeleitet worden ist: Der Verfassungsgeber, also Volk und Stände, entscheidet exklusiv und abschliessend darüber, ob eine Norm die Geltungskraft der Bundesverfassung besitzt (Art. 195 BV i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV).[229] Denn: Die letzte Phase der Verfassungsrevision – die Beschlussfassung – regelt die Bundesverfassung einheitlich. Das Beschlussorgan «Volk» bleibt dabei eine anonyme Masse Einzelner, die einen verfassungsmässigen Anspruch darauf haben (Art. 34 Abs. 2 BV), über Beschlussanträge so zu entscheiden, wie es ihnen beliebt, ohne jemandem darüber Rechenschaft ablegen zu müssen.[230] Wie jedes Beschlussorgan hat der Verfassungsgeber damit zu leben, dass seine Entscheide von anderen Organen im Rahmen ihrer eigenen Verantwortlichkeiten um- und durchgesetzt werden.[231] Anders formuliert: Volk und Stände können zwar über alles entscheiden, aber allein auch nichts tun. 77

Stimmt die Mehrheit von Volk und Ständen der Textvorlage zu,[232] so tritt sie als neuer Verfassungstext am Tag der Abstimmung in Kraft (Art. 195 BV). Dass der Bundesrat den Erwahrungsbeschluss über eine angenommene Verfassungsänderung erst einige Wochen danach trifft, ändert ebenso wenig am sofortigen Inkrafttreten neuer Verfassungsnormen wie abweichende Regelungen ihres Wirkbeginns.[233] Anders als Art. 8 PublG es vorgibt, entfaltet eine neue Verfassungsnorm demnach ab dem Tag der Abstimmung Geltungskraft, nicht erst nach ihrer Publikation.[234] Als Ausdruck und Abbild des Demokratieprinzips verhindert diese Relativierung von Art. 8 PublG, dass das Inkrafttreten neuer Verfassungsnormen nachträglich durch Repräsentativorgane ver- oder behindert wird. 78

Die Tatsache, dass der Text der neuen Bestimmung bereits aufgrund der Abstimmungserläuterungen und des Bundesbeschlusses über die Verfassungsvor- 79

---

229 BSK BV- SCHIESS-RÜTIMANN, Art. 195, N 15.

230 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 997.

231 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 996 f.

232 Art. 142 Abs. 2 BV.

233 Art. 195 BV i.V.m. Art. 15 Abs. 3 BPR; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 704 ff.; dass der Verfassungsgeber das Inkrafttreten oder den Wirkbeginn in zeitlicher Hinsicht verschieben oder die Präzisierung eines Verfassungsartikels durch Übergangsbestimmungen terminieren kann, etwa im Rahmen von Art. 121a BV durch Art. 196 Ziff. 11 BV, ändert nichts an der Unverzichtbarkeit einer Annahme des geänderten Verfassungstextes durch Volk und Stände; m.w.H. SGK-BV, R.P. MÜLLER, Art. 195, Rz. 8 ff.

234 Art. 142 Abs. 2 BV; siehe auch SGK-BV, R.P. MÜLLER, Art. 195 BV, Rz. 8.

lage im Bundesblatt publik gemacht worden ist,[235] befreit allerdings nicht von der Publikationspflicht. Auch eine neue Verfassungsnorm ist in der Amtlichen Sammlung zu veröffentlichen,[236] denn bloss die Rechtswirkung der Publikation ist deklaratorischer Natur; die Publikationspflicht besteht weiterhin.[237] Dadurch unterscheiden sich Verfassungsnormen in Bezug auf die Regelung des Inkrafttretens von Gesetzesbestimmungen, deren Publikation Voraussetzung ihrer Geltungskraft ist.[238]

C. Schranken der Verfassungsrevision

80 Ein drittes Herausstellungsmerkmal des Erlasses neuer Verfassungsnormen, das hier näher erörtert werden soll, sind die Schranken der Verfassungsrevision. Die schillernde Frage nach dem Bedarf und dem richtigen Mass rechtlicher Grenzen des Verfahrens der Verfassungsrevision sorgt seit jeher für grosse staatsrechtliche Kontroversen,[239] die sich in einem Spannungsfeld zwischen der Bändigung des Verfassungsgebers durch Recht – auch die Mehrheit kann irren – sowie der konstituierten Selbstbestimmung von Volk und Ständen – alle Staatsgewalt dem Volk – abspielen. Die Bundesverfassung positioniert sich mit ihrer Regelung der Revisionsschranken in diesem Spannungsfeld so, dass sie der Verfassungsrevision zwar Grenzen setzt, diese aber sehr weit zieht und auf eine besondere Weise ausgestaltet.[240] Die nachfolgenden Ausführungen erörtern die einzelnen «Schranken der Verfassungsrevision» (Abschnitt I) und ihre Funktionen, also wie sie der Verfassungsrevision Grenzen ziehen (Abschnitt II).

---

235 Bei Volksbegehren Art. 69 Abs. 4 BPR; bei Behördenvorlagen Art. 58 BPR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 lit. d PublG.

236 Art. 2 lit. a PublG; m.w.H. zum Erfordernis der Publikation als Ausprägung von Art. 5 Abs. 1 BV SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 38; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 165.

237 Ebenso OFK-BV, BIAGGINI, Art. 195, N 3; wohl a.M. SGK-BV, R.P. MÜLLER, Art. 195, Rz. 9; BSK BV-SCHIESS-RÜTIMANN, Art. 195, N 2.

238 Art. 8 PublG; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 165.

239 Siehe für eine Übersicht etwa bei HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 27 ff.

240 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 822.

I. Schranken der Verfassungsrevision im Einzelnen

Die Bundesverfassung erwähnt die rechtlichen Schranken der Verfassungsrevision doppelt:[241] einmal im 6. Titel, der das Verfahren der Verfassungsrevision näher regelt,[242] und einmal im 3. Titel über Volk und Stände.[243] Diese Wiederholung erfolgt nicht ohne Grund, zumal sie die weitgehende Gleichwertigkeit von Volks- und Behördeninitiative im Hinblick auf die Schranken der Verfassungsrevision unterstreicht.[244] 81

Die beiden formellen Schranken der Verfassungsrevision – die Einheit der Form und die Einheit der Materie – erwähnt die Bundesverfassung explizit[245]: Die Schranke der *Einheit der Form* verlangt, dass Revisionsvorlagen entweder in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs oder der Form einer allgemeinen Anregung daherkommen, Mischformen sind unzulässig.[246] Nach Auffassung der Literatur verstösst auch das Vermengen verschiedener Arten der Revisionsverfahren gegen die Einheit der Form.[247] In der Verfassungspraxis wurde bisher indes erst eine einzige Volksinitiative unter Verweis auf die Einheit der Form für ungültig erklärt.[248] Die Schranke der *Einheit der Materie* schützt die freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe der Stimmberechtigten.[249] Ihr gemäss hat eine Verfassungsvorlage ein bestimmtes Ziel zu verfolgen und muss einen inneren Zusammenhang besitzen.[250] Die Schranke der Einheit der Materie führte in der 82

---

241 Zumindest die materiellen Schranken gelten auch für das Verfahren der Totalrevision: Art. 193 Abs. 4 BV erwähnt die Schranke des zwingenden Völkerrechts explizit, uneins ist sich die Lehre, ob bei sog. «Totalrevisionen in Paketen» innerhalb der einzelnen Pakete die Einheit der Materie gewahrt bleiben muss. Zustimmend SGK-BV, B. EHRENZELLER/HANGARTNER, Art. 193, Rz. 21; differenziert HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 14, Rz. 738.

242 Art. 193 Abs. 3 sowie Art. 194 Abs. 2 und 3 BV.

243 Art. 139 Abs. 3 BV.

244 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 194, Rz. 10 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 55; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 432; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: KOMM. BV 1874, Rz. 25.

245 Vgl. Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 194 Abs. 2 und 3 BV.

246 Art. 139 Abs. 2 BV; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 16 ff.; SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 36 ff.

247 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 13; SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 55; implizit auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 462 sowie TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 15.

248 Volksinitiative «für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik», BBl 1995 III 570.

249 EGLI, Einheit der Materie, 413 ff.; umfassend HURST, Einheit der Materie, 2002; mit kritischen Bemerkungen KLEY, Einheit der Materie, 3 ff.

250 Art. 75 Abs. 2 BPR; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 18; SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 40 ff.; BGE 129 I 366, 371 ff., E. 2.3 ff.; BGE

Verfassungspraxis bisher ebenfalls praktisch nie zur Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen.[251]

83 Ein zweiter Schrankentypus[252] – die materiellen Schranken – setzt der Verfassungsrevision inhaltliche Grenzen durch das Verbot von Revisionsvorhaben, die gegen das zwingende Völkerrecht verstossen oder faktisch undurchführbar sind.[253] Ausdrücklich untersagt sind Verfassungsänderungen, die *zwingendes Völkerrecht* verletzen.[254] Die Tragweite dieser erst in der Totalrevision im Jahr 1999 eingeführten und einen Einzelfall[255] kodifizierenden Schranke des zwingenden Völkerrechts erachtet die Literatur noch nicht für restlos geklärt.[256] Uneins ist sich die Lehre vor allem darüber, ob dem Verfassungsbegriff «zwingendes Völkerrecht» ein autonom-bundesverfassungsrechtliches[257] oder ein völker-

123 I 63, 71, E. 4; Zumindest ein gewisses Mass an Struktur im Rahmen dieses knifflig Wertentscheids der Bundesversammlung erhofft sich die Lehre durch entwickelte Kategorien, so die Beschränkung auf ein einziges Thema (I); Beschränkung auf einen Zweck, verbunden mit der hierfür vorgeschlagenen Finanzierung (II); Verknüpfung eines Themas mit einer Übergangsbestimmung (III); Verknüpfung einer generell-abstrakten Regelung mit der Ordnung eines Anwendungsfalles (IV); Verbindung eines Ziels mit den sachlich dazugehörigen Mitteln oder mit sich daraus ergebenden Konkretisierungen (V); Verknüpfungen mehrerer Aspekte, die teleologisch, historisch oder pragmatisch noch einer einheitlichen Thematik zugeordnet werden können (VI); näher SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 41.

251 Für ungültig erklärt mangels der Einheit der Materie wurde bisher einzig die Volksinitiative «gegen Teuerung und Inflation» (BBl 1977 III 919 f).

252 Zum Gegensatz formeller und materieller Schranken TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 12; GERTSCH, Kerngehalte, Rz. 7; zum Gegensatz geschriebener und ungeschriebener Schranken RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 463 ff.; GERTSCH, Kerngehalte, Rz. 6; KAYSER, Grundrechte als Schranke, 3, 24; zum Gegensatz autonomer und heteronomer Schranken KAYSER, Grundrechte als Schranke, 8; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 12; AUBERT, Bundesstaatsrecht Bd. I, Rz. 327 ff.; ebenso bereits W. JELLINEK, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, Berlin 1931, 7.

253 Vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 445 ff.

254 Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 23 ff.; SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 43 ff.; die Praxis zählt dazu das Verbot der Todesstrafe, Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 146 f., 362, 433; differenziert hingegen KAYSER, Grundrechte als Schranke, 234 ff.

255 Die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» vom 14. März 1996 (BBl 1996 I 1355); vgl. auch NOBS, Volksinitiative, 104 ff.

256 BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 35.

257 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 43 ff.; KAYSER, Grundrechte als Schranke, 194; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 3601b; THÜRER, Ius Cogens, in: FS Auer, 450 f.; differenziert TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 23 ff.

rechtliches[258] Verständnis zugrunde liegt. Eine Mindermeinung verortet den tieferen Sinn der Schranke des zwingenden Völkerrechts mit guten Gründen in der Verhinderung einer Scheindemokratie. Anders formuliert: Die Schranke des zwingenden Völkerrechts bestehe nicht deshalb, «weil die Volksabstimmung oder die Annahme als Verfassungstext an sich zwingendes Völkerrecht verletzen würde», sondern weil den Stimmbürgern keine Verfassungsvorlage unterbreitet werden soll, die im Falle einer Annahme keine Rechtswirkung entfalten kann und darf.[259] Als weitere materielle Schranke der Verfassungsrevision gilt die *faktische Durchführbarkeit* einer Änderungsvorlage.[260] Dies, obgleich die Bundesverfassung sie anders als verschiedene Kantonsverfassungen[261] nicht explizit erwähnt.[262] Diese Schranke verbietet Änderungsvorschläge, die einen eindeutig[263] undurchführbaren Inhalt aufweisen.[264] Die tatsächliche Unmöglichkeit muss allerdings «ganz offensichtlich und völlig zweifelsfrei» vorliegen.[265] Denn dass Volksinitiativen vom Status quo abweichen, liegt in ihrem Wesenszug;[266] ihr Gehalt ist zwar regelmässig neu oder unkonventionell, aber eben – und das ist entscheidend – nicht unmöglich. Insofern bezweckt die Schranke der faktischen Undurchführbarkeit Ähnliches wie jene des zwingenden Völkerrechts: Vorlagen, die unmöglich eine Rechtswirkung entfalten können oder dürfen, sind zwecks

---

258 BSK BV-EPINEY/DIEZIG, Art. 139, N 33; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1756; GLASER, Zwingendes Völkerrecht, 203 ff.

259 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 44 ff.; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 434; Votum BR Koller, AB N 1996 330; KIENER/KRÜSI, Bedeutungswandel, 253, weisen indes darauf hin, dass das Stimmrecht gewahrt sei, wenn die Behörde vor der Abstimmung vor einer absehbaren Nichtumsetzbarkeit warnen; ähnlich auch BR Zusatzbericht, BBl 2011 3613 ff., 3629.

260 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 54; EPINEY, Unmöglichkeit, Rz. 5 ff.; BGer 1C 127/2013 vom 28.08.2013, E. 7.4; zum Präzedenzfall der Chevallier-Initiative (BBl 1955 II 325, 334 ff.) TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 16; m.w.H. zur faktischen Durchführbarkeit kant. Volksinitiativen ATTINGER, Volksinitiative, 142 ff.

261 Art. 14 Abs. 1 Ziff. 3 KV GR; Art. 43 KV FR; Art. 33 Abs. 3 Ziff. 4 KV VS; Art. 44 Abs. 2 lit. b. KV SG; Art. 75 Abs. 3 KV JU; Art. 28 Abs. 2 lit. b KV SH; m.w.H. ATTINGER, Volksinitiative, 142 ff.

262 Zustimmend SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 54 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 433; relativierend KAYSER, Grundrechte als Schranke, 12 ff., unter Verweis auf AB N 1976 77 ff.

263 So explizit das Bundesgericht BGer 1C 127/2013 vom 28.08.2013, E. 7.4; siehe auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 433.

264 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 21; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. Art. 192–195, Rz. 11.

265 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 134; ebenso BGE 104 Ia 337, 348, E. 4.

266 Grundlegend dazu Rz. 55; vgl. auch L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 112.

Verhinderung einer Scheindemokratie dem Verfassungsgeber nicht zur Abstimmung vorzulegen.[267] In der Praxis hat die Bundesversammlung bisher praktisch nie Volksinitiativen wegen eines Verstosses gegen eine der beiden materiellen Revisionsschranken für ungültig erklärt.[268]

84 Weitere Schranken der Verfassungsrevision sind der Bundesverfassung fremd. Weder Grundrechte noch Völkerrecht jenseits des «ius cogens» beschränken die Änderung der Bundesverfassung. Anliegen, deren Verfassungswürdigkeit aus rein verfassungsrechtlicher Sicht höchst[269] fraglich erscheint, waren ebenso Gegenstand einer Vorlage zur Verfassungsrevision[270] wie Anliegen, die in einem offenen Konflikt zu bestehendem Verfassungsrecht standen, wie beispielsweise das Verbot des «Baus von Minaretten»[271] oder die «Ausschaffung krimineller Ausländer»[272]. Sogar die Regelung von konkreten Einzelfällen kann dem Verfassungsgeber unter Vorbehalt von «ad-personam-Revisionen»[273] zur Abstimmung unterbreitet werden.[274]

85 So alt wie die Schranken der Verfassungsrevision ist die Diskussion, inwiefern sich durch eine extensive Interpretation existierender Schranken weitere Verbote bestimmter Verfassungsgehalte ergeben:[275] Befürworter solcher Schranken argumentieren, dass Verfassungsgebung im vorgegebenen Verfahren der Verfassungsrevision nicht ohne jegliche Bindung an die Verfassung erfolgen darf,

---

267 SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 46.

268 Einziges bisheriges Beispiel ist die aus Gründen der faktischen Undurchführbarkeit für ungültig erklärte «Chevallier-Initiative» BBl 1955 II 325, 334 ff.; für teilungültig erklärte die Bundesversammlung die sog. Durchsetzungsinitiative BBl 2015 2701 ff.

269 So etwa die «Hundekotentfernung auf öffentlichem Grund» (BBl 1986 II 710) die «Wiedereröffnung von Freudenhäusern» (BBl 1983 III 1233) oder die «Abschaffung der Sommerzeit» (BBl 1982 II 969).

270 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 7; ebenso bereits F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 398; gemäss L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 102, trägt das Fehlen einer Gesetzesinitiative auf Stufe Bundesverfassung dazu bei, dass Gesetzesmaterien in die Verfassung gelangen.

271 Eingehend dazu Rz. 132 ff.

272 Eingehend dazu Rz. 136 ff.

273 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 30.

274 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 30; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 466; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 8; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 45; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 818; NOBS, Volksinitiative, 97 f.; KAYSER, Grundrechte als Schranke, 14 f.; a.M. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 384.

275 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 27 ff.; B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139 BV, Rz. 53 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 26a ff.

wenn sich «Konstitutionalität» gegenüber «beliebiger Macht oder reiner Willkürherrschaft» abgrenzen will.[276] Deshalb sind Initiativen für ungültig zu erklären, wenn sie gegen die Grundwerte[277] der Verfassung verstossen.[278] Gegner ungeschriebener materieller Schranken verweisen auf die Position der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge, die qua Art. 148 Abs. 1 BV unter Vorbehalt von Volk und Ständen steht,[279] sowie die Souveränität des Volkes, die nach dieser Auffassung durch die Verfassung letztlich nicht gebunden werden kann.[280] Wir stellen fest: Letztlich kann jeder Inhalt, der die Schranken der Verfassungsrevision nach Auffassung der Bundesversammlung wahrt, Gegenstand einer Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung sein.[281]

Zeitliche Schranken der Verfassungsrevision kennt die Bundesverfassung eben- 86
falls nicht:[282] Die Bundesverfassung «kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden». «Rückwirkungsklauseln» erachten Lehre und Praxis für zulässig.[283] Regeln, die nach einer bestimmten Zeit zu einer Verfassungsrevision verpflichten,[284] fehlen in der Bundesverfassung ebenso wie Sperrfristen, die ein wieder-

276 Zur rechtlichen Gebundenheit der verfassungsgebenden Gewalt BÖCKENFÖRDE, verfassungsgebende Gewalt, 26 ff.

277 Als Grundwerte der Verfassung werden in diesem Kontext die Grundrechte, die politischen Rechte, die Organisation als föderaler Bundesstaat, die Gewaltenteilung, die Demokratie, die Rechtsstaatlichkeit, die Mehrsprachigkeit oder die Gebundenheit der Schweiz an das Völkerrecht erachtet; SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195 BV, Rz. 14; siehe zu den Grundwerten der Bundesverfassung auch Art. 5 BüV.

278 So etwa HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 10, Rz. 489 ff.; LUCHSINGER, Prinzipien, 129; KÄGI, Partialrevision, 830a ff.; wohl auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 472; differenziert SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195 BV, Rz. 14; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 27 ff.; SCHEFER, Kerngehalte, 169 f.

279 SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 15.

280 So etwa W. BURCKHARDT, Organisation, 213; EICHENBERGER, Partialrevision, 210; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 332.

281 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 139, N 4; ebenso bereits F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 398.

282 Art. 192 Abs. 1 BV; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 14; F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 393, sieht darin sogar den «obersten Grundsatz» der Verfassungsrevision; zur Abänderung angenommener Volksinitiativen in temporaler Hinsicht SEFEROVIC, Volksinitiativen, Rz. 148 ff.

283 SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 139, Rz. 19; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 447; a.M. hingegen SPK-S, BBl 2015 7116 f.; Versuche, ein Rückwirkungsverbot als temporale Schranken für Volksinitiativen in der Verfassung zu verankern, sind bisher fehlgeschlagen, NOBS, Volksinitiative, 99 ff.

284 Nach Art. 114 KV AR hat der Kantonsrat in Zeitabständen von 20 Jahren zu prüfen, ob eine Totalrevision an die Hand zu nehmen ist; der inzwischen aufgehobene

holtes Begehren in der gleichen Sache für eine bestimmte Zeit untersagen.[285] Nicht gegen die Schranken einer Verfassungsrevision, aber wohl gegen Treu und Glauben verstösst höchstens, eine bereits mehrfach verworfenen Vorlage in derselben Form erneut zu lancieren, wenn es zum existierenden Volksentscheid (noch) keine neuen Entscheidungsalternativen gibt.[286]

II. Funktionen von Schranken der Verfassungsrevision

87 Die Schranken der Verfassungsrevision sollen dem Prozess der Verfassungsänderung rechtliche Grenzen setzen. Soviel steht fest. Weniger Beachtung finden in der Literatur die Fragen, wen die Bundesverfassung mit diesen Schranken adressiert und auf welche Weise sie der Verfassungsrechtsetzung Mass und Form verleihen. Nach klassischem Verständnis sollen Schranken der Verfassungsrevision das Staatsvolk und die Verfassung vor unbedachten Angriffen seitens des Verfassungsgebers schützen, indem sie ein Bündel von Verfassungsnormen für formell unabänderlich erklären.[287] Zu diesem Zweck, so die These, entziehen rechtliche Grenzen der Verfassungsrevision bestimmte, für Bestand und Funktion des Verfassungsstaates unverzichtbare Grundentscheide, wie etwa die Grundrechte[288] oder die republikanische Staatsform[289] der Entscheidungsmacht der verfassungsändernden Organe.[290] Ein derartiges Schrankenverständnis, das die Grenzen der Verfassungsrevision als fixe Linie des Rechts versteht, greift für das demokratisch geprägte Revisionsverfahren der Bundesverfassung indes zu kurz. Die Bundesverfassung institutionalisiert durch die Schranken der Verfassungsrevision zwar durchaus ein notwendiges Mindestmass an Skepsis, die man im Verfassungsstaat «jeder Manifestation öffentlicher Gewalt entgegenbringen

---

Art. 180 KV GE forderte: «Tous les quinze ans, la question de la révision totale de la constitution est posée au Conseil général»; m.w.H. KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, 86, m.H. auf den girondistischen Verfassungsentwurf von 1793.

285 AUER, Kantonales Staatsrecht, § 7, Rz. 937; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 821; hingegen enthielt die Bundesverfassung von 1848 in Art. 106 eine Sperrfrist von 5 Jahren; vgl. auch das Beispiel der RASA-Initiative, die weniger als ein Jahr nach Annahme der Masseneinwanderungsinitiative eingereicht wurde; m.w.H. dazu auch Rz. 162.

286 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 117; m.w.H. in Bezug auf kantonale Volksinitiativen auch ATTINGER, Volksinitiativen, 149 ff.

287 Für Beispiele solcher «Ewigkeitsklauseln» siehe Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 139 Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947.

288 Art. 79 Abs. 3 GG.

289 Art. 139 Verfassung der Italienischen Republik vom 27. Dezember 1947; Art. 89 Abs. 5 Constitution du 4 octobre 1958 (Frankreich).

290 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 368 ff.; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 16, Rz. 822 ff.

sollte».[291] Zugleich gewichtet sie, von einem gewissen Urvertrauen geleitet, das Risiko exzessiver Verfassungsgebung mangels Schranken der Verfassungsrevision jedoch kleiner als die Chance erhöhter Verfassungsakzeptanz aufgrund von weitreichenden Rechten zum Kampf um den Erhalt individueller Selbstbestimmungsrechte. An zusätzlicher Tiefenschärfe gewinnen die Wirkweise und der Adressat von Schranken der Verfassungsrevision durch eine nähere Analyse drei ihrer parallel verlaufenden Funktionen: der institutionellen (Abschnitt 1), der individualrechtlichen (Abschnitt 2) und der prozeduralen (Abschnitt 3) Funktion von Schranken der Verfassungsrevision.

1. Institutionelle Funktion

Wessen Befugnisse beschränken die Schranken der Verfassungsrevision? In institutioneller Hinsicht präzisieren die Schranken der Verfassungsrevision die gewaltengliedrige Organisation der Eidgenossenschaft als Rechtsstaat. Nach der vorherrschenden Auffassung begrenzen sie die Befugnisse des Verfassungsgebers.[292] Der Typus der autonomen Schranke, der den Verfassungsgeber zu Selbstzucht verpflichtet, verleiht dieser Lesart terminologisch Nachdruck.[293] 88

Einiges spricht indes auch dafür, dass Schranken der Verfassungsrevision die Verfassungsmässigkeit der Verfassungsvorlage, nicht die Verfassungsmässigkeit der in Kraft gesetzten Verfassungsnorm regeln. Revisionsschranken legen nicht den Verfassungsgeber in Ketten, sondern jene Organe, die dem Verfassungsgeber Änderungsvorlagen zur Abstimmung unterbreiten. Auf ihrer Seite hat eine solche Lesart einmal Wortlaut und Systematik der Bundesverfassung. Der Verfassungsartikel, der die Beschlussfassung über eine Verfassungsänderung regelt, erwähnt die Schranken der Verfassungsrevision auffälligerweise nicht explizit,[294] während die Schranken einer Teilrevision im Kontext des entsprechenden Volksrechts zur Verfahrenseinleitung in Art. 139 Abs. 3 BV sowie der entsprechenden Regelung in verfahrenstechnischer Hinsicht (Art. 194 Abs. 2 und 3 BV) erwähnt werden.[295] Den institutionellen Zuständigkeiten in den einzelnen Phasen des Verfassungsrevisionsverfahrens wird ebenfalls besser Rechnung getragen, wenn man die Initianten einer Verfassungsrevision als Adressaten von Revisionsschranken qualifiziert. Befindet die Bundesversammlung über die Gültigkeit von 89

---

291 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 121.

292 So etwa HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 126, Rz. 822; F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 705 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1755.

293 Vgl. KAYSER, Grundrechte als Schranke, 8; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 327 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 12.

294 Art. 195 BV.

295 Art. 195 BV.

Volksinitiativen, agiert sie nämlich als oberste Gewalt im Bund, die zwar unter Vorbehalt von Volk und Ständen als Verfassungsgeber steht, aber nicht unter Vorbehalt der Initianten einer Volksinitiative (Art. 148 Abs. 1 BV).[296] Nicht zuletzt wird man auch dem Volk als anonyme und rechtlich ungebundene Masse von Stimmbürgern besser gerecht,[297] wenn Revisionsschranken nicht den Verfassungsgeber als Beschlussorgan adressieren, sondern jene Organe, welche die Änderungsvorlage ausarbeiten.

90 Wir stellen fest: In institutioneller Hinsicht regeln Schranken der Verfassungsrevision die Verfassungsmässigkeit der Verfassungsvorlage, nicht die Verfassungsmässigkeit der in Kraft gesetzten Verfassungsnorm. Auf den Verfassungsgeber wirken Schranken machteffektuierend, nicht machthemmend. Sie bewahren ihn vor Vorlagen, bei denen unklar bleibt, worüber zu entscheiden ist, und solchen, die ihm Handlungsalternativen vorspielen, die im Falle einer Annahme keine Rechtswirkung entfalten können und sollen.[298] Machthemmende Effekte entfachen Revisionsschranken gegenüber jenen Organen, welche die Vorlage zur Verfassungsänderung ausformulieren, wie die Initianten einer Volksinitiative.

2. Individualrechtliche Funktion

91 Die individualrechtliche Funktion von Schranken der Verfassungsrevision bezieht sich auf ihr Schutzobjekt: die grundrechtlich geschützte Abstimmungsfreiheit der einzelnen Bürgerinnen und Bürger im Rahmen der Verfassungsrevision in ihrer Rolle als Beschlussorgan (Art. 34 Abs. 2 BV).[299] Im Allgemeinen schützt die Abstimmungsfreiheit die Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe des einzelnen Stimmbürgers; im Kontext der Verfassungsrevision erfolgt dies primär durch ein Verbot von unrichtigen, irreführenden oder suggestiven Fragestellungen sowie Interventionen in den Abstimmungskampf.[300] In ihrer individualrechtlichen Funktion formen die Schranken der Verfassungsrevision diese Anforderungen der grundrechtlich geschützten Abstimmungsfreiheit an eine Abstimmung über eine Verfassungsänderung näher aus. Sie garantieren, «dass kein Abstimmungsergebnis anerkennt wird, «welches nicht den freien Willen der

296 Zum Parlament als oberste Gewalt im Bund Rz. 473 ff.; vgl. auch Rz. 499 ff.; siehe auch SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 15.

297 Vgl. Rz 77.

298 M.w.H. Fn. 259.

299 Zur Beschlussfassung über eine Verfassungsrevision siehe Rz 77 ff.

300 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 34, N 15 ff., insb. N 23; GLASER, Politische Rechte, 424 ff.; für die erstmalige Aufhebung einer Volksabstimmung durch das Bundesgericht siehe auch BGer 1C 315/2018 et al. vom 10.04.2019, E. 6 ff.

Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt».[301] Dafür muss der einzelne Stimmbürger zwingend wissen, ob die Verfassung lediglich punktuell oder grundlegend revidiert wird (Einheit der Form),[302] was das Ziel und die Folgen des Revisionsvorhabens sind (Einheit der Materie) und ob das Vorhaben überhaupt eine Chance auf rechtliche Wirksamkeit besitzt (materielle Schranken).

3. Prozedurale Funktion

92 Wenig Beachtung findet in der Verfassungsdogmatik eine dritte Funktion von Schranken der Verfassungsrevision, die wir hier als prozedurale Funktion bezeichnen wollen. Vor dem Hintergrund einer allgemeinen Tendenz der Bundesverfassung, Mindestanforderungen an den Inhalt staatlicher Gestaltung nicht durch klare materielle Vorgaben, sondern in vermittelnden Verfahren durch verschiedene Verfassungsorgane zu garantieren,[303] spricht einiges gegen ein streng juristisches Schrankenverständnis, das dem politischen Prozess der Verfassungsgebung durch einen unverrückbaren Rechtsbestand «ewiger Normen»[304] eine trennscharfe Grenze ziehen will.[305] Auch die Idee von «verfassungswidrigem Verfassungsrecht»[306] ist der Bundesverfassung fremd und verstellt den Blick auf die Funktionsweise der Revisionsschranken mehr, als dass sie sie klärt.

93 Schranken der Verfassungsrevision entfalten ihre Funktion im Verfahren der Verfassungsrevision, indem sie der Bundesversammlung bei der Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen als Massstab dienen. In diesem besonderen Verfahren der Verfassungsrechtspflege[307] sollen Schranken für einen hinnehmbaren Ausgleich zwischen der Abstimmungsfreiheit der Stimmbürger und dem Initiativrecht der Initianten sorgen: Erstens, indem sie sicherstellen, dass die Stimmbürger nicht über das Ziel und die Folgen des Revisionsvorhabens im Dunkeln gelassen werden (Einheit der Materie); zweitens, indem sie dafür sorgen, dass die Stimmbürger nicht über den Umfang und die Bedeutung getäuscht werden (Einheit der Form); und drittens erinnern Schranken daran, dass das Interesse am Schutz der Rechte der Initianten nicht den Anspruch der Stimmbürger überwiegen kann, über Alternativen zu entscheiden, die nicht existieren (materielle Schran-

---

301 So der Leitsatz des Bundesgerichts BGE 130 I 290, 294, E. 3.1; zuletzt BGE 141 II 297, 299, E. 5.2.

302 So auch TSCHANNEN, Einheit der Form, 12 ff.

303 DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 8.

304 So aber F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 706.

305 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 123.

306 Vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 4.

307 M.w.H. zur Verfassungsrechtspflege auch Rz. 517 ff.

ken). Schranken wirken demnach auf eine Verfassungsrevision ein, indem sie gewisse prozedurale Mindestanforderungen an den Inhalt von Verfassungsrevisionsvorlagen stellen, ohne selbst konkrete Inhalte vorzugeben.[308] Sie garantieren keine residualen Schutzpositionen, sondern vermitteln solche «prozedural» im Rahmen einer Gültigkeitsprüfung von Revisionsvorhaben der Bundesverfassung. Darin liegt die prozedurale Funktion von Schranken der Verfassungsrevision.

94 Zusammengefasst mag die Zurückhaltung der Bundesversammlung bei der Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich erscheinen, weil ein politisches Organ anhand rechtlicher Massstäbe den Schutz individueller Rechte garantieren muss. Vor dem Hintergrund der prozeduralen Funktion von Schranken der Verfassungsrevision erweist sich die «sachgerechte passive Tugend»[309] der Bundesversammlung bei der Ungültigkeitserklärung von Volksinitiativen insgesamt jedoch als staatsrechtlich bedachter Ausgleich zwischen der Abstimmungsfreiheit der Stimmbürger und dem Initiativrecht der Initianten.[310]

D. Zwischenfazit: Angenommene Volksinitiativen als widerspruchserhebende Verfassungsnormen

95 Die Volksinitiative, das Verfahren der Verfassungsteilrevision und die Schranken der Verfassungsrevision regeln den Erlass neuer Verfassungsnormen. Dieses Arrangement hält die Bundesverfassung offen gegenüber Änderungen und Wandel in der Gesellschaft. Dank ihnen bleibt die Verfassung eine «Möglichkeit, politische Geschichte zu gestalten»[311]. Zugleich vermittelt das analysierte Bündel von Vorgaben dem Prozess der Verfassungsrevision das notwendige Mass an Stabilität, auf das eine verfassungsstaatliche Ordnung angewiesen ist. Die drei analysierten Herausstellungsmerkmale des Erlasses neuer Verfassungsnormen stabilisieren und dynamisieren die bestehende Verfassungsordnung demnach in einem Mit- und Gegeneinander. Eine solche Sichtweise verdeutlicht allem voran dreierlei:

96 *Zum Ersten* ist das Verfahren der Verfassungsteilrevision im Grundsatz bloss am Ende direktdemokratisch imprägniert. Vor der Beschlussfassung handelt es sich um ein gewöhnliches Gesetzgebungsverfahren, in dem die Bundesversammlung

---

308 M.w.H. zu dieser Wirkweise von Verfassungsnormen auch Rz. 662.

309 REICH, Konflikt, 1005.

310 M.w.H. zur Gültigkeitsprüfung durch die Bundesversammlung auch Rz. 518, 528, 561.

311 J.P. MÜLLER, Demokratische Verfassung, 63.

abschliessend über den Verfassungstext entscheidet, den sie dem Verfassungsgeber zur Abstimmung unterbreitet. Wird eine Verfassungsrevision indes mittels Volksinitiative eingeleitet, wirkt sich das auf die direktdemokratische Prägung der Phasen zur Einleitung und zur Ausarbeitung der Änderungsvorlage aus, wobei zwischen drei verschiedenen direktdemokratischen Prägungsgraden unterschieden werden kann: Am schwächsten ist die direktdemokratische Einfärbung, wenn mittels einer Volksinitiative eine Totalrevision der Bundesverfassung eingeleitet wird. Die Einleitung erfolgt hier direktdemokratisch, sie mündet jedoch in der Abstimmung über die Frage, «ob» eine Totalrevision durchzuführen ist. Die Änderungsvorlage selbst wird im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach der Neuwahl eines revisionsfreudigen Parlaments ausgearbeitet. Stärker ist die direktdemokratische Prägung einer Verfassungsrevision, wenn ein Bürgerkollektiv eine Teilrevision der Bundesverfassung mittels Volksinitiative in der Form der allgemeinen Anregung einleitet. In diesem Fall erhält neben der Einleitung auch die Ausarbeitung der Änderungsvorlage eine gewisse plebiszitäre Färbung. Die Änderungsvorlage wird zwar auch hier im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren ausgearbeitet, die gesetzgebenden Organe bleiben dabei jedoch an die inhaltlichen Vorgaben der Initianten gebunden. Am stärksten ist die direktdemokratische Prägung einer Verfassungsänderung schliesslich, wenn eine Verfassungsteilrevision mittels ausformulierter Volksinitiative eingeleitet wird. Dann bestimmen die Initianten über die Einleitung wie auch die Änderungsvorlage selbst, sodass alle drei Phasen der Verfassungsrevision eine umfassende direktdemokratische Färbung erhalten. Ein Bürgerkollektiv kann auf diese Weise eine Abstimmung über die Verfassungswürdigkeit einer bestimmten Sache ohne Rücksicht auf anderslautende Prioritäten von Regierung und Parlament sowie unter Überspringung der vorparlamentarischen und parlamentarischen Verfahren erzwingen. Wir stellen fest: Im Verfahren der Verfassungsrevision unterliegt die Phase der Beschlussfassung stets einer statischen direktdemokratischen Prägung, während jene der beiden anderen Phasen der Verfassungsrevision je nach Einleitungsform variiert. Denn die Art und die Beschaffenheit des Initiativrechts determinieren, bei wem zu welcher Zeit und mit welcher Formulierung das Recht zur Fragestellung an den Verfassungsgeber liegt und ob die Änderungsvorlage eines Bürgerkollektivs «so, wie sie lautet» dem Verfassungsgeber zur Abstimmung unterbreitet werden muss.

Zum Zweiten ist das Verfahren der Teilrevision ohne Zweifel ein rechtliches 97
Verfahren zur Änderung von Verfassungsrecht, die Schranken der Verfassungsrevision setzen diesem Verfahren rechtliche Grenzen und die Volksinitiative ist ein besonderes Vorschlagsrecht, um ein solches Verfahren einzuleiten. Eine derart formal-rechtsstaatliche Deutung dieser drei Erzeugungskomponenten von Verfassungsrecht greift mit Blick auf die Bundesverfassung indes zu kurz. Die drei analysierten Herausstellungsmerkmale der Verfassungsrevision markieren

nämlich allesamt auch «Nahtstellen»[312] zwischen Demokratie und Rechtsstaat. Zum einen hat die Analyse des Zusammenspiels von Volksinitiative, Teilrevisionsverfahren und Revisionsschranken verdeutlicht, dass die Bundesverfassung Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip im Hinblick auf den Erlass neuer Verfassungsnormen nicht statisch miteinander verkoppelt, sondern abhängig von der Art des Revisionsverfahrens und der Form ihrer Einleitung auf unterschiedliche Weise miteinander verschränkt. Zum andern besitzen alle drei Herausstellungsmerkmale der Verfassungsrevision auch selbst eine Koppelungsfunktion zwischen dem rechtsstaatlichen Anliegen, alle Staatsgewalt an das Recht zu binden – auch bei der Verfassungsrevision –, und dem demokratischen Anliegen, Staatsgewalt auf das Volk zurückzuführen – speziell bei der Verfassungsrevision: das Instrument der Volksinitiative, indem es als Recht auf Widerspruch nach Einfluss auf den Inhalt politischer Gestaltung sucht; das Verfahren der Teilrevision, indem es als Verfahren politische Interessen in Verfassungsform überführt und Recht und Politik auf diese Weise miteinander verschränkt; die Schranken der Verfassungsrevision, die durch eine Regelung der Verfassungsmässigkeit von Änderungsvorlagen zwischen den politischen Rechten der Initianten und jenen aller anderen Stimmbürger in ihrer Rolle als Verfassungsgeber vermitteln.

98 *Zum Dritten* öffnet das Verständnis der Volksinitiative, des Verfassungsteilrevisionsverfahrens und der Schranken der Verfassungsrevision als Nahtstellen zwischen Demokratie und Rechtsstaat den Blick auf ein tieferliegendes Grundanliegen des verfassungsrechtlichen Arrangements zum Erlass neuer Verfassungsnormen: die Befriedung politischer Konflikte durch ihre Überführung in die Bundesverfassung. Mitunter erhebt eine Volksinitiative als Ausdruck einer legalen Revolution nämlich Widerspruch gegen bestimmte Formen politischer Gestaltung und will steuernd auf diese einwirken. Das Teilrevisionsverfahren eröffnet einen rechtlichen Kanal, um politische Konflikte in Rechtsform zu transformieren. Und die Schranken der Verfassungsrevision stellen prozedurale Mindestanforderungen an den Inhalt von Verfassungsrevisionsvorlagen, die politische Konflikte in Verfassungsform nicht verbieten. Insofern nimmt die Bundesverfassung querstehende Verfassungsnormen geradezu in Kauf, die einer Verfassung aus juristischer Sicht nicht würdig, aber für die Wahrung der verfassungsmässigen Ordnung eben auch unverzichtbar sind. Sie vertraut darauf, dass politische Konflikte in der Verfassung verheilen und zu Narben zusammenwachsen, womit wir zu einer Grundthese der vorliegenden Arbeit vorgestossen sind: Angenommene Volksinitiativen müssen nicht, aber können politische Konflikte in die Bundesverfassung tragen, um sie dort mit den Mitteln des Rechts zu befrieden; wobei der auf die Bewältigung des Konflikts bezogene Wille, nicht die Volksinitiative an sich, es ist, der die Befriedung leistet. Die Volksinitiative institutionali-

312 So in Bezug auf Freiheitsrechte BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 367.

siert ein Recht auf Widerspruch gegenüber Formen politischer Gestaltung als Alternative zu illegitimer Gewalt und Rebellion. Sie wirkt als konstruktives Element, nicht als Gegensatz des Verfassungsstaates, auch wenn das in der Bundesverfassung zuweilen für paradoxe Konstellationen sorgt.[313] Eine entsprechende Regelungsabsicht angenommener Volksinitiativen ergibt sich aus der eigen- und wohl auch einzigartigen Regelung des Erlasses solcher Verfassungsnormen. Bis heute hat sich dieses verfassungsrechtliche Arrangement, das einen Kampf um den Erhalt individueller Selbstbestimmungsformen mit den Mittel des Verfassungsrechts ermöglicht, insgesamt als taugliches Mittel zum Schutz von Stabilität und Kontinuität der Bundesverfassung erwiesen. Solange dem auch so bleibt, sind angenommene Volksinitiativen, die einen politischen Konflikt in die Verfassung tragen, um ihn mit den Mitteln des Rechts zu befrieden, ein in der Bundesverfassung existierendes, von der Staatsorganisation der Schweiz in Kauf genommenes und für die schweizerische Verfassungskultur unverzichtbares Phänomen.

313 J.P. MÜLLER, Staatsbürger, 13.

Kapitel 2 Ursachen und Verfassungsmässigkeit des Erlasses widerspruchserhebender Verfassungsnormen

99 Was sind die Ursachen von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen? Ist es mit der Bundesverfassung vereinbar, Verfassungsnormen zu erlassen, die im Widerspruch zu bestehenden Verfassungsnormen stehen? Das vorangehende Kapitel untersuchte die Herausstellungsmerkmale des Erlasses neuer Verfassungsnormen. In einem nächsten Schritt sind diese zum Problem in Bezug zu setzen, mit dem sich diese Studie befasst: Widersprüchen innerhalb der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. Das vorliegende Kapitel soll also nicht klären, wann ein Widerspruch zwischen Verfassungsnormen vorliegt,[314] sondern ob und weshalb es möglich ist, durch Volksinitiativen solche Normrelationen in der Bundesverfassung zu erzeugen (Abschnitt A), und inwiefern dies überhaupt verfassungsmässig ist (Abschnitt B und C). Hierfür reicht es aus, wenn wir die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs erst später einer vertieften Analyse[315] unterziehen und Widersprüche im Rechtsgefüge vorerst als Konstellation umschreiben, in der zwei verfassungsrechtliche Normen den gleichen Sachverhalt erfassen, aber Unterschiedliches anordnen.

A. Ursachen von Widersprüchen bei angenommenen Volksinitiativen

100 Welche Ursachen machen die Eigenart von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen aus? Antworten auf diese Frage erfordern, dass wir uns auf eine Reflexionsebene begeben und von dort aus die einzelnen Phasen des Erlasses neuer Verfassungsnormen analysieren. Denn wie sich gezeigt hat, können alle Phasen der Verfassungsrevision eine direktdemokratische Prägung erhalten.

101 Liegt die Ursache der uns interessierenden Widersprüche in der Bundesverfassung in der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Beschlussfassung über das Inkrafttreten von Verfassungsnormen? Volk und Stände sind von Verfassungs

314 Eingehend zum Widerspruch als Steuerungsproblem Rz. 123; zum Begriff des Widerspruchs in der Lehre Rz. 291 ff.; zu einer Neuausrichtung der rechtsdogmatischen Figur des Widerspruchs Rz. 399 ff.

315 Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5383.

wegen dazu befugt, über das Inkrafttreten von Verfassungsnormen abzustimmen, die vorbestehenden Verfassungsnormen zuwiderlaufen, und haben dies auch mehrfach getan.[316] Ob eine vorgeschlagene Verfassungsänderung anderen Verfassungsnormen zuwiderläuft, ist, politisch betrachtet, regelmässig nicht ausschlaggebend für die Annahme oder Ablehnung einer Verfassungsänderung. Bei der Beschlussfassung über das Inkrafttreten von Verfassungsvorlagen standen und stehen die konkreten praktischen Bedürfnisse im Vordergrund.[317] Dass Verfassungsnormen in Kraft treten, die im Widerspruch zur bisherigen Rechtslage stehen, wenn Volk und Stände das im Rahmen einer Volksabstimmung beschliessen, ist demnach eine Konsequenz ihrer Rechtsänderungskompetenzen, keine Eigenart der direktdemokratischen Beschlussfassung über das Inkrafttreten neuer Verfassungsnormen. Möglich ist das auch in anderen Verfassungsordnungen, wenn ein entsprechender politischer Wille besteht. Die Ursache, welche die Eigenart von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen ausmacht, liegt somit nicht in der Phase der Beschlussfassung über das Inkrafttreten widerspruchserhebender Verfassungsnormen. Schliesslich bestimmen Volk und Stände als Beschlussorgan nicht selbst, über was sie entscheiden, sondern beschliessen bloss auf Antrag über Verfassungsänderungen.

Liegt die Ursache von widersprüchlichem Verfassungsrecht aufgrund von angenommenen Volksinitiativen in der Möglichkeit einer direktdemokratischen Einleitung der Verfassungsrevision? Diese zweite These liegt im Kontext angenommener Volksinitiativen auf der Hand. Umgekehrt hiesse dies, dass jede Volksinitiative Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugt, was in der Praxis bei weitem nicht der Fall ist. Es gibt auch Volksinitiativen wie etwa die 1. August-Initiative[318] oder die Velo-Initiative[319], die keine Widersprüche in der Bundesverfassung hervorgerufen haben. Die Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung qualifiziert die Lehre zum Teil gar als Mittel zur Verhinderung kon- 102

316 Siehe dazu eingehend Rz. 130 ff.

317 Vgl. etwa F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 22: «Auf die Übereinstimmung mit staats- und verfassungsrechtlichen Theorien hat man in der Schweiz bei der Ausarbeitung von Verfassungsgesetzen nie Gewicht gelegt».

318 Volksinitiative «für einen arbeitsfreien Bundesfeiertag (1. August-Initiative)», die am 25.10.1990 eingereicht und am 26.09.1993 von Volk und Ständen mit 86,3% Volksstimmen und allen Standesstimmen angenommen wurde.

319 Die Volksinitiative «Zur Förderung der Velo-, Fuss- und Wanderwege (Velo-Initiative)» wurde am 1.03.2016 eingereicht. Am 13.03.2018 unterbreitete die Bundesversammlung sie zusammen mit einem Gegenentwurf zur Abstimmung, woraufhin die Initianten ihre Initiative am 21.03.2018 zurückzogen und der Gegenentwurf von Volk und Ständen mit 73,59% Volksstimmen und allen Standesstimmen angenommen wurde.

flikträchtiger Abstimmungsvorlagen.[320] Die These, dass eine direktdemokratische Einleitung von Verfassungsrevisionen unisono die Gefahr für Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erhöht, lässt sich somit ebenfalls falsifizieren.

103 Liegt die Ursache von widersprüchlichem Verfassungsrecht aufgrund von angenommenen Volksinitiativen in der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Ausarbeitung einer Vorlage zur Änderung der Bundesverfassung? Die Bundesverfassung konzipiert unterschiedliche Wege, um eine Vorlage zur Verfassungsänderung auszuarbeiten und sie Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten. Bei der Totalrevision wie auch bei Teilrevisionen, die mittels Behördeninitiativen oder einer Volksinitiative in der Form einer allgemeinen Anregung eingeleitet worden sind, ist das Risiko von Normwidersprüchen relativ gering – oder zumindest nicht grösser als bei anderen Rechtsetzungsprojekten. Die Fragestellung, die dem Verfassungsgeber zur Abstimmung unterbreitet wird, formulieren schliesslich die gesetzgebenden Organe. In solchen Konstellationen beruht die Ausarbeitung einer Vorlage zur Verfassungsänderung auf einer bereits von CONDORCET[321] geäusserten und von MAX WEBER illustrierten Überzeugung: Man brauche «kein Schuster zu sein, um zu wissen, ob der Schuh drückt, den der Schuster hergestellt hat».[322] Nach Art. 192 Abs. 2 BV bleibt es im Grundsatz denn auch dem Schuster – also den gesetzgebenden Organen – vorbehalten, die notwendigen Anpassungen der Verfassung zu beantragen, damit die diagnostizierten Druckstellen fachmännisch entfernt werden können. Grundlegend anders ausgestaltet ist die Ausarbeitung der Vorlage zur Verfassungsänderung, wenn eine Verfassungsrevision durch eine ausformulierte Volksinitiative eingeleitet wurde. Das Recht, eine Frage zu formulieren und sie Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten, liegt hier bei den Initianten der Volksinitiative, nicht bei der Bundesversammlung. Neben der Einleitung und der Beschlussfassung

320 So etwa B. EHRENZELLER, Ausweg, in: NZZ vom 16. Dezember 2010; GRIFFEL, allgemeine Anregung.

321 «Il n'est point nécessaire, pour décider en connaissance de cause, d'avoir lu ou entendu, sur chaque objet, tout ce que les hommes chargés de cette même décision ont pu penser; il n'est pas nécessaire de les avoir entendus de préférence à d'autres qui auraient pu répandre plus de lumières; il suffit de n'avoir été privé d'aucun moyen d'instruction, d'avoir pu les employer librement: c'est à chaque individu qu'il appartient de choisir la méthode de s'éclairer qui lui convient le plus, de proportionner l'étude qu'il est obligé de faire sur une question à ses lumières, à la force de son intelligence. Et certes, l'expérience a prouvé que les hommes qui voudraient avoir lu tout ce qui a pu être écrit sur un objet, écouté tout ce qui pourrait avoir été dit, finiraient par se rendre incapables de décider.» Zitiert bei KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 48.

322 WEBER, Politische Schriften, 214.

erhält auch die Ausarbeitung der Änderungsvorlage eine direktdemokratische Prägung. Gewissermassen ist hier neben der Diagnose von Druckstellen auch ihre Therapie Sache von Laien, nicht des Fachmanns. Das Risiko von Normwidersprüchen innerhalb der Bundesverfassung nimmt dadurch nicht bloss zu. Die in der laienhaften Ausarbeitung von Verfassungstexten durch Bürgerkollektive liegende Gefahr von Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen ist ihrer Art und Funktion nach besonders und unterscheidet sich grundlegend von anderen Ursachen widersprüchlicher Rechtsnormen.

Summarisch stellen wir fest: Die Ursache der uns interessierenden Form von Verfassungsrecht im Widerspruch liegt weder im Instrument der Volksinitiative zur direktdemokratischen Einleitung einer Verfassungsrevision noch in der direktdemokratischen Beschlussfassung über das Inkrafttreten neuer Verfassungsnormen. Ausschlaggebend ist die zweite Phase des Teilrevisionsverfahrens: die direktdemokratische Ausarbeitung der Vorlage einer Verfassungsänderung mittels ausformulierter Volksinitiative, die dem Verfassungsgeber direkt zur Abstimmung unterbreitet wird. 104

B. Verfassungsmässigkeit widerspruchserhebender Revisionsvorlagen

Wir haben dargelegt, dass der Verfassungsgeber nicht verfassungswidrig handelt, wenn er Verfassungsnormen in Kraft setzt, die vorbestehenden Verfassungsnormen zuwiderlaufen. Zudem haben wir festgestellt, dass die Ursache der vorliegend interessierenden Widersprüche in der Bundesverfassung im direktdemokratischen Mitwirkungsrecht liegt, einen Vorschlag zur Verfassungsänderung zu formulieren. Doch ist es überhaupt verfassungsmässig, dem Verfassungsgeber mittels Volksinitiative eine Vorlage zu unterbreiten, die im Falle einer Annahme zu Widersprüchen innerhalb der Bundesverfassung sorgen kann? 105

Die Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs ist, wie dargelegt, ein Mittel zur direktdemokratischen Einleitung eines Teilrevisionsverfahrens. Ihr eigentlicher Clou liegt jedoch in der Möglichkeit von Bürgerkollektiven, eine Änderungsvorlage auszuformulieren, welche die Bundesversammlung dem Verfassungsgeber unverändert zur Abstimmung unterbreiten muss. Solche Revisionsvorlagen gelten als verfassungsmässig, wenn sie nach Auffassung der Bundesversammlung die Einheit der Form und die Einheit der Materie wahren, die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen und faktisch durch- 106

führbar sind.[323] Ob eine ausformulierte Volksinitiative im Widerspruch zu bestehenden Verfassungsnormen steht, ist somit irrelevant für ihre Verfassungsmässigkeit. An zusätzlicher Tiefenschärfe gewinnt diese These durch die gewonnenen Erkenntnisse über die institutionelle und die prozedurale Funktion von Schranken der Verfassungsrevision. Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung nehmen die Schranken der Verfassungsrevision nämlich die Initianten einer Verfassungsrevision in die Pflicht, nicht den Verfassungsgeber. Eine nähere Analyse der institutionellen Funktion von Schranken hat zudem verdeutlicht, dass und weshalb die Initianten nicht für Widersprüche innerhalb der Bundesverfassung verantwortlich gemacht werden können, die ihre Änderungsvorlage nach der Annahme erzeugt: Erstens beabsichtigen die Initianten mitunter gar keine Änderung der Rechtslage auf Verfassungsstufe, sondern die Volksinitiative dient ihnen als Mittel zu anderen politischen Zwecken.[324] Zweitens kann ein Initiativkomitee nicht wissen, wie die Rechtslage zum Zeitpunkt eines allfälligen Inkrafttretens der Vorlage tatsächlich aussieht. Und drittens überträgt die Bundesverfassung die Letztverantwortung für verfassungsmässige Revisionsvorlagen der Bundesversammlung. Als Kontrollorgan darf sie im Rahmen der Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen nur jene Vorlagen für gültig erklären, welche die Schranken der Verfassungsrevision nicht verletzen (Art. 173 Abs. 1 lit. f BV).

107 Im Einzelfall ist demnach zu klären, wann die Erzeugung eines Widerspruchs in der Bundesverfassung mittels Volksinitiative die Abstimmungsfreiheit der Stimmbürger in einer nicht hinnehmbaren Weise verletzt. Eine solche Konstellation kann zwar nicht per se ausgeschlossen werden. Unter Berücksichtigung der Revisionsschranken in ihrer prozeduralen Funktion dürfte die Ungültigkeitserklärung einer widerspruchserzeugenden Volksinitiative jedoch regelmässig nicht das mildeste Mittel sein für einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Abstimmungsfreiheit der Stimmbürger und der Einschränkung der politischen Rechte der Initianten. Je deutlicher nämlich Einzelne mittels einer widerspruchserhebenden Volksinitiative um den Erhalt ihrer individuellen Freiheiten kämpfen, desto offensichtlicher dient die Volksinitiative als Mittel einer legalen Revolution und umso grösser ist das Interesse, die Anliegen einer Volksinitiativen ernst zu nehmen. Zusammengefasst ist es demnach verfassungsmässig, mittels ausformulierter Volksinitiative Änderungsvorlagen auszuarbeiten, die im Widerspruch zu vorbestehendem Verfassungsrecht stehen. Soweit kein überwiegendes Interesse am Schutz der Abstimmungsfreiheit der Stimmbürger besteht, ist es Recht und

323 Vgl. Rz. 81 ff.; siehe auch OFK-BV, BIAGGINI, Art. 139, N 4; ebenso bereits F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 398.

324 WILI, Entwicklungen, 19; eingehend zu den verschiedenen Funktionen der Volksinitiative auch Rz. 31 ff.

Pflicht der Bundesversammlung, solche Änderungsvorlagen Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten.

C. Zwischenfazit: Verfassungsmässigkeit von Verfassungsrecht im Widerspruch

Der Erlass widerspruchserzeugender Verfassungsnormen im Verfahren der Teilrevision ist in keinem seiner Teilschritte verfassungswidrig: Das Verfahren der Teilrevision ermöglicht es, die Schranken der Verfassungsrevision verbieten es nicht und die Volksinitiative berechtigt dazu. Zudem hat sich gezeigt, dass das Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch», um das es hier geht, nicht einfach von einem klassischen Konflikt zwischen zwei Verfassungsnormen handelt, sondern aufgrund seiner Ursache der Art und Sache nach besonders ist: Die direktdemokratische Prägung des Rechts, eine Fragestellung zu formulieren und sie Volk und Ständen exklusiv zur Abstimmung zu unterbreiten, erhöht nicht einfach die Gefahr von Widersprüchen in der Bundesverfassung, sondern begründet die Eigenart von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. Solche Konstellationen mögen zwar dem Postulat der Widerspruchslosigkeit der Verfassung entgegenlaufen und deshalb aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich erscheinen. Wenn man hingegen auch die Funktion der Bundesverfassung als politische Ordnung mit demokratischen und bundesstaatlichen Anliegen mitberücksichtigt, existieren solche Widersprüche in der Bundesverfassung keineswegs ohne Grund. Die Hauptursache von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen liegt demzufolge in der verfassungsrechtlichen Möglichkeit, politische Konflikte mittels Volksinitiativen in rechtliche Widersprüche zu transformieren, um die Verfassungsakzeptanz zu stärken und eine gewalttätige Revolution zu verhindern. Damit gewichtet die Bundesverfassung die Chance erhöhter Verfassungsakzeptanz durch möglichst umfassende Rechte zum Kampf um den Erhalt individueller Selbstbestimmungsrechte höher als die Gefahr, die von «direktdemokratischer Spenglerei»[325] am Verfassungstext ausgeht. 108

[325] So der Radikale CARTERET in: das Vaterland Nr. 144 vom 22.06.1884; zitiert bei L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 36.

Kapitel 3 Wirkweisen hinzugefügter Verfassungsnormen

109 Was ist das Grundproblem von Widersprüchen in der Bundesverfassung, die angenommene Volksinitiativen erzeugen? Nachdem wir die charakteristische Ursache solcher Widersprüche analysiert haben, müssen wir uns nun der Wirkung solcher Konstellationen zuwenden. Anders formuliert: Weshalb wissen staatliche Organe, die mit einer angenommenen Volksinitiative konfrontiert sind, regelmässig nicht, wie sie sich verhalten sollen? Das vorliegende Kapitel stellt zu diesem Zweck zwei Fragen in den Vordergrund. Zunächst sollen die allgemeinen Steuerungsfaktoren von Verfassungsnormen und die damit einhergehenden Probleme für die verfassungsgebundenen Organe dargelegt werden (Abschnitt A). Im Anschluss wird untersucht, ob es spezifische Faktoren der Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen gibt, welche das sind und was für Grundprobleme sie hervorrufen (Abschnitt B). Zum Schluss wird erörtert, dass und weshalb Widersprüche zwischen Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen Steuerungsprobleme hervorrufen, die der Art und Sache nach besonders sind (Abschnitt C).

A. Allgemeine Faktoren der Steuerungskraft von Verfassungsnormen

110 MAHLMANN erachtet die Art und den Umfang der Wirkung von Verfassungsnormen als ein «Grundproblem des Verfassungsrechts».[326] Das unscharfe Sprachbild der «Wirkung» oder der «Wirksamkeit» von Verfassungsnormen verstellt den Blick auf die eigentlichen Fragen dabei allerdings mehr, als dass es sie klärt. Um herauszufinden, weshalb staatliche Organe bei angenommenen Volksinitiativen oft nicht wissen, wie sie sich verhalten sollen, wollen wir deshalb drei verschiedene Faktoren der Steuerungskraft von Verfassungsbedingungen unterscheiden: die Geltungskraft (Abschnitt I), die reale Wirkungskraft (Abschnitt II) und die normative Kraft (Abschnitt III) einer Verfassungsnorm.

[326] MAHLMANN, Wirkungsweisen, 3; vgl. auch BAUMANN, Umsetzung, 248 f.

I. Geltungskraft von Verfassungsnormen

Ein erster Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen ist ihre Geltungskraft. Mit ihr ist die «Seinsweise einer Verfassungsnorm»[327] angesprochen, sie macht ihre Verbindlichkeit und Massgeblichkeit aus. Die Normeigenschaft der Geltung bezieht sich weder auf den Inhalt noch die Richtigkeit oder das vorangehende Revisionsverfahren einer Verfassungsnorm. Sie bringt einzig zum Ausdruck, dass eine Verfassungsnorm zum geltenden Verfassungsrecht dazugehört, weil sie von Volk und Ständen angenommen wurde (Art. 195 BV).[328] Insofern entfacht eine Verfassungsnorm Geltungskraft,[329] sobald sie in Kraft getreten ist,[330] was aus einer Vielzahl politischer Gründe geschehen kann. Im Unterschied zu anderen Rechtsnormen besitzen Bestimmungen mit Verfassungsrang zudem eine originäre Geltungskraft,[331] die sie «in sich selbst finden»[332] und nicht aus höherrangigen Normen ableiten. Ihrer Geltung wegen erhebt jede Verfassungsnorm Anspruch auf Verbindlichkeit, will Bindungswirkung entfachen.[333] Sie besteht selbst dann, wenn eine Norm tatsächlich nicht beachtet wird.[334] Wenn also Verfassungsnormen im Verfahren der Verfassungsteilrevision in Kraft gesetzt werden, die womöglich Spannungen oder Unvereinbarkeiten zu vorbestehendem Verfassungsrecht erzeugen, hat das weder auf die Geltung der hinzugefügten Verfassungsnorm noch auf die Geltung bestehender Verfassungsnormen Einfluss.[335] 111

---

327 EICHENBERGER, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 58 ff.; m.w.H. zur Geltung von Verfassungsnormen BAUMANN, Umsetzung, 248 ff.

328 M.w.H. SGK-BV, R.P. MÜLLER, Art. 195, Rz. 8 ff.; siehe auch ROELLECKE, Identität und Variabilität der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 13, Rz. 26.

329 BURCKHARDT, Organisation, 166: «Geltung nennen wir die Tatsache, dass eine Rechtsordnung oder Rechtsnorm unter Ausschluss aller anderen in einer bestimmen menschlichen Gruppe ihren Anspruch auf Gehorsam durchsetzt»; vgl. auch ROELLECKE, Identität und Variabilität der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 13, Rz. 26; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 332.

330 So in Bezug auf Volksinitiativen spezifisch WALDMANN, Umsetzung, 549; m.w.H. im Allgemeinen RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 332; EICHENBERGER, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 59; BURCKHARDT, Organisation, 170 f.

331 EICHENBERGER, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 60.

332 HÄFELIN, Verfassungsgebung, 101; SCHEUNER, Verfassung, 118.

333 RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 332.

334 MAHLMANN, Wirkungsweisen, 5; MOSER, Unterschätzte Verfassung, 11; BURCKHARDT, Organisation, 164.

335 MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14.

II. Reale Wirkungskraft von Verfassungsnormen

112 Mit der Geltung einer Verfassungsnorm nicht zu verwechseln ist ein zweiter Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen: ihre faktische, soziologische Wirksamkeit – oder präziser: ihre reale Wirkungskraft.[336] Gemeint ist das Ausmass, in dem es einer Verfassungsnorm gelingt, steuernd auf die Realität einzuwirken und die Spannung zwischen Sein und Sollen zu überwinden.[337] Die reale Wirkungskraft einer Verfassungsnorm hängt entscheidend von der Diskrepanz zwischen dem realen Zustand in der Gesellschaft (Sein) und dem durch das Recht angesteuerten Zustand (Sollen) ab. Diese Spannung markiert einen Wesenszug des Rechts, keinen Fehler. Je grösser die Spannungsintensität zwischen Verfassungsnorm und Wirklichkeit allerdings ist, desto anspruchsvoller wird die Aufgabe, eine Verfassungsnorm in der Realität tatsächlich zu verwirklichen und umso kleiner sind die Chancen ihrer vollständigen Realisierung.[338] Letztlich bleibt die reale Wirkungskraft einer Verfassungsnorm eine soziologische Grösse. Sie ist in einer Verfassungsnorm dem Wesen nach bloss zum Teil angelegt und bleibt immer ein Konstrukt, «das jede Zeit, jede politische Ordnung, auch jede Wissenschaft […] nach ihren Vorstellungen und Bedürfnissen ausformt».[339]

III. Normative Kraft von Verfassungsnormen

113 Einen wesentlichen Einfluss auf die Steuerungskraft einer Verfassungsnorm hat ihre normative Beschaffenheit. Diesen Steuerungsfaktor wollen wir als normative Kraft einer Verfassungsnorm bezeichnen. Die Verfassungsdogmatik begründet die Eigenart der normativen Kraft von Verfassungsnormen im Wesentlichen durch ihre geringe Normdichte (Abschnitt 1), ihre Vielgestaltigkeit (Abschnitt 2), ihren politischen Charakter (Abschnitt 3), ihre normative Position und ihren normativer Kontext (Abschnitt 4) sowie ihre Färbung durch die jeweiligen Anwendungsorgane und -verfahren (Abschnitt 5).

---

336 Dazu präzise KELSEN, Reine Rechtslehre, 377 ff.; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, Rz. 20 ff., spricht von der «Wirksamkeit» des Rechts.

337 HILLGRUBER, Normativer Anspruch, 14; EICHENBERGER, Verfassungsrechtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 58 ff.; HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 42 f.; vgl. auch ROELLECKE, Identität und Variabilität der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 13, Rz. 27.

338 HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 43.

339 VOLKMANN, Normativer Anspruch, 62.

1. Normdichte

Verfassungsnormen sind «in ihrem Aussagegehalt oft relativ unbestimmt und halten nur einen ersten Konsens über Notwendigkeit, Bereich und Zweck einer Staatsaufgabe fest».[340] Verfassungsbestimmungen «kodifizieren nicht, sondern regeln nur»[341]. Sie wollen dem Gemeinwesen die Möglichkeit überlassen, «politischen Konsens» über den Gehalt der Regelung «etappenweise aufzubauen».[342] Meist wird Verfassungsnormen daher pauschal eine «Verdichtungsbedürftigkeit»[343] attestiert, die auf einer bewussten Steuerungsform staatlichen Handelns beruht. 114

Eine nähere Analyse offenbart jedoch ganz unterschiedliche Ursachen der normativen Unbestimmtheit[344] von Verfassungsnormen: Bis zu einem gewissen Masse bleiben sie unbestimmt, weil der Verfassungsgeber mangels Zeit und Ressourcen nicht sämtliche Probleme antizipieren kann, die sich in der Zukunft womöglich stellen.[345] Sodann sind manche Verfassungsnormen – weniger angenommene Volksinitiativen – unbestimmt, weil sie «Ausdruck des Ringens um politische Kompromisse, wahre Kunstwerke der politischen Konsenswerkstatt» darstellen.[346] Schliesslich bleibt, egal wie stark sich das mit der Formulierung von Verfassungstexten betraute Organ um eine möglichst präzise Ausdrucksform bemüht, auch die kontext- und interpretenbedingte «Unschärfe der Sprache» ein nicht zu beseitigendes Problem von Verfassungsnormen.[347] Nicht zuletzt sind die dargestellten Ursachen einer geringen Normdichte von Verfassungsnormen im Grundsatz auch bei infrakonstitutionellem Recht anzutreffen. Streng genommen handelt es sich bei der normativen Unbestimmtheit also nicht um eine Eigenart von Verfassungsnormen. 115

340 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

341 So HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 21; siehe auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 10; BGE 112 Ia 208, 212, E. 2a; H. HUBER, Formenreichtum, 191.

342 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9.

343 LERCHE, Stil und Methode, 342.

344 Die Verfassungsdogmatik spricht in diesem Zusammenhang oftmals auch von der Offenheit von Verfassungsnormen; so etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9. Um Verwechslungen mit der Abänderbarkeit oder dem offenen Gefüge der Verfassung zu verhindern, wird vorliegend jedoch bevorzugt der Begriff der Normdichte verwendet.

345 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 220 ff.; vgl. G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 32 ff.

346 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

347 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 221; vgl. auch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 141; BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 144.

2. Vielgestaltigkeit

116 Einen weiteren normativen Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen verortet die Literatur in ihrer «Punktualität»[348] und «Vielgestaltigkeit»[349]. Ursache dieser mit der geringen Normdichte nicht zu verwechselnden «Normoffenheit» ist die Eigenart, dass Verfassungsnormen – anders als Gesetzesbestimmungen – sämtliche Bereiche der Gesellschaft aus unterschiedlichen Gründen auf mannigfache Art regeln.[350] Als Folge davon entfacht die Bundesverfassung ihre normative Kraft als Rechtsgefüge primär «punktuell» durch ihre nebeneinander existierenden, zu unterschiedlichen Zeiten erlassenen Verfassungsnormen, weniger als Ganzes.[351] In der «Vielgestaltigkeit» dürfte nicht zuletzt der wesentliche Grund liegen, weshalb das Schrifttum es zwar nicht ausschliesst, dass Verfassungsnormen eine konditionale Struktur besitzen, im Grundsatz aber von einer finalen Normstruktur von Verfassungsbestimmungen ausgeht.[352]

3. Politischer Charakter

117 Der politische Charakter einer Verfassungsnorm wird als weiterer Faktor ihrer Steuerungskraft erachtet. Er soll hier vorerst bloss in seinen Grundzügen angetönt und erst später weiter vertieft werden.[353] Bereits SMEND wies darauf hin, dass «das Kriterium, das die Verfassung von der übrigen Rechtsordnung unterscheidet, […] der politische Charakter ihres Gegenstandes» sei und solche Bestimmungen daher auch auf eine besondere Weise auszulegen seien.[354] Die Bundesverfassung ist eben «nicht nur ein juristischer Text, [sondern] auch ein politisches, geschichtliches und kulturelles Dokument».[355] Verfassungsnormen ordnen die Ausübung staatlicher Macht im Recht ein und diesem unter, indem sie Staatsorgane konstituiert (*Polity*) und deren Entscheidungsverfahren in den Grundzü-

348 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 11.

349 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 62 f.

350 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 31 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 11; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 63; spezifisch zum Bezug von Verfassung und Lebenswirklichkeit bereits SMEND, Verfassungsrecht, 134.

351 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 11.

352 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 261 ff.

353 Näher dazu Rz. 364 ff., 381 f., 392.

354 SMEND, Verfassungsrecht, 133.

355 So auch die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11: In der Bundesverfassung «kommt eine nahezu 150-jährige Verfassungsgeschichte des Bundesstaates Schweiz zum Ausdruck. Sie ist Spiegelbild vergangener verfassungspolitischer Auseinandersetzungen und damit Zeugnis ihrer Zeit. In ihr verkörpert sich das politische Erbe und das Selbstverständnis des Landes. Als Kristallisationspunkt grundlegender politischer Anliegen ist die Bundesverfassung Ausdruck des politischen Grundkonsenses, eine Art ‹Gesellschaftsvertrag› im modernen Sinn».

gen festlegt (*Politics*).[356] Neben einer «Verrechtlichung der Politik» erfolgt in und durch Verfassungsnormen jeweils auch eine «Politisierung des Rechts«.[357] Verfassungsnormen verschränken als rechtlich-politische Doppelphänomene rechtliche und politische Anliegen in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander in der Absicht, in beide Richtungen Steuerungseffekte zu erzeugen.[358]

4. Normative Position und normativer Kontext

Die normative Kraft einer Verfassungsnorm hängt immer auch von ihrer Stellung in der Rechtsordnung und ihrem normativen Kontext ab. Die Relation von Verfassungsnormen untereinander ist weder konsistent noch klar geregelt: Aufgrund der Höchstrangigkeit[359] und der «abstrakten Gleichwertigkeit»[360] von Verfassungsnormen sind der Bundesverfassung interne Normabstufungen laut dem vorherrschenden Grundtenor fremd.[361] «Es gibt innerhalb des Geltungsgebietes der […] Verfassung nicht ein höher- und ein minderwertiges Verfassungsrecht in dem Sinne, dass dieses von jenem weichen müsste, sondern es […] stehen sämtliche Grundsätze des Verfassungsrechts mit gleicher Rechtskraft neben einander», wie das Bundesgericht bereits früh festhielt.[362] Sektorielle Vorrangrelationen zwischen einzelnen Verfassungsnormen bleiben damit zwar nicht ausgeschlossen,[363] doch zusammen mit dem zwingenden Völkerrecht, das nach allgemeiner Auffassung über dem Verfassungsrecht steht, bilden sie die Ausnahme. Aus den dargelegten Gründen gehen Lehre und Praxis von einer weitgehenden 118

356 KLEY, Geschichte, 441; RHINOW, Politische Funktionen, 189; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 228; KEMPEN, Verfassung und Politik, in: Verfassungstheorie, § 27, Rz. 16; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 65.

357 So ausdrücklich MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 230 ff.; GRIMM, Politik, 16 ff.; im selben Sinne auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1, Rz. 38; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 440; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 229.

358 M.w.H. zum Verhältnis von Recht und Politik Rz. 392; spezifisch in Bezug auf die Volksinitiative Rz. 54, 97.

359 Statt vieler AUBERT, Constitution, 40 f.; GRABENWARTER, Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung in: Verfassungstheorie, § 11, Rz. 1 ff.

360 In der Lehre TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 13 ff.; ebenso der Bundesrat in der Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; sowie der Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

361 Undifferenziert HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 93, der von der Gleichrangigkeit auf Gleichwertigkeit schliesst.

362 So BGE 22 I 1012, 1020, E. 5; BGE 56, I 327, 332, E. 3, die sich jedoch beide auf eine Kantonsverfassung beziehen. Die Gleichwertigkeit von Bundesverfassungsnormen ist indes ebenso anerkannt. M.w.H. dazu H. KOLLER, Umgang mit Volksinitiativen, 548 f.; HÄFELIN, Verfassungsgebung, 88 f.

363 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 16; HANGARTNER, Unklarheiten, 472; siehe auch Urteil BGer 2C 1051/2016 vom 24.08.2017, E. 3.3 f.

«Koordinationsoffenheit»[364] des normativen Kontextes von Verfassungsnormen aus. Das heisst: Verfassungsnormen stehen im Grundsatz ohne systematisch-inhaltliche Koordination nebeneinander, sind bloss lose miteinander verbunden und werden meist erst im Rahmen ihrer Handhabe situativ miteinander koordiniert.[365] Dieser Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen sei hier vorerst bloss angetönt, wird später wieder aufgenommen und vertieft.[366]

5. Organe und Verfahren

119 Schliesslich hängt die normative Kraft einer Verfassungsnorm entscheidend vom institutionellen Arrangement ihrer Verwirklichung ab. Ohne die Hilfe staatlicher Organe vermögen Verfassungsnormen die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen nicht zu überwinden und können ihre normative Kraft nicht entfalten.[367] Dabei spielt es nicht nur eine Rolle, dass staatliche Organe die normative Kraft einer Verfassungsnorm entfalten. Die normative Kraft hängt auch entscheidend davon ab, welcher Gewaltenträger normative Vorgaben in welchen Verfahren in die Wirklichkeit überführt. Das Bundesgericht konkretisiert Verfassungsnormen aufgrund seiner Beschaffenheit sowie der ihm zur Verfügung stehenden Verfahren schliesslich anders als die Bundesversammlung oder die Bundesverwaltung. Dieser institutionelle Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen sei hier bloss angetönt, wird später wieder aufgenommen und vertieft.[368]

B. Besondere Faktoren der Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen

120 Gibt es besondere Faktoren der Steuerungskraft von angenommenen Volksinitiativen und, falls ja, welche sind das? Gewiss: Angenommene Volksinitiativen erzeugen wie jede andere Rechtsnorm *Geltungskraft*, sobald sie in Kraft treten. Die Diskrepanz zwischen Sein und Sollen ist bei angenommenen Volksinitiativen zwar regelmässig sehr gross. Ihretwegen erachtet die Literatur die *reale Wirkungskraft* einer angenommenen Volksinitiative denn auch für geringer als die Erwartungen, die damit gemeinhin einhergehen.[369] Mitunter nehmen angenom-

364 Der Begriff ist entnommen bei DIGGELMANN, Targeted sanctions, 318.

365 BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 10; SGK-BV, THURNHERR, Art. 121, Rz. 5; BGer 2C 162/2012, E. 3.2.2; KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 27 ff.

366 Grundlegend dazu Rz. 280 ff. sowie Rz. 405 ff.

367 BURCKHARDT, Organisation, 177 f.

368 Siehe Rz. 254 ff. sowie grundlegend Rz. 541 ff.

369 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 463; So zeigt sich insbesondere in Bereichen, die von transnationalem Recht durchdrungen sind, dass eine Anpassung staatlicher Gestal-

mene Volksinitiativen eine hohe Spannungsintensität zwischen Sein und Sollen bewusst in Kauf mit dem Ziel, Opposition aus konkretem Anlass zu betreiben, Wähler zu mobilisieren oder präventiven Verfassungsschutz zu vermitteln. Ohne Zweifel bleibt die *normative Kraft* einer angenommenen Volksinitiative regelmässig eingeschränkt aufgrund einer geringen Normdichte und einer weitgehenden Koordinationsoffenheit[370] gegenüber anderen Verfassungsvorgaben.[371] Unbestritten werfen das institutionelle Arrangement zur näheren Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative und ihr politischer Charakter Fragen auf. Trotzdem unterscheiden sich angenommene Volksinitiativen und andere Verfassungsnormen nach der vorherrschenden Auffassung weniger durch die Tatsache und die Gründe als vielmehr das Ausmass, in welchem ihre Steuerungskraft beschränkt bleibt. Umgekehrt hängt die Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen aber auch von zwei Faktoren ab, die der Art und Sache nach besonders sind und eng mit dem normativen Grundproblem solcher Bestimmungen zusammenhängen: dem Integrationsbedarf einer angenommenen Volksinitiative im bestehenden Verfassungsgefüge (Abschnitt I) sowie den besonderen Koordinationsproblemen von angenommenen Volksinitiativen (Abschnitt II).

I. Integrationsbedarf eigener Art

Eine Teilrevision will die bestehende Verfassungsordnung zwar punktuell ändern, im Übrigen aber weitmöglichst erhalten.[372] Eine angenommene Volksinitiative ist demnach auf eine Weise im bestehenden Verfassungsgefüge zu integrieren, die den Fortbestand und die Folgerichtigkeit der Verfassung bewahrt.[373] Zugleich wirkt eine angenommene Volksinitiative wesensgemäss als «Schrittmacher»[374] auf die bestehende Verfassungsordnung ein und will diese an veränderte Verhältnisse anpassen. Mit der näheren Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative geht somit ein strukturelles Dilemma einher, da ihre nachträgliche Integration im bestehenden Verfassungsgefüge jeweils in einem Spannungsfeld zwischen der Änderungsabsicht des Verfassungsgebers und der Sicherung der Verfassungskontinuität stattfindet. Diese Spannung bildet einen besonderen Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsnormen, die im Teilrevisionsverfahren erlassen wurden. Anders als die Spannung zwischen Sein und 121

tung nicht einseitig mittels Volksinitiative erzwungen werden kann; m.w.H. B. EHRENZELLER, Möglichkeiten und Grenzen, 78.

370 Vgl. DIGGELMANN, Targeted sanctions, 322 ff.; KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 13.

371 Vgl. WALDMANN, Umsetzung, 526 ff.; HANGARTNER, Unklarheiten, 472 ff.; MUSLIU, Umsetzung, 11 ff.

372 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 189.

373 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 212.

374 G. MÜLLER, Einführung, 370.

Sollen wirkt sie nicht zwischen Norm und Wirklichkeit, sondern zwischen dem bestehenden Normgefüge und einer neuen Norm. Allerdings gilt auch hier: je grösser diese Spannungsintensität, desto schwieriger die Entfaltung der normativen Kraft einer neuen Verfassungsnorm.

122 Bei angenommenen Volksinitiativen ist die Spannungsintensität zwischen dem bestehenden Normgefüge und der zu integrierenden Norm der Art und Sache nach besonders. Gewiss scheren sich die Initianten meist nur bedingt um die systematisch korrekte Integration des verfolgten Anliegens, wenn sie durch verfassungsrechtliche Vorgaben Einfluss auf die politische Gestaltung nehmen wollen.[375] Speziell ist die Spannungsintensität jedoch vor allem, weil angenommene Volksinitiativen via Verfassung Opposition gegenüber gewissen Inhalten politischer Gestaltung betreiben und die eingesetzten Behörden zu einem bestimmten Handeln verpflichten wollen. Im Vordergrund stehen weniger die Folgerichtigkeit der Verfassung und die passgenaue Integration der neuen Norm, als vielmehr die Berücksichtigung vernachlässigter Verfassungsanliegen zwecks Erhalts der Verfassungsakzeptanz und die Einflussnahme auf die politische Gestaltung via Verfassung. Darin liegen die Hauptgründe der besonderen Spannungsintensität zwischen Norm und Normgefüge bei angenommenen Volksinitiativen; deshalb ist der Integrationsbedarf einer angenommenen Volksinitiative ein besonderer Faktor ihrer Steuerungskraft.

II. Koordinationsprobleme eigener Art

123 Verfassungsnormen enthalten Vorgaben für verschiedenste Bereiche, die regelmässig in unterschiedliche Richtungen zielen. Solche Gegenläufigkeiten sind weder eine Seltenheit noch ein Missstand in der Bundesverfassung, teilweise hebt die Bundesverfassung die Spannung zwischen verfassungsrechtlich geschützten Interessen gar ausdrücklich hervor.[376] Die Bundesverfassung verwendet die Koordinationsoffenheit, also die nicht näher geregelten Relationen von Verfassungsnormen, somit vielfach als bewusste Form rechtlicher Steuerung. Koordinationsoffenheiten innerhalb der Bundesverfassung können sich jedoch zu einem Koordinationsproblem verdichten,[377] wenn zwei geltende Verfassungsnormen dieselbe Sache unterschiedlich regeln.[378] Der vorherrschende Grundtenor

375 Vgl. auch ROTH, Umsetzung, Rz. 9.

376 So etwa Art. 73 BV: «Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen anderseits an».

377 S. BESSON, Konflikt, 27.

378 G. MÜLLER, Einführung, 371; vgl. auch Votum Janiak, AB S 2014 928; m.w.H. zu unterschiedlichen Formen der Unvereinbarkeit von Normen KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 47 ff., 53 ff.

spricht in einer solchen Situation von einem «Widerspruch» und meint damit eine Konstellation von Normen, in der «das, was die eine als gesollt setzt, mit dem, was die andere als gesollt setzt, unvereinbar ist, und daher die Befolgung oder Anwendung der einen Norm notwendiger- oder möglicherweise die Verletzung der anderen involviert».[379] Angesprochen ist kein Anspruch *auf Widerspruch* gegen einen bestimmten Status quo, wie ihn die Volksinitiative vermittelt,[380] sondern ein Zustand von verschiedenen Rechtsnormen *im Widerspruch.* Diese Unterscheidung zwischen dem Widerspruch im Sinne eines prozeduralen Rechts sowie als Zustand im Rechtsgefüge ist für die vorliegende Arbeit von zentraler Bedeutung und wird im weiteren Verlauf immer wieder aufgegriffen.

Koordinationsprobleme aufgrund von gegenläufigen verfassungsrechtlichen Handlungsanweisungen, Gestaltungsaufträgen oder Verfassungsdirektiven beruhen auf einem Widerspruch als Zustand im Rechtsgefüge. Eine solche Konstellation hängt nicht davon ab, ob es sich bei den kollidierenden Bestimmungen um justiziable Verfassungsnormen handelt oder bloss im Anwendungsfall ein Konflikt vorliegt. Der Widerspruch ist weder «direkt» noch «potenziell». Vielmehr liegt eine verfassungsrechtliche «Pflichtenkollision» vor,[381] die von Beginn weg auf sämtliches Staatshandeln einwirkt, das die widersprüchlich geregelte Sache betrifft, und alle damit konfrontierten Staatsorgane vor ein besonderes Steuerungsproblem stellt. Fürs Erste[382] lässt sich ein Widerspruch zwischen Verfassungsnormen demnach als Zustand umschreiben, in der zwei geltende Verfassungsnormen dieselbe Sache unterschiedlich regeln (I), die Bundesverfassung ihre Relation nicht näher bestimmt (II) und es deshalb unklar bleibt, wie die Bundesverfassung staatliches Handeln in diesem Bereich zu steuern beabsichtigt (III). Das Grundproblem von Verfassungsrecht im Widerspruch ist somit ein besonderes Steuerungsproblem. Aus einer formal-rechtsstaatlichen Perspektive liegt dieses Steuerungsproblem darin, dass sich die Normadressaten widersprüchlicher Verfassungsnormen in einem Spannungsfeld[383] wiederfinden, in dem sich geltende Verfassungsnormen übers Kreuz ihrer Steuerungskraft berauben, da sie dieselbe Sache widersprüchlich regeln.[384] In einer solchen Konstellation verdichtet sich die allgemeine Koordinationsoffenheit zu einem Koordinationsproblem, da die

124

379 So statt vieler KELSEN, Norm, 99; im selben Sinne auch Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5383.

380 Siehe dazu Rz. 55.

381 BSK BV-UEBERSAX, Art. 197 Ziff. 11, N 12.

382 Eingehend zum Begriff des Widerspruchs in der Lehre Rz. 291 ff.; zur Neuausrichtung des Widerspruchsbegriffs siehe Rz. 399 ff.

383 So auch Votum BR Sommaruga, AB S 2014 1245; anlässlich der Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV Votum Engler, AB S 2014 927; anlässlich der Umsetzung von Art. 121a BV Votum Jauslin, AB N 2016 1502.

384 Zur situativen Konfliktbewältigung auch KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 27 ff.

Befolgung der einen Verfassungsnorm zwingend einer anderen Verfassungsnorm zuwiderläuft und umgekehrt, sodass staatliche Organe ohne situative Koordination der aufeinanderprallenden Anordnungen nicht wissen, wie sie sich verhalten sollen.

125 Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass die besonderen Steuerungsprobleme – oder besser: Koordinationsprobleme – bei angenommenen Volksinitiativen weder auf einer mangelhaften Arbeit des Verfassungsgebers beruhen noch eine bewusste Form rechtlicher Steuerung staatlichen Handelns darstellen. Steuerungsprobleme, die mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen einhergehen sind der Art und Sache nach besonders, weil eine angenommene Volksinitiative einen politischen Konflikt in Verfassungsform transformiert, damit er sich dort in rechtlich gezügelter Weise fortsetzt und durch Recht befriedet werden kann. Damit sind wir zu einer nächsten Grundthese der vorliegenden Arbeit vorgestossen: Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen ein der Art und Sache nach besonderes Steuerungsproblem, weil sie politische Konflikte in Verfassungsform transformieren, um sie mit den Mitteln des Rechts zu befrieden. Diese Regelungsabsicht einer angenommenen Volksinitiative gilt es zwingend mitzuberücksichtigen, wenn das damit verbundene Steuerungsproblem in der notwendigen Tiefenschärfe erfasst werden soll. Deshalb markieren Koordinationsprobleme, die mit einer angenommenen Volksinitiative einhergehen, einen besonderen Faktor der Steuerungskraft von Verfassungsrecht.

C. Zwischenfazit: Widersprüche zwischen Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen als besonderes Steuerungsproblem

126 Was umschreibt das Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch», auf welchen Ursachen beruht es und welche Grundprobleme gehen damit einher? Geltende Verfassungsnormen können dieselbe Sache aus unterschiedlichen Motiven widersprüchlich regeln. Mitunter handelt es sich um eine bewusste Steuerungsform staatlichen Handelns, so etwa bei kollidierenden Grundrechtsansprüchen oder gegenläufigen Staatszielen. Solche Widersprüche in der Bundesverfassung bilden jedoch nicht den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Im Zentrum stehen die der Art und Sache nach besonderen Steuerungsprobleme, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen.

127 Besonders ist dieses Steuerungsproblem einmal aufgrund seiner Ursache: Wird eine Verfassungsteilrevision mittels einer ausformulierten Volksinitiative einge-

leitet, so folgt daraus eine direktdemokratische Prägung des Rechts, eine Frage zu formulieren und sie Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten. Gewiss erhöht sich dadurch die Gefahr, dass dem Verfassungsgeber widerspruchserhebende Änderungsvorlagen zur Abstimmung unterbreitet werden und er diese annimmt. Die Bundesverfassung nimmt dieses Risiko jedoch in Kauf, da sie mit der Volksinitiative als Recht auf Widerspruch und dem Teilrevisionsverfahren als Kanal zur legalen Revolution eine Transformation politischer Konflikte in rechtliche Widersprüche ermöglichen will, um die Verfassungsakzeptanz zu stärken, die Schwächen einer Konkordanzdemokratie in Bezug auf die Berücksichtigung von Randinteressen abzumildern und einen Staatsstreich zu verhindern.

Besonders ist das Steuerungsproblem, welches das Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch infolge angenommener Volksinitiativen» hervorruft, sodann aufgrund seiner Wirkung. Das Ausmass, in welchem allgemeine Faktoren der Steuerungskraft von Verfassungsrecht wie die Geltungskraft[385], die reale Kraft[386] und die normative Kraft[387] die Wirksamkeit einer angenommenen Volksinitiative relativieren, ist zwar regelmässig höher als bei anderen Verfassungsnormen. In erster Linie liegt es jedoch an zwei besonderen Faktoren der Steuerungskraft angenommener Volksinitiativen, dass staatliche Organe, die mit einer angenommenen Volksinitiative konfrontiert sind, oft nicht wissen, wie sie sich verhalten sollen: erstens dem Integrationsbedarf einer angenommenen Volksinitiative, der einem Widerspruch gegenüber der bestehenden Verfassungsordnung und der Sicherung der Verfassungskontinuität gleichzeitig nachkommen muss;[388] zweitens dem besonderen Koordinationsproblem, einen politischen Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative durch Verfassungsrecht zu befrieden.[389] Es geht also nicht um die Zuordnung widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von mangelhafter Arbeit des Verfassungsgebers oder um eine Koordinationsoffenheit, die eine bewusste Form rechtlicher Steuerung staatlichen Handelns darstellt. Im Vordergrund steht die Befriedung eines politischen Konflikts, der mittels Volksinitiative zu diesem Zweck in die Verfassung getragen wurde. Summarisch erweisen sich Steuerungsprobleme, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, damit als ein eigenartiges, von der verfassungsrechtlichen Staatsorganisation in Kauf genommenes und für die schweizerische Verfassungskultur unverzichtbares Phänomen. Ebenso offensichtlich ist das Bedürfnis der Verfassungspraxis nach einer

128

385 Rz. 111.
386 Rz. 112.
387 Rz. 113 ff.
388 Rz. 121 f.
389 Rz. 124 f.

Koordination solcher widersprüchlicher Verfassungsvorgaben.[390] Diese Diagnose wirft die Frage nach der Therapie dieses speziellen Steuerungsproblems auf: Wie ist eine angenommene Volksinitiative mit anderen, zu ihr im Widerspruch stehenden Verfassungsnormen de lege lata zu koordinieren? Damit wird die Kernfrage der vorliegenden Studie ins Zentrum gerückt.

[390] Vgl. etwa HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie, 39: «Das Staatsrecht darf bei der Konstatierung von Antithesen und Unvereinbarkeiten nicht stehenbleiben […], sondern [hat] sie zu überbrücken».

II. Teil

Bestandsanalyse: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in Lehre und Praxis

«Il ne faut pas qu'une même personne soit réduite à obéir, au même moment, à deux prescriptions qui s'annulent; car la contrariété des commandements est une forme de l'anarchie, qui est la négation de l'Etat.»[391]

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

[391] AUBERT, Hiérarchie, 194/5.

Vorbemerkungen

Wie ist mit Steuerungsproblemen umzugehen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen hervorrufen? Gibt es dogmatische Figuren und Konzepte, um eine angenommene Volksinitiative auf verlässliche Weise näher auszugestalten und sie mit anderen Verfassungsnormen zu koordinieren? Der zweite Teil dieser Arbeit will die bestehenden Lösungsansätze nachzeichnen, mit denen die Verfassungslehre und die Verfassungspraxis Steuerungsprobleme bewältigen, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen. Im Rahmen einer Bestandsanalyse sind existierende Konzepte zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zu suchen, zu analysieren und zu ordnen, wobei rein deskriptiv vorgegangen wird und keine eigenen Lösungsvorschläge entwickelt werden.[392] Zu diesem Zweck wird zuerst die Verfassungspraxis auf Handlungsmuster für den Umgang mit Steuerungsproblemen untersucht, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen (Kapitel 1). Im Anschluss zeichnet die Bestandsanalyse entsprechende Lösungsansätze im Schrifttum nach, was eine gewisse Vorarbeit im Hinblick auf die allgemeine Verfassungsauslegung und -entwicklung voraussetzt. Vorab werden daher die bestehenden Konzepte zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen im Allgemeinen umschrieben und in einem «Viereck der Verfassungsgestaltung» systematisiert (Kapitel 2 und Kapitel 3), bevor schliesslich die existierenden Ansätze der Verfassungsdogmatik zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen anhand des dabei herausgearbeiteten Referenzrahmens geordnet und näher untersucht werden (Kapitel 4). Zum Schluss mündet die Bestandsaufnahme in einer kritischen Würdigung der bestehenden Ansätze zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen (Kapitel 5), die zugleich auch in den dritten Teil der vorliegenden Arbeit überleitet: einer Neuordnung der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen. 129

[392] Einen entsprechenden Versuch wagt die vorliegende Arbeit erst in Teil III.

Kapitel 1 Koordination angenommener Volksinitiativen in der Verfassungspraxis

130 Wie koordiniert die Verfassungspraxis eine zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiative, die im Widerspruch zu bestehenden Verfassungsnormen steht? Empirisch betrachtet bestehen relativ geringe Chancen, dass eine ausformulierte Volksinitiative von Volk und Ständen tatsächlich angenommen wird. Seit der Einführung der Volksinitiative im Jahr 1891 wurden gerade 22 der insgesamt 216 stattgefundenen Abstimmungen über mittels Volksinitiative beantragte Verfassungsänderungen gutgeheissen;[393] 10 davon allerdings seit dem Inkrafttreten der aktuellen Bundesverfassung am 1.01.2000.[394] Sodann erzeugen angenommene Volksinitiativen nicht zwingend Widersprüche in der Bundesverfassung. [395] Auch dass angenommene Volksinitiativen Konfliktlagen hervorrufen, ist kein neues Phänomen: So stand die erste angenommene Volksinitiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung»[396] (Art. 25bis aBV) der Religionsfreiheit konträr entgegen. Die «Rothenthurminitiative»[397] (Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV; heute Art. 78 Abs. 5 BV) verursachte einen Gegensatz zur Eigentumsgarantie und zum Militärunterricht als Sache des Bundes und auch die «Alpenschutzinitiative»[398] erzeugte Widersprüche gegenüber internationalem Recht, allen voran dem Transitabkommen mit der Europäischen Gemeinschaft.[399] In den letzten Jahren haben die durch angenommene Volksinitiativen hervorgerufenen Steuerungsprobleme besonderer Art allerdings an rechtlicher Bedeutung und politischer Brisanz gewonnen.[400]

---

393 Stand 13. März 2019; vgl. <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_9.html>.

394 Stand 13. März 2019; vgl. <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis_2_2_5_8.html>.

395 M.w.H. zur Volksinitiative «für einen arbeitsfreien Bundesfeiertag (1. August-Initiative)» Fn. 318.

396 Die Volksinitiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung» wurde am 15.09.1892 eingereicht und am 21.08.1893 von Volk und Ständen mit 60,1% Volksstimmen und 10 3/2 zu 9 3/2 Standesstimmen angenommen.

397 Die Volksinitiative «zum Schutz der Moore – Rothenthurm-Initiative» wurde am 16.09.1983 eingereicht und am 6.12.1987 von Volk und Ständen mit 57,8% Volksstimmen und 17 6/2 zu 3 Standesstimmen angenommen.

398 Die Volksinitiative «zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr» wurde am 11.05.1990 eingereicht und am 20.02.1994 von Volk und Ständen mit 68,5% Volksstimmen und 18 6/2 zu 2 Standesstimmen angenommen.

399 Botschaft Alpenschutzinitiative, BBl 1992 II 877 ff., 903 f., 906 ff.

400 Vgl. auch SEFEROVIC, Volksinitiativen, Rz. 158 ff.

Eine Analyse der näheren Ausgestaltung der Minarettverbotsinitiative, der Ausschaffungsinitiative, der Zweitwohnungsinitiative und der Masseneinwanderungsinitiative soll erste Erkenntnisse über den Umgang mit Steuerungsproblemen in der Praxis liefern, die mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen einhergehen. Diese vier allesamt nach der Totalrevision der Bundesverfassung angenommenen Volksinitiativen dienen als Beispiele für unterschiedliche Problemlagen, die sich in ähnlicher Weise auch bei anderen angenommenen Volksinitiativen stellen.[401] Ziel des vorliegenden Kapitels ist keine (weitere) Erörterung des Gehalts dieser Volksinitiativen. Vielmehr gilt es aufzuzeigen, wie sich die staatlichen Organe, allen voran der Gesetzgeber, im Spannungsfeld zwischen der Änderungsabsicht und der Kontinuitätsbewahrung bei angenommenen Volksinitiativen verhalten und welche Ziele sie dabei verfolgen (Abschnitt A-D). Für jedes Beispiel wird dargelegt, wo die spezifischen Koordinationsprobleme liegen und wie ihnen die Verfassungspraxis im Rahmen der Gesetzgebung entgegentritt. Ausserdem wird auf Bewältigungsvorschläge jenseits der Gesetzgebungspraxis eingegangen, sofern solche existieren. Zum Schluss mündet die Analyse der Verfassungspraxis in einer vergleichenden Würdigung der gewonnenen Erkenntnisse (Abschnitt E). 131

A. Volksinitiative «gegen den Bau von Minaretten» – Art. 72 Abs. 3 BV

Am 29.11.2009 nahmen Volk und Stände die von der Volksinitiative «gegen den Bau von Minaretten» beantragte Verfassungsänderung mit 57,58%[402] Volksstimmen und 17 5/2 zu 3 1/2 Standessstimmen an.[403] Der Artikel trat noch am selben 132

401 So stellen sich bei der Minarettbauverbotsinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) ähnliche Fragen wie einst bei der Schächtverbotsinitiative (Art. 25bis aBV). Die Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV) wirft im Wesentlich dieselben Fragen auf, die sich auch bei den Volksinitiativen für eine «lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (Art. 123a BV), «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» (Art. 123b BV) und die Pädophileninitiative (Art. 123c BV) stellen. Die Zweitwohnungsinitiative (Art. 75b BV) und die Rothenthurminitiative (Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV/Art. 78 Abs. 5 BV) besitzen eine ähnliche Problemlage, dasselbe kann auch für die Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) und die Alpenschutzinitiative (Art. 36^{quater} aBV; Art. 84 BV) behauptet werden.

402 1’535’010 Ja zu 1’134’440 Nein.

403 BBl 2010 3437.

Tag in Kraft.[404] Seither präzisiert der Artikel das Verhältnis von Kirche und Staat (Art. 72 BV) wie folgt:[405]

> «Art. 72 Kirche und Staat
>
> […]
>
> 3 Der Bau von Minaretten ist verboten.»

I. Konkrete Koordinationsprobleme

133 Die neue Verfassungsbestimmung verbietet den Bau von Minaretten auf Stufe Bundesverfassung. Sie steht damit in einem Spannungsverhältnis zum Grundrecht, sich gemeinsam mit anderen zu seiner Religion zu bekennen (Art. 15 Abs. 2 BV),[406] zum Diskriminierungsverbot wegen einer religiösen Überzeugung ohne Rechtfertigung (Art. 8 Abs. 2 BV),[407] aber auch zur Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)[408]. Eine Einschränkung dieser Grundrechte durch ein Bauverbot für Minarette ist zulässig, solange die Voraussetzungen von Art. 36 BV erfüllt sind respektive sachliche Gründe für eine solche Ungleichbehandlung religiöser Bauten existieren.[409] Für ein Koordinationsproblem sorgen demnach weniger die Grundrechtsansprüche selbst als vielmehr ein Gegensatz zwischen dem neuen Art. 72 Abs. 3 BV und den Verfassungspflichten, staatliches Handeln verhältnismässig[410] sowie im Einklang mit dem Völkerrecht[411] vorzunehmen.[412]

---

404 AS 2010 2161.

405 BBl 2010 3437.

406 Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7617; HANGARTNER, Religionsfreiheit, 448; BSK BV-WINZELER, Art. 72 BV, N 57.

407 Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7615 ff., 7646 f.; HANGARTNER, Religionsfreiheit, 441 ff., 450; BSK BV-WINZELER, Art. 72 BV, N 58; m.w.H. zum Bedarf einer qualifizierten Rechtfertigung SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 54.

408 Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7617 f.

409 HANGARTNER, Religionsfreiheit, 448 f.; zur Einschlägigkeit von Art. 36 BV im Kontext von Art. 8 BV SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 36, Rz. 6.

410 Die Pflicht ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 35 Abs. 2 BV.

411 Das Minarettbauverbot steht auch im Widerspruch zu Art. 9 und 14 EMRK und Art. 2 und 18 UNO-Pakt II, die nicht zuletzt wegen Art. 5 Abs. 4 BV zu beachten sind; m.w.H. OFK-BV, BIAGGINI, Art. 72, N 14; SGK-BV, KLEY, Art. 72, Rz. 31; Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7630 ff.

412 Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7628 f.

II. Bewältigungsversuche und Bewältigungsvorschläge in Lehre und Praxis

Der Bundesrat erachtete es zwar für «möglicherweise sinnvoll, den Gegenstand des Verbots in der Gesetzgebung zu präzisieren», da es auch Minarette zu reinen Dekorzwecken gebe.[413] Zu einer näheren Ausgestaltung von Art. 72 Abs. 3 BV auf Stufe Gesetz ist es allerdings bis heute nicht gekommen.[414] Die angenommene Volksinitiative eignet sich nach verbreiteter Auffassung als Entscheidgrundlage,[415] auch wenn sie ihre Wirkung auf diese Weise bisher nicht entfalten konnte. Denn: Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern entschied zwar am 29.03.2013 über ein Baugesuch zur Erstellung eines Minaretts,[416] lehnte die entsprechende Beschwerde jedoch gestützt auf das Baureglement der entsprechenden Gemeinde ab, ohne auf die neue Verfassungsnorm zu verweisen.[417] Der EGMR erklärte zwei abstrakte Individualbeschwerden gegen Art. 72 Abs. 3 BV mangels konkreter Betroffenheit für unzulässig, damit den Schweizer Behörden die Möglichkeit bleibt, die Vereinbarkeit einer Ablehnung eines Baugesuchs für ein Minarett auf seine EMRK-Konformität hin zu überprüfen.[418] In erster Linie erweist sich die «Minarettbauverbotsinitiative» somit als Beispiel, dass angenommene Volksinitiativen in der Praxis nicht zwingend durch den Gesetzgeber näher mit ihnen zuwiderlaufenden Verfassungsnormen koordiniert werden. 134

Die Inaktivität des Gesetzgebers spielt die Verantwortung zur Verwirklichung von Art. 72 Abs. 3 BV den rechtsanwendenden Organen zu. Das Schrifttum 135

413 Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff.

414 Das Handeln der gesetzgebenden Organe ging nicht über parlamentarische Motionen und Initiativen hinaus, welche Aufklärungs- und Integrationsarbeit gegenüber religiösen Minderheiten verlangten: Motion Rennwald (09.4034) vom 5.02.2010 für einen interparlamentarischen Dialog nach der Abstimmung über Minarette; Motion Maire (09.4039) vom 2.12.2009 betreffend die Abstimmung über die Anti-Minarett-Initiative und Integration; Parlamentarische Initiative Donzé (10.448) vom 16.06.2010 zur Sicherung von Rechtsordnung, Werten und Religionsfrieden; Standesinitiative Basel Stadt (10.326) vom 24.06.2010 über einen neuen Religionsartikel; Motion Altherr (13.3832) vom 26.09.2013 über eine neue Verfassungsbestimmung über eine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme in religiösen Fragen; der Nationalrat gab der Initiative jedoch keine Folge, AB N 2012 518.

415 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 72, N 13; SGK-BV, KLEY, Art. 72, Rz. 31; mit Vorbehalten J.P. MÜLLER, Minarettverbot, Rz. 5.

416 Urteil Verwaltungsgericht Kt. Bern vom 29.12.2009, 100.2010.430U; publiziert in: ZBl 113/2012, 378 ff.

417 Urteil Verwaltungsgericht Kt. Bern vom 29.12.2009, 100.2010.430U, E. 8.4.

418 Urteil (EGMR) vom 28.06.2011, Quardiri Hafid c. Suisse, Nr. 65840/09; Urteil (EGMR) vom 28.06.2011, Ligue des musulmans de Suisse, et autre c. Suisse, Nr. 66274/09.

postuliert zur Bewältigung des mit dem neuen Verfassungsartikel einhergehenden Koordinationsproblems durch die rechtsanwendenden Behörden im Wesentlichen drei Bewältigungsstrategien: Eine erste Lesart will Art. 72 Abs. 3 BV als «verfassungsrechtliche Schmälerung grundrechtlicher Geltungsbereiche»[419] verstanden wissen, weshalb eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsinteressen unabhängig von etwaigen Konflikten zu völkerrechtlichen Vorgaben ausgeschlossen sei.[420] Nach einer zweiten Lesart liegt es im Ermessen der rechtsanwendenden Behörden, eine Verletzung internationaler Garantien der Menschenrechte durch eine Nichtanwendung von Art. 72 Abs. 3 BV im Einzelfall abzuwenden. Art. 190 BV hebe dies durch die allgemeine Pflicht zur Beachtung des Völkerrechts für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Organe ausdrücklich hervor.[421] Eine dritte Lesart stellt das Minarettbauverbot unter den Vorbehalt einer Interessenabwägung im Einzelfall zwecks Wahrung des öffentlichen Friedens.[422] Es fehle an einem öffentlichen Interesse, so die These, «den Auftritt einer Minderheitsreligion einzuschränken, um den tradierten kulturellen Charakter eines Landes zu schützen».[423] Zusammengefasst wäre das von Art. 72 Abs. 3 BV hervorgerufene Steuerungsproblem staatlichen Handelns im Spannungsfeld zwischen den kollidierenden Verfassungspflichten von der Verfassungspraxis je nach Auffassung demnach entweder einseitig zugunsten von Art. 72 Abs. 3 BV aufzulösen oder der Pflicht zur Beachtung von Völkerrecht respektive anderen öffentlichen Interessen zulasten der normativen Kraft von Art. 72 Abs. 3 BV Nachachtung zu verschaffen.

B. Volksinitiative «über die Ausschaffung krimineller Ausländer» – Art. 121 Abs. 3–6 BV

136 Am 28.11.2010 nahmen Volk und Stände die mit der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer» vorgeschlagene Verfassungsänderung mit 52,91%[424] Volksstimmen sowie 17 5/2 zu 5 1/2 Standesstimmen an,[425] derweil

419 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 41.

420 BIAGGINI, Minarette, 337; in Bezug auf das Völkerrecht J.P. MÜLLER, Minarettverbot, Rz. 12 ff.

421 BSK BV-WINZELER, Art. 72 BV, N 59; SGK-BV, KLEY, Art. 72, Rz. 31; J.P. MÜLLER, Minarettverbot, Rz. 15, 20; BIAGGINI, Minarette, 337.

422 BSK BV-WINZELER, Art. 72 BV, N 59; J.P. MÜLLER, Minarettverbot, Rz. 9.

423 HANGARTNER, Religionsfreiheit, 449; zu den öffentlichen Interessen der Integrationsförderung und der Wahrung der inneren Sicherheit auch Botschaft Minarettinitiative, BBl 2008 7603 ff., 7620 ff.

424 1'397'923 Ja zu 1'243'942 Nein.

425 BBl 2011 2771 ff.

sie den ebenfalls zur Abstimmung vorgelegten direkten Gegenentwurf mit 54,7%[426] der Volksstimmen und allen Standesstimmen ablehnten.[427] Seitdem gibt die Bundesverfassung in Art. 121 Abs. 3–6 BV und den zugehörigen Übergangsbestimmungen vor:

> «Art. 121 BV Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich
>
> 3 Sie [Ausländerinnen und Ausländer] verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie:
>
> a. wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder
>
> b. missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.
>
> 4 Der Gesetzgeber umschreibt die Tatbestände nach Absatz 3 näher. Er kann sie um weitere Tatbestände ergänzen.
>
> 5 Ausländerinnen und Ausländer, die nach den Absätzen 3 und 4 ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, sind von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.
>
> 6 Wer das Einreiseverbot missachtet oder sonstwie illegal in die Schweiz einreist, macht sich strafbar. Der Gesetzgeber erlässt die entsprechenden Bestimmungen.
>
> Art. 197 Ziff. 8 BV Übergangsbestimmung zu Art. 121 (Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern)
>
> Der Gesetzgeber hat innert fünf Jahren seit Annahme von Artikel 121 Absätze 3–6 durch Volk und Stände die Tatbestände nach Artikel 121 Absatz 3 zu definieren und zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Artikel 121 Absatz 6 zu erlassen.»

Art. 121 Abs. 3–6 BV will den Ermessensspielraum rechtsanwendender Behörden im Rahmen des Widerrufs von Aufenthaltsbewilligungen strafrechtlich verurteilter Ausländer abschaffen.[428] Fortan soll die Art des Deliktes entscheidend sein für eine Landesverweisung, nicht mehr dessen Schwere. Die neue Verfassungsnorm gibt dazu einen imperativen «Ausweisungsautomatismus»[429] vor (Abs. 5) und nennt verschiedene Tatbestände (Abs. 3), die diese Rechtsfolge auslösen.

---

426 1'407'830 zu 1'189'269 Stimmen.

427 BBl 2011 2771 ff.; zum direkten Gegenvorschlag siehe auch Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5112.

428 Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5127, 5106.

429 BGE 139 I 16, 26, E. 4.3.2.

I. Konkrete Koordinationsprobleme

137 Gewiss lässt die Normbestimmtheit von Art. 121 Abs. 3–6 BV zu wünschen übrig und mit dem Gesetzgebungsauftrag zur näheren Ausgestaltung der in Absatz 3 genannten Tatbestände gesteht sich die neue Verfassungsnorm ihre relative Unbestimmtheit gleichsam selbst ein.[430] Die angenommene Verfassungsinitiative erzeugt jedoch vor allem ein Steuerungsproblem, weil sie bestehenden Verfassungsvorgaben zuwiderläuft: Ohne Zweifel stehen Art. 121 Abs. 3–6 BV im Konflikt zu Grundrechtsansprüchen betroffener Ausländer, allen voran ihrem Anspruch auf Schutz des Privat- und Familienlebens[431] sowie dem «Non-Refoulement-Verbot»[432].[433] Die neue Verfassungsnorm erzeugt auch Koordinationsprobleme, weil sie neben der Eignung und der Erforderlichkeit die Zumutbarkeit einer Landesverweisung regelt, was eine Prüfung der Verhältnismässigkeit im Einzelfall verunmöglicht und dem entsprechenden Verfassungsgrundsatz zuwiderläuft.[434] Ausserdem prallt der vorgegebene Ausweisungsautomatismus mit völkerrechtlichen Residualgarantien im FZA- und EFTA-Abkommen, der Kinderrechtskonvention und in direkt anwendbaren Menschenrechtsabkommen[435] aufeinander,[436] was innerhalb der Bundesverfassung für einen Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Beachtungsgebot[437] des Völkerrechts sorgt. Nicht zuletzt, weil eine konditional strukturierte Vorgabe (Abs. 3) mit einem Gesetzgebungsauftrag (Abs. 4) verknüpft wird, verdichtet sich die nicht näher

---

430 Vgl. Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5127, 5098; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5999; vgl. auch SGK-BV, THURNHERR, Art. 121, Rz. 49 ff.; MUSLIU, Umsetzung, 90 ff.

431 Art. 10 und 13 BV; Art. 8 EMRK.

432 Art. 25 Abs. 2 und 3 BV; Art. 3 EMRK.

433 Vgl. auch Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5127; BSK BV-UEBERSAX, Art. 121, N 36.

434 Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV.

435 Das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt auch im Völkerrecht: So darf nach Art. 8 Abs. 2 EMRK in die Ausübung von Art. 8 EMRK nur eingegriffen werden, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer; so auch Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5106 f.; m.w.H. GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 22 Rz. 36 ff.

436 SGK-BV, THURNHERR, Art. 121, Rz. 38; Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5110 ff.; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5994.

437 Art. 5 Abs. 4 BV; NOBS, Volksinitiative, 283; SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 Abs. 4, Rz. 62, sprechen von der «Pflicht, dem Völkerrecht auf innerstaatlicher Ebene möglichst weitgehend Nachachtung zu verschaffen».

geregelte Relation zwischen Art. 121 Abs. 3–6 BV und den Pflichten zu verhältnismässigem und völkerrechtskonformem Staatshandeln (Art. 5 Abs. 2 und 4 BV) zu einem Koordinationsproblem, infolgedessen die damit konfrontierten Staatsorgane nicht wissen, wie sie sich verhalten sollen.

II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis

Art. 121 Abs. 4 BV beauftragt den Gesetzgeber explizit zum Erlass einer Ausführungsgesetzgebung innert fünf Jahren.[438] Zur fristgerechten Erfüllung dieses verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrages hat der Bundesrat bereits kurz nach Inkrafttreten der angenommenen Volksinitiative ein entsprechendes Gesetzgebungsprojekt lanciert.[439] Parallel dazu äusserte sich auch das Bundesgericht zum neuen Verfassungsartikel und das eingeleitete Gesetzgebungsverfahren stand auch unter dem Einfluss einer weiteren Volksinitiative. Auf beides ist hier vorab einzugehen. 138

1. Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens

Am 12.10.2012 hatte die erste öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde eines Mazedoniers gegen den Widerruf seiner Niederlassungsbewilligung durch das Migrationsamt Thurgau zu beurteilen, der wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden war (BGE 139 I 16).[440] Der Widerruf der Niederlassungsbewilligung wurde im Lichte einer völkerrechtskonformen Auslegung der einschlägigen Rechtsgrundlage (Art. 61 AuG) sowie unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK für unverhältnismässig erachtet. In einem obiter dictum äusserte sich das Bundesgericht dabei auch zum neuen Verfassungsartikel:[441] Art. 121 Abs. 3–6 BV steht «in Widerspruch zu anderen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben – insbesondere den die schweizerische Verfassungsordnung prägenden Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns und des Respekts der verfassungsmässigen Rechte».[442] «Eine Auslegung von Art. 121 Abs. 3–6 BV, die dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext keine Rechnung trägt und ausschliesslich den Willen der Initianten in den Vordergrund stellt, ist unzulässig, falls die entsprechende Bestimmung sich nicht selber im Sinne einer verfassungsrechtlichen Kollisionsregel eindeutig den Vorrang zu den anderen 139

438 Art. 121 Abs. 4 BV i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 BV; m.w.H. zum Ablauf der Umsetzung auf Gesetzesstufe MUSLIU, Umsetzung, 101 ff.

439 EJPD, Umsetzungskonzept, 7.

440 BGE 139 I 16, Sachverhalt.

441 Dazu ausführlich BIAGGINI, Auslegung.

442 BGE 139 I 16, 26 f., Erw. 4.3.2.

betroffenen Verfassungsvorgaben zuweist.»[443] «Bei Art. 121 Abs. 3 BV», so das Bundesgericht weiter, «handelt es sich als Ganzes ohne die erforderliche Feinabstimmung auf Gesetzesstufe […] um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt. Ihr Verhältnis zu den anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien verlangt nach Klärung. Diese kann – aus Gründen der Gewaltenteilung – zurzeit nicht durch das Bundesgericht erfolgen. Die entsprechende Verantwortung obliegt dem Gesetzgeber. Das Bundesgericht ist im Falle einer auslegungsweise nicht überwindbaren Normenkollision an die Bundesgesetze und das Völkerrecht gebunden (Art. 190 BV); es liegt vorerst an den politischen Instanzen, den erforderlichen Ausgleich zwischen den auf dem Spiele stehenden verfassungsrechtlichen Werten auf Gesetzesstufe zu regeln.»[444]

140 Erbost über dieses Urteil des Bundesgerichts sowie die noch nicht vorgenommene Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung reichten die Initianten der Ausschaffungsinitiative am 28.12.2012 die sog. «Durchsetzungsinitiative» ein.[445] Damit sollte die Bundesverfassung um eine «direkt» anwendbare Übergangsbestimmung zu Art. 121 Abs. 3–6 BV ergänzt werden, die dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgeht und vorgibt,[446] bei welchen Anlasstaten das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe das Gericht eine Landesverweisung auszusprechen hat.[447] Die Bundesversammlung erklärte diese Volksinitiative am 23.03.2015 unter Vorbehalt ihres Absatzes 2[448] für gültig.[449] Am 28.02.2016 haben Volk und Stände die beantragte Verfassungsänderung allerdings verworfen.[450]

2. Vorparlamentarisches Verfahren

141 Noch vor dem Urteil des Bundesgerichts sowie der Lancierung der Durchsetzungsinitiative schlug eine vom Bundesrat eingesetzte Arbeitsgruppe am

---

443 BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.2.

444 BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4.

445 Die Volksinitiative «zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer» (Durchsetzungsinitiative); wurde am 6.06.2012 eingereicht (BBl 2012 7371).

446 Art. 197 Ziff. 8 Abs. 1 Ziff. IV E-BV; BBl 2012 7373.

447 Art. 197 Ziff. 8 Abs. 1 Ziff. I E-BV; BBl 2012 7373.

448 Absatz 2 erklärte den ersten Absatz autoritativ für direkt anwendbar und wollte dadurch auf unzulässige Weise eine Definition von zwingendem Völkerrecht in der Bundesverfassung verankern.

449 BBl 2015 2701.

450 Die «Durchsetzungsinitiative» ist vom Volk mit 1'966'965 «Nein» gegen 1'375'098 «Ja» und von den Ständen mit 17 3/2 Nein gegen 3 3/2 Ja verworfen worden (BBl 2016 3715).

21.06.2011 vier Varianten zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV und der Koordination mit entgegenstehenden Verfassungspflichten auf Gesetzesstufe vor. Die vom Initiativkomitee eingebrachte Variante 1 beabsichtigte eine kompromisslose Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV. Fortan soll allein die Art, nicht mehr die Schwere des begangenen Delikts massgebend für eine Landesverweisung sein und die neue Verfassungsbestimmung daher gegenüber bestehenden Verfassungsvorgaben sowie nicht zwingendem Völkerrecht als jüngeres Recht vorrangig verwirklicht werden. Die übrigen drei Varianten enthielten hingegen eine Härtefallklausel, damit der Vollzug einer angeordneten Landesverweisung wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit aus Rücksicht gegenüber den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns aufgeschoben werden kann.[451] Am 23.05.2012 schickte der Bundesrat zwei Varianten in die Vernehmlassung, jene des Initiativkomitees sowie eine zur näheren Ausgestaltung von Art. 121 Abs. 3–6 BV im StGB mittels Härtefallklausel.[452]

142 In Verarbeitung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens beantragte der Bundesrat, die angenommene Volksinitiative mitsamt einer Härtefallklausel im StGB sowie im MStG umzusetzen.[453] Kernbestimmung der bundesrätlichen Vorlage war Art. 66a E-StGB: Er sah eine Landesverweisung im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung wegen der im Verfassungsartikel umrissenen und im Gesetz näher umschriebenen Anlasstaten vor (Art. 66a Abs. 1 lit. a–o E-StGB).[454] Zwecks inhaltlicher Koordination des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV mit den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns relativierte der Bundesrat den vorgesehenen Art. 66a E-StGB allerdings in dreierlei Hinsicht: Erstens sollte im Hinblick auf den Tatbestand eine Mindesttatschwere von mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Nachachtung verschaffen.[455] Zweitens soll Art. 66a Abs. 3 E-StGB es den zuständigen Behörden ermöglichen, auf eine Landesverweisung zu verzichten, wenn sie für die betroffene Person unzumutbar wäre oder wenn von internationalen Menschenrechtsgarantien geschützte persönliche Rechte in schwerwiegender Weise verletzt würden.[456] Und drittens soll der Vollzug einer Landesver-

---

451 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5991 ff.; m.w.H. MUSLIU, Umsetzung, 115 ff.

452 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5991 f.

453 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5993.

454 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 6020 ff.

455 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 6028 f.; Verurteilungen mit einem darunterliegenden Strafmass können ausnahmsweise dann zu einer Landesverweisung führen, wenn das öffentliche Interesse an einem Verweis die privaten Interessen an einem Verbleib überwiegt.

456 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 6029.

weisung aufgeschoben werden können, falls eine Verletzung des Non-Refoulement-Verbots droht (Art. 66d E-StGB).[457] Am 26.06.2013 unterbreitete der Bundesrat seine Vorlage zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV mitsamt Botschaft der Bundesversammlung.[458] Sein Vorschlag positionierte sich im Spannungsfeld zwischen einer kompromisslosen Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV und den Grundsätzen des rechtsstaatlichen Handelns zwischen dem neuen Verfassungsartikel und dem von Volk und Ständen abgelehnten direkten Gegenentwurf zur Ausschaffungsinitiative.

3. Parlamentarisches Verfahren

143 Am 23.03.2014 trat der Nationalrat als Erstrat auf das Geschäft des Bundesrates zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV ein. Von der Durchsetzungsinitiative unter Druck gesetzt, lehnte die staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-NR) den Vorschlag des Bundesrates ab, weil dieser sich zu nahe am abgelehnten Gegenvorschlag zur «Ausschaffungsinitiative» bewege.[459] Stattdessen beantragte die SPK-NR, den Text der Durchsetzungsinitiative tel quel in Art. 66a E-StGB zu verankern, um deren Initianten zum Rückzug zu bewegen.[460] Von einem Landesverweis sollte einzig dann abgesehen werden können, wenn eine Anlasstat in entschuldbarer Notwehr oder entschuldbarem Notstand geschah.[461] Der Nationalrat stimmte diesem Vorschlag am Ende zu, sodass sich sein Umsetzungsvorschlag im Spannungsfeld zwischen den kollidierenden Verfassungspflichten rigoros zum neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV bekannte im Bewusstsein um eine mögliche Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze sowie etwaige völkerrechtliche Konsequenzen.[462]

144 Der Ständerat befasste sich am 10.12.2014 als Zweitrat mit der Vorlage zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV. Dessen staatspolitische Kommission (SPK-SR) stellte den Koordinationsvorschlägen von Bundesrat und Nationalrat eine dritte Variante gegenüber. Im Grundsatz sah dieser Vorschlag einen Ausweisungsautomatismus vor, wie ihn die neue Verfassungsnorm verlangt. Vergehen, die der Verfassungsartikel nicht ausdrücklich aufzählt, sowie Antragsdelikte sollten allerdings nicht als Anlasstaten für eine automatische Ausweisung gelten.[463] Die Pflichten zu verhältnismässigem und völkerrechtskonformem Staats-

457 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 6034.
458 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6 BV, BBl 2013 5975 ff.
459 Votum Pfister, AB N 2014 490; Votum Humbel, AB N 2014 492 f.
460 Votum Pfister, AB N 2014 490 f.; Votum Fluri, AB S 2014 495 f.
461 Art. 66a Abs. 1quater E-StGB; vgl. AB N 2014 503.
462 Vgl. Votum Humbel AB N 2014 491 f.
463 Votum Engler, AB S 2014 1236.

handeln sollen durch den von der SPK-SR neu konzipierten Art. 66a Abs. 1tera E-StGB mit der angenommenen Volksinitiative koordiniert werden:[464] «Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall wären und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind».[465] Die vom Ständerat verabschiedete Vorlage zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV positionierte sich im Spannungsfeld zwischen den kollidierenden Verfassungspflichten zwischen der Vorlage des Bundesrates und den Anträgen des Nationalrates. Er sah zwar ebenfalls eine Härtefallklausel vor, allerdings mit einem kleineren Anwendungsbereich als jene des Bundesrates.

Nach unwesentlichen Änderungen an der ständerätlichen Vorlage durch den Nationalrat wurde die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 Abs. 3–6 BV schliesslich in der Schlussabstimmung vom 20.03.2015 verabschiedet.[466] Die Referendumsfrist der Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV verstrich ungenutzt am 9.07.2015. Nachdem Volk und Stände die Durchsetzungsinitiative am 28.02.2016 abgelehnt hatten,[467] setzte der Bundesrat die beschlossenen Änderungen im StGB per 1.10.2016, rund 6 Jahre nach dem Inkrafttreten der neuen Verfassungsnorm, endlich in Kraft.[468] Summarisch hat der Gesetzgeber das Koordinationsproblem zwischen Art. 121 Abs. 3–6 BV und der Verfassungspflicht zu verhältnismässigem und völkerrechtskonformem Handeln mit einer «Härtefallklausel» geregelt, die eine hinreichende Berücksichtigung der Verfassungspflicht zu verhältnismässigem und völkerrechtskonformem Staatshandeln im Einzelfall bei grösstmöglicher Rücksicht auf die angenommene Volksinitiative erlaubt. Derartige Härtefallklauseln sind ein Koordinationsmittel, das auch bei der Um- 145

464 Heute Art. 66a Abs. 2 StGB.

465 Votum Rechtseiner, AB S 2014 1250; Votum Comte, AB S 2014 1240 ff.; Votum BR Sommaruga, AB S 2014 1252.

466 BBl 2015 2735 ff.

467 BBl 2016 3715.

468 AS 2011 1199.

setzung der Verwahrungsinitiative[469], der Unverjährbarkeitsinitiative[470] oder der Pädophileninitiative[471] verwendet wurde.

C. Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» – Art. 75b BV

146 Am 11.03.2012 nahmen Volk und Stände die Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!» mit 50,6%[472] der Stimmberechtigten und 12 3/2 zu 8 3/2 Standesstimmen an.[473] Die Verfassungsänderung trat noch am selben Tag in Kraft.[474] Seitdem gibt die Bundesverfassung in Art. 75b BV und den zugehörigen Übergangsbestimmungen vor:

> «Art. 75b BV Zweitwohnungen
>
> [1] Der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde ist auf höchstens 20 Prozent beschränkt.
>
> [2] Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden, ihren Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen.
>
> Art. 197 Ziff. 9 BV Übergangsbestimmungen zu Art. 75b (Zweitwohnungen)
>
> [1] Tritt die entsprechende Gesetzgebung nach Annahme von Artikel 75b nicht innerhalb von zwei Jahren in Kraft, so erlässt der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung.
>
> [2] Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig.»

---

469 Art. 123a BV; die Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» wurde am 3.05.2000 eingereicht und am 8.02.2004 mit 56,2% der Volksstimmen und 19 5/2 und 1 1/2 Standesstimmen angenommen.

470 Art. 123b BV; die Volksinitiative «für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern» wurde am 1.03.2006 eingereicht und am 30.11.2008 mit 51,9% der Volksstimmen und 16 4/2 und 4 2/2 Standesstimmen angenommen.

471 Art. 123c BV; die Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» wurde am 20.04.2011 eingereicht und am 18.05.2014 mit 88,1% der Volksstimmen und allen Standesstimmen angenommen.

472 1'152'598 Ja zu 1'123'802 Nein.

473 BBl 2012 6623.

474 AS 2012 3627.

Die neue Verfassungsnorm enthält eine inhaltliche Vorgabe zur Kompetenzausübung (Abs. 1) sowie einen Gesetzgebungsauftrag (Abs. 2) mit dem Ziel, die Anzahl neuerstellter Zweitwohnungen und die von solchen beanspruchte Wohnfläche in den Gemeinden aus raumplanerischen sowie umweltpolitischen Gründen auf 20% zu plafonieren.[475]

I. Konkrete Koordinationsprobleme

Art. 75b BV ist alles andere als unbestimmt, auch wenn der Verfassungsgeber in Abs. 2 selbst von einem Konkretisierungsbedarf der neuen Verfassungsnorm in Bezug auf ihren sachlich-zeitlichen Geltungsbereich ausgeht.[476] Steuerungsprobleme ruft diese angenommene Volksinitiative vor allem wegen ihrer mangelnden Koordination mit anderen Verfassungsnormen hervor:[477] Art. 75b BV priorisiert das Anliegen, den Zweitwohnungsanteil in Gemeinden auf 20% zu limitieren, auf ähnliche Art und Weise, wie es die sog. Rothenthurminitiative in Bezug auf den Moorschutz[478] tut (heute Art. 78 Abs. 5 BV).[479] Ob sich die neue Verfassungsnorm einen eindeutigen Vorrang gegenüber anderen Verfassungspflichten zuspricht oder nicht, bleibt indes unklar: Gilt das in Art. 75b Abs. 1 BV verankerte Verbot zum Bau von Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 Prozent absolut?[480] Oder rechtfertigen andere verfassungsrechtlich geschützte Interessen Ausnahmen, etwa die Förderung strukturschwacher Gebiete (Art. 103 BV), Anliegen des Heimatschutzes (Art. 78 Abs. 2 BV), des Vertrauensschutzes (Art. 9 BV)[481] oder die Wahrung der Besitzstandsgarantie,[482] die als Teilgehalt der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) rechtmässig bewilligte Bauten in ihrem Bestand, ihrer Nutzung und ihrem Unterhalt schützt?[483] Als «imperative, aber weiterzuentwickelnde Verfassungsnorm»[484] 147

475 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 10.

476 M.w.H. zum unbestimmten Wortlaut von Art. 75b BV: OFK-BV, BIAGGINI, Art. 75b, N 3 ff.; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 132 ff.; BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 15; vgl. auch BGE 139 II 243, 262, E. 11.6; GRIFFEL, Umsetzung, 63.

477 Vgl. auch WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 131 f.

478 Art. 78 Abs. 5 BV; m.w.H. OFK-BIAGGINI, Art. 78, N 9; SGK-BV, MARTI, Art. 78, Rz. 23; BGE 139 II 271, 275, E. 9.3; BGE 138 II 281, 295, E. 6.2; BGE 143 II 241, 246, E. 5.

479 So SGK-BV, RUCH, Art. 75b, Rz. 26.

480 WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 131; GRIFFEL, Umsetzung, 77 f.

481 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2322.

482 SGK-BV, RUCH, Art. 75b, Rz. 41; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 149 ff.; BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 36.

483 WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 149; zur Besitzstandsgarantie auch SGK-BV, VALLENDER/HETTICH, Art. 26, Rz. 30.

484 So der Titel bei WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm.

steht Art. 75b BV – ähnlich wie die angenommene Rothenthurminitiative – somit in einem Spannungsfeld zu anderen Verfassungsvorgaben. Die nicht näher geregelte Relation zwischen Art. 75 b BV und ihr entgegenstehenden Verfassungsbestimmungen verdichtet sich für die damit konfrontierten Organe zu einem Koordinationsproblem.

II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis

148 Art. 75b Abs. 2 BV und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV verpflichten den Gesetzgeber zum Erlass einer Ausführungsgesetzgebung innert zwei Jahren. Die Annahme der Zweitwohnungsinitiative erzeugte allerdings von Beginn weg grosse Rechtsunsicherheiten. Das Bundesgericht und der Bundesrat sahen sich mit dem dargelegten Koordinationsproblem konfrontiert, noch bevor der Prozess zur Ausführungsgesetzgebung eingeleitet wurde.[485] Vorab ist daher ein Blick auf die Koordination der kollidierenden Verfassungspflichten jenseits der Gesetzgebung zu werfen.

1. Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens

149 Der Bundesrat erliess bereits am 22.08.2012 die Zweitwohnungsverordnung[486].[487] Damit sollten die mit dem vorübergehenden Moratorium für den Bau von Zweitwohnungen in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV verbundenen Rechtsunsicherheiten zumindest bis auf Weiteres beseitigt werden.[488] Die entsprechende organrechtliche Kompetenzgrundlage war umstritten.[489] Nicht minder problematisch beurteilt die Lehre verschiedene Relativierungen der neuen Verfassungsnorm in der Zweitwohnungsverordnung durch Ausnahmen für die Schaffung von qualifiziert touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen (Art. 4 lit. b ZWV) sowie Zweitwohnungen in landschaftsprägenden Bauten (Art. 5 ZWV). Damit, so der Vorwurf, spure der Bundesrat die Ausführungsgesetzgebung bis zu einem bestimmten Mass vor – und mit ihr die Bewältigung der konkreten Koordinationsprobleme.[490]

---

485 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 44.

486 Verordnung über Zweitwohnungen vom 22.08.2012 (ZWV), in Kraft getreten per 1.01.2013.

487 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 45; M.w.H. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 143 ff.; GRIFFEL, Umsetzung, 69 ff.; SGK-BV, RUCH, Art. 75b, Rz. 20 ff., MUSLIU, Umsetzung, 156.

488 Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129, 140 ff.

489 Der Bundesrat selbst verwies dafür auf Art. 182 Abs. 2 BV; befürwortend WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129 f.; kritisch GRIFFEL, Umsetzung, 64 ff.

490 WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 146 f.; GRIFFEL, Umsetzung, 69 f.

Das Bundesgericht hatte sich ebenfalls mit dem vorübergehenden Moratorium für den Bau von Zweitwohnungen zu befassen, bevor der Gesetzgeber tätig wurde. Laut ihm stand einer direkten[491] Anwendbarkeit des «harten Kerns» der neuen Verfassungsnorm nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie bedeute.[492] Es sei davon auszugehen, «dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV keine Übergangsfrist für die Weiteranwendung des bisherigen Rechts enthält, sondern ab dem 1.01.2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung eine verschärfte Rechtsfolge anordnet (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit). Dadurch wird Druck auf den Gesetzgeber ausgeübt, die Initiative möglichst rasch und wirksam umzusetzen. Würde das Ausführungsgesetz zu viele Ausnahmen zulassen, könnten die Initianten dagegen das Referendum ergreifen […].»[493] 150

2. Vorparlamentarisches Verfahren

Zur fristgemässen Erfüllung des Gesetzgebungsauftrages in Art. 75b Abs. 2 BV mandatierte der Bundesrat im Herbst 2012 eine Expertengruppe des UVEK damit, einen entsprechenden Vernehmlassungsentwurf zu erarbeiten.[494] Die Expertengruppe profitierte dabei von der Vorarbeit des Bundesrates in der Zweitwohnungsverordnung sowie der bereits am 1.07.2011 in Kraft getretenen Revision des RPG, die, als indirekter Gegenentwurf zur «Zweitwohnungsinitiative» konzipiert, deren Initianten zum Rückzug ihrer Initiative hätte bewegen sollen.[495] Die Expertengruppe schlug jedoch vor, Art. 75b BV in einem spezialgesetzlichen Erlass – dem Zweitwohnungsgesetz – zu konkretisieren.[496] Dessen Kernbestimmung war ein Bewilligungsverbot für den Bau von Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% (Art. 6 VE-ZwG). Zahlreiche Ausnahmen sollten diesen Grundsatz jedoch relativieren: So sah der Entwurf für Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% besondere Bewilligungsvoraussetzungen vor für touristisch bewirtschaftete Wohnungen[497], strukturierte Beherbergungsbetriebe[498], geschützte Bauten[499] sowie für die bauliche und nutzungsmässige Änderung von altrechtlichen Wohnungen, die schon bestanden 151

491 BGE 139 II 243, 246, E. 6.
492 BGE 139 II 243, 256, E. 10.5.
493 BGE 139 II 243, 262, E. 11.6.
494 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2290.
495 AS 2011 2913; BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 45.
496 SGK-BV, RUCH, Art. 75b, Rz. 24; GRIFFEL, Umsetzung, 75.
497 Art. 6 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 VE-ZwG; Art. 8 VE-ZwG.
498 Art. 9 VE-ZwG; kritisch GRIFFEL, Umsetzung, 78.
499 Art. 10 VE-ZwG.

hatten oder rechtskräftig bewilligt worden sind.[500] Mit diesen Ausnahmen wollte die Expertengruppe zum einen dem Verfassungsinteresse des Heimatschutzes Rechnung tragen (Art. 78 Abs. 2 BV),[501] zum anderen jenem an der Förderung strukturell schwacher Gebiete, namentlich den betroffenen Bergregionen, die vom Tourismus abhängig sind und sich gegen die Verfassungsänderung ausgesprochen hatten (Art. 103 BV).[502] Der Vernehmlassungsentwurf verbot somit bloss den Bau zukünftig wohl schlecht genutzter Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% (kalte Betten), während das Erstellen von Erstwohnungen oder touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen jenseits der erlaubten 20% auch künftig erlaubt bleiben sollte (warme Betten).[503]

152 Die Vernehmlassungsergebnisse verarbeitend, änderte der Bundesrat die Ausnahme betreffend altrechtliche Wohnungen zur Wahrung der Besitzstandsgarantie (Art. 26 BV) und des Gebots von Treu und Glauben (Art. 9 BV).[504] Zu den im Wortlaut von Art. 75b BV erwähnten, aber in der bundesrätlichen Vorlage nicht berücksichtigten Parameter «Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche» hielt der Bundesrat kurz und knapp fest: «Unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass staatliches Handeln verhältnismässig sein und nach Artikel 170 BV die Wirksamkeit von Massnahmen des Bundes im Auge zu behalten ist, wird im Zweitwohnungsgesetz auf eine schweizweite Erfassung der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche verzichtet.»[505] Am 19.02.2014 unterbreitete der Bundesrat seine Vorlage zur Umsetzung von Art. 75b BV mitsamt Botschaft der Bundesversammlung.[506] Er erachtete seinen Vorschlag für verfassungskonform, obgleich er – wie er selbst eingestand – dabei den Umsetzungsspielraum «mehr als ausgereizt» hatte.[507] Insgesamt positioniert sich die Umsetzungsvorlage des Bundesrates damit zwischen Art. 75b BV und dem indirekten Gegenentwurf,[508] indem der imperative, aber weiterzuentwickelnde Art. 75b Abs. 1 BV durch die Beschränkung der kalten Betten pro Gemeinde zwar stärker gewichtet wird als in der bereits verabschiedeten Revision des RPG, andere Verfassungsinteressen aber auch hier nicht ausser Acht gelassen werden.[509]

---

500 Art. 12 VE-ZwG.
501 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2322; Votum BR Leuthard, AB S 2014 931.
502 Votum BR Leuthard, AB S 2014 931.
503 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2322.
504 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2322 f.
505 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2321 f.
506 BBl 2014 2325.
507 So Votum BR Leuthard, AB S 2014 931.
508 M.w.H. zur Revision von Art. 8 RPG WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 124 f.
509 M.w.H. zur Revision von Art. 8 RPG WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 124 f.

3. Parlamentarisches Verfahren

Am 25.09.2014 befasste sich der Ständerat als Erstrat mit dem Geschäft[510] des Bundesrates zur Umsetzung von Art. 75b BV und brachte zahlreiche Änderungsanträge an:[511] Neue «touristisch bewirtschaftete Wohnungen»[512] (sog. halbwarme Betten) sollten unter bestimmten Voraussetzungen überall, nicht nur in nicht intensiv genutzten Tourismusgebieten, auch jenseits der 20% bewilligt werden können.[513] Ebenfalls gelockert wurden die Anforderungen an eine «Querfinanzierung von Hotelprojekten durch den Verkauf von Zweitwohnungen»[514]. Altrechtliche Wohnungen[515] sollen innerhalb der Bauzone um 30% und maximal 30 m^2 erweitert werden dürfen, sofern dabei keine zusätzlichen Wohnungen geschaffen werden.[516] Mit diesen Änderungen entfernte sich die Vorlage des Ständerates zusätzlich von der angenommenen Volksinitiative und setzte sich definitiv über den bereits vom Bundesrat «mehr als ausgereizten» Gestaltungsspielraum von Art. 75b BV hinweg. 153

In der Session des Nationalrates vom 3.03.2015 kam es zu einem ausserparlamentarisch ausgehandelten Kompromiss zwischen den Initianten sowie verschiedenen Fraktionen, um ein Referendum Ersterer gegen das Zweitwohnungsgesetz abzuwenden:[517] Zur stärkeren Berücksichtigung der Kernanliegen der neuen Verfassungsbestimmung sollten sog. «Plattformwohnungen» nicht mehr als touristisch bewirtschaftete Wohnungen qualifiziert werden können. Zudem wurde der Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung in Art. 9 E-ZwG eingeschränkt.[518] Zugleich ergänzte der Nationalrat die Vorlage aber auch um eine neue Ausnahme: Unrentable Hotels sollen als Zweitwohnungen umgenutzt werden können, womit der Neubau von Zweitwohnungen jenseits der 20%-Grenze zulässig wird, wenn diese von Hotels vertrieben würden.[519] Diese neue Ausnahme stand und steht sowohl in der parlamentarischen Debatte wie auch in der Lehre in der Kritik[520], weil sie den vom Bundesgericht umrissenen harten Kern 154

510 Geschäfts Nr. 14.023.

511 AB S 2014 919 ff.; m.w.H. zum parlamentarischen Verfahren MUSLIU, Umsetzung, 169 ff.

512 Vgl. AB S 2014 935.

513 Votum Bischofberger, AB S 2014 936; vgl. auch AB S 2014 937 f.

514 Vgl. AB S 2014 938 f.

515 M.w.H. zum Begriff MUSLIU, Umsetzung, 181.

516 Vgl. AB S 2014 947.

517 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 47.

518 «Ortsbildprägende» anstatt «erhaltenswerte» Bauten; vgl. AB N 2015 62.

519 Art. 8 Abs. 4 ZwG; vgl. Votum Semadeni, AB N 2015 55.

520 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 40; ALIG, Zweitwohnungsgesetz, 240; GRIFFEL, Umsetzung, 78 f.; auch statt vieler Votum Girod, AB N 2015 34.

von Art. 75b BV verletzt. Die Vorlage des Nationalrates zur Koordination der angenommenen Volksinitiative mit gegenläufigen Verfassungsnormen positioniert sich damit einerseits näher bei Art. 75b BV als die Vorlagen von Ständerat und Bundesrat, andererseits schwächt sie die normative Kraft von Art. 75b BV erheblich, da sie in den harten Kern der neuen Verfassungsnorm eingreift.

155 In der Differenzbereinigung beharrte der Ständerat darauf, dass der Begriff der Zweitwohnung touristisch bewirtschaftete Wohnungen mitumfasst, was der Nationalrat schliesslich akzeptierte.[521] Der im Nationalrat gestrichenen Ausnahme betreffend «Plattformwohnungen» stimmte der Ständerat zu.[522] Und Bundesrätin LEUTHARD konstatierte, dass diese «Umnutzung» zur Erstellung von neuen kalten Betten[523] nicht mehr mit Art. 75b BV vereinbar sei, weil man die Angabe von 20% nun mal nicht uminterpretieren könne.[524] Am 20.03.2015 konnte die Vorlage zur Umsetzung von Art. 75b BV mittels eines neuen Zweitwohnungsgesetzes in der Schlussabstimmung vom 20.03.2015 letztlich verabschiedet werden.[525] Die Referendumsfrist verstrich ungenutzt am 9.07.2015. Zusammengefasst hat der Gesetzgeber das durch Art. 75b BV hervorgerufene Koordinationsproblem mit einer Regelung behoben, welche die neue Verfassungsnorm durch ein Bewilligungsverbot für den Bau von Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20% sowie einem Bündel von Ausnahmebestimmungen mit inhaltlich gegenläufigen Verfassungsnormen koordiniert.

D. Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» – Art. 121a BV

156 Am 9.02.2014 nahmen Volk und Stände die im Rahmen der «Volksinitiative gegen Masseneinwanderung» vorgeschlagene Verfassungsänderung mit 50,33%[526] Volksstimmen sowie 12 5/2 zu 8 1/2 Standesstimmen an. Die Verfassungsänderung trat noch am selben Tag in Kraft.[527] Seitdem gibt die Bundesverfassung in Art. 121a BV und den zugehörigen Übergangsbestimmungen vor:

---

521 BSK BV-ALIG/GRIFFEL, Art. 75b, N 47; MUSLIU, Umsetzung, 184.
522 Vgl. AB S 2015 111; Votum Bischofberger, AB S 2015 110.
523 M.w.H. zum Begriff «kalte Betten» MUSLIU, Umsetzung, 176.
524 Votum Leuthard, AB S 2015 115; ebenso ALIG, Zweitwohnungsgesetz, 240, 247.
525 BBl 2015 2573; AS 2015 5657.
526 1'463'854 Ja zu 1'444'552 Nein.
527 BBl 2014 4117 ff.; AS 2014 1391.

«Art. 121a BV Steuerung der Zuwanderung

[1] Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig.

[2] Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen gelten für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens. Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen kann beschränkt werden.

[3] Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; die Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage.

[4] Es dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen.

[5] Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

Art. 197 Ziff. 11. Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)

[1] Völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen.

[2] Ist die Ausführungsgesetzgebung zu Artikel 121a drei Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so erlässt der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg.»

Die neue Verfassungsnorm fordert eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung der Schweiz. Imperativ vorgegebene Höchstzahlen und Kontingente sollen die bisher geltende, am Arbeitsmarkt orientierte Steuerung der Zulassungen innert drei Jahren ablösen.[528] Völkerrechtliche Verträge, die der neuen Verfassungsnorm zuwiderlaufen, sind neu zu verhandeln und entsprechend anzupassen. Ausserdem enthält die angenommene Volksinitiative ein «Vertragsabschlussverbot»[529] für Staatsverträge, die Art. 121a BV widersprechen.

[528] BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 3.
[529] BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 72.

I. Konkrete Koordinationsprobleme

157 Die Normbestimmtheit des neuen Art. 121a BV lässt nach der vorherrschenden Auffassung zu wünschen übrig, weil sich verschiedene Fragen im Rahmen der Umsetzung der angenommenen Volksinitiativen stellen.[530] Das Grundproblem von Art. 121a BV liegt jedoch in der inhaltlichen Koordination mit anderen, ihr zuwiderlaufenden Verfassungsnormen: Die Forderung nach Höchstzahlen und Kontingenten für die Bewilligung des Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz (Abs. 2) erzeugt neben Spannungen zum Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie verschiedenen Grundrechtsansprüchen[531] vor allem einen offenkundigen Konflikt gegenüber völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in Sachen Personenfreizügigkeit mit den EU- und EFTA-Staaten – und damit auch der Verfassungspflicht, geltendes Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV; Art. 190 BV).[532] Art. 121a BV spricht sich weder selbst einen eindeutigen Vorrang zu, noch enthält er einen ausdrücklichen Auftrag zur Kündigung des FZA.[533] Findet man keine Verhandlungslösung mit der EU, so verdichtet sich die nicht näher geregelte Relation zwischen Art. 121a BV und der allgemeinen Pflicht zu völkerrechtskonformem Staatshandeln (Art. 5 Abs. 4 BV) zu einem Koordinationsproblem. Ähnlich wie es auch bei der Alpenschutzinitiative[534] der Fall war oder bei der Selbstbestimmungsinitiative[535] hätte der Fall sein können, bleibt unklar, wie der Gesetzgeber in diesem Spannungsfeld dem neuen Gestaltungsauftrag – die Zuwanderung eigenständig zu steuern – nachkommen soll, ohne Gefahr zu laufen, das FZA zu verletzen.

---

530 BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 28 ff.; ausführlich SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 121a, Rz. 23 ff.; Botschaft Masseneinwanderungsinitiative, BBl 2013 291 ff., 313.

531 Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3071; BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 33 f.; UEBERSAX, Zuwanderungssteuerung, Rz. 16 ff.

532 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 121a, N 2; siehe auch Botschaft Masseneinwanderungsinitiative, BBl 2013 291 ff., 334 ff.; vgl. auch BOILLET, Immigration, 118 f.; KUNZ, Masseneinwanderung, 356 f.; SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 50 ff.; BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 76 ff.

533 SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 72; EPINEY, Unmöglichkeit, Rz. 16 ff.; Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3024. Vgl. indes Botschaft Masseneinwanderungsinitiative, BBl 2013 291 ff., 317: «[…] müsste das FZA spätestens nach Ablauf von drei Jahren gekündigt werden, sollte es in dieser Frist nicht gelingen, das Abkommen initiativkonform neu auszuhandeln».

534 M.w.H. zur Alpenschutzinitiative Fn. 398.

535 Die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» wurde am 10.03.2015 eingereicht und am 25.11.2018 von Volk und Ständen mit 66,2% Volksstimmen und 20 zu 6/2 Standesstimmen abgelehnt.

II. Bewältigung des Koordinationsproblems in der Praxis

158 Art. 121a Abs. 5 BV und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV verpflichten den Gesetzgeber explizit zum Erlass einer Ausführungsgesetzgebung innert drei Jahren. Von dieser Frist unter Druck gesetzt, präsentierte der Bundesrat bereits am 20.06.2014 ein Umsetzungskonzept zum neuen Verfassungsartikel, das auf unterschiedlichen Ebenen ansetzte:[536] Erstens ist dem innerstaatlichen Gesetzgebungsauftrag in Art. 121a Abs. 5 BV nachzukommen; zweitens ist das FZA mit der EU neu zu verhandeln, wie es Art. 121a Abs. 4 i.V.m. Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV vorschreibt; und drittens sollen die flankierenden Massnahmen des FZA zur Verwirklichung des Inländervorrangs gemäss Art. 121a Abs. 3 BV verbessert werden.[537]

1. Koordinationsversuch auf völkerrechtlicher Ebene

159 Der Bundesrat schloss es von Beginn weg aus, dem durch Art. 121a BV hervorgerufenen Koordinationsproblem durch eine einseitige Kündigung des Staatsvertrages mit der EU nach Art. 25 Abs. 3 FZA entgegenzutreten. Ohne ausdrücklichen Auftrag des Verfassungsgebers wollte und durfte er nicht in Kauf nehmen, dass sämtliche Abkommen der Bilateralen I aufgrund der sog. «Guillotine-Klausel» (Art. 25 Abs. 4 FZA) dahinfallen.[538] Von Beginn weg war es demnach das Ziel des Bundesrates, den bilateralen Weg im Einklang mit Art. 121a BV zu erhalten und durch Nachverhandlungen des FZA mit der EU zu erneuern.[539] Eine Strategie, die sich als voraussetzungsreich erwies. Denn aufgrund von Art. 121a Abs. 4 BV sah sich der Bundesrat nicht in der Lage, das bereits paraphierte Protokoll III zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien zu unterzeichnen. Erbost über dessen Haltung, suspendierte die EU daraufhin Verhandlungen sowie Programme mit der Schweiz (u.a. Stromabkommen, Horizon 2020, Erasmus+). Der Bundesrat sah sich gezwungen, am 1.07.2014 auf dem Verordnungsweg autonome Kontingente für die Zulassung von kroatischen Bürgerinnen und Bürgern zum Schweizer Arbeitsmarkt einzuführen, um die Verhandlungen mit der EU wieder in Gang zu bringen und an den suspendierten Programmen

---

536 Umsetzungskonzept Art. 121a BV vom 20.06.2014, <https://www.sem.admin.ch/dam/data-/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/konzept-umsetz-d.pdf> abgerufen am 6.10.2017; vgl. auch BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 86 ff.

537 M.w.H. zu den flankierenden Massnahmen Botschaft Umsetzung Art. 121a BV, BBl 2016 3007 ff., 3031 ff.

538 M.w.H. zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge NOBS, Volksinitiative, 355 f.; siehe auch Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5386 f.

539 EJPD, Umsetzungskonzept, 17; vgl. auch BOILLET, Immigration, 127.

auch künftig mitwirken zu können.[540] Am 7.07.2014 übermittelte der Bundesrat der EU zudem ein offizielles Revisionsbegehren des FZA, das bei der EU jedoch nicht auf Gehör stiess. Ihrer Ansicht nach laufen Verhandlungen mit dem Ziel, Kontingente, Höchstzahlen sowie einen Inländervorrang einzuführen, dem Prinzip der Freizügigkeit zuwider.[541]

160 Bundesrätin SOMMARUGA und EU-Kommissionspräsident JUNCKER einigten sich immerhin auf Konsultationen im Hinblick auf die Umsetzung von Art. 121a BV und am 21.12.2015 kamen die Parteien überein, eine einvernehmliche Lösung durch eine für beide Seiten akzeptable Interpretation von Art. 14 Abs. 2 FZA anzustreben.[542] Bis im Sommer 2016 führten das EJPD und das EDA dazu intensive Gespräche mit der EU. Nach der Annahme des Brexit-Referendums im Vereinigten Königreich am 23.06.2016 brach die EU diese Verhandlungen jedoch abrupt ab, da sie mittelfristig keinerlei Interessen an einer einvernehmlichen Lösung mit der Schweiz mehr besass. Damit war klar: Da das FZA nicht angepasst werden kann, muss das Koordinationsproblem zwischen dem FZA und dem neuen Art. 121a BV auf der innerstaatlichen Ebene gelöst werden.[543]

2. Koordinationsvorgehen auf der innerstaatlichen Ebene

161 Parallel zu den Verhandlungen des Bundesrates mit der EU löste der neue Art. 121a BV auch auf der innerstaatlichen Ebene Reaktionen aus. Bereits kurz nach der Annahme der Volksinitiative beauftragte der Bundesrat eine Expertengruppe mit der Ausarbeitung einer entsprechenden Ausführungsgesetzgebung innert der dreijährigen Frist.[544] Sodann sah sich das Bundesgericht gezwungen, sich zum neuen Art. 121a BV zu äussern. Ferner beeinflusste eine weitere Volksinitiative in derselben Sache das Gesetzgebungsverfahren. Auf beides ist hier vorab einzugehen.

a) Koordinationsvorschläge jenseits des Gesetzgebungsverfahrens

162 Im Dezember 2014 lancierte ein Kollektiv von Stimmbürgern die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten». Die Initianten wollten das bestehende Koordinationsprob-

---

540 Vgl. Botschaft Kroatien, BBl 2016 2223 ff., 2233 f.; siehe auch OFK-BV, BIAGGINI, Art. 121a, N 18.

541 Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3072.

542 Abhilfemassnahmen bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen.

543 Vgl. Votum BR Sommaruga, AB S 2016 950 f.

544 EJPD, Umsetzungskonzept, 7; zur Umsetzung im Innern auch BOILLET, Immigration, 126; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 121a, N 5; KUNZ, Masseneinwanderung, 358 ff.

lem von Art. 121a BV durch das Ausserkraftsetzen der neuen Verfassungsnorm bewältigen und so die bilateralen Verträge mit der EU aufrechterhalten.[545]

Zudem sah sich die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Urteil vom 26.11.2015 (BGE 142 II 35) zu einer Äusserung zum neuen Art. 121a BV veranlasst: «Die neue Verfassungsbestimmung bedarf […] der Umsetzung durch Verhandlung mit den Vertragsparteien und durch Gesetzgebung.»[546] «Ein Konflikt zu völkerrechtlichen Verträgen könnte entstehen, wenn eine Verhandlungslösung mit der EU nicht möglich wäre, innerstaatliche Rechtsänderungen vom Freizügigkeitsabkommen abweichen sollten und diese nicht durch völkerrechtskonforme Auslegung in Übereinstimmung mit dem FZA angewendet werden könnten.»[547] «Im Falle eines tatsächlichen Normkonflikts aber ginge in der Rechtsanwendung […] das FZA vor», so das Bundesgericht.[548] Denn: «In Übereinstimmung mit Art. 27 VRK gehen in der Rechtsanwendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vor. Dieser Grundsatz hat lediglich eine Ausnahme erfahren, insoweit der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachtet hat und deshalb auch die politische Verantwortung dafür bewusst tragen muss. Diese Ausnahme gilt nicht, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stehen; in diesem Fall geht die völkerrechtliche Norm der nationalen Regelung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber sie missachten will. Auch im Hinblick auf das Freizügigkeitsabkommen hat das Bundesgericht entschieden, dass diesem gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt.»[549] 163

b) Koordination im vorparlamentarischen Verfahren

Parallel zu den Einflüssen ausserhalb des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens erarbeitete eine vom Bundesrat eingesetzte Expertengruppe einen Gesetzesentwurf für die in Art. 121a Abs. 5 BV vorgesehene Ausführungsgesetzgebung. Ihr Ziel war es, das duale Zulassungssystem, also die Unterscheidung zwischen EU/EFTA- und Drittstaatsangehörigen, im Grundsatz beizubehalten, aber im Sinne von Art. 121a BV anzupassen. Die bisherigen Regelungen für Drittstaatsangehö- 164

545 Die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten«(RASA-Initiative) wurde als Reaktion auf die Masseneinwanderungsinitiative am 2.12.2014 eingereicht, kam am 11.11.2015 zustande (BBl 2015 8337) und wurde schliesslich am 13.12.2017 zurückgezogen (BBl 2018 215).

546 BGE 142 II 35, 38, Erw. 3.1.

547 BGE 142 II 35, 40, Erw. 3.3.

548 BGE 142 II 35, 40, Erw. 3.3.

549 BGE 142 II 35, 39 f., Erw. 3.3.

rige werden im Wesentlichen beibehalten,[550] neu soll das AuG jedoch spezifische Bestimmungen für EU/EFTA-Angehörige enthalten,[551] die dem FZA vorgehen.[552] Künftig, so die Idee, hat der Bundesrat für beide Bereiche der Zuwanderung Höchstzahlen und Kontingente festzulegen.[553] Dadurch verlören EU/EFTA-Angehörige ihren automatischen Anspruch auf eine Zulassung.[554] Diesen Entwurf schickte der Bundesrat am 11.02.2015 in die Vernehmlassung.[555]

165 In Verarbeitung der dabei gewonnenen Erkenntnisse und aufgrund der zwischenzeitlich erzielten Verhandlungserfolge mit der EU ging der Bundesrat davon aus, eine einvernehmliche Lösung mit der EU zu finden. Falls dies entgegen allen Erwartungen nicht gelingt, sollen einseitige Schutzklauseln[556] zur eigenständigen Steuerung der Zuwanderung von Personen aus dem EU/EFTA-Raum greifen.[557] Erst unter gewissen Umständen und ab einem bestimmten Schwellenwert sollten nach seinem Konzept Höchstzahlen und Kontingente gegenüber EU/EFTA-Angehörigen eingeführt werden können.[558] Diese der Bundesversammlung am 4.03.2016 mitsamt Botschaft[559] unterbreitete Vorlage zur innerstaatlichen Umsetzung von Art. 121a BV auf Gesetzesstufe positionierte sich im Spannungsfeld zwischen Art. 121a BV und Art. 5 Abs. 4 BV näher bei der neuen Verfassungsnorm als der Vernehmlassungsentwurf, weil sie einseitige Schutzklauseln vorschlug, um der angenommenen Volksinitiative, möglichst «weitgehend»[560] Rechnung zu tragen.

c) Koordination im parlamentarischen Verfahren

166 Am 21.09.2016 trat der Nationalrat auf das Geschäft[561] des Bundesrates zur Umsetzung von Art. 121a BV ein. Aufgrund des zwischenzeitlich ergangenen Brexit-Referendums war nunmehr klar, dass der Bundesrat keine einvernehm-

550 EJPD, Umsetzungskonzept, 36.

551 Im Vernehmlassungsentwurf konnte der Bundesrat lediglich Höchstzahlen festlegen für Angehörige der EU und EFTA-Staaten (Art. 17a Abs. 4 lit. b. VE-AuG).

552 So der Grundsatz gem. Art. 2 AuG; Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3047.

553 EJPD, Umsetzungskonzept, 36.

554 EJPD, Umsetzungskonzept, 40.

555 Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3042 ff.; vgl. auch BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 87 f.

556 Art. 17c ff. E-AuG.

557 Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3008.

558 Art. 17c E-AuG.

559 Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2016 3007 ff., 3007.

560 BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 89.

561 Geschäft des Bundesrates 16.027.

liche Lösung mit der EU finden wird. Die als Notnagel gedachten einseitigen Schutzklauseln erwiesen sich plötzlich als realistisches Szenario, obschon bekannt war, dass die EU ein solches Vorgehen nicht akzeptiert. Die SPK-NR sah sich daher zum Handeln gezwungen. Sie beantragte, die bundesrätliche Vorlage grundlegend abzuändern und Art. 121a BV durch das Konzept des sog. «Inländervorrang Light» umzusetzen.[562] Danach ist in einem ersten Schritt das inländische Arbeitskräftepotenzial auszuschöpfen.[563] Überschreitet die jährliche Zuwanderung einen bestimmten Schwellenwert, wäre in einem zweiten Schritt eine Stellenmeldepflicht beim regionalen Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) für Arbeitgeber einzuführen.[564] In einem dritten Schritt könnten im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme weitergehende Abhilfemassnahmen[565] beschlossen werden; sind diese unvereinbar mit dem FZA, hätte der gemischte Ausschuss[566] über ihre Zulässigkeit zu befinden.[567] Der Nationalrat trat trotz eines Antrags auf Rückweisung der Vorlage an die Kommission wegen «klarer Verfassungswidrigkeit»[568] auf die Vorlage der SPK-NR ein und stimmte dem Kommissionsvorschlag nach hitzigen Debatten am Ende zu.[569] Anders als die Vorlage des Bundesrates setzte sie den Akzent im Spannungsfeld zwischen Art. 121a BV und Art. 5 Abs. 4 BV klar bei der Verfassungspflicht, Völkerrecht zu beachten – Relativierungen von Art. 121a BV hin oder her.[570]

Am 1.12.2016 befasste sich der Ständerat als Zweitrat mit der Umsetzung von Art. 121a BV.[571] Die zuständige Kommission hielt den Vorschlag des Nationalrates für untragbar und beantragte, Art. 121a BV durch den neu konzipierten Art. 21a E-AuG umzusetzen.[572] Freizügigkeitsberechtigte Ausländer sollen den inländischen Arbeitnehmenden in Bezug auf die Stellensuche im Grundsatz weiterhin gleichgestellt bleiben. Allerdings soll der Bundesrat unter Anhörung der Kantone sowie der Sozialpartner Massnahmen festlegen können, um das inländische Arbeitsmarktpotenzial auszuschöpfen (Abs. 1). Liegt die Arbeitslosigkeit in bestimmten Berufsgruppen, Tätigkeitsbereichen oder Wirtschaftsregionen 167

562 AB N 2016 1535 ff.; für eine prägnante Zusammenfassung siehe Votum BR Sommaruga, AB N 2016 N 1524; für den Wortlaut siehe AB N 1530 f.
563 Art. 17c Abs. 1 AuG.
564 Art. 17c Abs. 2 AuG.
565 Den Begriff verwendet Art. 14 Abs. 2 FZA explizit.
566 Art. 14 Abs. 2 FZA.
567 Art. 17d AuG.
568 Votum Amstutz, AB N 2016 N 1496; zum Eintreten AB N 2016 1516.
569 AB N 2016 1550.
570 So auch Votum BR Sommaruga, AB N 2016 1523.
571 AB S 2016 953.
572 Votum Ph. Müller AB S 2016 921 f.

über dem Durchschnitt, sind zeitlich befristete Massnahmen zur Förderung von Personen zu ergreifen, die bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung als stellensuchend registriert sind (Abs. 2). Arbeitgeber in solchen Bereichen müssten der öffentlichen Arbeitsvermittlung offene Stellen melden. Und für eine befristete Zeit hätten bloss Personen Zugriff auf die Informationen über die gemeldeten Stellen, die bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung in der Schweiz angemeldet sind – also Inländer (Abs. 3). Die Debatten im Ständerat über diese Vorlage verliefen ebenfalls kontrovers: «Das Dümmste, was man machen kann, ist, zwischen Stuhl und Bank zu geraten, also die Personenfreizügigkeit zu verletzen und die Verfassung auch nicht umzusetzen», postulierte Ständerat JOSITSCH.[573] Dem entgegnete Ständerat BISCHOF: «Wenn man eine Situation mit Skylla und Charybdis hat, ist die Lösung nicht, in die eine oder die andere Klippe zu fahren. Die richtige Lösung – sie ahnen es – ist halt schon die Mitte. Versuchen sie, in der Mitte durchzufahren, haben sie das Problem gelöst.»[574] Die zuständige Bundesrätin SOMMARUGA konsternierte: «Machen sie, was sie wollen, aber beenden Sie diese Rechtsunsicherheit!»[575] Am Ende stimmte der Ständerat der Kommissionsvorlage trotz mehrerer Minderheitsanträge zu.[576] Die ständerätliche Vorlage zur Umsetzung von Art. 121a BV positionierte sich im Spannungsfeld zwischen Art. 121a BV und Art. 5 Abs. 4 BV noch näher bei Art. 5 Abs. 4 BV als die Vorschläge des Nationalrates sowie des Bundesrates.

168 Im Differenzbereinigungsverfahren stimmte der Nationalrat dem Umsetzungskonzept des Ständerates in der dritten Beratungsrunde am 12.12.2016 schliesslich zu,[577] sodass die Vorlage zur Umsetzung von Art. 121a BV im Ausländergesetz am 16.12.2016 doch noch unter Einhaltung der Dreijahresfrist[578] verabschiedet werden konnte.[579] Die Referendumsfrist verstrich am 7.03.2017 ungenutzt. Zusammenfassend regelte der Gesetzgeber das Koordinationsproblem

---

573 Votum Jositsch, AB S 2016 946 f.

574 Votum Bischof, AB S 2016 947.

575 Votum BR Sommaruga, AB S 2016 950.

576 Für einen Mittelweg votierte eine Minderheit um Bischof, vgl. Votum Bischof, AB S 2016 923 f., 959; für eine möglichst wortgetreue Umsetzung votierte die Minderheit um Föhn, vgl. Votum Föhn, AB S 2016 924 ff., 962.

577 Danach kann der Bundesrat weitere Ausnahmen von der Stellenmeldepflicht nach Absatz 3 festlegen, insbesondere um der besonderen Situation von Familienunternehmen Rechnung zu tragen oder betreffend Personen, welche bereits früher bei demselben Arbeitgeber tätig waren; vor Erlass der Ausführungsbestimmungen hört er die Kantone und die Sozialpartner an. Er erstellt zudem periodisch Listen mit Berufsgruppen und Tätigkeitsbereichen mit über dem Durchschnitt liegender Arbeitslosigkeit, in welchen eine Stellenmeldepflicht besteht; vgl. AB N 2916 2011.

578 Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV.

579 BBl 2016 8917.

zwischen Art. 5 Abs. 4 BV und Art. 121a BV unter Inkaufnahme einer erheblichen Relativierung der normativen Kraft von Art. 121a BV, um dem Beachtungsgebot des Völkerrechts nachzukommen, das FZA zu erhalten und drohende politische Sanktionen der EU zu verhindern. Ein Grossteil der Lehre qualifiziert dieses Vorgehen als klar verfassungswidrig.[580]

E. Würdigung der Verfassungspraxis

Welche Muster zeigen sich in der Verfassungspraxis beim Umgang mit angenommenen Volksinitiativen, die Widersprüche innerhalb der Bundesverfassung erzeugen? Zunächst: Es existiert kein Patentrezept für die Handhabe der vielschichtigen Problemen, die angenommene Volksinitiativen aufwerfen. Zum einen erzeugen nicht alle Volksinitiativen Widersprüche innerhalb der Bundesverfassung. Zum andern unterscheidet sich das durch das Minarettbauverbot hervorgerufene Koordinationsproblem grundlegend von jenem, welches die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative erzeugt. Umgekehrt hat eine Analyse von vier Beispielen durchaus gewisse Stossrichtungen im Umgang mit angenommenen Volksinitiativen offenbart in Bezug auf bestimmte Konfliktlagen, die ein Koordinationsproblem erzeugen (Abschnitt I), die institutionelle Aufgabenverteilung (Abschnitt II), das diesbezügliche Vorgehen (Abschnitt III) und die dabei verfolgten Ziele (Abschnitt IV). 169

I. Gegenstand: Dominante Konfliktlagen

Wann entstehen in der Verfassungspraxis Koordinationsprobleme im Zusammenhang mit angenommenen Volksinitiativen? Einmal stehen angenommene Volksinitiativen nicht per se im Gegensatz zu vorbestehenden Verfassungsnormen. Es gibt auch Volksinitiativen, wie etwa die 1. August-Initiative[581] oder die Velo-Initiative[582], die nach ihrer Annahme keine grösseren Koordinationsprobleme hervorrufen. Sodann fällt auf, dass in der Verfassungspraxis im Kontext angenommener Volksinitiativen vor allem bestimmte Konstellationen Koordinationsprobleme auslösen: 170

Ein erstes Problemfeld liegt in angenommenen Volksinitiativen, die für Einzelne unzumutbare oder mit den Vorgaben des internationalen Menschenrechtsschut- 171

---

580 UEBERSAX, Ausführungsgesetz, Rz. 6 ff., insb. 25 ff.; MUSLIU, Umsetzung, 296 ff.; OFK-BIAGGINI, Art. 121a, N 5.

581 M.w.H. Fn. 318.

582 M.w.H. Fn. 319.

zes nicht vereinbare Einschränkungen von Grundrechten erzeugen.[583] Beispielhaft hierfür ist die dargelegte Ausschaffungsinitiative, aber auch die Verwahrungsinitiative[584], die Unverjährbarkeitsinitiative[585] oder die Pädophileninitiative[586]. Das Koordinationsproblem besteht hier weniger zwischen den gegenläufigen Grundrechtsansprüchen selbst als vielmehr wegen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit sowie aufgrund der Unterschiede in Bezug auf zulässige Grundrechtseinschränkungen im Völker- und im Landesrecht (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV).[587]

172 Ein zweites Problemfeld rufen angenommene Volksinitiativen hervor, die via Verfassung steuernd auf den Inhalt der Aussenpolitik einwirken wollen oder auf Bereiche der Innenpolitik, die massgeblich von völkerrechtlichen Vorgaben umspült werden. Beispiele dafür sind die Masseneinwanderungsinitiative[588], die Alpenschutzinitiative[589], die schliesslich abgelehnte Selbstbestimmungsinitiative[590] und die derzeit hängige Begrenzungsinitiative[591]. Verfassungsrechtlich betrachtet – also aus der Perspektive, die im Zentrum der vorliegenden Arbeit steht – erzeugt hier primär die Verfassungspflicht, staatliches Handeln im Einklang mit dem Völkerrecht vorzunehmen (Art. 5 Abs. 4 BV), ein Koordinationsproblem; für die rechtsanwendenden Organe verschärft die Massgeblichkeit von Völkerrecht kraft Art. 190 BV dieses Koordinationsproblem zusätzlich.[592]

173 Ein drittes Problemfeld besteht bei Volksinitiativen, die «imperative, aber weiterzuentwickelnde Verfassungsnormen»[593] in die Verfassung tragen, die anderen, durch die Verfassung geschützten öffentlichen Interessen zuwiderlaufen.[594] Beispiele hierfür sind die Zweitwohnungsinitiative[595] oder die Rothenthurminitiati-

---

583 So etwa Art. 121 Abs. 3–6 BV; Art. 72 Abs. 3 BV; Art. 123c BV; Art. 123a BV; Art. 123b BV.; vgl. auch AUER, Demokratie und Rechtsstaat, 38 ff.

584 M.w.H. zur Verwahrungsinitiative auch Fn. 469.

585 M.w.H. zur Unverjährbarkeitsinitiative auch Fn. 470.

586 M.w.H. zur Pädophileninitiative auch Fn. 471.

587 Die Pflicht ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 35 Abs. 2 BV.

588 M.w.H. Rz. 156 ff.

589 Siehe Fn. 398.

590 Siehe Fn. 535.

591 Die Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» wurde am 22.12.2017 eingereicht und ist am 25.09.2018 zustande gekommen (BBl 2018 578). Eine Abstimmung über die entsprechende Verfassungsänderung steht zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Arbeit noch aus.

592 So etwa Art. 121a BV; Art. 84 BV.

593 So der Titel bei WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm.

594 So etwa Art. 75b BV; Art. 78 Abs. 5 BV; Art. 95 Abs. 3 BV.

595 M.w.H. Teil II Kapitel 1 C.

ve[596]. Solche Konstellationen erzeugen Koordinationsprobleme, weil nicht klar ist, wieweit die neue Verfassungsnorm resistent ist gegenüber einer parallelen Mitberücksichtigung anderer Verfassungsinteressen.

Wir stellen fest: Angenommene Volksinitiativen können zwar theoretisch im Widerspruch zu allen möglichen Verfassungsnormen stehen. In der Verfassungspraxis führen jedoch vor allem der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das Beachtungsgebot des Völkerrechts sowie Widersprüche zu anderen verfassungsrechtlich geschützten öffentlichen Interessen zu Koordinationsproblemen bei angenommenen Volksinitiativen. 174

II. Zuständigkeiten: Koordination als Verbundsaufgabe

Wer ist in institutioneller Hinsicht zuständig für die Bewältigung besonderer Koordinationsprobleme bei angenommenen Volksinitiativen? Die vier analysierten Beispiele zeichnen im Hinblick auf die Zuständigkeiten zur näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen ein buntes Bild: Bundesrat, Bundesgericht und Bundesversammlung, aber auch Bürgerkollektive und sogar transnationale Organisationen nehmen Einfluss auf den Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung infolge angenommener Volksinitiativen: So hat sich das Bundesgericht in der Verfassungspraxis immer wieder zu angenommenen Volksinitiativen geäussert. Im Grundsatz hält es sich dabei indes zurück und qualifiziert eine angenommene Volksinitiative als «wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt. Ihr Verhältnis zu den anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien bedarf der Klärung. Diese kann – aus Gründen der Gewaltenteilung – zurzeit nicht durch das Bundesgericht erfolgen».[597] Wenn angenommene Volksinitiativen dem Beachtungsgebot des Völkerrechts zuwiderlaufen, stellt sich zudem die Frage, ob sie auf der völkerrechtlichen Ebene zur Anpassung oder Kündigung der problembereitenden Staatsverträge verpflichten. Die entsprechenden Zuständigkeiten richten sich dabei nach den allgemeinen Befugnissen von Bundesrat, Bundesversammlung und dem Volk im Rahmen der Aussenpolitik.[598] Ein weiterer Sonderfall stellt die nähere Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative auf dem Verordnungsweg mit[599] oder ohne[600] entsprechendem Verfassungsauftrag dar. 175

596 Siehe Fn. 397.

597 BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4.

598 Art. 184 BV; Art. 166 BV; Art. 141 Abs. 1 lit. d BV.

599 Art. 95 Abs. 3 BV und die entsprechende Verordnung des Bundesrates vom 20.11.2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV).

600 Vgl. Verordnung über Zweitwohnungen vom 22.08.2012 (ZWV).

Erst einmal erliess der Bundesrat eine Verordnung zur vorübergehenden Umsetzung einer angenommenen Volksinitiative,[601] zu einer vorübergehenden Umsetzung auf dem Verordnungsweg, kam es in der Verfassungspraxis bisher noch nie, weil der Gesetzgeber entsprechende Gesetzgebungsaufträge stets fristgerecht umsetzen konnte.[602] In erster Linie koordiniert die Verfassungspraxis eine angenommene Volksinitiative und gegenläufige Verfassungsnormen denn auch im Rahmen der Gesetzgebung, wie drei der vier analysierten Beispiele zeigen. Denn eine Ausführungsgesetzgebung wird aufgrund der Normdichte einer angenommenen Volksinitiative praktisch immer für notwendig erachtet: sei es aufgrund von Rechtsunsicherheiten auf der Rechtsfolge- oder der Tatbestandsseite; sei es aufgrund der unklaren Relation zu Verfassungspflichten wie dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit oder dem Beachtungsgebot des Völkerrechts.[603]

III. Vorgehen: Koordination als Auslegungsarbeit

176 Auf welche Weise sind angenommene Volksinitiativen mit anderen Verfassungsnormen zu koordinieren, die ihnen zuwiderlaufen? Das eine Vorgehen zur näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen gibt es in der Verfassungspraxis nicht und kann es nicht geben. In Frage steht allerdings, ob in der Praxis des Bundesgerichts, der Aussenpolitik und der innerstaatlichen Rechtsetzung wiederkehrende Handlungsmuster zur Koordination von angenommenen Volksinitiativen und vorbestehendem Verfassungsrecht erkennbar sind.

177 Das *Bundesgericht* äussert sich zum Umgang mit widersprüchlichen Verfassungspflichten infolge angenommener Volksinitiativen wie folgt: «Solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt, ist auslegungsmässig grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Regelungen auszugehen.»[604] In diesem Fall sieht sich das Bundesgericht im Rahmen der Auslegung der angenommenen Volksinitiative «einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet; sie soll praktische Konkordanz schaffen».[605] Ist eine Harmonisierung der widersprüchlichen Bestimmungen im Rahmen der Auslegung nicht möglich, unterscheidet das Bundesgericht zwischen verschiedenen Konstellationen: «Im

601 Verordnung über Zweitwohnungen vom 22.08.2012 (ZWV), in Kraft getreten per 1.01.2013.

602 Vgl. die entsprechenden Befugnisse des Bundesrates nach Art. 197 Ziff. 8, 9, 11 BV im Zusammenhang mit verschiedenen angenommenen Volksinitiativen.

603 Vgl. Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6123 f.; Botschaft Umsetzung Art. 121a, BBl 2006 889 ff., 897; Botschaft Umsetzung Art. 123b, BBl 2011 5977 ff., 5990; siehe auch TSCHANNEN, Mehr Volk, 137 f.

604 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

605 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.2.

Falle einer auslegungsweise nicht überwindbaren Normenkollision» zwischen angenommenen Volksinitiativen und völkerrechtlichen Vorgaben sieht es sich «an die Bundesgesetze und das Völkerrecht gebunden».[606] Begründet wird eine entsprechende Pflicht unter Verweis auf Art. 190 BV[607] sowie den Grundsatz von pacta sunt servanda (Art. 27 WVK)[608]. Bei einem offenen Widerspruch zwischen einer angenommenen Volksinitiative und Grundrechtsansprüchen hält es das Bundesgericht indes für möglich, «dass der neue Verfassungstext bei gegenläufigen Grundrechtsinteressen die erforderliche Güterabwägung selber vornimmt und zum Ausdruck bringt, dass das eine Grundrecht dem anderen vorgeht und dieses im Konfliktfall verdrängt; dies ist aber nicht leichthin anzunehmen».[609] Besonders wohlwollend gegenüber angenommenen Volksinitiativen zeigt sich das Bundesgericht, wenn solche Normen öffentlichen Interessen zuwiderlaufen, die ebenfalls Verfassungsschutz geniessen.[610]

178 Ein ähnliches Bild zum Vorgehen zeigt sich in der *innerstaatlichen Rechtsetzungspraxis*: Im parlamentarischen Verfahren wird verlangt, dass eine angenommene Volksinitiative «so kompatibel wie möglich mit den zentralen Prinzipien unserer Bundesverfassung und des für uns essenziellen Völkerrechts, z.B. der EMRK»[611] auszulegen sei. «Mit einer verfassungskonformen harmonisierenden Auslegung [ist] zu garantieren, dass andere Verfassungsbestimmungen durch den Initiativtext nicht ausser Kraft gesetzt werden.»[612] Im vorparlamentarischen Gesetzgebungsverfahren hält der Bundesrat in verschiedenen Botschaften betreffend die Ausführungsgesetzgebung von Volksinitiativen geradezu lehrbuchmässig fest:

606 BGE 139 I 16, 28, E. 4.3.4; ebenso in Bezug auf das FZA BGE 142 II 35, 40, E. 3.3.

607 BGE 139 I 16, 31, E. 5.3.

608 BGE 139 I 16, 29, E. 5.2; BGE 142 II 35, 39, E. 3.2.

609 BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2; vgl. auch BGE 128 I 64, 77, E. 5.

610 BGE 138 II 281, 295; E. 6.2: «Art. 78 Abs. 5 BV räumt dem Schutz von Mooren und Moorlandschaften absoluten Vorrang ein und belässt keinen Raum für eine Abwägung mit anderen Interessen im Einzelfall».

611 Anlässlich der Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV Votum Schenker, AB N 2014 493; anlässlich der Umsetzung von Art. 123a BV Votum Epiney, AB S 2006 545; anlässlich der Umsetzung von Art. 121a BV Votum Jauslin, AB N 2016 1502; anlässlich der Umsetzung von Art. 75b BV Votum Janiak, AB S 2014 928; ebenso Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5884; Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6125.

612 Votum Engler, AB S 2017 634; anlässlich der Umsetzung von Art. 75b BV Votum Bruderer, AB S 2014 924; Votum Janiak, AB S 2014 928; Votum Engler, AB S 2014 927; anlässlich der Umsetzung von Art. 121a BV Votum BR Sommaruga, AB N 2016 1511; anlässlich der Umsetzung von Art. 121a BV, Votum Bischof, AB S 2016 947; ebenso Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124 f.; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5884.

> *«Solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrückliche Werthierarchie zuordnet, gilt zudem der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen. Zwei Einschränkungen sind zu berücksichtigen: Soweit die Bundesverfassung zwingende Bestimmungen des Völkerrechts ausdrücklich wiedergibt, gehen diese Normen den gewöhnlichen Verfassungsnormen vor. Zudem kann sich nach Abwägung aller im Einzelfall relevanten Elemente der Vorrang einer Verfassungsnorm ergeben. Die für die Auslegung des Gesetzesrechts entwickelten Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren («lex posterior derogat legi priori») und die speziellere der allgemeinen Norm vorgehe («lex specialis derogat legi generali»), dürfen bei der Verfassungsinterpretation jedoch nicht schematisch angewendet werden; dies ergibt sich wiederum aus dem oben erwähnten Grundsatz, wonach Verfassungsnormen grundsätzlich gleichrangig sind. Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen hängt wesentlich davon ab, inwieweit zusätzlich zu den allgemeinen Auslegungselementen zwei verfassungsspezifische Auslegungselemente berücksichtigt werden: Die harmonisierende Auslegung (oder die Herstellung praktischer Konkordanz), wonach der Gesetzgeber gehalten ist, alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mit zu bedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden. Die völkerrechtskonforme Auslegung: Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts stehen über der Verfassung; die Normen des übrigen Völkerrechts sind zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Darauf basiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit die Verfassungsnormen (soweit nötig und möglich) völkerrechtskonform auszulegen.»*[613]

179 In der *Völkerrechtspraxis* der Schweiz wird zur Koordination angenommener Volksinitiativen mit der Pflicht zur Beachtung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV) zunächst versucht, gegenläufige Verfassungsvorgaben durch das Ausnutzen von Spielräumen zugunsten völkerrechtlicher Vorgaben – oder kurz: durch völkerrechtskonforme Auslegung[614] – zu koordinieren. Gelingt dies nicht, stehen der Verfassungspraxis auf der völkerrechtlichen Ebene zur Bewältigung von Koordinationsproblemen die Kündigung[615], die Neuaushandlung[616] sowie einseitige Erklärungen[617] zu völkerrechtlichen Verträgen als Handlungsoptionen zur Verfügung.[618] In Bezug auf die Strategie der *Kündigung* hat der Bundesrat im Rahmen seiner Beratungsfunktion gegenüber Volk und Ständen die sog. «Rheinau-Praxis» entwickelt. Danach verpflichten Volksinitiativen den Bundesrat dazu, die betroffenen Verträge neu auszuhandeln oder zu kündigen, sofern sich eine ange-

613 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.

614 Grundlegend dazu Rz. 333 ff.

615 NOBS, Volksinitiative, 355 ff.; LAMMERS, Démocratie directe, 189 ff.

616 NOBS, Volksinitiative, 357 f.; LAMMERS, Démocratie directe, 187 ff.

617 NOBS, Volksinitiative, 358.

618 BIAGGINI, Minarette, 332; BAUMANN, Umsetzung, 241; REICH, Konflikt, 979.

nommene Volksinitiative nicht völkerrechtskonform auslegen lässt.[619] Zur Kündigung verpflichtet wäre der Bundesrat im Falle eines expliziten verfassungsrechtlichen Kündigungsauftrags.[620] In diesem Fall müsste er vorab die Bundesversammlung in Kenntnis setzen und je nach Bedeutung des Vertrages wäre ein fakultatives oder obligatorisches Referendum durchzuführen.[621] Nicht auszuschliessen ist ferner, dass der Bundesrat Staatsverträge von beschränkter Tragweite[622] aufkündet, um Widersprüche zu angenommenen Volksinitiativen zu beseitigen.[623] Von der Strategie *einseitiger Erklärungen* hat die Verfassungspraxis bisher keinen Gebrauch gemacht. Auf die Strategie der *Neuverhandlung* wird zurückgegriffen, wenn eine angenommene Volksinitiative den Bundesrat dazu ausdrücklich verpflichtet und der fragliche Vertrag dies zulässt. Diese Handlungsoption erweist sich de facto jedoch vor allem bei multilateralen Abkommen als wenig erfolgversprechend,[624] da die Koordinationstechnik der Neuverhandlung vom Einverständnis der anderen Vertragspartei(en) abhängt.[625] Zusammengefasst bestehen auf völkerrechtlicher Ebene de iure zwar durchaus Möglichkeiten zur Bewältigung von Koordinationsproblemen zwischen angenommenen Volksinitiativen und Art. 5 Abs. 4 BV, de facto sind die Erfolgschancen dieser Koordinationsoptionen jedoch äusserst gering.

Wir stellen fest: Die Verfassungspraxis qualifiziert die nähere Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen als Auslegungsarbeit – und zwar unabhängig davon, ob sie in der Bundesgerichtspraxis, der Völkerrechtspraxis oder der innerstaatlichen Rechtsetzungspraxis stattfindet. Als Mittel zur Bewältigung von Koordinationsproblemen im Kontext angenommener Volksinitiativen dient die harmonisierende Auslegung gegenläufiger Verfassungsnormen. Starre 180

619 So auch die Botschaft Masseneinwanderungsinitiative, BBl 2013 291 ff., 342: «Die Initiative ist mit dem FZA nicht vereinbar. Das FZA müsste im Falle einer Annahme der Initiative mit grösster Wahrscheinlichkeit gekündigt werden»; vgl. auch Botschaft Alpenschutzinitiative, BBl 1992 II 877 ff., 903, müssten «bei einer allfälligen Annahme der Initiative […] die genannten rechtskräftigen Staatsverträge gekündigt und die bilateralen Abkommen in einem zweifellos politisch ungünstigen Umfeld neu ausgehandelt werden»; vgl. auch REICH, Konflikt, 1001 f. und dort Fn. 80.

620 So etwa Art. 56a Abs. 2 E-BV der Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)».

621 Siehe Art. 152 ParlG; m.w.H. zur Kündigung BOILLET/LAMMERS, Mise en œuvre, 526 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 166, N 16.

622 Zur positivrechtlichen Definition Art. 7a Abs. 3 f. RVOG.

623 Vgl. auch REICH, Konflikt, 1013.

624 Vgl. KUNZ, Masseneinwanderung, 356 ff.; NOBS, Volksinitiative, 357.

625 Als Ausnahme davon käme wohl lediglich die völkerrechtliche «clausula rebus sic stantibus» (Art. 62 WVK) oder die Suspension als Reaktion auf eine Vertragsverletzung durch andere Staaten (Art. 60 WVK) in Frage; vgl. auch REICH, Konflikt, 1013.

Kollisionsregeln, «generelle Abweichungsverbote»[626] oder eine «nachträgliche Beantwortung der Vorrangfrage»[627] bleiben weitgehend aussen vor.[628] Gesucht wird jeweils ein Mittelweg im Spannungsfeld der kollidierenden Verfassungsvorgaben. Massgeblich scheinen dabei weniger die imperativen Vorgaben, die aus der angenommenen Volksinitiative ergehen, als vielmehr der Kompromiss zur parallelen Mitberücksichtigung anderer Verfassungsinteressen im Rahmen der Auslegung.[629] Mit anderen Worten erweist sich das Vorgehen der Verfassungspraxis insgesamt als «kompromisslose Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch Harmonisierung».

181 So einheitlich die Verfassungspraxis die Koordinationstechnik der Harmonisierung anwendet, so verschieden sind die dabei eingeschlagenen Wege. Die Koordination einer angenommenen Volksinitiative mit gegenläufigen Verfassungsnormen gleicht einer Gratwanderung, für die im politischen Prozess je nach Konfliktlage eine spezifische Route zu bestimmen ist.[630] Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit wird zur möglichst schonenden Koordination mit einer angenommenen Volksinitiative regelmässig nur gerade so viel Nachachtung verschafft, wie für das notwendige Mindestmass an Grundrechtsschutz zwingend notwendig ist.[631] Ergehen aus Volksinitiativen wie der Zweitwohnungsinitiative imperative, aber weiterzuentwickelnde Verfassungsnormen[632], die anderen Verfassungsnormen zuwiderlaufen, so lässt sich in der Verfassungspraxis im Spannungsfeld der gegenläufigen Verfassungsbestimmungen eine Tendenz zur Mitte hin beobachten. Und angenommenen Volksinitiativen, die in einem Konflikt zu völkerrechtlichen Verträgen von hoher wirtschaftlicher Bedeutung für die Schweiz stehen, werden tendenziell nur so weit berücksichtigt, wie es unter Wahrung der massgeblichen völkerrechtlichen Vorgaben möglich ist.[633]

---

626 HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 95 ff., postuliert in Bezug auf das Willkürverbot und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein generelles Abweichungsverbot, was im Resultat einem Vorrang entspricht.

627 KUNZ, Masseneinwanderung, 358.

628 Grundlegend dazu Rz. 323 ff.

629 Vgl. BSK BV-UEBERSAX, Art. 121a, N 85.

630 Vgl. in Bezug auf Konflikte zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht NOBS, Volksinitiative, 367; ebenso KUNZ, Masseneinwanderung, 362.

631 So bei Art. 123a BV; Art. 123b BV; Art. 123c BV oder Art. 121 Abs. 3–6 BV.

632 So der Titel bei WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm.

633 So bei Art. 121a BV oder Art. 84 BV; m.w.H. dazu BSK BV-EPINEY, Art. 84, N 11 ff.; SGK-BV, LENDI/VOGEL, Art. 84, Rz. 15.

IV. Rechtfertigung und Ziele der harmonisierenden Koordination angenommener Volksinitiativen

182 Welche Ziele verfolgt die Verfassungspraxis im Rahmen der Koordination von angenommenen Volksinitiativen und vorbestehenden Verfassungsnormen? Das Parlament bringt vor, dass die Auslegung angenommener Volksinitiativen dazu diene, «rechtsstaatliche Fundamente, speziell das Verhältnismässigkeitsprinzip»[634] oder das Beachtungsgebot des Völkerrechts[635], bei der Umsetzung von Volksinitiativen mitzuberücksichtigen. «Ein Minimum an Verhältnismässigkeit» müsse schliesslich selbst dann zugelassen werden, «wenn hart am Wind gesegelt» werde.[636] Das Bundesgericht rechtfertigt sein Vorgehen ähnlich. Laut ihm sind «Verfassungsnormen mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine minimale Einheit [der Verfassung] zu interpretieren».[637] Und nach der Auffassung des Bundesrates ist «eine von einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis ausgehende Abwägung widersprüchlicher Verfassungsnormen vorzunehmen, um so die Widerspruchsfreiheit der Verfassung soweit wie möglich zu wahren.»[638] Zusammengefasst zielt die harmonisierende Auslegung als Mittel zur Koordination angenommener Volksinitiativen also darauf ab, Widersprüche innerhalb der Bundesverfassung um jeden Preis zu vermeiden. Andernfalls, so die These, wissen staatliche Organe nicht, wie sie sich verfassungsgemäss zu verhalten haben, da ihr Handeln im Lichte des Verfassungsmassstabes gleichzeitig rechtmässig und rechtswidrig erscheint. In diesem Fall gehöre es zum politischen und verfassungsrechtlichen Auftrag der zuständigen Staatsorgane, sich solchen Herausforderungen zu stellen – selbst wenn die Begradigung von Widersprüchen zwischen angenommenen Volksinitiativen und anderen Verfassungsnormen zuweilen einer «Mission Impossible»[639] oder der «Vermengung von Feuer und Wasser»[640] ähnelt.[641]

634 Votum Vonlanthen, AB N 2017 630; ähnlich Votum Flury, AB N 2014 494; Votum BR Sommaruga, AB N 2017 1916; Votum BR Leuthard, AB S 2014 931; Votum von Graffenried, AB N 2014 497 f.; Votum Jositsch, AB S 2017 629; kritisch Votum Minder, AB S 2017 632.

635 Votum Fluri, AB N 2016 1499.

636 Votum Caroni, AB S 2017 631.

637 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

638 Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2321.

639 Votum Caroni, AB S 2016 932.

640 Votum Stöckli, AB S 2016 931.

641 BSK BV-Uebersax, Art. 197 Ziff. 11, N 11.

V. Ausblick: Koordination als Problem der Verfassungsauslegung

183 Welche Organe formen in der Verfassungspraxis angenommene Volksinitiativen auf welche Weise näher aus, die Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugen, und welche Ziele verfolgen sie dabei? In wenigen Worten haben die vier analysierten Beispiele verdeutlicht: Die Umsetzung angenommener Volksinitiativen ist nicht ausschliesslich, aber vorwiegend Sache der gesetzgebenden Organe. Die Koordination angenommener Volksinitiativen mit vorbestehenden Verfassungsnormen zielt auf den Erhalt der Steuerungskraft von Verfassungsnormen durch die Beseitigung von Widersprüchen zwischen solchen ab. Als Mittel dafür dienen primär die harmonisierende Auslegung gegenläufiger Verfassungsnormen mit «Augenmass»[642] und die völkerrechtskonforme Auslegung angenommener Volksinitiativen. Nach dem vorherrschenden Grundtenor in der Verfassungspraxis ist der Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen also ein Problem der Verfassungsauslegung. Das wirft die Frage nach der korrekten Auslegung angenommener Volksinitiativen und der auslegungsmässigen Bewältigung von Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen auf. Im weiteren Verlauf skizziert die vorliegende Bestandesaufnahme daher ein Orientierungsraster (Kapitel 2), anhand dessen im Anschluss die bestehenden Konzepte der Verfassungsauslegung im Allgemeinen (Kapitel 3) und die Muster zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch Auslegung (Kapitel 4) systematisiert, analysiert und verglichen werden können.

642 So der Tenor bei der Umsetzung von Art. 75b BV; Votum Diener Lenz, AB S 2014 924.

Kapitel 2 Grundlagen der Verfassungsauslegung und der Verfassungsentwicklung

Auf welche Weise sind Verfassungsnormen auszulegen? Eine Suche nach Antworten, wie und weshalb widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen mittels Auslegung geordnet werden können, verlangt nach theoretischer Vorarbeit. Damit wir die vorherrschende Verfassungsdogmatik auf die spezifische Frage nach der auslegungsmässigen Bewältigung von Widersprüchen in der Bundesverfassung hin analysieren können, muss vorab geklärt werden, was die Verfassungsdogmatik unter der Chiffre «Verfassungsauslegung» im Allgemeinen versteht. THOMAS HOBBES hielt bereits anno 1651 fest: «All Laws, written and unwritten, have the need of interpretation […] The written Laws, if they be short, are easily misinterpreted, from the divers significations of a word, or two; if long, they be more obscure by the diverse significations of many words: in so much as no written Law, delivered in few, or many words, can be well understood, without a perfect understanding of the final causes, for which the law was made; the knowledge of which final causes is in the Legislator.»[643] 184

HOBBES' Aussage verdeutlicht in Bezug auf die Verfassungsauslegung zweierlei: Zum Ersten zeigt sie, dass die Auslegung von Rechtsnormen ein Phänomen ist, das auf einer ideengeschichtlichen Entwicklung beruht. Zum Zweiten deutet HOBBES' Einschätzung an, dass es sich bei der Auslegung von Rechtsnormen um ein mehrschichtiges Problem handelt: Neben der Notwendigkeit einer Methode («Interpretation») betont die Aussage auch ein Auslegungsziel («the final cause, for which the law was made») sowie Herausforderungen der Rechtsauslegung in Bezug auf den Gegenstand – die Rechtsnorm («easily misinterpreted»). Das vorliegende Kapitel greift diese beiden Beobachtungen auf und entwickelt anhand der diagnostizierten Vielschichtigkeit der Verfassungsauslegung (Abschnitt A) und ihrer Entwicklung im Wandel der Zeit (Abschnitt B) einen Referenzrahmen, der Orientierung bei der näheren Systematisierung der bestehenden Konzepte zur Verfassungsauslegung und zur auslegungsmässigen Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen stiften soll (Abschnitt C). 185

643 HOBBES, Leviathan, 2. Teil, Kapitel XXVII.

A. Verfassungsauslegung im «Viereck der Verfassungsgestaltung»

186 Die Tragweite einer Verfassungsnorm auf verlässliche Weise zu klären, ist ein vielschichtiges Problem, das Methodenfragen (Wie), Machtfragen (Wer), aber auch Fragen des Gegenstandes (Was) und des Ziels (Weshalb) aufwirft.[644] Diese Problemfelder lassen sich in einem Viereck illustrieren, dessen Ecken den Gegenstand der Verfassungsauslegung (Was; Abschnitt I), den Verfassungsinterpreten (Wer; Abschnitt II), die Methoden der Verfassungsauslegung (Wie; Abschnitt III) sowie das Ziel der Verfassungsauslegung (Weshalb; Abschnitt IV) bilden. Eine solche Systematisierung wirkt der Vernachlässigung einzelner Problemfelder entgegen, allen voran der «institutionellen Blindheit der klassischen Methodenlehre»[645], und vermittelt dem Prozess der Verfassungsauslegung prozedurale Tiefenschärfe durch eine abzuarbeitende Liste von Fragen. Zudem soll dieses Viereck der Verfassungsgestaltung als Orientierungsrahmen zum Vergleich verschiedener Lösungsansätze und dogmatischer Konzepte zur Bewältigung von Steuerungsproblemen angenommener Volksinitiativen dienen, auf den fortan immer wieder zurückgegriffen wird. Vorerst werden die vier Grundfragen der Verfassungsgestaltung daher bloss skizzenhaft dargestellt, später werden sie wieder aufgenommen und vertieft.[646]

I. Was: Gegenstand der Verfassungsauslegung

187 Gegenstand der Verfassungsauslegung sind eine oder mehrere Verfassungsnormen. Nach der herrschenden Lehre sind für die Auslegung von Verfassungsnormen primär die Eigenschaften und die Struktur der konkret auszulegenden Verfassungsbestimmung massgebend,[647] weniger typische Merkmale wie ihre Viel-

644 Ebenso BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 2 f.; grundlegend F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 241 ff. (Zuständigkeit); Rz. 260 ff. (Gegenstand); Rz. 269 ff. (Methode).

645 So der Titel bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 254.

646 Vgl. den Aufbau von Teil II Kapitel 3, Teil II Kapitel 4 und Teil II Kapitel 5.

647 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 31; SALADIN, Wandel, 372 ff.; siehe auch BGE 112 Ia 208, 213, E. 2a: «Die Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente kann allerdings unterschiedlich ausfallen, je nachdem ob die zu interpretierende Norm den organisatorischen Bestimmungen der Verfassung angehört oder verfassungsmässige Grundrechte schützt, deren Inhalt es zu erarbeiten gilt. Im ersten Fall ist der Auslegungsspielraum relativ eng begrenzt, sind die organisatorischen Normen der Verfassung doch nicht durch jene Weite und Dehnbarkeit geprägt wie die Bestimmungen, welche das materiell-rechtliche Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ordnen. Letztere bedürfen eher der Konkretisierung denn der Aus-

gestaltigkeit oder ihr politischer Charakter.[648] Die Bundesverfassung prägt auch kein einheitliches Normbild. Und erst wenn man zwischen dem Normtext als Ausgangspunkt der Verfassungsauslegung und der Norm selbst unterscheidet, wird klar, dass das Erkenntnissinteresse der Verfassungsauslegung sich nicht auf das Gesagte, nicht das bloss Gemeinte, sondern – Ausnahmen vorbehalten – den demokratischen Vorentscheid des Verfassungsgebers bezieht.[649]

188 Neben Normtext und Norm umfasst der Gegenstand der Verfassungsauslegung auch die Normposition und den normativen Kontext einer Verfassungsnorm im Rechtsgeflecht. Zum Teil unterscheidet das Schrifttum dabei zwischen einer vertikalen, einer horizontalen und einer temporalen Dimension:[650] Die *vertikale Dimension* bezieht sich auf die Stellung einer Norm in der Gesamtrechtsordnung.[651] Häufig ist sie imprägniert von der Vorstellung eines «Stufenbau[s] verschiedener Schichten von Rechtsnormen»[652], die einander hierarchisch zugeordnet sind und in erster Linie Rangfragen aufwerfen. Vereinzelt bedient sich die Lehre auch des Bildes überlappender «Kreise» oder «Sphären» von Rechtsordnungen.[653] Die *horizontale Dimension* handelt von der Stellung einer Verfassungsnorm innerhalb der Bundesverfassung und ihrem Verhältnis zu Bestimmungen derselben.[654] Die *temporale Dimension* des normativen Kontextes umschreibt einerseits die Wirkungen neu erlassener Verfassungsnormen auf das vorbestehende Rechtsgefüge, andererseits Regelungstechniken wie die Suspension[655] und die Befristung[656] neuer Normen, befristete oder bedingte Übergangsregelungen sowie die Änderung bestehender Normen.[657]

---

legung, einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag».

648 Vgl. Rz. 117.

649 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 39; ebenso F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 24; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 268; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 188 f.; grundlegend BIAGGINI, Richterrecht, 291 ff.

650 M.w.H. dazu Rz. 283–286 sowie Rz. 327–329.

651 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 182.

652 KELSEN, Reine Rechtslehre, 399.

653 So D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 15; vgl. auch BIAGGINI, Polis, in: FS Thürer, 40.

654 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 29; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 196 ff.

655 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 233.

656 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 227.

657 M.w.H. zu den Übergangsbestimmungen SGK-BV, R.P. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 196–197, Rz. 2; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 3, Rz. 9; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 91 ff., 94.

189 Die Bundesverfassung als Ganzes oder Abstraktum bildet, obschon zuweilen behauptet, gerade nicht den Gegenstand der Verfassungsauslegung.[658] Vorerst[659] sei bloss darauf hingewiesen, dass die Bundesverfassung keine Einheit, «sondern oft eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge» darstellt.[660] Und die Bundesverfassung zwar unbestritten Rechtsform und Rechtscharakter besitzt,[661] «allerdings nicht nur ein juristischer Text» ist, sondern «auch ein politisches, geschichtliches und kulturelles Dokument».[662] Immerhin durchdringt das vorherrschende Verständnis über die Bundesverfassung nach allgemeiner Auffassung sehr wohl das Normbild der Bundesverfassung und formt den Gegenstand der Verfassungsauslegung dadurch zumindest indirekt mit.[663]

II. Wer: Institutionelle Zuständigkeiten der Verfassungsauslegung

190 Aufgabe des Verfassungsinterpreten ist es, die in Frage stehenden Verfassungsnormen in die Wirklichkeit zu überführen oder zumindest näher an diese heranzutragen. Die traditionelle Methodenlehre beruht auf einem Interpretenbild von Richtern, die sich «in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen» haben, um «das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen zu lassen».[664] Neben dem Richter interpretieren allerdings auch die Verwaltung, die Regierung und das Parlament Verfassungsnormen. Gerade wegen des Instruments der Volksinitiative ist Verfassungsauslegung auch eine Sache der «Bürger und Gruppen»[665], einen *Numerus clausus* der Verfassungsinterpreten kennt die Bundesverfassung somit nicht.[666] Die Initianten einer Volksinitiative besitzen zwar keine Deutungshoheit über «ihren» Verfassungstext, umgekehrt wirken sie durch die verbindliche Vorgabe von Text massgeblich auf die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen ein. Nicht zuletzt agiert auch die Lehre in der Funktion als Verfassungsinterpret. Sie ist unbestritten eine wichtige Quelle der

658 F. MÜLLER, Einheit, 190; vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 31.

659 M.w.H. Rz. 229, 291; zur Kritik siehe Rz. 253 ff.

660 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

661 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

662 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

663 BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2097 ff.; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 53 ff., 66; m.w.H. zu verschiedenen Verfassungsverständnissen VOLKMANN, Rechtsproduktion 35.

664 SAVIGNY, Römisches Recht, 213.

665 HÄBERLE, Verfassungsinterpreten, 297.

666 HÄBERLE, Verfassungsinterpreten, 297.

Inspiration zur Auslegung von Verfassungsnormen, der nach Art. 1 Abs. 3 ZGB bei Unklarheiten zu folgen ist. Vorerst[667] lässt sich demzufolge konstatieren: Die Bundesverfassung institutionalisiert ein «Nebeneinander von Letztinterpreten»[668],[669] das Konkurrenzfragen aufwirft zwischen den Verfassungsinterpreten untereinander, aber auch zwischen ihnen und den verfassungsändernden Organen. Die Frage der institutionellen Zuständigkeit zur Verfassungsauslegung lässt sich nach allgemeiner Auffassung daher nur kontextabhängig beantworten.

III. Weshalb: Ziel der Verfassungsauslegung

Ziel der Verfassungsauslegung ist es, den Sinn einer Verfassungsnorm (ratio legis) in einem situativen Kontext durch einen strukturierten Argumentationsprozess hoheitlich zu bestimmen.[670] Das wirft verschiedenste Fragen auf, drei davon seien hier hervorgehoben: Erstens ist so präzise und nachvollziehbar zu klären, was der Verfassungsgeber mit der fraglichen Norm vorentschieden hat, welche Interpretationsspielräume dabei offengeblieben sind und was aus welchen Gründen unklar ist.[671] Zweitens hat sich der Verfassungsinterpret ein Bild über die Entwicklung einer Verfassungsnorm seit ihrem Inkrafttreten zu machen (geltungszeitliche Auslegung).[672] Schliesslich endet die Normbiografie einer Verfassungsnorm nicht an der Abstimmungsurne. Verfassungsauslegung ist auch dort notwendig, wo der Wortlaut einer Verfassungsnorm klar ist.[673] Drittens hat der Verfassungsinterpret mittels Verfassungsauslegung sein institutionelles Arrangement zu evaluieren. Er hat zu klären, was für Auswirkungen in Frage kommende Normhypothesen auf die Stellung anderer Gewaltenträger haben und 191

667 M.w.H. dazu Rz. 254 sowie spezifisch in Bezug auf die Bundesversammlung Rz. 541 ff.

668 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS. 2020, Bd. I, Rz. 22.

669 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 547.

670 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 80; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 490 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 1; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 126 ff.

671 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 39.

672 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 40; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 491; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 114 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 28 ff.; kritisch indes AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 300; vgl. auch F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 248 ff.

673 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 483 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 2; vgl. auch BGE 116 Ia 359, 378, E. 9b, wonach auch der «Zeitablauf […] sowie der seither eingetretene Wandel des geistigen, sozialen und politischen Entwicklungsstandes» im Rahmen der Verfassungsauslegung zu berücksichtigen sind.

inwiefern es dem Verfassungsgeber vorbehalten bleibt, die Verfassungsnorm näher auszugestalten.[674]

IV. Wie: Methoden der Verfassungsauslegung

192 Methoden der Verfassungsauslegung umschreiben die richtige Art des Vorgehens, um Verfassungsvorgaben in die Wirklichkeit zu überführen. Sie besitzen dem Wesen nach eine «dienende Funktion»[675]. Für die Auslegung von Verfassungsrecht greift die Verfassungsdogmatik, wie sogleich dargelegt wird,[676] seit LABAND auf denselben Werkzeugkasten zurück wie das Privatrecht: den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Systematik und den Zweck einer Verfassungsnorm als klassische Auslegungselemente.[677] Dasselbe gilt für den Rechtsvergleich als fünfte Auslegungsmethode,[678] ebenso anerkannt ist in der herrschenden Verfassungsdogmatik der Bedarf an zusätzlichen Werkzeugen zur Auslegung der Bundesverfassung. Und nicht zuletzt bleibt die Methode jeweils massgeblich geprägt von der auszulegenden Norm, vom Verfassungsinterpreten und von der Wirklichkeit.[679]

B. Verfassungsauslegung im Wandel der Zeit

193 Das Sprachbild der Verfassungsauslegung umschreibt nicht nur einen mehrschichtigen Vorgang, der verschiedene Fragen aufwirft. Was wir heute unter Verfassungsauslegung verstehen, ist auch das Produkt einer ideengeschichtlichen Entwicklung verschiedener Vorstellungen über die richtige Handhabe von Recht im Kontext konkreter Probleme,[680] die bis vor die Anfänge des Verfassungsstaates zurückreichen. Eine umfassende Geschichte der juristischen Methode der Schweiz soll und kann hier nicht entwickelt werden. Die anschliessenden Ausführungen beschränken sich daher auf die Suche historischer Spuren über gewis-

674 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 41.

675 HILLGRUBER, Verfassungsinterpretation, in: Verfassungstheorie, § 15, Rz. 10.

676 Rz. 197 ff.

677 SAVIGNY, Römisches Recht, 213 f.; zu den Auslegungselementen im Kontext der Verfassungsauslegung HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 90 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 17 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 497 ff.; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 59 ff.

678 So statt vieler HÄBERLE/KOTZUR, Verfassungslehre, Rz.702 ff. HERDEGEN, Verfassungsinterpretation,878 f.; zu den Grenzen der Verfassungsauslegung GAMPER, Verfassungsinterpretation, 244.

679 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 18 ff.

680 M.w.H. zur Aufgabe und Funktion der juristischen Methodik MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 2 ff.

se Vorstellungen der Rechtsanwendung, welche die Art, die Funktion und das Vorgehen der Verfassungsauslegung bis heute prägen. Mit anderen Worten: Es soll anhand eines ideengeschichtlichen Rückblicks über die Entwicklung der juristischen Methode im deutschen Privatrecht (Abschnitt I) und Staatsrecht (Abschnitt II) sowie ihrer Entwicklung in der Schweiz (Abschnitt III) nachgezeichnet werden, was die Verfassungsdogmatik heute unter dem Sprachbild der «Verfassungsauslegung» versteht. Das skizzierte Viereck der Verfassungsgestaltung dient dabei als Referenzrahmen zum Vergleich unterschiedlicher Ansätze.

I. Historische Entwicklung der juristischen Methode des Privatrechts in Deutschland

194 Einen historischen Rückblick über die Interpretation der schweizerischen Bundesverfassung mit einer Schrift zu beginnen, die sich auf das deutsche Privatrecht bezieht und den Gegenstand des öffentlichen Rechts ausdrücklich[681] ausklammert, mag irritieren. Umgekehrt: Auch in der Schweiz beziehen sich Lehre und Praxis für die Verfassungsauslegung wohl auf kein anderes Konzept häufiger als auf die berühmten Auslegungselemente von SAVIGNY.[682] Für die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung markiert dieses Konzept somit ebenfalls einen ideengeschichtlichen «Markstein».

195 Nach SAVIGNY, einem Vertreter der historischen Rechtsschule, haben sich Rechtsinterpreten «in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen», um «das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen zu lassen».[683] Dazu bedürfe es mit Blick auf die Methode einer Unterscheidung zwischen grammatischen, logischen, historischen und systematischen Elementen, die allesamt der «Reconstruktion des dem Gesetze innewohnenden Gedankens» dienen.[684] In Bezug auf den Auslegungsgegenstand – die Rechtsnorm – traf SAVIGNY zwei Annahmen: «Damit es [das Recht] zu diesem Zweck [die Rekonstruktion] tauglich sey, müssen wir daran zwei Anforderungen machen: Einheit und Vollständigkeit».[685] PUCHTA, der frühe JHERING und weitere entwickelten SAVIGNYS

---

681 SAVIGNY, Römisches Recht, 2: «Nur das Privatrecht gehört zu unserer Aufgabe, nicht das öffentliche Recht».

682 Ähnlich REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 31; zu den Auslegungselementen im Kontext der Verfassungsauslegung HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 90 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 17 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 497 ff.; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 59 ff.; vgl. auch BGE 139 II 243, 249, E. 8; BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BGE 131 I 74, 80, E. 4.1.

683 SAVIGNY, Römisches Recht, 213.

684 SAVIGNY, Römisches Recht, 213.

685 SAVIGNY, Römisches Recht, 262; m.w.H. zur Einheit der Rechtsordnung in der historischen Rechtschule BALDUS, Einheit, 59 ff.

Konzept fort. Sie verstanden die Rechtsordnung als widerspruchsfreies System, den Interpreten als blossen Subsumtionsautomaten und Rechtsanwendung als eine Kette logischer Schlüsse.[686] Durch den Import des Dogmas der naturwissenschaftlichen Empirie in die Rechtswissenschaft wurde der Gegenstand der Auslegung – das Gesetz – zu etwas empirisch Feststellbarem erhoben,[687] wie es die Tatsachen in den Naturwissenschaften sind.[688] Allen voran der Justizsyllogismus (Subsumtion) sollte dabei helfen, die vorgegebenen Wahrheiten des Gesetzes im Sinne einer logischen Aufgabe nachzuvollziehen und in die Wirklichkeit zu übertragen.[689] Die im späten 19. Jahrhundert aufkommende Strömung des Positivismus griff diese Vorstellungen der Rechtsanwendung auf und entwickelte sie weiter.[690] Auch sie suchte nach Methoden zur möglichst stabilen Entfaltung der Wirkung von normativen Vorgaben, allerdings rückte der Positivismus eine strikte Trennung zwischen Sein und Sollen[691] sowie eine Abdichtung des Rechts von der Politik durch Methode in den Vordergrund.[692]

196 Als Gegenbewegung zur historischen Rechtsschule, des damit nicht gleichzusetzenden Positivismus und des aufkommenden Dogmatismus entwickelten sich parallel die Strömungen der Interessen- und der Wertungsjurisprudenz.[693] Sie erachteten die Rechtsanwendung als «historische Interessensforschung»[694] – wenn auch in unterschiedlichen Schattierungen. Da im Rechtssystem als Forschungsgegenstand «nicht weniger Lücken als Worte» existieren, müsse sich die Rechtswissenschaft zum Leben hin öffnen. Rechtsnormen seien weniger vorgegeben als vielmehr aufgegeben, sodass ihre Anwendung primär eine schöpferische, keine kognitive Methode voraussetze.[695] In den Vordergrund rückten Vorgehen, mit denen die bestehenden Rechtsvorgaben zwecks ihrer Überführung in

686 JEHRING, Geist des römischen Rechts, 37; siehe auch bei BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 12; KRAMER, Methodenlehre, 182 ff.

687 KLEY, Geschichte, 20 ff.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, 466 ff.; MASTRONARDI, Rechtstheorie, Rz. 249.

688 RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, 466 ff.

689 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 14; VOLKMANN, Rechtsproduktion, 46; vgl. auch RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 17 ff.

690 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 15; m.w.H. zu unterschiedlichen Formen des Positivismus MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 12, Rz. 1 ff.

691 MASTRONARDI, Rechtstheorie, Rz. 302 f.; MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 12, Rz. 10 ff., mit Hinweisen auf KELSEN.

692 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 15.

693 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 12 ff.; SCHLUEP, Einladung, Rz. 2547 ff.

694 HECK, Interessenjurisprudenz, 8.

695 SCHLUEP, Einladung, Rz. 2548 ff.

die Wirklichkeit angereichert und ergänzt werden können.[696] Der Richter, so die These, wird durch die Rechtsnorm zum autonomen Entscheiden ermächtigt und dessen Rechtsempfinden prägt die Rechtsanwendung massgeblich mit. Das Interpretenbild wandelte sich dadurch vom «bouche qui prononce les paroles de la loi»[697] gleichsam zum «Richterkönig» Platons.

II. Historische Entwicklung der juristischen Methode des Staatsrechts in Deutschland

Die im Privatrecht ausgebrochene Kontroverse über die richtige Handhabe von Recht hinterliess auch im deutschen Staatsrecht ihre Spuren: VON GERBER und LABAND, beides Vordenker eines positivistischen Lagers der deutschen Staatsrechtslehre, überführten die im Privatrecht entwickelten historisch-positivistischen Methoden in die Dogmatik des Staatsrechts.[698] Ihrer Auffassung nach ist die Handhabe von Verfassungsrecht genauso eine «rein logische Denktätigkeit»[699] und erfolgt ebenfalls «in der Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter das geltende Recht»[700]. «Alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen» seien gerade im Kontext der Verfassungshandhabe ohne Belang.[701] Kurz: Die Staatsrechtslehre brauche sich daher in Bezug auf die Methode nicht «zu scheuen, bei ihrer reiferen Schwester zu lernen».[702] Diese These der Gleichsetzung von Verfassung und Gesetz im Hinblick auf die Methode erhielt später im Hinblick auf den Auslegungsgegenstand einen Unterbau durch KELSENS Theorie der Verfassung im Sinne eines qualifizierten Gesetzes.[703] Dass der Methodentransfer vom Privat- ins Staatsrecht damals im Interesse einer bestimmten Politik geschah, geht heute meist vergessen: Monarchisch-konservative Bestreben wollten Mitte des 19. Jahrhunderts die antiliberale Politik Bismarcks gegenüber dem parlamentarischen Staatsleben durch die Trennung von Politik und Recht durch Methode absichern.[704] Insofern war die These von der Verfas- 197

---

696 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 16.

697 MONTESQUIEU, Geist der Gesetze, Buch XI Kapitel VI, im Originalwortlaut.

698 KLEY, Geschichte, 21; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 53.

699 LABAND, Staatsrecht I, XI (Vorwort zur zweiten Auflage).

700 LABAND, Staatsrecht II, 178.

701 LABAND, Staatsrecht I, IX (Vorwort zur zweiten Auflage).

702 LABAND, Staatsrecht I, VII (Vorwort zur zweiten Auflage).

703 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 248 ff.

704 Ausdrücklich SMEND, Verfassungsrecht, 129; siehe auch F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 78; REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 45 f.; zur Demokratiefeindlichkeit der historischen Rechtsschule auch MASTRONARDI, Rechtstheorie, Rz. 243.

sungsauslegung als Gesetzesauslegung damals vor allem auch ein «Werkzeug im Dienst einer bestimmten Richtung der Politik».[705]

198 Die Gleichsetzung von Gesetz und Verfassung im Hinblick auf die Auslegungsmethode und den Auslegungsgegenstand war von Beginn weg Kritik ausgesetzt: «Ein im zentralsten erschüttertes Lebensgefühl», so HELLER, «sucht heute nach berechenbaren Sicherheiten, die keine geisteswissenschaftliche Erkenntnis zu bieten vermag. Unsere Überzeugungsgewissheit ist im letzten unsicher geworden und die Wissenschaft möchte sie durch die Objektivität logisch-mathematischer Denkgewissheit ersetzen, um uns damit die Entscheidung und eine für manchen kaum noch erträgliche Verantwortung zu ersparen.»[706] SMEND verwies auf die «Gefahr der labandschen Methode […] getragen von […] der Skepsis gegenüber allem über die positivistisch erfasste Einzelheit hinausgehenden Wirklichkeits- und Normgehalt».[707] Dass es im Rahmen der Verfassungsauslegung aufgrund des Gegenstandes auch noch um etwas anderes geht als bei der allgemeinen Gesetzesauslegung, hatte bereits über hundert Jahre zuvor Justice MARSHALL präzise zum Ausdruck gebracht: «We must never forget, that it is the constitution we are expounding».[708]

III. Historische Entwicklung der juristischen Methode in der Schweiz

199 Die ideengeschichtliche Entwicklung der Verfassungsauslegung in der deutschen Staatsrechtslehre kann nicht pauschal auf die Lage in der Schweiz übertragen werden. In der Schweiz nahm die juristische Methodik schliesslich eine eigene Entwicklung. Einen Wendepunkt markierte dabei der Erlass des berühmten Methodenartikels Art. 1 ZGB, der auch der Verfassungsauslegung ein positivrechtliches Fundament vermittelt.[709] Historische Regelungsabsicht der im Jahr 1907 erlassenen Norm war es, kantonalrechtliche Unterschiede im Hinblick auf die praktische Rechtsanwendung im zusammenwachsenden Bundesstaat zu harmonisieren.[710] In der diesbezüglichen Debatte im Nationalrat wurde zwar ausdrücklich auf die französische «école de la libre recherche scientifique» um GÉNY

---

705 REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 46.

706 HELLER, Problematik, 321 ff.

707 SMEND, Verfassungsrecht, 129.

708 Vgl. McCulloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 407 (1819); vgl. auch CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 409 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9 ff.

709 M.w.H. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 219; BIAGGINI, Richterrecht, 68; BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 104 ff.; zur Funktion von Art. 1 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 96 ff.; dazu relativierend RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 13 f.

710 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 20.

hingewiesen.[711] Art. 1 ZGB deswegen als generelles Bekenntnis zugunsten der Interessen- und Wertungsjurisprudenz für die Schweiz zu deuten, greift indes zu kurz.[712] Die damaligen parlamentarischen Debatten belegen nämlich,[713] dass die Verbindlichkeit des gesetzten Rechts im Rahmen der Rechtsanwendung damals ebenso unbestritten war, wie ein Rückgriff auf ausserrechtliche Elemente verboten bleiben sollte.[714] Art. 1 Abs. 1 ZGB unterstreicht diese Grundhaltung bis heute.[715] Mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und die bundesstaatliche Funktion von Art. 1 ZGB verankert diese Bestimmung einen methodischen «acquis suisse» im positiven Recht, der historisch-positivistische Methoden und Vorgehensweisen der Interessenjurisprudenz bewusst miteinander verschränkt und den Rechtsinterpreten in der Schweiz einen Mittelweg zwischen der «école de l'exégèse»[716] und der «école de la libre recherche scientifique» in Frankreich respektive den jeweiligen Schwesterbewegungen in Deutschland vorgibt.

Dieser methodische «acquis suisse hat sich auch in der schweizerischen Staats- 200
rechtslehre niedergeschlagen. Um die Wende zum 20. Jahrhundert erstarkte zwar auch in der Schweiz im Staatsrecht eine historisch-positivistische Strömung:[717] BURCKHARDT bekannte sich ausdrücklich zur positivistischen Methodenlehre[718] und F. FLEINER[719] war stark von der historischen Rechtsschule des Privatrechts beeinflusst. Trotzdem hat sich die schweizerische Staatsrechtslehre nie in einer vergleichbaren Konsequenz der positivistischen Vorstellung einer schematischen Trennung von Recht und Politik verschrieben, wie das in Deutschland oder gar

711 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 19.

712 So aber GERMANN, Rechtsfindung, 87 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 26 ff.; kritisch auch MEIER-HAYOZ, Gesetzgeber, 24.

713 Votum Huber, AB N 1906 Bd. III, 1042; vgl. auch BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 22; AMSTUTZ, Text, 244 ff.

714 M.w.H. BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 23.

715 «Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält» (Art. 1 Abs. 1 ZBG).

716 M.w.H. BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 17.

717 M.w.H. KLEY, Geschichte, 66 f.; RENNER, Staatsrechtliches Denken, 289 ff., insb. 318 ff.

718 «Wie die Verfassung nicht auf eine weitere juristische Tatsache zurückgeführt werden kann, wie die Entstehung der Verfassung nicht juristisch konstruierbar ist, so entzieht sich auch die Revision einer bestehenden Verfassung der juristischen Betrachtung, weil sich dieser Vorgang notwendigerweise, per definitionem, ausserhalb der Rechtsordnung vollzieht.» zitiert bei KLEY, Geschichte, 67, der auf W. BURCKHARDT verweist.

719 KLEY, Geschichte, 69; RENNER, Staatsrechtliches Denken, 272.

Österreich der Fall war.[720] Selbst der dem Positivismus zugeneigte[721] BLUNTSCHLI hob einen «eminent politischen Charakter» des Verfassungsrechts hervor; die scharfe Trennung von Recht und Politik erachtete er gar für «logischen Unsinn».[722] GIACOMETTI forderte in seiner Antrittsvorlesung unter Verweis auf die Eigenart von Verfassungsnormen eine klare Trennung zwischen der Auslegung der Bundesverfassung und jener des Privatrechts.[723] Und BURCKHARDT qualifizierte das geltende Recht als dem Wesen nach «formell und materiell mangelhaft».[724]

201 Umgekehrt fiel in der schweizerischen Staatrechtslehre auch die Kritik gegenüber einheitlichen Methoden zur Verfassungs- und zur Gesetzesauslegung gemässigter aus: So ging D. SCHINDLER von einem «Parallel- und Komplementärverhältnis von Recht und Ausserrechtlichem»[725] aus. Es sei möglich, in der «Rechtsanwendung die Ambiance mehr oder weniger zur Geltung zu bringen und das Recht je nachdem als ein in sich selbst geschlossenes System oder mehr als einen der Faktoren des sozialen Ganzen auszulegen».[726] LÜCHINGER qualifizierte die Auslegung der Bundesverfassung als Wertentscheidung, die auf das demokratische, föderalistische und rechtsstaatlich-liberale Wertsystem ausgerichtet bleiben muss, auf dem die Bundesverfassung beruht.[727] Und RHINOWS Konzept der «integralen Interpretation» zielt auf die «Kreation des richtigen Rechts unter strikter Beachtung und nötigenfalls auswählender Bewertung nicht mehr in Frage zu stellender Rechtsgehalte» mit Blick auf die Wirklichkeit ab.[728]

202 Ein ähnlicher Pragmatismus in Sachen Verfassungsauslegung lässt sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts beobachten. Bereits im Jahr 1881, gerade einmal vier Jahre nach seiner Konstituierung, war es für das Bundesgericht unersichtlich, «warum für die Auslegung der Staatsverfassung, welche ja lediglich das oberste grundlegende und mit besonderer Sanktion umgebene Gesetz des Staates ist, in dieser Richtung andere Grundsätze als für die Auslegung jedes andern Gesetzes gelten sollten».[729] Nur wenig später wurde dann darauf hingewiesen, dass «bei der Auslegung einer Verfassungsnorm sehr wohl auch der

720 KLEY, Geschichte, 424 f.; REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 47; RENNER, Staatsrechtliches Denken, 320.
721 RENNER, Staatsrechtliches Denken, 196 ff.
722 BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 123, 126.
723 GIACOMETTI, Auslegung, 20, 29.
724 BURCKHARDT, System und Methode, 257.
725 So der Titel bei D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 70.
726 D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 98.
727 LÜCHINGER, Auslegung, 86 ff.
728 RHINOW, Politische Funktionen, 194 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 177.
729 BGE 7 503, 513, E. 5.

politische Grundcharakter der ganzen Verfassung und die politische Tendenz einer speziellen Vorschrift beigezogen werden» können.[730] Gegen Ende des 20. Jahrhunderts etablierte das Bundesgericht eine vom Regelungszweck der Verfassungsnorm abhängige Praxis zur Auslegung von Verfassungsnormen: Bei organisatorischen Bestimmungen der Bundesverfassung «ist der Auslegungsspielraum relativ eng begrenzt, sind die organisatorischen Normen der Verfassung doch nicht durch jene Weite und Dehnbarkeit geprägt wie die Bestimmungen, welche das materiell-rechtliche Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ordnen». Grundrechte bedürfen hingegen «eher der Konkretisierung denn der Auslegung, einer Konkretisierung, welche auch sich wandelnden geschichtlichen Bedingungen und gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung zu tragen vermag».[731]

Zusammengefasst hat sich in der Schweiz im Wandel der Zeit weder die Verfassungslehre noch die Verfassungspraxis schematisch einer bestimmten Strömung der juristischen Methodik zugewandt. Stattdessen herrscht seit über 100 Jahren ein methodischer «acquis suisse» vor, der die Verfassungsauslegung als gleichermassen kognitiver wie wertender Vorgang versteht, nie eine Trennung von Recht und Politik durch Methode anstrebte und stets im politisch-gesellschaftlichen Kontext verortet blieb.[732] Die Eigenart der Verfassungsauslegung gilt daher paradoxerweise als genauso unbestritten wie die grundsätzliche Gleichartigkeit der Auslegung von Verfassung und Gesetz. Diesen Methodenpragmatismus als «Grundsatzlosigkeit»[733] oder «methodische Pestilenz»[734] zu qualifizieren, verkennt jedoch, dass die Bundesverfassung selbst ein solches Vorgehen verlangt. Denn für eine «in die Zeit hinein offen[e]»[735] Verfassung, die zugleich ein «festes und darum möglichst dauerhaftes Fundament staatlicher Ordnung»[736] garantieren soll, sind «Stabilität und Dynamik als gleichermassen wichtige Eigenschaften des Verfassungsrechts zu sehen».[737] 203

730 BGE 25, 459, 470, E. 3.

731 BGE 112 Ia 208, 213, E. 2a., wobei das Bundesgericht ausdrücklich anknüpfte an die Unterscheidung bei H. HUBER, Formenreichtum, 191.

732 So der Titel bei RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 124; HILLGRUBER, Verfassungsinterpretation, in: Verfassungstheorie, § 15, Rz. 31.

733 LÜCHINGER, Auslegung, 30; vgl. auch KLEY, Geschichte, 449.

734 KLEY, Geschichte, 451.

735 BÄUMLIN, Geschichte, 15.

736 KÄGI, Grundordnung, 77; m.w.H. zum Verhältnis von Stabilität und Dynamik BRYDE, Verfassungsentwicklung, 18 ff.

737 BRYDE, Verfassungsentwicklung, 19; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 18; BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 2; DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 7 ff.; HESSE, Grundzüge,

204 Der *Verfassungsstabilität* wegen ist der Verfassungsinterpret immer an die Vorentscheide des Verfassungsgebers gebunden und hat dies in der Wirklichkeit «von Neuem entstehen zu lassen»[738]. Der *Verfassungsdynamik* wegen ist Verfassungsauslegung immer ein schöpferischer Vorgang, der verfassungsrechtliche Teilantworten näher an die Wirklichkeit führt. Nur als gleichermassen kognitiver wie wertender Prozess kann der Vorgang der Verfassungsauslegung sowohl der Verfassungsdynamik als auch der Verfassungsstabilität nachkommen und die beiden Ambitionen in der konkreten Situation ausbalancieren.[739] Auf diese Weise leisten Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik als grundlegende Ambitionen der Bundesverfassung einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Entfaltung des Gehalts von Verfassungsnormen in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander, das Gegensätze zwischen den Ambitionen ohne monistische Auflösung überwindet.

C. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als umfassender Begriff der Verfassungsauslegung

205 Wir haben festgestellt, dass die Verfassungsauslegung als Methode ein Phänomen ist, dessen Wesenszug bis heute von bestimmten ideengeschichtlichen Entwicklungen geprägt ist. Sodann hat sich die Verfassungsauslegung als komplexer Vorgang erwiesen, der sich mit Fragen der auszulegenden Verfassungsnormen (Gegenstand), den dafür zuständigen Organen (Interpret), den entsprechenden Methoden (Wie) sowie den angestrebten Regelungszielen (Weshalb) befasst. Die Verfassungsauslegung verbindet diese vier Fragen in einem Prozess miteinander und strukturiert die Anwendung und Rechtfertigung normativer Vorgaben in der Zeit in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander von Erkenntnis (Verfassungsstabilität) und Entscheiden (Verfassungsdynamik).[740]

206 Die Verfassungsdogmatik verwendet teils verschiedene, teils dieselben Termini, um unterschiedliche Vorgänge in diesem «Viereck der Verfassungsgestaltung» zu umschreiben. Die bisher bloss intuitiv verwendeten Begriffe «Auslegung»[741] und «Interpretation» werden dabei meist als Synonyme verstanden – mal enger,

§ 1, Rz. 36; KELSEN, Reine Rechtslehre, spricht von der Rechtsstatik (208 ff.) und der Rechtsdynamik (346 ff.).

738 SAVIGNY, Römisches Recht, 213.

739 So auch EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 230 f.

740 Zum Begriff der Dialektik siehe Fn. 3.

741 Vgl. BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 1 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 75 ff.

sich nur auf die Methode selbst beziehend,[742] mal weiter, den Gesamtvorgang der Verfassungsinterpretation umschreibend.[743] Die Chiffren «Konkretisierung»[744], «Verwirklichung»[745], «Fortbildung der Verfassung ohne Verfassungsrevision»[746] und «Verfassungswandel»[747] beziehen sich manchmal auf ein alternatives methodisches Vorgehen, das mit umfangreicher Wertung durch den Interpreten verbunden ist;[748] manchmal auf den Gesamtvorgang zwischen Erkenntnis und Entscheiden im Sinne eines Oberbegriffs.[749] Und nicht ohne Grund wird der Begriff der «Verfassungsrechtsanwendung» für die verlässliche Klärung der Tragweite von Verfassungsnormen kaum verwendet,[750] da auch die gesetzgebenden Organe massgeblich zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen beitragen.

---

742 LÜCHINGER, Auslegung, 5 ff.; siehe auch bei HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 51 ff.

743 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 4; KELSEN, Reine Rechtslehre, 604 ff.

744 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 67 f.; CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 409 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 90; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 240 ff.; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 60; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 141 ff.; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 248 ff., insb. Rz. 274 ff.; umfassend zur Konkretisierung auch ENGISCH, Konkretisierung; zur Konkretisierung angenommener Volksinitiativen statt vieler WALDMANN, Umsetzung, 524.

745 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 428 ff.; REICH, Verfassungsverwirklichung, 114 ff.; vgl. auch HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 41; ebenso bereits E. HUBER, Rechtsverwirklichung, 242 ff.

746 So HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 12 Rz. 393 ff.; ähnlich OFK-BV, BIAGGINI, Vorbem. Art. 192 ff., N 1; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 4; siehe auch bereits GIACOMETTI, Auslegung, 4.

747 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 137 ff.; kritisch HAUG, Schranken,166, der solches Vorgehen als «illegalen Verfassungswandel» von der legalen Verfassungsrevision abgrenzt; m.w.H. zur Debatte in Deutschland HILLGRUBER, Verfassungsinterpretation, in: Verfassungstheorie, § 15, Rz. 23.

748 In der Lehre BSK BV-BELSER, Einleitung; N 67 ff.; H. HUBER, Formenreichtum, 186; in der Praxis des Bundesrates: Botschaft Umsetzung Art. 123c BV, BBl 2016 6115 ff., 6124; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3 ff., BBl 2013 5983; in der Praxis des Bundesgerichts BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BGE 128 I 327, 330, E. 2.1; BGE 112 Ia 208, E. 2a.

749 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 428 ff.; REICH, Verfassungsverwirklichung, 114; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 60.

750 Die Schweizer Literatur behandelt die Frage der Anwendung von Verfassungsrecht in erster Linie als Sache der Verfassungsgerichtsbarkeit (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 5 sowie § 11, Rz. 1 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1929 ff.) oder sie verweist ohne Bezug zu bestimmten Staatsfunktionen abstrakt auf die «Fortbildung der Verfassung ohne Verfassungsrevision» (siehe die Überschrift bei HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 13) oder den «Schutz der Verfassung» (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 1 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 14). Wie der nähere Gehalt von Verfassungsnormen jenseits der Ver-

207 Für den weiteren Verlauf der vorliegenden Arbeit ist ein einheitliches Begriffsverständnis unverzichtbar. Die Vorgänge im Viereck der Verfassungsgestaltung sollen daher fortan mit folgenden Begriffen umschrieben werden: Die Sprachbilder der «Auslegung» und der «Interpretation» beziehen sich künftig einzig auf die rekonstruierende Tätigkeit zum Gewinn von Erkenntnis über die Vorentscheide des Verfassungsgebers im Dienst der Verfassungsstabilität, nicht mehr auf die Rechtsgewinnung als Ganzes.[751] Davon zu unterscheiden sind jene Handlungsmuster, die über das blosse Identifizieren und Deuten von Verfassungsnormen hinausgehen und eine «intensive Heranziehung der Wirklichkeit»[752] im Dienst der Verfassungsdynamik mittels schöpferisch-konstruierender Tätigkeiten ansprechen. Solche Methoden werden künftig – teils im Anschluss an die bestehende Terminologie – als «Verfassungskonkretisierung» oder «Verfassungsfortbildung» bezeichnet. Diese beiden Formen der Verfassungsgestaltung sind ihrerseits von der «Verfassungsrechtsetzung» zu unterscheiden, die stabilisierend und dynamisierend zugleich wirkt, wie der erste Teil der vorliegenden Arbeit verdeutlicht hat.[753]

208 Als umfassender Oberbegriff für die drei skizzierten Formen der Verfassungsgestaltung, der das dialektische Zusammenwirken von Verfassungsdynamik und Verfassungsstabilität als Ganzes erfasst,[754] bietet sich das bisher bloss intuitiv verwendete Sprachbild der «Verfassungsentwicklung» an.[755] Entwicklung impliziert als Begriff einen evolutiven Prozess, keinen Umbruch. Entwicklung ist sodann immer auf Vorentscheide als Ausgangspunkt angewiesen. Entwicklung betont schliesslich das Bestätigen von Verfassungsnormen im Kontext konkreter Fragen, das Anreichern abstrakter Rechtssätze durch die Praxis wie auch ihre Aktualisierung durch wandelnde normative und reale Kontexte.[756] Das heisst: Verfassungsentwicklung bleibt vom Anfang bis zum Ende von Prozessen umspült, die, parallel verlaufend, Vorentscheide im Dienst der Verfassungsstabilität rekonstruieren und Verfassungsrecht im Dienst der Verfassungsdynamik schöp-

---

fassungsgerichtsbarkeit genau bestimmt wird, bleibt entweder vollständig unerwähnt oder wird mit den genannten Vorgehen gleichgesetzt.

751 So etwa RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 5 f.; vgl. auch F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 238 f.

752 H. HUBER, Formenreichtum, 186 ff.

753 A.M. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 429; REICH, Verfassungsverwirklichung, 115.

754 BRYDE, Verfassungsentwicklung, 457 sowie grundlegend zur Stabilität und Dynamik als Eigenschaften des Verfassungsrechts 18 f.

755 So BRYDE, Verfassungsentwicklung, 22; DREIER, Deutschland, in: IPE, Rz. 41 ff.; mit Bezug zur Schweiz BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 29 ff.; implizit auch BIAGGINI, Verfassungsfortbildung, 127; REICH, Konflikt, 999.

756 REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 82 f.

ferisch anreichern. Verfassungsentwicklung beinhaltet somit immer rekonstruierende und schöpferische Tätigkeiten zugleich; darin liegt ihr Wesenszug.

209 Welche Erkenntnisse liefern die bisher nachgezeichneten Spuren der Verfassungsauslegung und ihre Systematisierung im umrissenen Viereck der Verfassungsgestaltung für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen, die Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugen? Vorerst nicht mehr als eine bestimmte Suchrichtung für den weiteren Verlauf der Bestandsanalyse. Eine neue Verfassungsnorm, die Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugt (Gegenstand), ist durch Auslegung (Methode) von bestimmten Organen (Interpret) in das bestehende Verfassungsgefüge zu integrieren und mit gegenläufigen Verfassungsnormen so zu koordinieren, dass keine Widersprüche bestehen (Ziel). Zudem findet eine solche Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in einem Vorgang statt, der durch die beiden Ambitionen der Verfassungsdynamik und der Verfassungsstabilität umspült bleibt.

Kapitel 3 Verfassungsentwicklung im Allgemeinen

210 Wie sind Verfassungsnormen unter Rücksicht auf die Verfassungsstabilität und die Verfassungsdynamik näher auszugestalten? Bevor wir uns den bestehenden Lösungsansätzen zur Bewältigung von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen widmen (Kapitel 4), haben wir uns den Konzepten zur verlässlichen Klärung der allgemeinen Tragweite von Verfassungsnormen zuzuwenden. Bisher hat die Bestandsanalyse verdeutlicht, dass solche Tätigkeiten über die blosse Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers hinausgehen und stets auch eine schöpferische Komponente umfassen. Um das Ganze dieser Tätigkeiten zu erfassen und den Ambitionen der Verfassungsstabilität und der Verfassungsdynamik dabei gleichermassen Rechnung zu tragen, haben wir den Begriff der Verfassungsentwicklung eingeführt, verstanden als stabilisierende Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers und dynamisierende Konstruktion präziserer Entscheide in deren Sinne.

211 Das vorliegende Kapitel widmet sich der Frage, wie die Verfassungsdogmatik Tätigkeiten zur Verfassungsentwicklung systematisiert. Zwei Ziele sollen dabei im Vordergrund stehen: Erstens sind die bestehenden Lösungsansätze zur Systematisierung der Verfassungsentwicklung nachzuzeichnen. Dabei geht es vorerst[757] um das Suchen, Darstellen und Bewerten existierender Konzepte, nicht um das Entwickeln neuer Ansätze. Zweitens sollen die existierenden Lösungsansätze zur Verfassungsentwicklung zu einem Referenzrahmen verdichtet werden, anhand dessen im Anschluss die vorherrschenden Konzepte zum Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen analysiert werden können. Um diesen Ansprüchen nachzukommen, verlassen die folgenden Ausführungen die tradierten Dichotomien zwischen Normauslegung und Lückenfüllung respektive Verfassungsrahmen und Gestaltungsspielraum, zeichnen die bestehenden Konzepte zur Verfassungsentwicklung im Viereck der Verfassungsgestaltung nach und stellen dabei die beiden «Triebfedern der Verfassungsentwicklung» – die Verfassungsstabilität und die Verfassungsdynamik – in den Vordergrund. Zunächst werden dazu Gegenstand (Was), Interpret (Wer), Methode (Wie) und Ziel (Weshalb) der Verfassungsentwicklung aus der Perspektive der Verfassungsstabilität (Abschnitt A) und der Verfassungsdynamik (Abschnitt B) je einzeln untersucht. Im Anschluss ist das dialektische

[757] Den Versuch einer eigenen Systematisierung des Umgangs mit Steuerungsproblemen von Verfassungsnormen wagt die vorliegende Arbeit erst in den Teilen III und IV.

Zusammenspiel von Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik aus der Gesamtperspektive der Verfassungsdogmatik zu analysieren, welche die beiden Verfassungsambitionen in einer Synthese miteinander verwebt (Abschnitt C). Jeder Abschnitt reflektiert die gewonnenen Erkenntnisse zudem am Beispiel der angenommenen Volksinitiative als Gegenstand der Verfassungsentwicklung.

A. Verfassungsstabilität: Verfassungsentwicklung als rekonstruierende Tätigkeit

Wie trägt die vorherrschende Lehre im Rahmen der Verfassungsentwicklung der Ambition der Verfassungsstabilität Rechnung? Allen Vorbehalten gegenüber der aus dem Privatrecht stammenden Vorgehen für die Verfassungsdogmatik zum Trotz: Durch die Bundesverfassung ausgelöste Stabilitäts- und Kontinuitätserwartungen verlangen nach gesicherter Auffassung eine Rekonstruktion demokratischer Vorentscheide des Verfassungsgebers – und zwar immer, selbst wenn Verfassungsnormen unklar sind oder Spielraum belassen. Systematisiert man diese Grundthese im Viereck der Verfassungsgestaltung, gewinnt sie an zusätzlicher Tiefenschärfe. Denn die Perspektive der Verfassungsstabilität beruht auf gewissen Annahmen über den Gegenstand der Verfassungsentwicklung (Abschnitt I), den Verfassungsinterpreten (Abschnitt II) sowie die Methoden der Verfassungsentwicklung (Abschnitt III). Die nachfolgenden Ausführungen wollen diese Annahmen im entwickelten Orientierungsraster – dem Viereck der Verfassungsgestaltung – nachzeichnen und darlegen, welche Erkenntnisse die Literatur daraus für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen zieht (Abschnitt IV). 212

I. Was: Die Bundesverfassung als qualifiziertes Gesetz

Gegenstand der Verfassungsentwicklung ist die Verfassungsnorm. Um der Ambition der Verfassungsstabilität Nachachtung zu verschaffen, geht die Verfassungsdogmatik von einem ganz bestimmten Normverständnis aus und versteht die Bundesverfassung als Bestandteil des positiven Rechts im Sinne eines qualifizierten Gesetzes nach KELSEN.[758] Wie das Gesetz findet auch die Verfassung «auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung 213

[758] KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 248 ff.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 15 ff.; BIAGGINI, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Staatsrecht, § 7, Rz. 2.

eine Bestimmung enthält» (Art. 1 Abs. 1 ZGB)[759]. Die Gleichsetzung von Verfassung und Gesetz im Hinblick auf den Gegenstand – oder kurz: die Einheit des Gegenstandes – ist für die verfassungsstabilisierende Verfassungsentwicklung von grosser Bedeutung. Ebenso die in deren Windschatten stehende These der Einheit der Methode, nach der Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nach denselben Regeln auszulegen sind wie Normen des einfachen Gesetzesrechts.[760] Des Weiteren ist die stabilisierende Verfassungsentwicklung geprägt von einer bestimmten Vorstellung des Verfassungsgefüges als Ordnungsrahmen. Jede Verfassungsnorm besitzt in der Bundesverfassung einen zugewiesenen Platz, an dem sie als Rädchen im System auf die Stabilität staatlicher Gestaltung einwirkt. Implizit wird davon ausgegangen, der Verfassungsgeber strebt auf der Suche nach Verfassungsstabilität nach Folgerichtigkeit und will Widersprüche zwischen Verfassungsnormen vermeiden.[761] Als Gegenstand der stabilisierenden Verfassungsentwicklung erweist sich die Verfassungsnorm demzufolge als vorgegebene Grösse mit einem bestimmten Platz im Rechtsgefüge, die es zu rekonstruieren gilt. Der Ruf nach einer «systematischen Einführung» angenommener Volksinitiativen stützt sich auf diese These.[762]

---

759 Im Rahmen der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen wird vereinzelt gar ausdrücklich auf Art. 1 ZGB verwiesen (Botschaft Umsetzung Art. 123b, BBl 2011 5977 ff., 5991). Vgl. zu Art. 1 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz BE-Komm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 97 ff., insb. 104 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 68; KRAMER, Methodenlehre, 63 ff.

760 In der Lehre TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 5 ff.; WALDMANN, Umsetzung, 523; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 1481; kritischer REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 38 ff.; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 22 ff.; JOSITSCH/BAICI, Umsetzung, 6 ff.; so auch das Bundesgericht in BGE 124 II 193, 199, E. 5; BGE 139 II 243, 249, E. 8; BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BGE 131 I 74, 80, E. 4.1; BGE 128 I 327, 380, E. 2.1; ebenso der Bundesrat in Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124 sowie Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

761 So in Bezug auf das Gesetz BGE 120 II 112, 114, E. 3b: Das Gesetz ist «als Einheit und aus dem Zusammenhang zu verstehen, wobei dieser Zusammenhang allenfalls […] mit der ganzen Rechtsordnung zu berücksichtigen ist. Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist»; m.w.H. zur Vermeidung von Widersprüchen auch Rz. 290 ff.

762 HANGARTNER, Unklarheiten, 472 ff.

II. Wer: Der Verfassungsinterpret als Vollstrecker fremder Entscheidungen

Der Verfassungsinterpret gilt aus der Perspektive der Verfassungsstabilität heute zwar nicht mehr als «la bouche qui prononce les paroles de la loi»[763]. Gleichwohl liefe es der Ambition der Verfassungsstabilität nach allgemeiner Auffassung entgegen, wenn der Interpret nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen über den näheren Gehalt einer Rechtsnorm entschiede, nicht nach den Vorgaben des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers.[764] Die verfassungsstabilisierende Verfassungsentwicklung beruht somit auf einem Interpretenbild von Richtern, denen es auftragen ist, sich «in Gedanken auf den Standpunkt des Gesetzgebers zu versetzen, und dessen Tätigkeit in sich künstlich wiederholen, also das Gesetz in ihrem Denken von Neuem entstehen zu lassen».[765] Dieses Interpretenbild des rekonstruierenden Richters ist auf eine möglichst klare Abgrenzung seiner Stellung von jener des Verfassungsgebers angewiesen. Teils verweist die Literatur hierzu auf gegenstandsbezogene Kriterien wie den «Normtext»[766], den «möglichen Wortsinn»[767], den «aktuellen Normsinn»[768] oder den «Kern des in der Verfassungsnorm enthaltenen Entscheids»[769]; teils auf institutionelle Kriterien wie den «Willen von Volk und Ständen»[770] oder das «Vorentschiedene des Verfassungsgebers»[771] verstanden als Respekt gegenüber vorgegebener Dezision. Trotz aller Unschärfen und Erfassungsprobleme dieser Grenzen der Verfassungsentwicklung offenbart sich aus der Perspektive der Verfassungsstabilität durchaus ein gemeinsames Grundanliegen dieser «Grenzsteine der Verfassungsentwicklung»: 214

---

763 MONTESQUIEU, Geist der Gesetze, Buch XI, Kapitel VI, im Originalwortlaut.

764 So in Bezug auf Art. 75b BV BGE 139 II 243, 249, E. 8; vgl. auch BGE 131 I 74, 80, E. 4.1; BGE 128 I 34, 40 f., E. 3b.

765 SAVIGNY, Römisches Recht, 213.

766 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 77; kritisch GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 282 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 311 ff.; SCHLUEP, Einladung, Rz. 1049.

767 Kritisch AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 291 ff.; mit gewissen Vorbehalten bejahend KRAMER, Methodenlehre 63 f.

768 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 95; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 255; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 4.

769 WALDMANN, Umsetzung, 529.

770 Im Kontext angenommener Volksinitiativen wohl MUSLIU, Umsetzung, 11; vgl. auch WALDMANN, Umsetzung, 522 ff.; zum Willen des Rechtsetzers als Grenze der Auslegung auch BGE 140 I 305 ff.

771 So GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 268; siehe auch BIAGGINI, Richterrecht, 291 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 188 f.

die Sicherung eines Mindestmasses an Verfassungsstabilität im Rahmen der näheren Ausgestaltung von Verfassungsrecht.[772]

III. Wie: Verfassungsentwicklung als kognitive Tätigkeit

215 Zur verlässlichen Klärung von Vorentscheiden des Verfassungsgebers im Dienst der Verfassungsstabilität hat das Schrifttum verschiedene Konzepte entwickelt, wovon drei besonders bedeutsame hier hervorgehoben seien: die Subsumtion als Argumentationsmethode der Deduktion, das tradierte Drei-Ebenen-Modell der Rechtsfindung zur Bestimmung, inwieweit Rechtsfortbildung zulässig ist und wie sie erfolgen soll, und schliesslich die Auslegung verstanden als Methode zur systematischen Bemühung um Verständnis von Rechtstext.

216 Meist unerwähnt, weil für selbstverständlich erachtet, bleibt die *Argumentationsstruktur der Subsumtion* (auch Syllogismus [gr. Syllogizesthai = Zusammenrechnen]).[773] Dieses Konzept stabilisiert den Prozess der Verfassungsentwicklung, indem sie das Ermitteln einschlägiger Rechtssätze im konkreten Fall (Obersatz) und das Ableiten von Antworten für den konkreten Rechtsfall aus solchen (Untersatz) in einem argumentativen Prozess ordnet. Das Hauptproblem liegt dabei regelmässig darin, einen Obersatz zu rekonstruieren, während die Deduktion selbst meist keine Fragen aufwirft.[774]

217 Der Identifikation und Ausgestaltung von Obersätzen vermittelt die Literatur durch das zweite Konzept zur stabilisierenden Handhabe von Recht zusätzliche Struktur: das klassische *Drei-Ebenen-Modell der Rechtsfindung*.[775] Es unterscheidet zwischen einer Grundform und zwei Sonderformen zur Rekonstruktion von Vorentscheiden respektive Obersätzen, die im schweizerischen Recht positivrechtlich verankert sind:[776] Im Grundsatz ist durch Auslegung zu bestimmen, wie eine hinzugefügte Verfassungsnorm anzuwenden ist (Rechtsfindung *secundum legem*). Stellt der Interpret dabei fest, dass das Recht eine sich stellende

---

772 Vgl. in Bezug auf den Willen von Volk und Ständen WALDMANN, Umsetzung, 522 ff.; in Bezug auf das Vorentschiedene des Verfassungsgebers BIAGGINI, Richterrecht, 297 ff.

773 Für das Verfassungsrecht KLEY, Geschichte, 443 ff.; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 144 ff.; siehe auch HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 53; generell MASTRONARDI, Juristisches Denken, Rz. 662; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 40 ff.

774 So auch RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 18; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 41.

775 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 57; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 155; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 43 ff.; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 314 ff.; kritisch indes RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 536; vgl. auch RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 121 ff.

776 Die Auslegung und die Lückenfüllung in Art. 1 ZGB, die Normberichtigung in Art. 2 Abs. 2 ZGB; m.w.H. BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 140 f.

Rechtsfrage nicht oder mangelhaft beantwortet, ist auf eine der beiden Sonderformen der Rechtsfortbildung[777] ohne Textänderung zurückzugreifen: die Rechtsfindung *praeter legem*, also über den Wortsinn hinaus (Lückenfüllung[778]), und die in der Verfassungsdogmatik[779] kaum präsente Rechtsfindung *contra legem sed intra ius* (Normberichtigung[780]).

Das dritte und wohl meistbehandelte Konzept der Dogmatik zur stabilisierenden Verfassungsentwicklung sind die klassischen *Elemente der Auslegung* nach SAVIGNY: der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Systematik und die «Logik»[781] respektive der Zweck einer Verfassungsnorm.[782] Zusammen vermitteln sie kognitive Einsicht in die Vorentscheide des Verfassungsgebers, die in Verfassungsnormen gespeichert sind. Die nachfolgenden Ausführungen wollen diese Auslegungselemente (Abschnitt 1–4) und ihr Verhältnis untereinander (Abschnitt 5) darlegen. 218

1. Wortlaut: Normtext als Quelle der Erkenntnis

Das grammatikalische Auslegungselement (Wortlaut) sucht nach dem möglichen Wortsinn einer hinzugefügten Verfassungsnorm als Ausdruck von Sprache und zieht daraus Rückschlüsse auf den rechtlich geschützten Vorentscheid des Verfassungsgebers.[783] Gegenstand der Erkenntnis bildet der schriftlich oder grafisch fixierte, korrekt zustande gekommene und publizierte Wortlaut einer Verfas- 219

777 HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 144; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 72; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 316 f.

778 M.w.H. zur Lückenfüllung im Verfassungsrecht TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 43 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 144 ff.; zur Lückenfüllung im Allgemeinen BGE 143 IV 49 ff., 55, E. 1.4.2; m.H. zur unübersichtlichen Entwicklung des Lückenbegriffs in der Schweiz GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 278 f.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 37 ff.; eingehend zur Entwicklung der Figur der Lücke auch BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 344 ff., 358 ff.

779 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 57, erachtet eine Normkorrektur von Verfassungsnormen per se für unzulässig; a.M. indes wohl STARCK, Verfassungsauslegung, HStR, § 271, Rz. 35.

780 Die Normberichtigung kann nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, wenn das Recht zu einem krass unbefriedigenden Ergebnis führen würde, das unmöglich gewollt sein kann; m.w.H. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 353, sowie zur Abgrenzung ggü. der teleologischen Reduktion, 357 f.; HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 404; vgl. auch BGE 128 I 34, 40, E. 3b.

781 So noch SAVIGNY, Römisches Recht, 214.

782 SAVIGNY, Römisches Recht, 213 f.

783 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 70.

sungsnorm,[784] der ihren Text mitsamt Überschriften und Titeln in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch umfasst (Art. 14 Abs. 1 PublG).[785] Aufgrund der Nachführung im Jahr 1999 geht die Verfassungsdogmatik davon aus, dass der Wortlaut der Bundesverfassung im Grundsatz «aus einem Guss» geformt ist.[786] Zudem besitzt der Wortlaut nach der vorherrschenden Auffassung eine wichtige Funktion als «Einstieg»[787] oder «Ausgangspunkt»[788] der Auslegungsvorgangs, selbst wenn er unscharf daherkommt und mittels «Stichworten»[789] «nur leise einige Anhaltspunkte, eine allgemeine Richtung [angibt], mehr nicht».[790]

2. Systematik: Normativer Kontext als Quelle der Erkenntnis

220 Das systematische Auslegungselement versucht, Vorentscheide des Verfassungsgebers anhand der Stellung einer Verfassungsnorm im Rechtsgefüge und ihrem normativen Kontext in vertikaler, horizontaler und temporaler Hinsicht zu rekonstruieren.[791] Der verlässlichen Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen mithilfe der tradierten Derogationssätze[792], der völkerrechtskonformen Auslegung[793] sowie der Argumente der Einheit der Verfassung[794] und der praktischen Konkordanz[795] widmet sich das nachfolgende Kapitel 4 im Detail. Vorerst sei lediglich darauf hingewiesen, dass die Literatur im Zusammenhang mit der systematischen Auslegung einer Verfassungsnorm zwischen dem inneren[796] und dem äusseren System der Bundesverfassung unterscheidet:[797] Das

---

784 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 70; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 501; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 59; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 2.

785 BGE 140 II 495, 499, E. 2.3.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 94.

786 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 78 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 506.

787 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 502.

788 HÄFELIN /HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 92.

789 H. HUBER, Konkretisierung, 197 ff.

790 H. HUBER, Konkretisierung, 197 unter Verweis auf HINDERLING, Rechtsnorm.

791 Ähnlich bereits GIACOMETTI, Auslegung, 26: «Der Zweck einer Verfassungsnorm ist […] aus ihrer Stellung im System der Verfassung zu eruieren».

792 Eingehend Rz. 323 ff.

793 Eingehend Rz. 333 ff.

794 Eingehend Rz. 340 ff.

795 Eingehend Rz. 345 ff.

796 Zur inneren Einheit der Bundesverfassung MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14.

797 Die Differenzierung zwischen einem äusseren und einem inneren System geht zurück auf HECK, Interessenjurisprudenz, 139 ff., 142 f.; siehe in Bezug auf die Bundesverfassung RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 523; vgl. auch Gesetz-

äussere System umfasst den formalen Aufbau der Bundesverfassung in Teilbereiche, Titel, Kapitel und Abschnitte, die Artikel mit Absätzen und Marginalien, aber auch Überschriften und Titel.[798] Das *innere System* der Bundesverfassung bezieht sich auf einen kohärenten Gesamt- oder Bauplan des Verfassungsgebers, an dem sich das Verständnis über einzelne Verfassungsnormen auszurichten hat.[799] Gemäss dem vorherrschenden Grundtenor besitzt die Bundesverfassung sehr wohl ein äusseres System, das Erkenntnisse über die Bedeutung einzelner Verfassungsnormen liefern kann.[800] Ein inneres System hat die Bundesverfassung als «historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge»[801] hingegen nicht. Zusätzlich relativiert wird der Erkenntnisgewinn einer systematischen Auslegung von Verfassungsnormen nach allgemeiner Auffassung ferner durch die weitgehende Koordinationsoffenheit ihres normativen Kontextes.[802] Ihretwegen versteht ein Teil der Lehre das systematische Element denn auch weniger als Mittel zur Rekonstruktion von Vorentschiedenem, sondern vielmehr als Technik zur Herstellung von wertenden Zusammenhängen zwischen Normen zwecks integraler Koordination.[803]

3. Genese: Normgeschichte als Quelle der Erkenntnis

Das historische oder geschichtliche Auslegungselement erforscht die Entste- 221
hungsgeschichte einer Verfassungsnorm, um Einsicht in Vorentscheide des Verfassungsgebers zu gewinnen. Das Schrifttum unterscheidet dabei zwischen der zu rekonstruierenden Regelungsabsicht, wie sie aus dem Werdegang des Erlasses hervorgeht (subjektiv-historische Auslegung), und dem historisch-gesellschaftlichen Kontext, in dem die Norm erlassen worden ist (objektiv-historische Aus-

gebungsleitfaden BJ, Rz. 869 ff.; BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 250 ff.

798 KRAMER, Methodenlehre 105; BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 252 ff.

799 MUSLIU, Umsetzung, 33; NOBS, Volksinitiative, 234; vgl. auch GAMPER, Verfassungsinterpretation, 232 ff.; m.w.H. auch BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 255 ff.

800 So für den Bereich von Verfahrens- und Organisationsnormen TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 22 ff.; zur Erhöhten Bedeutung des systematischen Elements nach der Totalrevision HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 99.

801 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 63 ff.

802 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 64; zur Koordinationsoffenheit von Verfassungsnormen auch Rz. 118, 123 f.

803 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 521; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 64; REICH, Verfassungsverwirklichung, 116 ff.; grundlegend RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 176 ff.

legung).[804] Leicht zu bestimmen, aber auch bloss von geringem Erkenntniswert, ist, ob der Verfassungsgeber einer Verfassungsänderung zugestimmt oder diese abgelehnt hat. Weitaus schwerer zu klären sind die Gründe dafür: Volk und Stände bilden ihre Regelungsabsicht im öffentlichen Diskurs, nicht in den parlamentarischen Debatten. Die bundesrätliche Botschaft wie auch die Ratsprotokolle gelten daher als Instrument der Beratung, nicht als «Erstkommentierungen»[805].[806] Weshalb der einzelne Bürger sich aus subjektiv-historischer Sicht für oder gegen einen bestimmten Verfassungstext ausspricht, bleibt letztlich im Dunkeln. Das Schrifttum verortet darin das Grundproblem der historischen Auslegung von Verfassungsrecht.[807] HANGARTNER und KLEY entgegnen dieser Sichtweise, dass sich neben den soziologischen Beweggründen der Bürger, einem bestimmten Verfassungstext zuzustimmen, aus der Perspektive des Staatsrechts durchaus ein Volkswille feststellen lasse; «er äussert sich in den Volksabstimmungen, die entsprechend der rechtlichen Positivierung der Volksrechte durchgeführt werden».[808] Die Literatur betrachtet die Rolle des historischen Auslegungselements im Kontext von Verfassungsrecht demnach mit einer gewissen Ambivalenz:[809] Teils wird behauptet, die historische Auslegung sei die «einzige Methode, welche die Gewaltentrennung beachtet»;[810] teils wird darauf hingewiesen, die historische Auslegungsmethode stamme aus der Zeit des Absolutismus, als der Wille des Gesetzgebers der Wille des Landesherren gewesen sei, weshalb sie «in einer Republik von vornherein keinen Sinn hat».[811]

4. Telos: Normzweck und -biografie als Quelle der Erkenntnis

222 Das teleologische Auslegungselement verhilft jener Normhypothese zum Durchbruch, die dem beabsichtigten Zweck einer Norm relativ am besten nachkommt. Der Normsinn ist nach verbreiteter Auffassung auch von der Wirklichkeit, nicht allein vom Normursprung her zu denken. Damit wirkt das teleologische Element einer Versteinerung der Rechtsordnung sowie intergenerationellen[812] Konflikten

804 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 514; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 102 ff.; vgl. auch BGE 83 I 173, 180 E. 5.

805 BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 313.

806 Vgl. auch BSK BV-BELSER, Einleitung, N 62.

807 WALDMANN, Umsetzung, 524.

808 HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 327.

809 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 515.

810 AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 293.

811 GIACOMETTI, Auslegung, 29.

812 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 113; zur Rolle des historischen Elements im Allgemeinen auch das Bundesgericht in BGE 128 I 34, 41, E. 3b; BGE 137 V 90, 92, E. 5.2.

entgegen, indem es dem Normverständnis zum Zeitpunkt der Normanwendung Nachachtung verschafft (auch geltungszeitliche Auslegung[813]).[814] Die Literatur beurteilt die Rolle des teleologischen Elements bei der Auslegung von Verfassungsnormen unterschiedlich: Teils räumt das Schrifttum ihm eine hervorgehobene Stellung ein, weil die anderen Elemente aufgrund der Unbestimmtheit, Punktualität und Koordinationsoffenheit von Verfassungsnormen regelmässig nur wenig Erkenntnisse liefern.[815] Teils wird dem teleologischen Element bloss eine unterstützende Funktion attestiert; erst wenn «die historische Methode keine sichere Antwort ergibt, ergänzt man sie durch die teleologische Methode».[816] Teils sieht die Lehre im Zweck einer Verfassungsnorm weniger ein Auslegungselement als vielmehr das Auslegungsziel, zumal Auslegung der Art und Sache nach die Vorentscheide des Rechtsetzers in Bezug auf die konkrete Fragestellung zu verstehen versucht.[817] Vereinzelt erachtet die Literatur das teleologische Element auch als methodisches Vehikel für die Änderung des Normsinns einer Verfassungsbestimmung ohne Textänderung.[818] Und nicht zuletzt wird das teleologische Element als Ausdruck einer republikanischen Verfassungsauslegung im Sinne eines «plébicite de tous les jours» verstanden. All dem zum Trotz besteht in der Literatur auch Einigkeit darüber, dass das teleologische Element nicht zum «Trumpf-Ass»[819] verkommen darf, mit dem sich der Interpret von Vorentscheiden des Verfassungsgebers entledigen kann.[820]

5. Methodenpluralismus als Ausdruck eines methodischen «acquis suisse»?

Die knifflige Frage nach dem Verhältnis zwischen den vier tradierten Auslegungselementen wird im Schrifttum oft aufgeworfen, selten zufriedenstellend beantwortet und scheint letztlich falsch gestellt. Denn: Versuche, eine statische Rangordnung der Auslegungselemente zu bilden, sind bisher gescheitert.[821] Nach der vorherrschenden Auffassung verlangt Art. 1 ZGB einen «pragmatischen 223

813 So etwa TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 28 f.

814 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9, 28.

815 Vgl. SCHLUEP, Trumpf-Ass, 288 f.

816 AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 300.

817 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 66; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 511 ff.

818 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9, 28.

819 SCHLUEP, Trumpf-Ass, 271, 296 f.

820 SCHLUEP, Trumpf-Ass, 281.

821 In der Lehre TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 4; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 127 ff.; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 69; CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 403 f.; vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 18; AUBERT, Bundesstaatsrecht I,

Methodenpluralismus»[822], gemäss welchem die einzelnen Auslegungselemente in einer am konkreten Einzelfall orientierten Weise zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Mit guten Gründen hält TSCHANNEN daher fest, dass Auslegungselemente vor allem als nicht näher aufeinander abgestimmte Reservoirs von Argumenten, Faktoren oder Gesichtspunkten dienen, die sich im Verlaufe der Zeit als nützlich erwiesen haben, die Tragweite von Rechtsnormen auf verlässliche Weise zu klären.[823] Der vorherrschende Methodenpluralismus hat sich insgesamt aber auch als geeignet erwiesen, um den beiden Ambitionen der Verfassungsstabilität und der Verfassungsdynamik im Sinne eines methodischen «acquis suisse» nachzukommen und in der konkreten Situation für ein befriedigendes Normverständnis zu sorgen.[824] Dies freilich zum Preis, dass verschiedene Auslegungselemente zu unterschiedlichen Normhypothesen führen können und es unklar bleibt, welche Normhypothese dann massgeblich ist.

IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsstabilität

224 Welche Erkenntnisse liefern die existierenden Konzepte zur stabilisierenden Verfassungsentwicklung für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen? Erfordert die angenommene Volksinitiative als Gegenstand der stabilisierenden Verfassungsentwicklung ein besonderes Vorgehen? Wie bereits dargetan, geht eine angenommene Volksinitiative mit besonderen Steuerungsproblemen einher,[825] nach gesicherter Auffassung sind sie daher auszulegen.[826] Auslegungsgegenstand ist die neue Verfassungsnorm, nicht die Volksinitiative. Allen voran der Gesetzgeber – so der Grundtenor – hat sich in Gedanken auf den Standpunkt des Verfassungsgebers zu versetzen und dessen Vorentscheid zu rekonstruieren. Insofern unterliegt die verfassungsstabilisierende Verfassungsentwicklung einer angenommenen Volksinitiative einer umfassenden Einheit der Methode und des Gegenstandes. Das heisst: Sie wird im Grundsatz nicht nur

Rz. 300; in der Praxis Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983; BGE 143 I 272, 277, E. 2.2.3; BGE 110 Ib 1, 8, E. 2.c.cc.

822 So zuletzt BGE 143 I 272, 277, E. 2.2.3.

823 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 489.

824 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 489; BIAGGINI, Richterrecht, 117; vgl. zum Ganzen auch BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 194 ff.

825 Vgl. Rz. 124 ff.

826 WALDMANN, Umsetzung, 523; MUSLIU, Umsetzung, 11 ff.; siehe in Bezug auf die Verfassungspraxis auch Rz. 176 ff.

gleich wie Gesetzesbestimmungen, sondern auch wie andere Verfassungsnormen ausgelegt.[827] Und obschon ein solcher Verfassungstext von einem Bürgerkollektiv formuliert wurde, wird er als vorgegebene Grösse mit einem vorbestimmten Platz im Rechtsgefüge erachtet.

Konsens herrscht sodann darüber, dass angenommene Volksinitiativen die Auslegungsmethodik auf eine harte Probe stellen:[828] Gemäss dem vorherrschenden Grundtenor bestehen angenommene Volksinitiativen oft aus «sprachlich unausgegorenen und mangelhaften Normtexte[n]»[829] und kommen mehr oder minder «verstümmelt» daher. Ein im Volk ausgearbeiteter Verfassungstext ziele zudem nicht auf eine möglichst einheitliche und präzise Verwendung rechtlicher Begriffe, sondern wolle möglichst viele Stimmbürger hinter den vorgeschlagenen Verfassungstext scharen.[830] Die systematische Auslegung einer angenommenen Volksinitiative versage weitgehend, weil sich die Initianten primär darum scheren, «dass» ihre Anliegen im Verfassungsgefüge eingefügt werden, nicht «wo» und «wie» die Norm in die Bundesverfassung integriert und ihr normativer Kontext geregelt wird. Ausserdem seien angenommene Volksinitiativen objektiv-historisch aus sich selbst heraus auszulegen,[831] weil nicht nur der Wille des Verfassungsgebers, sondern auch die Absichten der Initianten kaum bestimmbar seien,[832] wobei Letztere zu den Materialien zählen und daher nicht allein ausschlaggebend sei.[833] Der verstümmelte Wortlaut, der ungeregelte normative Kontext sowie die kaum bestimmbaren Absichten des Verfassungsgebers schränken die Erkenntnisse über dessen Vorentscheide erheblich ein und lassen eine angenommene Volksinitiative «unfertig»[834] erscheinen. 225

Nach dem vorherrschenden Grundtenor in der Verfassungsdogmatik erweist sich die stabilisierende Verfassungsentwicklung im Kontext einer angenommenen Volksinitiative als wenig ergiebig. Je unklarer die Steuerungskraft einer ange- 226

827 MUSLIU, Umsetzung, 14; HANGARTNER, Unklarheiten, 472 ff.

828 So OFK-BV, BIAGGINI, Art. 123c, N 3 am Ende; vgl. auch WALDMANN, Umsetzung, 524; HANGARTNER, Unklarheiten, 471 ff.

829 WALDMANN, Umsetzung, 524; ähnlich HANGARTNER, Unklarheiten, 472; vgl. auch die Botschaft Begrenzungsinitiative, BBl 2019 5027 ff., 5058, in der ausdrücklich von «Mängel der Initiative» die Rede ist.

830 ROTH, Umsetzung, Rz. 8; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 1490 f.; WALDMANN, Umsetzung, 524.

831 MUSLIU, Umsetzung, 21; BAUMANN, Umsetzung, 254.

832 MUSLIU, Umsetzung, 21; WALDMANN, Umsetzung, 524.

833 WALDMANN, Umsetzung, 525; a.M. SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 17; Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

834 HANGARTNER, Unklarheiten, 472; vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 34.

nommenen Volksinitiative, desto weniger könne der Verfassungsinterpret die Vorentscheide des Verfassungsgebers einfach rekonstruieren, um dieses in die Wirklichkeit zu überführen, umso mehr bedürfe es eher «der Konkretisierung denn der Auslegung».[835] Aus diesem Grund steht nach der allgemeinen Auffassung im Zusammenhang mit angenommenen Volksinitiativen die dynamisierende Verfassungsentwicklung im Vordergrund.

B. Verfassungsdynamik: Verfassungsentwicklung als konstruierende Tätigkeit

227 Wie trägt die vorherrschende Lehre im Rahmen der Verfassungsentwicklung der Ambition der Verfassungsdynamik Rechnung? Die Verfassungsdogmatik umschreibt den Vorgang der Verfassungsentwicklung aus der Perspektive der Verfassungsdynamik als evolutiven Prozess, in dem Verfassungsvorgaben nicht bloss nachvollzogen, sondern mit Blick auf die Zukunft weiterentwickelt und so in die Wirklichkeit überführt werden.[836] RADBRUCH vergleicht dieses methodische Vorgehen mit einem «Schiff [das] bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschriebenem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht».[837] Dort wandle sich die Methode der Verfassungsinterpretation zu einem schöpferischen Vorgang, in dem «Vorgedachtes zu Ende gedacht» wird.[838] Gesucht ist also ein Vorgehen, das Einsicht in das schöpferisch-wertende Vorgehen zur Überwindung der Diskrepanz zwischen dem verfassungsrechtlichen Steuerungsangebot und der Steuerungsnachfrage vermittelt, ohne die Verfassungsgebundenheit abzustreifen.[839]

228 Die Grundthese, dass Verfassungsentwicklung nicht ohne dynamisierende Anreicherung und Entwicklung von Vorentscheiden des Verfassungsgebers auskommt, ist allgemein anerkannt. Heute gilt die dynamisierende Verfassungsent-

---

835 WALDMANN, Umsetzung, 523; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.

836 Zur evolutorischen Normanreicherung REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 77; zur Verfassungsentwicklung als schöpferischer Prozess HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht Rz. 85 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 428 ff.; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 60 ff.

837 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 211.

838 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 211; ebenso RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 124.

839 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 60; selbst GADAMER, Wahrheit und Methode, 312, hält fest: «Interpretation ist an etwas Gesetztes gebunden».

wicklung nicht mehr als Gefahr, wie noch KÄGI konstatierte,[840] sondern wird für unverzichtbar erachtet, da sie einer Versteinerung der Verfassung als Mythos entgegenwirkt.[841] Allen voran Grundrechtsbestimmungen,[842] aber auch angenommenen Volksinitiativen[843] attestiert die herrschende Verfassungsdogmatik einen hohen Bedarf an «Verfassungskonkretisierung».[844] Systematisiert man die evolutive Anreicherung von Verfassungsnormen im Dienst der Verfassungsdynamik im Viereck der Verfassungsgestaltung, gewinnen solche Vorgänge an zusätzlicher Tiefenschärfe, zumal auch sie auf gewissen Annahmen über den Gegenstand der Verfassungsentwicklung (Abschnitt I), den Verfassungsinterpreten (Abschnitt II) sowie über die Methoden der Verfassungsentwicklung (Abschnitt III) beruhen. Die nachfolgenden Ausführungen wollen diese Annahmen nachzeichnen und darlegen, welche Erkenntnisse das Schrifttum daraus für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen zieht (Abschnitt IV).

I. Was: Die Bundesverfassung als ergänzungsbedürftiges Normgefüge

Der Gegenstand der Verfassungsentwicklung – die Verfassungsnorm – wandelt sich aus dem Blickwinkel der Verfassungsdynamik von einer klaren normativen Vorgabe zur Sprachhülse, in der meist nicht ausreichend Anordnungen gespeichert sind. Normative, wirklichkeitsbedingte sowie temporale Ursachen verlangen eine evolutive Anreicherung von Verfassungsnormen: Erstens bleibt die normative Kraft von Verfassungsnormen nämlich aufgrund ihrer sprachlichen Unbestimmtheit, ihrer spezifischen Normstruktur, ihrer Punktualität sowie ihres politischen Charakters beschränkt. Eine dynamisierende Verfassungsentwicklung ist aber auch notwendig, und das steht im Zentrum der vorliegenden Studie, weil Verfassungsnormen als punktuelle, nicht immer bewusst miteinander verbundene und aufeinander abgestimmte Rechtsvorgaben einen hohen Koordinationsbedarf besitzen.[845] Zweitens bedarf es dynamisierender Verfassungsentwicklung, da 229

[840] KÄGI, Grundordnung, 29, 81 ff.

[841] Nach der Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11 f. gilt: «Die fortwährende Entwicklung hat die schweizerische Bundesverfassung lebendig erhalten.»; nach GIACOMETTI, Auslegung, 5, übt die Verfassungsdynamik «eine überaus wichtige Funktion im Verfassungsrechtsleben eines Staates aus».

[842] H. HUBER, Konkretisierung 191 ff.; BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 10.

[843] WALDMANN, Umsetzung, 523; ebenso der Tenor bei MUSLIU, Umsetzung, 11; siehe auch zur entsprechenden Verfassungspraxis Rz. 176 ff., 183.

[844] HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 60 ff.; H. HUBER, Konkretisierung, 191 ff.; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2095; mit Vorbehalten REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 77 ff.

[845] Siehe auch Rz. 118.

Verfassungsnormen unter stetem Einfluss der Wirklichkeit stehen. Die Pole Norm und Wirklichkeit verbindet keine Einbahnstrasse, die von der abstrakten Norm zur konkreten Problemlösung führt, sondern im «Parallel- und Komplementärverhältnis von Recht und Ausserrechtlichem»[846] herrscht Gegenverkehr.[847] Drittens ist dynamisierende Verfassungsentwicklung notwendig, weil Verfassungsnormen als «geschichtliche»[848] Phänomene dem Einfluss der Zeit unterstehen.[849] Veränderungen in der sozialen Wirklichkeit können nach dem Inkrafttreten einer Verfassungsnorm auf diese zurückwirken und ein angepasstes Normverständnis mittels geltungszeitlicher Auslegung verlangen (sog. Verfassungswandel[850]).[851] «Mitunter ist eine hergebrachte Auslegung aufzugeben, die zur Zeit der Entstehung des Gesetzes zweifellos gerechtfertigt war, sich aber angesichts der Änderung der Verhältnisse oder auch nur wegen der Entwicklung der Anschauungen nicht mehr halten lässt.»[852] Allen voran diese drei Gründe bewegen die Verfassungsdogmatik dazu, Verfassungsnormen als unfertige Vorgabe zu betrachten, deren Gehalt erst im Anschluss an eine evolutive Anreicherung vom Interpreten in die Wirklichkeit überführt werden kann.

II. Wer: Der Verfassungsinterpret als Partner des Verfassungsgebers

230 Der Verfassungsinterpret bleibt nach gesicherter Auffassung auch aus der Perspektive der Verfassungsdynamik an die vorgegebene Dezision des Verfassungsgebers gebunden. Durch das gewandelte Normbild wandelt sich der Interpret allerdings vom Mund des Gesetzgebers, der das Vorgegebene lediglich ausspricht und vollzieht, zum mit- und selbstdenkenden Rechtsarbeiter, der Verfassungsrecht mitprägt und entwickelt.[853] Die dynamisierende Verfassungsentwick-

---

846 So der Titel bei D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 70.

847 GADAMER, Wahrheit und Methode, 292; m.w.H. zur juristischen Hermeneutik SCHLUEP, Einladung, Rz. 2643 ff.; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 248 ff.

848 Eingehend BÄUMLIN, Geschichte, 9 ff.

849 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 40; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 491; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 114 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 28 ff.; kritisch indes AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 300.

850 Vgl. Fn. 747.

851 BGE 116 Ib 359, 368, E. 5c.

852 So hielt etwa das Bundesgericht in seinem berühmten Urteil zum Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell-Innerrhoden fest, dass eine Norm «in einer Weise anzuwenden [ist], die den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht» (BGE 116 Ib 359, 368, E. 5c).

853 Vgl. H. HUBER, Konkretisierung, 200; siehe auch E. HUBER, Rechtsverwirklichung, 287, der von dem Menschen als Reale der Gesetzgebung ausging.

lung hängt demnach massgeblich vom jeweiligen Interpreten ab. Zum einen, weil der Interpret hoheitlich über die Ausrichtung staatlicher Gestaltung befinden muss, wenn das normative Angebot nicht ausreicht.[854] Gemäss der vorherrschenden Auffassung ist es dem Interpreten aufgetragen, etappenweise Konsens über den Gehalt einer Verfassungsnorm aufzubauen[855] respektive die Vorentscheide des Verfassungsgebers zu Ende denken.[856] Im Rahmen der dynamisierenden Verfassungsentwicklung agiert der Interpret somit weniger als Diener denn vielmehr als «Treuhänder»[857] oder Partner des Verfassungsgebers, der «nach der Regel entscheidet, die er an seiner Stelle aufstellen würde, wo der Verfassung «keine Vorschrift entnommen werden» kann (Art. 1 Abs. 2 ZGB).

Interpretenabhängig ist die dynamisierende Verfassungsentwicklung zum andern, weil «juristisches Denken nicht einfach ein Rechnen mit Begriffen [ist], sondern eine Operation, die durch das Rechtsbewusstsein beherrscht wird», wie es E. HUBER treffend formuliert hat.[858] Erkenntnisse der modernen juristischen Hermeneutik präzisieren, weshalb jegliche Handhabe von Rechtsvorgaben mit dem Vorverständnis[859] des Interpreten und dessen subjektiven Werturteilen verbunden ist.[860] Laut ihr bleibt das Verstehen von Text geprägt vom subjektiven Vorverständnis des Interpreten geleitet, der dieses in einem «zirkelhaften» Vorgang des Verstehens ständig korrigiere.[861] Allem Ethos des Interpreten, sich gegenüber dem Recht loyal zu verhalten, dem vorgegebenen Willen zu dienen und für das notwendige Mass an Stabilität zu sorgen zum Trotz:[862] Laut dem vorherrschenden Grundtenor beeinflusst das Vor- und Verfassungsverständnis[863] – oder besser: das «Rechtsbewusstsein»[864] – des Interpreten den zu ermittelnden Normsinn bis zu einem bestimmten Masse unvermeidlich. 231

854 Vgl. BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 39.

855 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9.

856 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 211; ebenso RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 124; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 9.

857 RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 529, sprechen vom «Partner».

858 E. HUBER, Rechtsverwirklichung, 377.

859 HÄBERLE/KOTZUR, Verfassungslehre, Rz. 694, unter Verweis auf J. Esser; grundlegend für die Schweiz HINDERLING, Rechtsnorm; Rz. 245 ff. und passim.

860 So auch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 141 f.

861 GADAMER, Wahrheit und Methode, 296 ff.

862 HILLGRUBER, Verfassungsinterpretation, in: Verfassungstheorie, § 15, Rz. 13, 33.

863 MAHLMANN, Wirkungsweise, 6; VOLKMANN, Rechtsproduktion, 35; ebenso bereits EHMKE, Verfassungsinterpretation, 66.

864 So bereits E. HUBER, Rechtsverwirklichung, 245.

III. Wie: Verfassungsentwicklung als konstruierende Tätigkeit

232 Der Verfassungsdynamik wegen verlangt die verlässliche Klärung der Tragweite von Verfassungsnormen nach allgemeiner Auffassung Methoden, um die Diskrepanz zwischen dem normativen Angebot und dem geforderten Steuerungsbedarf zu überwinden. Die Lehre systematisiert solche Methoden in einem zirkulären[865] Vorgang,[866] in dem «Angedachtes zu Ende gedacht wird»[867]. Die Literatur hat verschiedene Konzepte herausgearbeitet, die diesen schöpferischen Prozess zur dynamisierenden Verfassungsentwicklung strukturieren und allesamt eine andersgeartete Methodenqualität besitzen als die klassischen Auslegungselemente. Fünf davon sollen hier, ohne ihnen systematisch gerecht werden zu können, nachgezeichnet (Abschnitt 1–5) und in einer alternativen Argumentationsstruktur zusammengeführt werden, die im Schrifttum weitverbreitet ist (Abschnitt 6).

1. Verfassungsentwicklung im «Gesamtvorgang der Rechtsverwirklichung» (Kelsen)

233 Ein schärferes Bild des Prozesses der dynamisierenden Verfassungsentwicklung vermittelt KELSENS Konzept der Handhabe von Recht als «Abfolge stufenweise zunehmender Individualisierung und Konkretisierung des Rechts».[868] Nach ihm ist ein Akt der Rechtsprechung «ebenso Rechtsetzung, Rechtsschöpfung, Rechtserzeugung wie der Akt der Gesetzgebung und beide nur zwei Stufen des Rechtserzeugungsprozesses».[869] Auch «im Gesetz wird die Verfassung angewendet, sofern das Gesetzgebungsverfahren durch die Vorschriften der Verfassung ebenso determiniert wird wie das richterliche Urteil durch das Gesetz».[870] Bloss noch die revolutionäre Verfassungsgebung bleibe ein Residuum[871] reiner Rechtschöpfung, einzig der Vollstreckungsakt eine Reinform der Rechtsanwendung.[872] Zwischen diesen beiden Polen erweist sich die Ausübung staatlicher Gewalt von oben betrachtet als Rechtsanwendung, von unten als Rechtschöpfung. Unabhängig vom interpretierenden Organ scheint dadurch jeder «Rechtsakt zugleich die Anwendung einer höheren Norm und die durch diese Norm bestimmte Erzeu-

865 HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 36.

866 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 233 f.; HILLGRUBER, Verfassungsinterpretation, in: Verfassungstheorie, § 15, Rz. 31; REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 82, spricht von der Anreicherung des Normtextes.

867 Die Formulierung beruht auf RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 211.

868 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 234; KELSEN, Reine Rechtslehre, 418 ff.

869 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 233 f.

870 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 234.

871 So RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 234.

872 KELSEN, Reine Rechtslehre, 420.

gung einer niederen Norm» zu sein.[873] Verschiedene Formen staatlichen Handelns unterscheiden sich bloss noch quantitativ in Bezug auf den vorgegebenen Rahmen und dessen Bindungskraft, nicht mehr qualitativ.[874] KELSEN macht in seinem Konzept des Gesamtvorgangs der Rechtsverwirklichung ernst mit der Forderung nach einer Einheit der Methode unbeachtet von verschiedenen Interpreten und einer Einheit des Gegenstandes trotz unterschiedlicher Stufen der Rechts- und Verfassungsentwicklung. Trotz des unbestrittenen Erkenntnisgewinns dieser Sichtweise darf nicht vergessen werden, dass sie als bewusste Antithese zum Grundsatz der Gewaltenteilung formuliert wurde, der nach KELSEN das Einheitsprinzip des Rechts verdunkelt.[875] In der schweizerischen Verfassungsdogmatik fordert RHINOW ähnliches. Seine Theorie «der Rechtsetzung und Rechtsanwendung im Vorgang der Rechtsverwirklichung»[876] stellt indes den Gegenstand der Verfassungsentwicklung ins Zentrum und leitet daraus unter Verweis auf HELLERS[877] umfassenden Normbegriff, der die Gemeinsamkeiten von Einzelakt und Rechtssatz hervorhebt, eine «Einheit der Methode» ab.[878]

2. Verfassungsentwicklung in der juristischen Topik

Der bis auf ARISTOTELES[879] zurückgehende Ansatz der Topik vermittelt dem Prozess der dynamisierenden Verfassungsentwicklung ebenfalls Konturen.[880] Eine normativ begrenzte Topik ermittelt den Sinn einer Verfassungsnorm als «Techne des Problemdenkens»[881] induktiv vom konkreten Problem in der Wirklichkeit, nicht deduktiv von der Norm. Damit formuliert die juristische Topik eine Antithese zur Argumentationsstruktur der Subsumtion. Die Norm wird zu 234

873 KELSEN, Reine Rechtslehre, 420.

874 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 33; WINDISCH, Ethik, 443, 451; siehe auch bei REICH, Konflikt, 1007.

875 KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 229 f.: «Die einheitliche und unteilbare Staatsgewalt wird dargestellt als zusammengesetzt aus drei […] Gewalten. Wie eigentlich diese Dreiheit eine Einheit bilde, bleibt im Unklaren».

876 So der Titel bei RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 195 ff.; ähnlich REICH, Verfassungsverwirklichung, 114 ff.

877 HELLER, Begriff des Gesetzes, 98 ff.

878 So der Titel bei RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 6; gl.M. wohl G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 33; WINDISCH, Ethik, 443, 451.

879 M.H. zu den Wurzeln der Topik VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 19 ff.

880 So GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 227; HESSE, Grundzüge § 2, Rz. 67; m.w.H. RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 149 ff.; grundlegend VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz; siehe auch CANARIS, Systemdenken, 135 ff.

881 VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 31; m.w.H. zur Topik RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 149 ff.; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 55; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2091 ff.; SCHLUEP, Einladung, Rz. 2760.

einem – wenn auch verbindlichen – Topos unter vielen im Verfassungsrechtsmaterial.[882] Dem Interpreten ist also nicht mehr das Recht, «sondern die Probleme vorgegeben».[883] Und im Hinblick auf die Methode bedarf es anstatt einer Subsumtion der Abwägung verschiedener Lösungsgesichtspunkte.[884] «In normativ gelenktem und begrenztem topischen Vorgehen» sind im Rahmen der Verfassungsentwicklung leitende Gesichtspunkte zu finden, die «im Weg der inventio aufgesucht, im Für und Wider des Meinungsmässigen gebraucht werden und die Entscheidung möglichst überzeugend begründen.»[885] Das Gegenüberstellen und Abwägen sämtlicher relevanten Topoi führt schliesslich zu einem plausiblen Entscheid im Bereich des Möglichen, so die These. EHMKE erachtet die Verfassung aufgrund ihrer strukturellen Offenheit[886] als Archetypus topischen Problemdenkens[887] und die vorerst bloss angetönten Argumente der Einheit der Verfassung, der praktischen Konkordanz und der funktionellen Richtigkeit erachtet die Verfassungsdogmatik als geeignete Topoi zur dynamisierenden Verfassungsentwicklung.[888]

3. Verfassungsentwicklung in der strukturierten Rechtslehre (F. Müller)

235 Erkenntnisse über die dynamisierende Verfassungsentwicklung als Prozess liefert ferner die strukturierte Rechtslehre[889]. Sie geht auf F. MÜLLER zurück und reformuliert den Vorgang der dynamisierenden Verfassungsentwicklung in einem Vorgang der «Normkonstruktion».[890] Verkürzt wird danach jeder Gebrauch von Verfassungsrecht als zeit- und kontextabhängig betrachtet. Der Interpret hat, so die Annahme, stets auf Informationen zurückzugreifen, die im Rechtstext nicht gespeichert sind. Verfassungsnormen seien auf- und nicht vorgegeben (*lex ante casum*). Dynamisierende Verfassungsentwicklung beginnt daher nicht erst dort, wo der Vorentscheid des Verfassungsgebers endet.[891] Laut der strukturierten

882 BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2092.

883 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 55.

884 Vgl. EHMKE, Verfassungsinterpretation, 62; vgl. auch BÄUMLIN, Geschichte, 27; KRAMER, Methodenlehre 318 ff.

885 HESSE, Grundzüge § 2, Rz. 67.

886 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 227; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2092.

887 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 62.

888 So HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 67, 70 ff.; grundlegend zur Einheit der Verfassung Rz. 340 ff. sowie zur Herstellung praktischer Konkordanz Rz. 345 ff.

889 F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 158 ff.; auf sie verweiset explizit auch LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 404 f.; siehe auch WINDISCH, Ethik, 59 ff.; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2096.

890 F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 304 f.

891 F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 274.

Rechtslehre stellt «erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz» die Rechtsnorm dar. Vor ihrer Anwendung ist jeweils unter Berücksichtigung der Normvorgaben (Normprogramm) sowie der Verhältnisse der Wirklichkeit (Normbereich) eine fallspezifische Rechtsnorm zu erzeugen (*lex in casu*)[892].[893] Speziell Verfassungsnormen seien auf eine Verdichtung angewiesen, da jegliche Handhabe von Verfassungsrecht die Konstruktion einer *lex in casu* bedingt, also die Verschränkung[894] von Normtext, Normprogramm (Sprachdaten) und Normbereich (Realdaten) im Prozess der dynamisierenden Verfassungsentwicklung.[895]

4. Verfassungsentwicklung in der Diskurstheorie (Habermas)

Die auf HABERMAS zurückgehende Diskurstheorie erfasst den Prozess der dynamisierenden Verfassungsentwicklung als Vorgang der juristischen Argumentation. In seinem rechtstheoretischen Werk «Faktizität und Geltung» deutet HABERMAS eine Rechtsnorm als «das rational motivierte, aber fehlbare Ergebnis einer Argumentation, die im Hinblick auf institutionelle Entscheidungszwänge abgebrochen worden ist – und im Prinzip wieder aufgenommen werden kann».[896] In einem «Anwendungsdiskurs»[897] sei deshalb dafür zu sorgen, dass Rechtsanwendung gleichzeitig den Bedingungen konsistenten Entscheidens und rationaler Akzeptabilität genüge.[898] Rechtsanwendung ziele, so die These, auf eine «angemessene»[899] Verwirklichung von Rechtsnormen, weniger auf eine Rekonstruktion von Vorentscheiden des Rechtsetzers. Anders als im Begründungsdiskurs seien dabei «nicht zu einem Zeitpunkt alle Umstände jeder einzelnen Anwendungssituation, sondern in der jeweiligen Anwendungssituation zu einem bestimmten Zeitpunkt alle Umstände» zu klären.[900] «Der Kern der Legitimation 236

892 Siehe auch WINDISCH, Ethik, 63 f.; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 471.

893 BSK BV-BELSER, Einleitung, N 57; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 276; siehe auch HESSE, Grundzüge, § 1 Rz. 46.

894 Diese Sichtweise hat auch Eingang gefunden in die Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichts in BGE 139 II 173, 175, E. 2.1; BGE 134 II 308, 311, E. 5.2; BGE 133 III 175, 178, E. 3.3.1; m.w.H. F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 248 ff.; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 68; WINDISCH, Ethik, 65 ff.

895 BGE 139 II 173, 175, E. 2.1; BGE 134 II 308, 311, E. 5.2; BGE 133 III 175, 178, E. 3.3.1.

896 HABERMAS, Faktizität, 220.

897 HABERMAS, Faktizität, 280 ff.; J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 89 ff.; GÜNTHER, Kohärenz, 174 ff.

898 HABERMAS, Faktizität, 243.

899 HABERMAS, Faktizität, 277; J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 90; GÜNTHER, Kohärenz, 170 ff.

900 GÜNTHER, Kohärenz, 172.

liegt dann auch im konkreten Einzelfall darin, dass die Rechtsprobleme, die behaupteten Rechtsansprüche unter für alle Betroffenen akzeptablen Bedingungen deliberiert worden sind.»[901] Zusammengefasst: «Jede Phase der Rechtsverwirklichung, von der Verfassungsgebung bis zum Vollstreckungsentscheid», so J.P. MÜLLER, «untersteht demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen, und jede Stufe dieses Prozesses ist durch die Spannung von Erkenntnis, Deliberation und Beschluss gekennzeichnet und muss auch von öffentlicher Reflexion und Kontrolle begleitet sein».[902]

237 Vor diesem Hintergrund erweist sich die dynamisierende Verfassungsentwicklung als Sonderform des «Anwendungsdiskurses», die sich prozedural legitimiert, nicht mehr durch das Ergebnis (materiell) oder den Entscheidungsträger (institutionell). In Bezug auf den Gegenstand der Verfassungsentwicklung bricht das Legitimationsmodell der juristischen Argumentationstheorie mit der Idealvorstellung einer perfekten Norm, da sich in der «prima facie» anwendbaren Verfassungsnorm kein Marschbefehl für die verfassungshandhabenden Organe manifestiert. Stattdessen haben die einzelnen Gewaltenträger Rechtsnormen – in ähnlicher Weise wie das auch die strukturierte Rechtslehre fordert – zu einer «Ad-hoc-Norm» zu verdichten, die in der konkreten Situation Geltung entfaltet.[903] In Bezug auf die Methode der Verfassungsentwicklung ist der Vorentscheid des Verfassungsgebers nicht mehr in die Wirklichkeit zu überführen, sondern auf eine Weise in der Wirklichkeit zu konkretisieren, der «alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten»[904].[905] Letztlich zielt das diskurstheoretische Konzept zur Überwindung von Differenzen zwischen normativem Angebot und Steuerungsbedarf also darauf ab, trotz der unbestrittenen Notwendigkeit von Verfassungsstabilität für hinreichende Verfassungsdynamik zu sorgen.

5. Verfassungsentwicklung in der Systemtheorie (Luhmann)

238 Einsicht in den Prozess der dynamisierenden Verfassungsentwicklung liefert auch LUHMANNS Systemtheorie. In seinem Werk «Das Recht der Gesellschaft» hat er ein Konzept entwickelt, um Differenzen zwischen normativem Angebot und gesellschaftlichem Steuerungsbedarf zu überwinden.[906] Die dynamisierende Verfassungsentwicklung lässt sich danach als das «Anbieten von vermeintlich

---

901 WINDISCH, Ethik, 459.
902 J.P. MÜLLER, Methodenlehre, 57 f.
903 GÜNTHER, Kohärenz, 173; vgl. auch TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 564 ff.
904 HABERMAS, Faktizität, 138.
905 WINDISCH, Ethik, 464.
906 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 359 f., bezeichnet diese Differenz als «Varietät».

überzeugungskräftigen Entscheidungsgründen […] für wiederholten Gebrauch» umschreiben.[907] Ins Zentrum rückt das Wiederholen, nicht das Kopieren von Vorgegebenem, also «das Kondensieren und Konfirmieren» durch «rekursive Absicherung».[908] Laut LUHMANN finden solche Tätigkeiten in einem zweistufigen Beobachtungsprozess statt: erstens in einer Beobachtung der zu konkretisierenden Verfassungsnorm und der bestehenden Möglichkeiten ihrer Überführung in die Wirklichkeit; zweitens in einer Selbstbeobachtung des Verfassungsinterpreten bei seiner verfassungsentwickelnden Tätigkeit aus der Perspektive des anderen.[909] Rechtsnormen deutet LUHMANN als «genuin historische Artefakte, Hilfestellungen bei der Wiederaufnahme geschichtlicher Erfahrungen im Umgang mit Rechtsfällen».[910] Sie sollen normative Erwartungen stabilisieren.[911] Im Hinblick auf die Methode wird unter explizitem Verweis auf F. MÜLLERS Konzept der strukturierenden Rechtslehre davon ausgegangen, dass «die Norm […] durch ihre Anwendung überhaupt erst erzeugt, jedenfalls erst mit erkennbarem Sinn aufgeladen» wird.[912] Das Ziel der Verfassungsentwicklung präzisiert LUHMANN durch sein Verständnis der Gerechtigkeit als sich selbst rechtfertigende Kontingenzformel.[913] Nach LUHMANN strebt dynamisierende Verfassungsentwicklung demnach in einer Selbstbeobachtung nach der eigenen operativen Geschlossenheit, da sie sich als System selbst reproduziere.[914] Gesucht ist eine ausreichende Konsistenz im Verhältnis einer Vielzahl von Entscheidungen, keine angemessene Verfassungsentwicklung. Anders als HABERMAS geht es LUHMANN somit letztlich um die Sicherung hinreichender Verfassungsstabilität aller Verfassungsdynamik zum Trotz.[915]

6. Abwägung als alternative Argumentationsstruktur?

So verschieden die untersuchten Konzepte zur Systematisierung der dynamisierenden Verfassungsentwicklung auch sind: Im Viereck der Verfassungsgestaltung offenbaren sich durchaus gewisse Gemeinsamkeiten. Das Normbild variiert 239

907 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 349.

908 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 350.

909 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 351 f.; MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 13.

910 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 386.

911 MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 11.

912 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 405 und dort Fn. 159; ähnlich MÖLLERS, Normen, 183 ff.

913 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 214 ff., 221, der dieses Verständnis mit der Einsicht begründet, das von der Natur nicht auf die Gerechtigkeit geschlossen werden kann (219).

914 LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 356; vgl. auch MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 7.

915 Wohl auch MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 11.

zwar von Ansatz zu Ansatz, jedoch ist es durchwegs von der Vorstellung unfertiger Bestimmungen geprägt, die vom Interpreten zu Ende gedacht werden müssen. In Bezug auf den Interpreten wird unisono davon ausgegangen, dass die einzelnen Staatsorgane Verfassungsnormen mehr oder minder auf dieselbe Weise ausformen (institutionelle Einheit der Methode). Und sämtliche Konzepte rücken im Hinblick auf die Methoden zur dynamisierenden Verfassungsentwicklung Argumentationsstrukturen zur Wiederholung, Anreicherung und Konstruktion normativer Vorgaben in den Vordergrund, die allesamt eine andersgeartete Methodenqualität besitzen als die klassischen Auslegungselemente. Die Verfassungsdogmatik erfasst sie ohne nähere Differenzierung regelmässig durch das unbestimmte Sprachbild der «Abwägung».

240 Die Abwägung wird gemeinhin als Argumentationsprozess umschrieben, der das Ermitteln, Beurteilen und Auswählen zwischen verschiedenen Belangen in einem gestuften Prozess strukturiert und entsprechende Argumentationslasten zuweist.[916] Die Methodenqualität[917] der Abwägung ist dieselbe wie jene des Subsumtionsvorgangs,[918] jedoch propagiert sie ein grundlegend anderes Vorgehen, indem sie sich nicht in den Dienst der Verfassungsstabilität stellt wie die Subsumtion, sondern die Ambition der Verfassungsdynamik verwirklicht. Im Rahmen einer Abwägung sind nach allgemeiner Auffassung zunächst die betroffenen Interessen zu ermitteln. Im Anschluss sind die Interessen zu beurteilen und die möglichen Auswirkungen zu erörtern. Schliesslich sind die Interessen der erfolgten Beurteilung entsprechend möglichst umfassend zu berücksichtigen.[919] Teils wird zudem auf die Begründung als vierten Schritt verwiesen.[920] Diese Teilschritte der Abwägung kann man nur schwer voneinander trennen, trotzdem muss man sie auseinanderhalten.[921]

241 Im Viereck der Verfassungsgestaltung lässt sich der Abwägungsvorgang wie folgt reformulieren: Gegenstand der Abwägung sind nicht abstrakte Rechtsnormen oder Verfassungsgebote, sondern die problembezogenen Interessen oder

---

916 So etwa TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 37; HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 288 ff.; JESTAEDT, Abwägungslehre, 259 ff.

917 Kritisch zur Methodenqualität der Abwägung KRAMER, Methodenlehre, 317; DRUEY, Interessenabwägung, 151 f.; LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 397 ff.

918 Auf die Differenzierung zwischen Regel und Prinzip, die auf DWORKIN zurückgeht, sowie deren Relevanz für die Abwägung kann hier nicht vertieft eingegangen werden; m.w.H. dazu JESTAEDT, Abwägungslehre, 255; ALEXY, Grundrechte, 76 ff.

919 Vgl. auch Art. 3 RPV, der die Argumentationsstruktur der Abwägung für den Bereich des Raumplanungsrechts explizit im positiven Recht verankert.

920 Z.B. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 38.

921 HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 300.

Rechtsgüter, die durch Rechtsnormen geschützt sind.[922] Die Argumentationsstruktur der Abwägung stellt wichtige Verbindungen zwischen einzelnen Ecken her: Auf der Achse *Norm-Wirklichkeit* will sie «von der offenen Norm zur fallbezogenen Entscheidung [führen], indem sie alle in der Sache erheblichen Gesichtspunkte nach einem bestimmten Muster verarbeitet und dabei dem Ziel verpflichtet bleibt, diese Gesichtspunkte in optimaler Weise zu berücksichtigen».[923] Auf der Achse *Norm-Interpret* ist das abwägende Beurteilen und Auswählen zwischen möglichen Optionen im Grundsatz Sache der Rechtsetzung. Wo hingegen der Rechtsinterpret das Vorgedachte zu Ende denken muss, rücken entsprechende Handlungsmuster auch für ihn in den Vordergrund. Wenn der Rechtsanwender «nach der Regel entscheiden» soll, die er «als Gesetzgeber aufstellen» würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB), scheint das nur konsequent.

Verfassungsrechtlich betrachtet ermächtigen normative Gestaltungsspielräume[924] den Interpreten als «besondere Handlungs- und Abwägungskompetenz»[925], in einem gegenüber der Subsumtion freieren Vorgang zu entscheiden.[926] Bei der Abwägung auf der Achse Norm-Wirklichkeit im Rahmen der Lückenfüllung, und mehr noch der Normberichtigung, hat die Abwägung demnach eng an der bereits vorgenommenen Gewichtung zu erfolgen; G. MÜLLER spricht von einer «Fortsetzung und Verfeinerung der Prinzipien einer demokratischen politischen Willensbildung».[927] Erfolgt hingegen eine Delegation von Gestaltungsbefugnissen auf der Achse Norm-Interpret, so ist die Interessenabwägung anstelle eines bewusst nicht handelnden Rechtsetzers vorzunehmen. Der Abwägungsspielraum ist hier grösser, weil in stärkerem Ausmass eine politische Auseinandersetzung zur Ermittlung der sozialen Präferenzen simuliert werden muss.[928] 242

Die Argumentationsstruktur der Abwägung wird auch kritisiert,[929] zuweilen als «Nullpunkt juristischer Dogmatik»[930] bezeichnet oder als «bequemes sprachliches Muster», «mit dem über die massgeblichen Normtexte und die fraglichen 243

922 BIAGGINI, Richterrecht, 412; DRUEY, Interessenabwägung, 136 f., HÄFELIN, Interessenabwägung, 593 ff.

923 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 36.

924 Eingehend zum Begriff des Gestaltungsspielraums Rz. 268.

925 So SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 205; HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 299; SCHLINK, Verhältnismässigkeit, 461; ähnlich auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 36.

926 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 487 ff.

927 G. MÜLLER, Interessenabwägung, 345.

928 G. MÜLLER, Interessenabwägung, 344 f.

929 JESTAEDT, Abwägungslehre, 260 ff.; siehe auch BIAGGINI, Richterrecht, 415; LERCHE, Stil und Methode, 352.

930 JESTAEDT, Abwägungslehre, 268.

Normbereiche allzu schnell hinweggegangen» werden kann.[931] Hinter dieser Kritik steht vor allem der Vorwurf eines Massstabproblems:[932] Mangels eines *«tertium comparationis»*, anhand dessen einzelne Verfassungsvorgaben gewichtet werden können – die Religionsfreiheit etwa mit dem Wert «20», das Minarettbauverbot mit «80» –, versage die Abwägung als Methode, so der Einwand.[933] Nach G. MÜLLER ist die Abwägung jedoch nicht auf eine kardinale Ordnung angewiesen, eine ordinale Anordnung reiche aus; «Höhe und Stärken von Werten» seien messbar unter Rückgriff auf die Werterfahrung, selbst wenn «kein absolut richtiges Mass zur Verfügung stehen mag».[934] Diese Sichtweise hat nicht zuletzt die Geschichte auf ihrer Seite: Das metrische Einheitsmass des Gewichts ist eine relativ junge Erfindung des frühen 18. Jahrhunderts,[935] während das durch das Bild der Justitia illustrierte «Ab-wägen» mittels Waage zwecks Vergleichs und Relationierung schon im alten Ägypten bekannt war.

244 Zusammengefasst erbringt die Abwägungsmethode, behutsam eingesetzt und dem geltenden Recht gegenüber verantwortet, demnach im Kontext der näheren Ausgestaltung von Verfassungsrecht trotz aller Kritik durchaus eine Erklärungsleistung als «Argumentationstechnik zur kontrollierten Konkretisierung von rechtlichen Handlungsspielräumen».[936]

IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsdynamik

245 Welche Erkenntnisse liefern die existierenden Konzepte zur dynamisierenden Verfassungsentwicklung für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen? Und verlangt die angenommene Volksinitiative als Gegenstand der dynamisierenden Verfassungsentwicklung ein besonderes Vorgehen? Als *Gegenstand* der dynamisierenden Verfassungsentwicklung wird eine angenommene Volksinitiative nach der vorherrschenden Auffassung nicht anders als andere Verfassungsnormen (Einheit des Gegenstandes) und von allen staatlichen Gewaltenträger mehr oder minder auf dieselbe Weise (Einheit der Methode) angerei-

---

931 F. MÜLLER, Einheit, 199; vgl. auch SCHLINK, Abwägung, 136, nach dem die Abwägung eine Rangordnung von Werten aus dem Verhältnis von Verfassungsnormen abzuleiten versuche, die zur Tyrannei verkommen könne.

932 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 37; HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 304 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, Rz. 415 f.

933 Kritisch zum objektiven Bestehen solcher Werte DRUEY, Interessenabwägung, 140. Zur Problematik von Massstäben des Rechts bereits BURCKHARDT, Methode, 245 f.

934 G. MÜLLER, Interessenabwägung, 348.

935 M.w.H. WINDISCH, Abwägung, 88 f.; HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, 305 f.; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 506, 543.

936 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 26, Rz. 36.

chert und entwickelt. Aufgrund ihrer «Unfertigkeit», so die verbreitete These, sind angenommene Volksinitiativen jedoch in erster Linie auf Methoden angewiesen, mit denen die Diskrepanz zwischen dem verfassungsrechtlichen Steuerungsangebot und der Steuerungsnachfrage überwunden werden kann.[937]

246 Als *Methode* zur dynamisierenden Anreicherung angenommener Volksinitiativen dienen Lehre und Praxis regelmässig die leitenden und begrenzenden Topoi der Verfassungsauslegung, allen voran die Herstellung praktischer Konkordanz und die völkerrechtskonforme Auslegung.[938] Wenn es laut dem Bundesgericht im Rahmen der näheren Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative verboten bleibt, diese in einer Weise auszuformen, «die dem verfassungsrechtlichen Gesamtkontext keine Rechnung trägt und allein den Willen der Initianten in den Vordergrund stellt»,[939] wird zumindest implizit eine abwägende Ermittlung, Beurteilung und Mitberücksichtigung anderer Verfassungsinteressen verlangt. Die Grenze solcher Abwägungstätigkeiten im Kontext angenommener Volksinitiativen bilden nach WALDMANN einzig «der im Verfassungstext unmissverständlich zum Ausdruck kommende Wille, andere Verfassungsnormen punktuell zu durchbrechen, sowie der Kern der Zielsetzung der Initiative».[940]

247 Mit Blick auf das *Ziel* der dynamisierenden Verfassungsentwicklung bevorzugt die vorherrschende Verfassungsdogmatik – ganz im Sinne der Konzepte der Diskurstheorie und der Systemtheorie – die «angemessene»[941] oder «stabile»

937 So reicht etwa nach WALDMANN, Umsetzung, 526, das Vorgehen «über eine blosse Ausführung hinaus und umfasst alle staatlichen Massnahmen zur rechtlichen und tatsächlichen Verwirklichung der in der Verfassungsnorm enthaltenen Anordnungen, Aufträge oder Ziel- und Wertvorgaben».

938 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.; ähnlich BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1 f.; ebenso WALDMANN, Umsetzung, 525; m.w.H. auch Rz. 333 ff. sowie Rz. 349 ff.

939 BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2321 f.; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 129; TSCHANNEN, Staatsrecht § 4, Rz. 40.

940 WALDMANN, Umsetzung, 525.

941 So etwa die Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet, BBl 1994 1299: Gesucht ist ein Verständnis der neuen Verfassungsnorm, «dem Sinn und Zweck einer Initiative am besten entspricht, zu einem vernünftigen Ergebnis führt und dem übergeordneten Recht Rechnung trägt»; vgl. auch WALDMANN, Umsetzung, 525, nach dem ein «praktikables Ergebnis gerade bei Verfassungsinitiativen eine besondere Bedeutung zukommt».

Umsetzung einer angenommenen Volksinitiative gegenüber der kompromisslosen Verwirklichung des Vorentscheids des Verfassungsgebers. Die Analyse der Verfassungspraxis hat diese Tendenz bestätigt.[942]

248 Dass eine angenommene Volksinitiative auf eine dynamisierende Verfassungsentwicklung angewiesen ist, gilt in Lehre und Praxis als gesichert. Weitgehend unbeachtet bleiben indes die damit einhergehenden Gefahren. «In der undisziplinierten Dynamisierung» büssen Verfassungsnormen nämlich «Höhe, Distanz und Kraft verfassungsrechtlicher Festlegungen ein».[943] Die auf Erkenntnissen der juristischen Hermeneutik beruhende Diagnose, dass das schöpferische Element der Rechtsgewinnung im Zusammenhang mit der Handhabe von Verfassungsrecht weitaus grösser ist als traditionell angenommen, verdient zwar der Zustimmung. Umgekehrt ist aber auch dem zuweilen unreflektierten Ruf nach dynamisierender Verfassungsentwicklung mit einem gesunden Mass an Skepsis entgegenzutreten. Schliesslich bleibt das Verstehen von Rechtstexten so wenig schöpferisch oder produktiv, wie historische Erkenntnis Geschichte neu erfindet.[944] Und ein politischer Konflikt, der mittels Volksinitiative zwecks Bewältigung in die Verfassung getragen wurde, sucht eher nach Revolution als nach Evolution. Damit sind wir zu einer im Schrifttum zuweilen vernachlässigten Beobachtung vorgestossen: Die entscheidende Frage im Rahmen der näheren Ausgestaltung von angenommenen Volksinitiativen sowie anderen Verfassungsnormen ist jene nach dem Verhältnis zwischen kognitiver Rekonstruktion im Dienst der Verfassungsstabilität und dynamisierender Konstruktion im Dienst der Verfassungsdynamik. Verfassungsnormen verlangt weder nur eine stabilisierende noch eine einzig dynamisierende Verfassungsentwicklung, sondern immer beides zusammen. Und auch wenn sich diese beiden dialektisch miteinander verwobenen Prozesse zuweilen kaum trennen lassen und der Art und Sache nach grundverschieden sind, müssen Gegensätze zwischen ihnen ohne monistische Auflösung überwunden werden.

942 Siehe Rz. 180 ff.

943 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 230.

944 JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 155; siehe auch MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 24, Rz. 8.

C. Verfassungsdogmatik: Verfassungsentwicklung als Verfassungsfrage

Wie trägt die Verfassungsdogmatik[945] im Rahmen der Verfassungsentwicklung den Ambitionen nach stabilisierender Rekonstruktion und dynamisierender Konstruktion zugleich Rechnung, ohne sie ineinander aufzulösen? Die Literatur versucht dieser Aufgabe gerecht zu werden, indem sie die Methodenfrage der Verfassungsentwicklung als «Verfassungsfrage»[946] reformuliert und abhandelt. Diese Sichtweise beruht im Wesentlichen auf einer institutionellen und einer materiellen Grundannahme: 249

In institutioneller Hinsicht verpflichtet die Bundesverfassung den Verfassungsinterpreten dazu, sich im Rahmen der Verfassungsentwicklung innerhalb seiner verfassungsrechtlichen Funktionen und Aufgaben zu bewegen. Der Interpret darf sich weder durch das Vorgehen noch durch das Ergebnis über seine verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielräume hinwegsetzen.[947] Bildhaft: Verfassungsvorgaben verschreiben dem drohenden Machtübergewicht seitens der verfassungsentwickelnden Organe eine «verfassungsrechtliche Diät».[948] 250

In materieller Hinsicht regeln Verfassungsnormen das Vorgehen der Verfassungsentwicklung ebenfalls näher. Sie geben nicht nur vor, welche Organe (Interpret) eine hinzugefügte Verfassungsnorm in die Wirklichkeit zu überführen haben, sondern auch auf welche Weise und mit welchen Methoden das zu tun ist. Anhand verfassungsrechtlicher Massstäbe kann die Fehlerhaftigkeit des Verhaltens staatlicher Organe im Rahmen der Verfassungsentwicklung somit auch dort falsifiziert[949] werden, wo die Verfassung nicht näher regelt, wie eine Verfassungsnorm näher auszugestalten ist. Illustrativ: Gleicht die Verfassungsentwicklung mit RADBRUCH einem Schiff, «das bei der Ausfahrt vom Lotsen auf vorgeschrie- 251

---

945 «Verfassungsdogmatik» verstanden als gleichzeitiges Nutzen und Entwickeln des Verfassungsgefüges; eingehend zum Begriff und der Funktion der Verfassungsdogmatik auch SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 4 f.

946 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 488; BIAGGINI, Richterrecht, 16; BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, 39 ff.; REICH, Verfassungsverwirklichung, 119 ff.; CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 415 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 12 ff., 129 ff., 181 ff.; in der deutschen Literatur statt vieler RÜTHERS, Methodenfragen, 272, sowie passim; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 221 ff.

947 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 73; BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, 37 f.; RHINOW, Politische Funktionen, 200; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 73 ff.

948 Die Formulierung lehnt sich an bei JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 139.

949 Zur Methode der Falsifikation und dem kritischen Rationalismus im Allgemeinen POPPER, Offene Gesellschaft, Kapitel 14.

benem Wege durch die Hafengewässer gesteuert wird, dann aber unter Führung des Kapitäns auf freier See den eigenen Kurs sucht»,[950] bedarf es der Orientierungspunkte für die Navigation auf offener See. BIAGGINI weist zu Recht darauf hin, dass dafür ein Kompass in Form der klassischen Auslegungselemente allein nicht genüge und der Rechtsanwender auch ein verfassungsrechtliches Koordinatensystem brauche, das ihm beim Einsatz der verfügbaren Hilfsmittel Orientierung stifte.[951] Gleichsam im Sinne von «Zusatzleinen» sichern Verfassungsnormen den Vorgang der Verfassungsentwicklung demnach ab, wenn das eigentliche Bindungsobjekt – die zu entwickelnde Verfassungsnorm – aus dem Blick gerät.

252 Systematisiert man den Gesamtvorgang der Verfassungsentwicklung aus der Perspektive der Verfassungsdogmatik im Viereck der Verfassungsgestaltung, gewinnt dieser an zusätzlicher Tiefenschärfe im Hinblick auf die Zuständigkeiten (Wer), das Vorgehen (Wie) und die Ziele (Weshalb). Ausserdem lassen sich verfassungsentwickelnde Tätigkeiten als besondere Gestaltungskompetenzen reformulieren, die Interpret, Norm, Methode und Ziel miteinander verkoppeln und besagen: «Der Verfassungsinterpret bestimmt den näheren Inhalt der Verfassungsnorm».[952] Aus einer verfassungsdogmatischen Perspektive stehen im Rahmen der Verfassungsentwicklung somit zwei Fragen im Vordergrund: «Wem» teilt die Bundesverfassung Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung zu (Verfassungsinterpret) und «wie» ist die Ausübung einer Gestaltungskompetenz geregelt (Methode und Ziel)?[953] Freilich liefert die Bundesverfassung darauf keine evidenten Antworten, jedoch lassen sich diese Fragen anhand von ihr austragen und bewältigen. Die nachfolgenden Ausführungen zeichnen nach, wie die Verfassungsdogmatik dabei vorgeht (Abschnitt I–III) und welche Erkenntnisse sie daraus für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen entnimmt (Abschnitt IV).

I. Was: Die Verfassungsnorm als Gegenstand der Verfassungsentwicklung

253 Eine verfassungsdogmatische Perspektive auf die Verfassungsentwicklung geht wiederum mit einem Wandel des Norm- und des Verfassungsbildes einher. Neben der näher zu konkretisierenden Verfassungsnorm selbst wirken auch organi-

950 RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 211.

951 So BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, 36, 31 f.

952 JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 164 f.; siehe auch G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 126 f.

953 Ähnlich in Bezug auf die Ausübung von Verbandskompetenzen BSK BV-BIAGGINI, Art. 43, N 17.

sations- und verfahrensrechtliche Bestimmungen, aber auch materielle[954] und prozedurale[955] Verfassungsdirektiven auf das Vorgehen der Verfassungsentwicklung ein. Sie zählen daher, so die These, ebenfalls zum Gegenstand der Verfassungsentwicklung. Zusammen schaffen sie einen normativen Rahmen, «in dem anderes, einfaches Recht erzeugt und angewandt werden kann».[956] Die Verfassungsentwicklung bleibt demnach ein Prozess, der weniger die Verfassung als Ganzes oder ein bestimmtes, ihr zugrundeliegendes Wertsystem[957] zum Gegenstand hat als vielmehr ein Bündel von Verfassungsvorgaben, zu dem neben der zu konkretisierenden Volksinitiative weitere Verfassungsdirektiven, Zuständigkeitsregeln und Verfahrensbestimmungen gehören, die zusätzliche Orientierung stiften, wo die Tragweite der zu entwickelnden Verfassungsnorm weitgehend unklar ist.[958] Aus diesem Grund verlangt Verfassungsentwicklung jeweils eine umfassende Klärung, wie die Bundesverfassung die Zuteilung und Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung regelt.[959] Die Bundesverfassung selbst wird dabei als materiale Ordnung verstanden, welche die inhaltliche Ausrichtung der Staatstätigkeit durch die Vorgabe von Zielen, Vorgehensweisen und Aufgaben durch Recht beeinflusst,[960] aber trotzdem grosszügig Freiräume für die sukzessive Bildung politischer Übereinkünfte belässt.[961]

---

954 BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, 41 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 278 ff.

955 J.P. MÜLLER, Methodenlehre, 53 ff., 58.

956 MAHLMANN, Wirkungsweisen, 5.

957 So LÜCHINGER, Auslegung, 83; HINDERLING, Rechtsnorm, Rz. 347; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 64 ff.; CANARIS, Systembegriff, 16.

958 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 64 ff.; HINDERLING, Rechtsnorm, Rz. 349 ff.; kritisch BALDUS, Einheit, 193.

959 Vgl. GÄCHTER, Rechtsanwendung, in: Staatsrecht, § 26, Rz. 7; RHINOW, Politische Funktionen, 200; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 68; BIAGGINI, Richterrecht, 16; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 138; nach CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 418, ist Konkretisierung immer auch funktional zur jeweiligen Verfassung.

960 Die Stärkung dieser «Steuerungsfunktion» der Bundesverfassung war nicht zuletzt ein Ziel ihrer Totalrevision im Jahr 1999; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 20 ff.; m.w.H. zur Bundesverfassung als materiale Ordnung BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 54; TSCHANNEN Staatsrecht, § 3, Rz. 28 ff.; RHINOW, Politische Funktionen, 188, insb. 193; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 67 f.; HÄFELIN, Verfassungsgebung, 83 f.; G. SCHMID, Offenheit, 315 f.; vgl. auch EICHENBERGER, Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 83 f.

961 HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 21, hält diesbezüglich fest: «Die Verfassung kodifiziert nicht, sondern sie regelt nur».

II. Wer: Verfassungsentwicklung als Aufgabe verschiedener Organe

254 Mit dem tradierten Interpretenbild des gesetzesinterpretierenden Richters bricht die verfassungsdogmatische Perspektive.[962] Ins Zentrum rückt das Mit- und Gegeneinander sämtlicher Kräfte des politischen Gemeinwesens.[963] Administrative und politische Bundesbehörden interpretieren die Verfassung schliesslich genauso wie die Gerichte. Mehr noch: Die Bundesverfassung konstituiert, so wird behauptet, geradezu einen Archetypus einer «offene[n] Gesellschaft der Verfassungsinterpreten».[964] Denn die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung führe zu einer «Demokratisierung der Verfassungsauslegung»[965] und als Konsequenz des Vollzugsföderalismus sei Verfassungsentwicklung immer auch Sache der Kantone.

255 Neben dem Interpretenbild selbst präzisiert eine verfassungsdogmatische Systematisierung der Verfassungsentwicklung auch das Verhältnis zwischen Interpreten und Methode. Die Vorstellung von einer einheitlichen Methoden der unterschiedlichen Verfassungsinterpreten wird aufgegeben, indem die qualitativen Unterschiede administrativer politischer und judikativer Verfassungsentwicklung durch verschiedene Gestaltungskompetenzen operationalisiert werden.[966] Zu diesem Zweck rückt das Schrifttum zwei Fragen in den Vordergrund: Wen ermächtigt die Bundesverfassung dazu, den näheren Inhalt einer Verfassungsnorm zu bestimmen (Abschnitt 1) und wie sind entsprechende Kompetenzkonkurrenzen geregelt (Abschnitt 2)?

1. Gestaltungskompetenzen einzelner Organe zur Verfassungsentwicklung

256 Die Bundesverfassung regelt Verfassungsentwicklungskompetenzen – im Unterschied zu einzelnen Kantonsverfassungen – nicht explizit,[967] obschon die Fortbildung von Verfassungsrecht ohne Textänderung auf infrakonstitutioneller Ebe-

962 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 20.

963 G. SCHMID, Offenheit, 316.

964 HÄBERLE, Verfassungsinterpreten, 297 sowie passim.

965 HÄBERLE, Verfassungsinterpreten, 297.

966 So etwa HÄBERLE, Verfassungsinterpreten, 304, nach dem sich Verfassungsentwicklungskompetenzen unterscheiden, da es «jeweils vom Organ, seinem Verfahren, seiner Funktion und seinen Qualifikationen ab[hängt], wie richtig interpretiert wird». Vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 20; HERDEGEN, Verfassungsinterpretation, 874 ff.; m.w.H. BOROWSKI, Subjekte, HStR, § 274.

967 Art. 70 Ziff. 2 KV OW hält ausdrücklich fest: «In die Zuständigkeit des Kantonsrates fallen sodann die Interpretation der Kantonsverfassung, der Gesetze und der Verordnungen, jedoch nie in einem vor dem Richter anhängigen Fall».

ne genauso anerkannt ist wie das Recht des Verfassungsgebers, über den Inhalt der Verfassung zu entscheiden.[968] Schliesslich lebt die Bundesverfassung seit ihren Anfängen von der interpretativen Anreicherung und Entwicklung des Verfassungstextes durch die Bundesversammlung, den Bundesrat, das Bundesgericht und durch das Volk.[969] Konsequenz eines solchen Nebeneinanders verschiedener Verfassungsinterpreten, das später noch vertieft analysiert und kritisch hinterfragt wird,[970] sind nach allgemeiner Auffassung verschiedene Staatsorgane, die als Träger von Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung in Frage kommen. Im Wesentlichen sind das die verfassungsändernden Organe (Abschnitt a), die gesetzgebenden Organe (Abschnitt b), die rechtsprechenden Organe (Abschnitt c) und die regierenden und vollziehenden Organe (Abschnitt d).

a) Verfassungsändernde Organe

«Die […] revidierte Bundesverfassung tritt in Kraft, wenn sie von Volk und Ständen angenommen ist» (Art. 195 BV), also wenn «die Mehrheit der Stimmenden und die Mehrheit der Stände sich dafür aussprechen» (Art. 142 Abs. 2 BV). Das ist in wenigen Worten die verfassungsrechtliche Regelung der Organkompetenzen zur Änderung des Gehalts der Bundesverfassung, die in Teil I umfassend dargestellt wurde. Verfassungsentwicklung im Rahmen des ordentlichen Verfassungsrevisionsverfahrens (Art. 192 ff. BV) mündet in einer Änderung des Verfassungstextes. Durch dieses Merkmal grenzt sie sich von den übrigen Verfassungsentwicklungskompetenzen ab, die Verfassungsnormen im Rahmen ihrer Handhabe ohne Textänderung näher ausgestalten. Zudem sind verfassungsändernde Organe im Rahmen der Verfassungsentwicklung in weitaus geringerem Masse verfassungsstabilisierenden Effekten ausgesetzt, da bloss verfahrensrechtliche Vorgaben solche erzeugen.[971] 257

968 Siehe bei HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 393 ff.; a.M. HAUG, Schranken, 166, der solches Vorgehen als «illegalen Verfassungswandel» von der legalen Verfassungsrevision abgrenzt; kritisch auch MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 101 ff.

969 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 43; BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 50 ff.; m.w.H. zu verschiedenen Organen der Verfassungskonkretisierung H. HUBER, Konkretisierung, 191 ff.; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 68 f.; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 295 ff.

970 Vgl. Rz. 370 ff. sowie Rz. 495 ff.

971 Grundlegend zum Verfahren der Verfassungsrevision Rz. 62 ff.; zur stabilisierenden Funktion von Schranken der Verfassungsrevision insbesondere siehe Rz. 87 ff., insb. Rz. 92 f.

b) Gesetzgebende Organe

258 Nach der vorherrschenden Auffassung obliegt es in erster Linie den gesetzgebenden Organen, staatliches Handeln nach Massgabe der Verfassung auszugestalten und Verfassungsziele, Gesetzgebungsaufträge, aber auch Grundrechte[972] unter sich verändernden realen Verhältnissen und Gerechtigkeitsvorstellungen zu verwirklichen.[973] Letztlich wisse man erst, wie BURCKHARDT einst treffend ausführte, «was eine Eisenbahn im Sinne der Verfassungsnorm ist, ob auch eine Luftseilbahn, eine Drahtseilbahn, eine Sesselbahn, ein Trolleybus dazugehört, nachdem der Gesetzgeber seine Aufgabe erfüllt hat.»[974] Regelmässig ermächtigen Verfassungsnormen den Gesetzgeber ausdrücklich dazu, «die Einzelheiten»[975] oder «die näheren Bestimmungen»[976] zur Verdichtung von Verfassungsnormen zu erlassen.[977] Laut dem Schrifttum agiert der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassungsentwicklung gleichsam plurifunktional, da «er das höchststufige Verfassungsrecht konkretisiert, selbst Konkretisierungsprozesse initiiert, auf konkurrierende Rechtsetzung durch andere Organe angewiesen ist und infrakonstitutionelle Rechtssätze anderer Organe festschreibt oder aber korrigiert».[978] Sodann darf im Zusammenhang mit den Verfassungsentwicklungskompetenzen des Gesetzgebers nicht vergessen werden, dass derartige Verfassungsentwicklung ein politischer Prozess[979] zur begründeten Auswahl zwischen verschiedenen Alternativen bleibt. Schliesslich gilt es zu beachten, dass neben der Bundesversammlung auch der Bundesrat und die Bundesverwaltung zu den gesetzgebenden Organen zählen,[980] da sie wichtige Akteure im Gesetzgebungsprozess sind, und das Stimmvolk mittels Gesetzesreferendum eine ihm nicht passende Ausgestaltung von Verfassungsnormen auf Gesetzesstufe verhindern kann.

---

972 Art. 35 BV; m.w.H. OFK-BV, BIAGGINI, Art. 35, N 5; siehe auch bei AUBERT, Bundesstaatsrecht II, Rz. 1730 ff.

973 GIACOMETTI, Auslegung, 7; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 434; H. HUBER, Konkretisierung, 207 ff.; REICH, Konflikt, 999 f.; vgl. auch MUSLIU, Umsetzung, 319 ff.; wohl a.M. WALDMANN, Umsetzung, 523 ff.

974 BURCKHARDT, Gesetzgebungskompetenzen, 223 ff.

975 Art. 121a Abs. 5 BV; Art. 126 Abs. 5 BV; Art. 153, Abs. 4 BV; Art. 189 Abs. 3 BV.

976 Art. 121 Abs. 6 BV.

977 Vgl. auch H. HUBER, Formenreichtum, 190 f., nach dem Verfassungsnormen «dem einfachen Gesetzgeber zahlreiche Anweisungen geben, wie er das Ausführungsgesetz zu gestalten habe, was er nicht einführen und anordnen dürfe».

978 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 250.

979 Grundlegend zur Verfassungsentwicklung als politischer Prozess BRYDE, Verfassungsentwicklung, 111 ff.

980 Vgl. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 480; BÄUMLIN, Demokratie, 44.

c) Rechtsprechende Organe

«Dem Verfassungsgericht, das zugleich eines der obersten Verfassungsorgane ist, fällt für die notwendige Fortbildung des Verfassungsrechts eine sehr wesentliche, aber keineswegs eine ausschliessliche und noch nicht einmal die führende Rolle zu.»[981] Diese Aussage von EHMKE stimmt für das Bundesgericht als Verfassungsgericht der Schweiz umso mehr,[982] zumal dessen Befugnisse nicht annähernd so weit gehen wie jene der deutschen Schwesterbehörde. Im Rahmen der judikativen Verfassungsentwicklung entscheiden Gerichte anlässlich von Rechtsstreitigkeiten[983] in einem justizförmigen Verfahren auf Antrag hin als unbeteiligte Dritte, wie Verfassungsnormen im konkreten Fall zu verstehen sind. Vor allem im Kontext von Grundrechten[984] und anderen justiziablen Verfassungsnormen gilt Verfassungsentwicklung als Sache des Bundesgerichts.[985] Es überprüft, ob die Verfassungsdeutung einer Behörde oder eines Privaten mit der Bundesverfassung im Einklang steht, bestätigt deren Verständnisse, verwirft sie und reichert sie gegebenenfalls durch Rechtsprechung und Präjudiz an.[986] Nach gesicherter Auffassung folgt die Verfassungsentwicklung durch ein Gericht den auf rechtliche Rationalität, Dauerhaftigkeit, und Konstanz ausgelegten Eigengesetzlichkeiten des Rechts und ist allein diesen verpflichtet.[987] Die justizielle Verfassungsentwicklung sucht dementsprechend nicht den besten, sondern einen akzeptablen und vernünftigen, weil gerechten Entscheid.[988] Hierzu werden in erster Linie die gerügten Interessen berücksichtigt, was mitunter zu einer Asymmetrie zwischen den berücksichtigten und den betroffenen Interessen führt.[989] Da und dort ist die Justiz ferner auch für die notwendige Feinabstimmung zwischen Ver- 259

981 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 67.

982 M.w.H. zum Bundesgericht als Verfassungsgericht Rz. 517 ff.

983 M.w.H. zu den verschiedenen Formen einer Rechtsverletzung BSK BGG-SCHOTT, Art. 95, N 37 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, § 17, Rz. 1115; m.w.H. zur Rechtskontrolle von Ermessensfehlern HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, § 6, Rz. 442 ff.; BSK BGG-SCHOTT, Art. 95, N 34.

984 M.w.H. zu Grundrechtskollisionen KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 71 ff., 74; grundlegend MARTIN, Grundrechtskollisionen.

985 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435 ff.; SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 456; HALLER, Verfassungsfortbildung, 10; H. HUBER, Konkretisierung, 195 ff.; SALADIN, Wandel, 372 ff.

986 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435; BSK BV-SEFEROVIC, Art. 188, N 21; siehe auch Art. 23 BGG; ebenso EHMKE, Verfassungsinterpretation, 69.

987 SEILER, Gewaltenteilung, 309 f.

988 Vgl. auch CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 388.

989 SEILER, Gewaltenteilung, 309 f.

fassung und Gesetz zuständig.[990] Kommt der Gesetzgeber einem verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag nicht nach, so können sich im Grundsatz bei der Bundesversammlung liegende Gestaltungsbefugnisse ausnahmsweise auch zum Bundesgericht verschieben (Säumnis).[991]

260 In Bezug auf den Umfang sind justizielle Verfassungsentwicklungskompetenzen relativ zu jenen des Gesetzgebers einerseits eingeschränkt, andererseits weitergehend: Eingeschränkt, weil das Bundesgericht jeweils nur im konkreten Streitfall, bloss auf Antrag hin sowie kognitionsabhängig[992] über die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen entscheidet;[993] weil seine Kompetenzen zur Verfassungsentwicklung durch Art. 190 BV begrenzt bleiben, sie den Befugnissen von Verfassungs- und Gesetzgeber subsidiär gegenüberstehen und das Bundesgericht an deren nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen gebunden ist.[994] Weitergehend, weil das Bundesgericht besonders geeignet ist, neue Schutzbedürfnisse von Grundrechten zu erkennen oder einem Wertewandel im Einzelfall Rechnung zu tragen;[995] und weil es – anders als die Gesetzgebung – aufgrund des Verbots der Rechtsverweigerung einem Entscheidungszwang untersteht,[996] der ein Gericht mitunter zur Verfassungsentwicklung zwingt.

d) Regierende und vollziehende Organe

261 Der Bundesrat und die ihm unterstellte Bundesverwaltung betreiben laut der allgemeinen Auffassung Verfassungsentwicklung, indem sie Verfassungsnormen in einem politischen oder administrativen Verfahren näher ausgestalten: So im Rahmen des Erlasses von Bundesgesetzen, wenn der Bundesrat und die ihm vorgelagerte Verwaltung der Bundesversammlung Entwürfe unterbreiten (Art. 181 BV) oder der Bundesrat Abänderungsanträge an Geschäften in den parlamentarischen Beratungen anbringt (Art. 160 Abs. 2 BV).[997] Der Bundesrat kann aber

990 SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 482; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, VdS, § 74, Rz. 10 ff.

991 So der Grundtenor bei WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 503 ff.

992 RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Prozessrecht, § 17, Rz. 1122.

993 SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 484 f.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 376; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435.

994 BRYDE, Verfassungsentwicklung, 387.

995 KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 146 ff.; CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 360.

996 Art. 29 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 94 BGG; M.w.H. zum Verbot der formellen Rechtsverweigerung SGK-BV, STEINMANN, Art. 29, Rz. 18 ff.

997 M.w.H. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2506 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 38, Rz. 18; umfassend zur Rolle der Verwaltung in der Rechtsetzung HOTZ, Rechtsetzung, 67 ff.

auch durch den Erlass gesetzesvertretender Verordnungen Verfassungsentwicklung betreiben, «soweit ihn die Verfassung dazu ermächtigt» (Art. 182 Abs. 1 BV)[998]. Angenommene Volksinitiativen erteilen dem Bundesrat immer wieder entsprechende Kompetenzen: teils direkt[999], teils nur «vorübergehend»[1000], teils erst nach Ablauf einer bestimmten Frist sowie unter gewissen Bedingungen[1001]. Dass Art. 182 Abs. 2 BV den Bundesrat umfassend zur Verfassungskonkretisierung mittels Vollzugsverordnung ermächtigt, wenn eine Verfassungsnorm für Private unmittelbar geltende Ansprüche und Pflichten schafft, gilt allerdings als Mindermeinung[1002] und auch sonst steht die Literatur verfassungsrechtlichen Einzelermächtigungen zur Verfassungsentwicklung auf dem Verordnungsweg eher kritisch gegenüber.[1003] Schliesslich spricht die Literatur zum Teil auch in den seltenen Fällen, in denen die Verfassung als Rechtsquelle von Verwaltungsrecht dient,[1004] von Verfassungsentwicklung sowie dann, wenn Bundesrat und Bundesverwaltung zwecks Erlasses eines konkreten Rechts- oder Realaktes Verfassungsnormen als ergänzende Direktiven und Schranken beiziehen.[1005]

2. Kompetenzkonkurrenzen im Kontext der Verfassungsentwicklung

Die Bundesverfassung institutionalisiert für die Verfassungsentwicklung als Aufgabe und Tätigkeit ein Mit- und Gegeneinander von Volk, Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesverwaltung sowie dem Bundesgericht. Dabei weist sie die Befugnisse zur «Sachprägung»[1006] von Verfassungsnormen weder exklusiv noch starr einem bestimmten Organ zu, sondern abhängig von den in Frage stehenden 262

998 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 38, Rz. 19.

999 Art. 84 Abs. 2 BV; SGK-BV, LENDI/VOGEL, Art. 84, Rz. 19; OFK-BV BIAGGINI, Art. 84, N 8.

1000 So Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV in Bezug auf Art. 121a BV; Art. 197 Ziff. 10 BV in Bezug auf Art. 95 Abs. 3 BV.

1001 Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV in Bezug auf Art. 75b BV; Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV in Bezug auf Art. 121a BV; Art. 197 Ziff. 10 BV in Bezug auf Art. 95 Abs. 3 BV.

1002 WALDMANN, Umsetzung, 530; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129 f.; a.M. GRIFFEL, Umsetzung, 73.

1003 WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 126; SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 68.

1004 So namentlich bei Verfügungen, die unmittelbar gestützt auf Art. 185 Abs. 3 und Art. 184 Abs. 3 BV ergehen, sowie im hypothetischen Fall einer direkten Anwendung von Verfassungsnormen durch die Bundesverwaltung. M.w.H. und Beispielen TSCHANNEN, Staatsrecht, § 17, Rz. 4 ff.; vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 17.

1005 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2570; TSCHANNEN Staatsrecht, § 17, Rz. 7 f.

1006 H. HUBER, Konkretisierung, 205.

Normen.[1007] Als Folge davon sind unterschiedliche Formen der Verfassungsentwicklung und verschiedene Verständnisse über ein und dieselbe Verfassungsnorm möglich. Die Analyse der Verfassungspraxis hat gezeigt, dass sich das Bundesgericht zur näheren Ausgestaltung einer Verfassungsnorm äussern kann, noch vor oder während der Gesetzgeber die fragliche Bestimmung konkretisiert;[1008] mitunter besteht gar ein weiteres Verständnis des Bundesrates über dieselbe Norm.[1009] Ein formalisiertes Verfahren zur Klärung von Kompetenzkonkurrenzen[1010] im Rahmen der Verfassungsentwicklung und zur Bereinigung von Auslegungsdifferenzen zwischen einzelnen Verfassungsinterpreten fehlt in der Bundesverfassung.[1011] Das jeweilige Organ hat zu bestimmen, ob und in welchem Umfang ihm Verfassungsentwicklungskompetenzen zustehen. Hierzu ist zu klären, in welchem Verhältnis das Organ erstens zu anderen potenziellen Trägern von Verfassungsentwicklungskompetenzen und zweitens zum Verfassungsgeber selbst steht.[1012] Beide Verhältnisse regelt die Bundesverfassung zum Schutz von Vorentscheiden des Verfassungsgebers durch institutionelle, prozedurale und materielle Grenzen,[1013] die den jeweiligen Verfassungsinterpreten zur Selbstzucht[1014] verpflichten.[1015] Die Verfassung selbst, nicht Postulate wie der «Judicial Self Restraint»[1016] oder die «Political-Question-Doktrin»[1017] zwängen den Verfassungsinterpreten demnach in ein Korsett, das ihn zu Respekt gegenüber der vorgegebenen Dezision des Verfassungsgebers zwingt.[1018]

1007 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 434 ff.

1008 Vgl. Rz. 139, 150, 162.

1009 So etwa bei der vorübergehenden Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative auf dem Verordnungsweg; vgl. dazu Rz. 149.

1010 Der Begriff der Kompetenzkonkurrenz verwendet in diesem Zusammenhang auch BRYDE, Verfassungsentwicklung, 313 ff.; siehe auch SEILER, Gewaltenteilung, 728 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 17.

1011 Vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 22; DIGGELMANN, Targeted sanctions, 318 ff.; G. SCHMID, Offenheit, 317; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 73.

1012 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 41.

1013 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 42; vgl. auch HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 77.

1014 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 185, spricht von einer verbindlichen «Verfassungszucht».

1015 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 21.

1016 M.w.H. BIAGGINI, Richterrecht, 199; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 216.

1017 M.w.H. BIAGGINI, Richterrecht, 200; kritisch B. EHRENZELLER, Politische Fragen, 7 ff., 21.

1018 M.w.H. dazu auch Rz. 640 ff.

III. Wie: Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung

263 Vorgang und Methode der Verfassungsentwicklung erhalten durch das Koordinatennetz der Verfassung vor allem gestützt auf folgende Überlegungen an zusätzlicher Kontur: Die Methoden zur stabilisierenden Rekonstruktion von Entscheiden des Verfassungsgebers und zur dynamisierenden Anreicherung verbindlicher Verfassungsvorgaben werden durch eine entsprechende Gestaltungskompetenz miteinander verwoben und über eine solche erfasst. Solche Verfassungsentwicklungskompetenzen sind auf Grundlage und innerhalb der Schranken des Rechts auszuüben (Art. 5 Abs. 1 BV). Damit rückt die Frage ins Zentrum, wie die Bundesverfassung die Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung regelt. Die vorherrschende Verfassungsdogmatik unterscheidet diesbezüglich zwischen einem verfassungsrechtlichen Rahmen[1019] und substanziellen, davon umschlossenen Gestaltungsspielräumen[1020],[1021] die dort beginnen, wo der verfassungsrechtliche Rahmen endet.

264 Durch die Dichotomie von rechtlichem Rahmen und staatlichem, allem voran politischem Spielraum will die Verfassungsdogmatik die Verfassungsgebundenheit sämtlicher Formen staatlicher Gewaltausübung erfassen, ohne sie abschliessend durchzunormieren. Hierzu wird davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den Rahmen und den Spielraum unterschiedliche Methoden das Vorgehen strukturieren: Der verfassungsrechtliche Rahmen ist gemäss dem vorherrschenden Grundtenor unabhängig vom Organ mit den herkömmlichen Auslegungsmethoden so präzise wie möglich zu eruieren; innerhalb des Gestaltungsspielraums steht das Vorgehen hingegen unter massgeblichem Einfluss des konkreten Rechtsrahmens und des mit der Verfassungsentwicklung betrauten Organs. Mit anderen Worten hängt das Verhältnis von rekonstruierender (Verfassungsstabilität) und konstruierender (Verfassungsdynamik) Verfassungsentwicklung entscheidend vom konkreten verfassungsrechtlichen Rahmen ab:[1022] Je umfassender das übergeordnete Recht, allen voran die Verfassung, die materielle Ausgestal-

---

1019 REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 56; MAHLMANN, Wirkungsweisen, 5; VOGEL, Verfassungsgebung, 18; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2091.

1020 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232; m.w.H. zu Gestaltungsspielräumen G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 54 und dort Fn. 148; grundlegend KLATT/SCHMIDT, Spielräume, 5, 43.

1021 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232; zur Verfassung als Rahmen auch REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 56; VOGEL, Verfassungsgebung, 18; HÄFELIN, Verfassungsgebung, 16; BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2091.

1022 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 33; WINDISCH, Ethik, 443, 451; siehe auch bei REICH, Konflikt, 1007.

tung eines Regelungsbereichs durchnormiert, umso schmäler ist der Gestaltungsspielraum und desto mehr bedarf es der kognitiv-nachvollziehenden Verfassungsentwicklung. Die nachfolgenden Ausführungen vertiefen, was die Verfassungsdogmatik unter dem verfassungsrechtlichen Rahmen der Verfassungsentwicklung (Abschnitt 1) und den damit verbundenen Gestaltungsspielräumen (Abschnitt 2) versteht. Mit Blick auf die legislativen Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen als Gegenstand der vorliegenden Studie wird der Regelung von Verfassungsentwicklungskompetenzen des Gesetzgebers dabei ein besonderes Augenmerk geschenkt (Abschnitt 3).

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen der Verfassungsentwicklung

265 Der verfassungsrechtliche Rahmen der Verfassungsentwicklung umfasst Verfassungsvorgaben, welche die nähere Ausgestaltung einer Verfassungsnorm mitregieren, ohne im Zentrum der konkreten Bemühungen zu stehen. Die Verfassungsdogmatik unterscheidet dabei zwischen institutionellen und materiellen Verfassungsvorgaben: *Institutionelle Vorgaben* wirken auf den Prozess der Verfassungsentwicklung ein, indem sie Staatsorgane konstituieren, diesen entsprechende Befugnisse erteilen und ihnen Verfahren sowie Handlungsinstrumente zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen gewähren.[1023] M*aterielle Verfassungsdirektiven* weisen der näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen hingegen den Weg in Bezug auf ihren Inhalt.[1024] Zusätzliche Kontur gewinnen sie durch eine Typologie von EICHENBERGER anhand ihrer unterschiedlichen Regelungszwecke.

266 Materielle Verfassungsdirektiven können darauf abzielen, dem Bund in einem bestimmten Bereich die Verbandskompetenz zuzuweisen, aber die inhaltliche Ausgestaltung durch weitreichende Gestaltungsspielräume dem Gesetzgeber zu überlassen.[1025] Davon zu unterscheiden sind «ausgemessene Normierungen»[1026], die auf Verfassungsstufe nach Steuerungseffekten auf den Inhalt politischer Gestaltung suchen, indem sie bestimmte Bereiche durch materielle Vorgaben substanziell regeln.[1027] Neben dem Bereich und allgemeinen Zielen können Volk und Stände dabei auch normativ vorgeben, eine bestimmte Regelung sofort an-

---

[1023] RHINOW, Politische Funktionen, 189; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 228; KEMPEN, Verfassung und Politik, in: Verfassungstheorie, § 27, Rz. 16; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 65; siehe auch KLEY, Geschichte, 441; spezifisch zu verfassungsrechtlichen Gestaltungsaufträgen G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 107; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 171.

[1024] Grundlegend dazu auch Rz. 591 ff.

[1025] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

[1026] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

[1027] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

zugehen, sowie konkrete Inhalte, aber auch die Mittel zur Zielerreichung anordnen.[1028] Ausgemessene Verfassungsnormen belassen einen kleineren Gestaltungsspielraum. Regelmässig verpflichten sie eingesetzte Staatsorgane, allen voran Bundesrat und Bundesverwaltung, gegen ihren Willen zu einem bestimmten Staatshandeln.[1029] Enthalten ausgemessene Normierungen verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge, steht dahinter zuweilen auch die Absicht, Bereiche abzustecken, in denen dem Volk der Zugang zum Referendum offen bleibt.[1030] Schliesslich können materielle Verfassungsdirektiven wie etwa die Grundrechte, Wohlfahrtsziele, Gebote des konfessionellen oder bundesstaatlichen Friedens oder ein Bekenntnis zur internationalen Solidarität auch als Bollwerke gegen bestimmte Formen von Politik wirken.[1031]

Zum Teil reformuliert die Verfassungsdogmatik auch die klassischen Auslegungselemente als materielle Verfassungsdirektiven: So verfolgt die Gesetzesmässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 BV dasselbe Ziel wie das Element des Wortlauts und der Entstehungsgeschichte:[1032] den Schutz von Vorentscheiden des Verfassungsgebers. Das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV) und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangen eine auf die Gerechtigkeit und Billigkeit bezogene Ausübung von Konkretisierungskompetenzen wie es auch das teleologische Auslegungselement tut.[1033] Und das Verbot der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) und das Willkürverbot (Art. 9 BV) fordern vom Interpreten nichts anderes wie das systematische Element: wo das Recht für die konkrete Situation keine, mangelnde oder sich zuwiderlaufende Vorgaben enthält, bedarf es einer Rechtsfortbildung durch den Interpreten.[1034] 267

2. Gestaltungsspielräume zur Verfassungsentwicklung

Mit einem Gestaltungsspielraum zur Verfassungsentwicklung umschreibt die herrschende Verfassungsdogmatik eine durch den verfassungsrechtlichen Rahmen umschlossene Zone, in welcher der nähere Gehalt einer Verfassungsnorm 268

[1028] HÄFELIN, Verfassungsgebung, 121.
[1029] HÄFELIN, Verfassungsgebung, 121.
[1030] G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 130 f.
[1031] EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 234.
[1032] RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 489; BIAGGINI, Richterrecht, 485.
[1033] GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 381; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 489; BIAGGINI, Richterrecht, 485.
[1034] RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 489.

noch nicht feststeht und durch unterschiedliche Formen staatlicher Gestaltung noch näher auszugestalten ist.[1035] Deshalb beginnen verfassungsrechtliche Gestaltungsspielräume nach allgemeiner Auffassung jeweils dort, wo der verfassungsrechtliche Rahmen endet. So vermittelt etwa der offene und prinzipienhafte Charakter von Grundrechten dem Bundesgericht Raum zur Entwicklung solcher Verfassungsnormen.[1036] Verfassungsförmiges Verwaltungsrecht kann Diagnose- und Prognosespielräume offenlassen, um im Rahmen der Entscheidfindung die Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen (Verwaltungsermessen).[1037] In erster Linie belassen verfassungsrechtlich eingezonte Bereiche jedoch «Ellenbogenfreiheit»[1038], damit der Gesetzgeber im politischen Prozess einen Konsens darüber bilden kann, wie beispielsweise die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts erfolgen soll (Art. 123 Abs. 1 BV).[1039]

269 Die dogmatische Figur des Gestaltungsspielraums weist Unterschiede zwischen der Ausübung von legislativem, judikativem, exekutivem und administrativem Gestaltungsermessen im Rahmen der Verfassungsentwicklung durch entsprechende Organkompetenzen aus und relativiert dadurch die institutionelle Einheit der Methode zwischen den verschiedenen Organen in Sachen Verfassungsentwicklung.[1040] Schliesslich hat es einen massgeblichen Einfluss darauf, wie eine Verfassungsnorm konkretisiert wird, ob ein Organ nach politischen oder rechtlichen Rationalitäten entscheidet.

3. Legislative Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung im Besonderen

270 Eine Arbeit, die sich mit den legislativen Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen befasst, kommt nicht darum herum, darzulegen, dass und weshalb auch die bestehenden Ansätze zur Systematisierung von Gesetzgebungstätigkeiten an der Dichotomie von rechtlichem Rahmen und Gestaltungs-

---

1035 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232; VOGEL, Verfassungsgebung, 18; WULLSCHLEGER, 287; so auch BGE 139 I 16, 28 f., E. 4.3.4; KLATT, Konkordanz, 262; Grundlegend KLATT/SCHMIDT, Spielräume, 5, 43, die zwischen rechtlichen Spielräumen aufgrund normativer Ungewissheit, weil etwas weder ge- noch verboten ist, sowie politischen Spielräumen unterscheiden.

1036 H. HUBER, Konkretisierung, 197.

1037 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 54 und dort Fn. 148; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 210 ff.; grundlegend B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen.

1038 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 231.

1039 Vgl. G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 54 und dort Fn. 148; grundlegend MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen.

1040 EICHENBERGER, Partialrevision, 210; vgl. auch BRYDE, Verfassungsentwicklung, 348 f.; KLATT, Konkordanz, 262.

spielraum anknüpfen. Verfassungsentwicklung im Rahmen der Gesetzgebung ist nach allgemeiner Auffassung ein politischer Prozess,[1041] der sich (primär) nach dem Massstab der politischen Zweckmässigkeit und Opportunität richtet, nicht (nur) dem Recht.[1042] Lange galt Gesetzgebung als politische Kunst frei von rechtlicher Determination.[1043] Dank den Beiträgen von E. HUBER[1044], BURCKHARDT[1045], NOLL[1046] sowie G. MÜLLER und UHLMANN[1047] betrachtet die schweizerische Verfassungsdogmatik Rechtsetzung heute indes nicht mehr als blosse «Kunst» und Reservat der Politik. Rechtsetzung wird als eine «multidisziplinäre Disziplin»[1048] zwischen Rechtswissenschaft, Politologie, Soziologie, Ökonomie und Naturwissenschaften angesehen, die mithilfe von «Methoden der gesetzgeberischen Entscheidfindung»[1049] in einem abgestuften Verfahren[1050] zu «richtigen», «guten», «gerechten», oder «fairen» Rechtsnormen führt.[1051]

Die Verfassungsdogmatik systematisiert die Gesetzgebung heute daher im Schnittpunkt zwischen der Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben und politischer Dezision.[1052] Grossmehrheitlich[1053] wird dabei zwischen dem äusse- 271

[1041] BRYDE, Verfassungsentwicklung, 111 ff. im Titel; ebenso GIACOMETTI, Auslegung, 31: «Die Bundesversammlung lässt sich bei der Verfassungsauslegung […] vorab von politischen Gesichtspunkten leiten und ordnet jeweils juristische Erwägungen den politischen unter».

[1042] Vgl. So BURCKHARDT, Organisation, 241; ebenso G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 54 und dort Fn. 148; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 287 ff.; EICHENBERGER, Partialrevision, 210.

[1043] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 43; vgl. auch das Zitat von BURCKHARDT in Fn. 1514.

[1044] E. HUBER, Rechtsverwirklichung, 354.

[1045] BURCKHARDT, Methode, 243 ff.

[1046] NOLL, Gesetzgebungslehre.

[1047] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre.

[1048] NOLL, Gesetzgebungslehre, 64 ff.; vgl. auch G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 3.

[1049] Die Formulierung beruht auf WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 168.

[1050] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtssetzungslehre, Rz. 100 ff., verweisen auf die Phasen der Impulsgebung (I), der Aufnahme des Ist-Zustandes (II), dem Festlegen und Präzisieren von Zielen (III), der konzeptionellen Vorarbeit (IV), der Redaktion des Entwurfs (V), der Überprüfung des Entwurfs (VI), dem Fassen eines Beschlusses (VII), der Publikation (VIII), dem Inkraftsetzen (IX) sowie der Kontrolle der Wirkung und der Korrektur von Mängeln (X); vgl. auch WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 170 ff.

[1051] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 42.

[1052] Die Formulierung beruht auf WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 188.

[1053] WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 168 ff.; HÖHN, Methodik, 11 ff.; NOLL, Gesetzgebungslehre, 72 ff.; ähnlich auch der Tenor bei G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 31 ff.

ren, rechtlich determinierten und dem inneren, politisch geprägten Gesetzgebungsverfahren unterschieden, die in einem Gesamtvorgang miteinander verbunden werden. In Verarbeitung dieser Dichotomie verortet die vorherrschende Verfassungsdogmatik die Eigenart legislativer Verfassungsentwicklungsbefugnisse primär in der Wirkweise des rechtlichen Rahmens (Abschnitt a), dem Verhältnis von Rahmen und Gestaltungsspielraum und der legislativen Gestaltung innerhalb entsprechender Spielräume (Abschnitt b).

a) Verfassungsumrahmte Gesetzgebung

272 Die Bundesverfassung normiert die gesetzgeberische Gestaltung zwar nicht durch,[1054] doch der Gesetzgeber bleibt nach allgemeiner Auffassung durch die Bundesverfassung «streng und unentrinnbar eingefasst»[1055].[1056] Neben dem politisch Möglichen und politisch Nötigen wirkt also auch das übergeordnete Recht steuernd auf die Gesetzgebung ein.[1057] Gesetzgebungsakte, welche das übergeordnete Recht missachten, qualifiziert die Literatur als verfassungswidrig:[1058] Für die kantonale Rechtsetzung gegenüber Bundesrecht gilt dies aufgrund von Art. 49 Abs. 1 BV genauso wie für die Bundesgesetzgebung gegenüber der Bundesverfassung – Art. 190 BV hin oder her.[1059] Eine rahmenverletzende Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen führt zwar nicht zur Nichtigkeit eines Gesetzes. Verfassungsmässiges Verhalten liegt jedoch im ureigenen Interesse des Gesetzgebers selbst, weil dieser sich verfassungstreu verhalten will und muss.[1060] MESSERSCHMIDT spricht diesbezüglich von einer verfassungsrechtlichen Obliegenheit des Gesetzgebers,[1061] in der Schweizer Literatur haben sich diesbezüglich die Begriffe «Verfassungsdirektive»[1062] und «staatspolitische Maxime»[1063] eingebürgert, zuweilen ist auch von «Verfassungskonventionen»[1064] die Rede.

1054 G. MÜLLER, Methodik, 13 f.; NOLL, Gesetzgebungslehre, 103.

1055 EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232.

1056 REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 56; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 287; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232; BADURA, Verfassungskonkretisierung, HStR, § 265, N 20.

1057 SCHUPPERT, Gute Gesetzgebung, 15.

1058 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 53.

1059 Nach F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 399, bleibt die Verfassung «nicht bloss das oberste und unverrückbare Gesetz für Bürger und Behörden, sondern auch für den Gesetzgeber; deren Schranken darf er nicht durchbrechen».

1060 Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit des Gesetzgebers Rz. 579 ff. sowie Rz. 640 ff.

1061 MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 874 f.

1062 So etwa bei RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 701.

1063 SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 3; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 16.

1064 L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 123.

b) Verfassungsdurchdrungene Spielräume der Gesetzgebung

Ob und wieweit die Bundesverfassung auch verfassungsrechtliche Sorgfaltspflichten an die Gesetzgebung innerhalb legislativer Gestaltungsspielräume stellt und diese durchdringt, ist in der Literatur nicht restlos geklärt.[1065] Im Wesentlichen lassen sich drei Grundthesen über die inhaltlich-methodischen Anforderungen der Bundesverfassung an die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen nachzeichnen: Eine erste Sichtweise verschreibt sich einlinig dem Demokratieprinzip. Innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums folgt staatliche Gestaltung danach politischen Rationalitäten, bleibt auf die Kompromissbildung mittels Abwägung verschiedener Interessen ausgerichtet und richtet sich nach informellen Regeln.[1066] Was der Gesetzgeber innerhalb seines verfassungsrechtlich konstituierten Spielraums tut, «kümmert […] die Verfassung prinzipiell und allgemein nicht».[1067] Er unterliegt weder verfassungsrechtlichen Optimierungspflichten noch einer Begründungspflicht für seine Tätigkeit, so die These. Kurzum: «Der Gesetzgeber schuldet gar nichts anderes als das Gesetz.»[1068] Eine zweite Sichtweise nähert sich der Gesetzgebungsmethode einlinig aus dem Blickwinkel des Rechtsstaates. Nach ihr sind im Rahmen der Gesetzgebung neben den Verfahrensregeln auch verfassungsrechtlich abgesicherte Prinzipien der Willensbildung bestmöglich einzuhalten.[1069] Dadurch wird eine optimale Methodik der Gesetzgebung gleichsam zur Verfassungspflicht.[1070] Eine dritte, vermittelnde Sichtweise überträgt die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerlehre auf die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers: Politische Gestaltung im Rahmen der Gesetzgebung unterliegt danach im Grundsatz keinen methodischen Vorgaben der Verfassung.[1071] Die Überschreitung, die Unterschreitung oder ein Missbrauch gesetzgeberischer Gestaltungskompetenzen kann jedoch zur verfassungswidrigen Ausübung gesetzgeberischer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene führen.[1072] Das Ergebnis der Rechtsetzung darf nach dieser These der Verfassung nicht widersprechen und muss gewisse Minimalanforde- 273

[1065] Vgl. zur Diskussion G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 46.

[1066] MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 829 f.

[1067] EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 232.

[1068] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 50; vgl. auch MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 844.

[1069] Siehe bei SCHUPPERT, Gute Gesetzgebung, 9 ff.; vgl. auch G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 49.

[1070] Siehe bei SCHUPPERT, Gute Gesetzgebung, 9 ff.; MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 842 ff.

[1071] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 55.

[1072] G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 54; MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 848.

rungen einer rationalen Willensbildung und Entscheidungsfindung wahren.[1073] Vieles spricht für eine entsprechende Haltung des Bundesgerichts, zumal es bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit von Gesetzen eine geringe Prüfdichte anwendet und erst eingreift, wenn Massnahmen des Gesetzgebers offensichtlich ungeeignet sind.[1074]

IV. Würdigung: Angenommene Volksinitiativen im Lichte der Verfassungsdogmatik

274 Welche Erkenntnisse liefern die existierenden Konzepte, die Verfassungsentwicklung als Verfassungsfrage reformulieren, für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen? Die Perspektive der Verfassungsdogmatik rückt den Gegenstand, die zuständigen Organe und das Vorgehen der Verfassungsentwicklung in ein neues Licht.

275 Im Hinblick auf den *Gegenstand* erweisen sich angenommene Volksinitiativen als Bestandteile des verfassungsrechtlichen Rahmens. Die Literatur qualifiziert solche Verfassungsnormen vor allem als materielle Verfassungsdirektiven, die Handlungsaufträge für die Politik vorgeben. Aufgrund ihrer Normbiografie, und weil sie mitunter Widerspruch gegenüber bestimmten Formen politischer Gestaltung artikulieren, kann angenommenen Volksinitiativen aber regelmässig auch etwas Bollwerkhaftes attestiert werden.

276 Im Hinblick auf die *zuständigen Organe* weist eine verfassungsdogmatische Perspektive aus, dass verschiedene Organe als Verfassungsinterpreten in Frage kommen, deren Befugnisse in Konkurrenz zueinander stehen können. Zudem geht die Verfassungsdogmatik – ohne dies vertieft zu begründen – davon aus, dass die Befugnisse des Bundesgerichts als oberste rechtsprechende Behörde weiter gehen als jene des Bundesverwaltungsgerichts;[1075] der Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung grösser ist als jener von judikativen Befugnissen zur Verfassungsentwicklung im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle von Staatsakten im Nachhinein.[1076] Ob dies auch im Kontext angenommener Volksinitiativen der Fall ist, diskutiert das Schrifttum nicht.[1077]

1073 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 53 ff.

1074 Siehe G. MÜLLER, Methodik, 18.

1075 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 20; BOROWSKI, Subjekte, HStR, § 274, Rz. 11, 41 ff.

1076 So KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 198 ff.; vgl. auch BOROWSKI, Subjekte, HStR, § 274, Rz. 36; Wohl auch EHMKE, Verfassungsinterpretation, 67; grundlegend zum Umfang legislativer Kompetenzen zur Verfassungsentwicklung auch Rz. 554 ff.

1077 Grundlegend dazu Rz. 541 ff., insb. Rz. 572.

In Bezug auf die *Methode* hat sich in der Verfassungsdogmatik für die näheren Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative das «Modewort»[1078] der «Umsetzung von Volksinitiativen» eingebürgert,[1079] das Umsetzungsspielräume und einen verbindlichen Verfassungsrahmen impliziert.[1080] Es sei geradezu der Zweck angenommener Volksinitiativen, den hoheitlichen Gestaltungsspielraum einzuzonen, «weil man gewisse Fragen ganz bewusst nicht dem Gesetzgeber überlassen will».[1081] Der mit einer angenommenen Volksinitiative einhergehende Umsetzungsspielraum hängt nach allgemeiner Auffassung von der Normstruktur des neuen Verfassungstexts ab.[1082] «Verfassungsbestimmungen können genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung – ganz oder teilweise – mit Wirkungen auch für Private unmittelbar Anwendung zu finden. Ob dies der Fall ist, muss auslegungsmässig ermittelt werden, wobei den diesbezüglich bestehenden verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist.»[1083] Abstrakt ist dagegen nichts einzuwenden, die in der Praxis im Vordergrund stehenden konkreten Grenzverläufe zwischen Spielraum und Rahmen einer angenommenen Volksinitiative bleiben indessen unklar. Nicht zuletzt deshalb werden Gestaltungsbefugnisse zur näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen in der Verfassungspraxis regelmässig bis an die Grenzen des Zulässigen – und zuweilen auch darüber hinaus[1084] – ausgeübt.[1085] 277

[1078] So HANGARTNER, Unklarheiten, 472; vgl. WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 94 ff.; dem Thema «Umsetzung von Volksinitiativen» widmete sich etwa LeGes 2015/3; ebenso der Titel bei MUSLIU, Umsetzung.

[1079] Kritisch WALDMANN, Umsetzung, 522.

[1080] MUSLIU, Umsetzung, 30 ff., 319 ff.; SEFEROVIC, Volksinitiativen, Rz. 165 ff.; HANGARTNER, Unklarheiten, 477 ff.; EICHENBERGER, Partialrevision, 219 ff.; BOILLET/LAMMERS, Mise en œuvre, 523 ff.

[1081] VOGEL, Verfassungsgebung, 18.

[1082] M.w.H. Rz. 305 ff.; so auch MUSLIU, Umsetzung, 319 ff.; WALDMANN, Umsetzung, 526 f.; BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4.

[1083] So BGE 139 I 16, 25, 4.2.3; HANGARTNER, Unklarheiten, 476 f.; WALDMANN, Umsetzung, 526 f.; BIAGGINI, Unmittelbare Anwendbarkeit, 581.

[1084] So Votum BR Leuthard, AB S 2014 931.

[1085] BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4.

D. Zwischenfazit: Verfassungsentwicklung als dialektischer Vorgang von Erkenntnis und Entscheiden

278 Wie sind Verfassungsnormen unter Rücksicht auf die Verfassungsstabilität und die Verfassungsdynamik näher auszugestalten? Eine Analyse der bestehenden Konzepte zur Bestätigung, Anreicherung und Entwicklung von Verfassungsrecht hat verdeutlicht, dass Verfassungsentwicklung weder als blosse Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers durch Auslegung noch als vollends vom Vorentscheid des Verfassungsgebers abgelöster Entscheidungsvorgang gilt. Verabsolutierungen auf beide Seiten hin vermögen das Ganze der Verfassungsentwicklung nicht zu erfassen, verkennen den methodischen «acquis suisse»[1086] und führen zur Missachtung von positivem Verfassungsrecht. So erstaunt es denn auch nicht, dass der vorherrschende Grundtenor in der Verfassungsdogmatik das Bündel an Vorgängen, die wir hier als Verfassungsentwicklung bezeichnet haben, als Prozess von stabilisierender Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers und der dynamisierenden Konstruktion präziserer Entscheide in deren Sinne umschreibt. Das Koordinatennetz der Bundesverfassung vermittelt diesem Verfassungsentwicklungsprozess die notwendige Orientierung: Ein rechtlicher Rahmen, zu dem neben der angenommenen Volksinitiative weitere institutionelle und materielle Verfassungsdirektiven zählen, setzt der Ausübung von Verfassungsentwicklungskompetenzen im Dienst der Verfassungsstabilität Schranken. Innerhalb solcher verfassungsrechtlich umzonten Bereiche ermächtigen entsprechende Gestaltungskompetenzen das zuständige Organ nach allgemeiner Auffassung zur dynamisierenden Verfassungsentwicklung.

279 Eine Analyse der bestehenden Konzepte zur Verfassungsentwicklung in Lehre und Praxis zeigt, dass es nicht die eine Methode der Verfassungsentwicklung gibt, sondern verschiedene Konzepte mit unterschiedlicher Methodenqualität zusammen für eine verlässliche Klärung der Tragweite einer Verfassungsnorm sorgen. Die in der Literatur nach wie vor präsente Dichotomie zwischen Gleichsetzung (LABAND) und Eigenart (Justice Marshall) von Verfassung und Gesetz im Hinblick auf die Methode verstellt den Blick auf die entscheidende Frage des Verhältnisses von stabilisierender und dynamisierender Verfassungsentwicklung mehr, als dass sie klärend wirkt. Vielmehr hat sich gezeigt, dass in der Literatur ganz verschiedene Muster für die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen existieren, drei Aspekte seien an dieser Stelle jedoch nochmals hervorgehoben: Erstens verlangen Verfassungs- wie auch Gesetzesnormen im Rahmen ihrer Bestätigung, Anreicherung und Entwicklung stets sowohl kognitive wie auch

[1086] Zum «acquis suisse» in methodischer Hinsicht Rz. 201 f.

schöpferische Tätigkeiten. Zweitens ist laut dem vorherrschenden Grundtenor unabhängig vom zuständigen Organ einheitlich mithilfe der klassischen Auslegungselemente zu eruieren, was der Verfassungsgeber im Hinblick auf den rechtlichen Rahmen der Verfassungsentwicklung in einer bestimmten Situation vorentschieden hat und welche Interpretationsspielräume er dabei beliess. Und drittens verlangt die Verfassungsdogmatik für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen im Grundsatz dasselbe Vorgehen wie für andere Verfassungsnormen. Zwischen einer angenommenen Volksinitiative und übrigem Verfassungsrecht bestehen im Hinblick auf die Methode also keine Unterschiede. Sofern zu Verfassungsrecht gewordenen Volksinitiativen überhaupt eine Eigenart attestiert wird, liegt diese nach der vorherrschenden Auffassung im Ausmass der damit verbundenen Steuerungsdefizite und dem erhöhten Bedarf an dynamisierender Verfassungsentwicklung als Konsequenz davon. Die dargestellten Muster der Verfassungsentwicklung werfen aber auch die Frage auf, ob sich die Verfassungsdogmatik auch für die verlässliche Klärung der Relationen verschiedener Verfassungsnormen auf diese Konzepte stützt oder die Koordination von angenommenen Volksinitiativen und vorbestehenden Verfassungsbestimmungen ein besonderes Vorgehen erfordern. Diese Fragen stehen im Zentrum des folgenden Kapitels.

Kapitel 4 Koordination als besondere Form der Verfassungsentwicklung

280 Wie systematisiert die Verfassungsdogmatik die besonderen Steuerungsprobleme, die das Phänomen von Verfassungsrecht im Widerspruch infolge einer angenommenen Volksinitiative hervorruft? Damit wird die Kernfrage der vorliegenden Untersuchung wieder ins Zentrum gerückt. Verkürzt erachten Lehre und Praxis die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen als besondere Form der Verfassungsentwicklung. Dass Vorentscheide des Verfassungsgebers in Bezug auf den materiellen Gehalt einer Verfassungsnorm nicht dasselbe sind wie solche über ihr Verhältnis zu anderen Normen oder Normordnungen, findet dabei nicht immer die notwendige Beachtung. Das bisher eher intuitiv verwendete Sprachbild der «Koordination»[1087] soll diesen gegenstandsbezogenen Unterschied terminologisch hervorheben. Das Bündel an Methoden und Vorgängen, das wir hier als «Koordination» bezeichnen wollen, bezieht sich also nicht auf die Ausformung des Gehalts einer Norm, sondern das Bestätigen, Anreichern und Entwickeln ihres normativen Kontextes.

281 Das nachfolgende Kapitel will die bestehenden Lösungsansätze in der Verfassungsdogmatik zur Koordination von Verfassungsnormen nachzeichnen und darlegen, wie Lehre und Praxis Relationen zwischen Normen auf möglichst verlässliche Weise klären. Dafür sind die gewonnenen Erkenntnisse über die Verfassungsentwicklung im Allgemeinen zu verifizieren und im Hinblick auf die Eigenart von Koordinationstätigkeiten zu verdichten. Das Viereck der Verfassungsgestaltung rückt dabei folgende Fragen in den Vordergrund: Was ist der Gegenstand einer Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen infolge einer angenommenen Volksinitiative (Abschnitt A)? Was ist ein Widerspruch zwischen Verfassungsnormen, welche Ziele verfolgt die Verfassungsdogmatik bei der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen und weshalb besteht ein unermessliches Interesse, Widersprüche zwischen Rechtsnormen zu begradigen (Abschnitt B)? Wen ermächtigt die Bundesverfassung, widersprüchliche Verfassungspflichten infolge einer angenommenen Volksinitiative zu koordinieren (Abschnitt C)? Und welches sind die Methoden, die Einsicht in die verlässliche Bestätigung, Anreicherung und Entwicklung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen vermitteln (Abschnitt D)? Zum Schluss ist darzutun, dass

[1087] Den Begriff verwenden auch DIGGELMANN, Targeted sanctions, 322; PERRIN, Conflits, 11 ff.

und weshalb Widersprüche zwischen Verfassungsnormen gemäss dem vorherrschenden Grundtenor zu begradigen sind (Abschnitt E).

A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Gegenstand der Koordination

Auf welchen Gegenstand bezieht sich die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen infolge einer angenommenen Volksinitiative? Wie bereits angetönt, ist der Gegenstand der Koordination ein anderer als jener der allgemeinen Verfassungsentwicklung. In Frage steht weniger der Gehalt als vielmehr die Normposition einer angenommenen Volksinitiative im Rechtsgefüge und ihr Verhältnis zu vorbestehenden Normen. Das Erkenntnisinteresse bezieht sich auf die Diskrepanz zwischen den Gehalten verschiedener Verfassungsnormen, nicht auf jene zwischen der Verfassungsnorm und der Wirklichkeit. Kurzum: Es ist zu klären, welche Vorentscheide des Verfassungsgebers im Hinblick auf den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative im Rechtsgefüge existieren und wie sich eine neue Verfassungsnorm gegenüber anderen Verfassungsvorgaben verhält.[1088] Die nachfolgenden Ausführungen wollen darlegen, wie die Verfassungsdogmatik den normativen Kontext von Verfassungsnormen umschreibt (Abschnitt I) und welche Rolle das Postulat der Widerspruchslosigkeit der Bundesverfassung dabei spielt (Abschnitt II). 282

I. Normposition und normativer Kontext angenommener Volksinitiativen

Lehre und Praxis unterscheiden im Hinblick auf die Normposition und den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative im Rechtsgeflecht zwischen drei verschiedenen Dimensionen: der vertikalen, der horizontalen und der temporalen Dimension.[1089] 283

Die *vertikale Dimension* des normativen Kontextes einer Verfassungsnorm bezieht sich auf ihre Stellung in der Gesamtrechtsordnung.[1090] Sie ist vor allem durch die Höchstrangigkeit[1091] von Verfassungsrecht gekennzeichnet. Eine klare 284

[1088] BGE 116 Ia 359, 369, E. 6.

[1089] M.w.H. dazu Rz. 188 sowie Rz. 327–329.

[1090] F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 182.

[1091] Siehe statt vieler AUBERT, Constitution, 40 f.; GRABENWARTER, Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung, in: Verfassungstheorie, § 11, Rz. 1 ff.

Regelung der Relation zwischen Verfassungsnormen und völkerrechtlichen Vorgaben fehlt jedoch.[1092] Und eine schematische Überordnung von Verfassungsnormen gegenüber Gesetzesbestimmungen vermittelt aufgrund der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen für die rechtsanwendenden Behörden kraft Art. 190 BV ebenfalls ein verzerrtes Bild. Die vertikale Dimension des normativen Kontextes von Verfassungsnormen ist somit uneinheitlich geregelt.[1093]

285 Die *horizontale Dimension* des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative umschreibt die Normposition einer Verfassungsnorm innerhalb der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zu Bestimmungen derselben.[1094] Sie ist – anderslautende Vorgaben des Verfassungsgebers vorbehalten – von der «abstrakten Gleichwertigkeit»[1095] von Verfassungsnormen geprägt. Im Grundsatz stehen Verfassungsnormen nach allgemeiner Auffassung weitgehend ohne systematisch-inhaltliche Koordination nebeneinander, sind bloss lose miteinander verbunden und von einer allgemeinen «Koordinationsoffenheit»[1096] geprägt. Angenommene Volksinitiativen können daher den Regelungsanspruch anderer Verfassungsnormen überschneiden oder dieselbe Sache im Widerspruch zu anderen Verfassungsvorgaben regeln.[1097]

286 Die *temporale Dimension* des normativen Kontextes bezieht sich zum einen auf die Wirkung neu erlassener Verfassungsnormen auf das vorbestehende Rechtsgefüge, zum andern auf die Änderung des Normsinns und des normativen Kontextes von Verfassungsnormen im Wandel der Zeit. Darüber hinaus ist die temporale Dimension des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative wesentlich von der Eigenart geprägt, dass sie im Verfahren der Verfassungsteilrevision zu einem bestehenden Verfassungsgefüge hinzutritt und damit Einfluss auf den normativen Kontext bestehender Verfassungsnormen nimmt.[1098] Regelt eine solche Bestimmung eine Sache anders als bestehende Verfassungsnormen, ohne sie ausser Kraft zu setzen oder die Relation zu ihnen ausdrücklich zu regeln, so kann das in einer oder auch mehreren Dimensionen des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative zu Koordinationsproblemen

---

1092 M.w.H. zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht Rz. 621 ff.

1093 Siehe Rz. 327.

1094 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 29; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 196 ff.

1095 In der Lehre TSCHANNEN Staatsrecht, § 4, Rz. 13 ff.; ebenso der Bundesrat in Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

1096 Der Begriff ist entnommen bei DIGGELMANN, Targeted sanctions, 318.

1097 Vgl. dazu auch Rz. 123 ff.

1098 M.w.H. zum Integrationsbedarf angenommener Volksinitiativen Rz. 121 f.

führen. Zusammengefasst ist der normative Kontext von Verfassungsnormen demnach in unterschiedlichen Dimensionen «koordinationsoffen».

II. Widerspruchslosigkeit als Postulat über normative Kontexte

Nach der vorherrschenden Auffassung sind sämtliche Dimensionen des normativen Kontextes von Verfassungsnormen imprägniert von den miteinander verwandten Postulaten der «Einheit»[1099] und der «Widerspruchslosigkeit»[1100] des Rechts respektive der Bundesverfassung. Dahinter steht die Idee eines kohärenten Ordnungsgefüges, in dem eine angenommene Volksinitiative ihren vorbestimmten Platz besitzt. Die Vorstellung des Rechts als logisch geschlossene Normeinheit frei von Widersprüchen prägte bereits die frühe Naturrechtslehre, die das Rechtssystem als «logischen Organismus» oder «auf die göttliche Einheit bezogene» Ordnung verstand.[1101] Die Begriffsjurisprudenz und der Positivismus haben das Postulat der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung[1102] respektive der Verfassung schliesslich auf den Sockel gehoben, auf dem es heute steht.[1103] 287

Gewiss stand und steht das Postulat der Widerspruchslosigkeit der Verfassung in Kritik. «Das geschriebene Bundesverfassungsrecht bildet kein strenges und geschlossenes System, in dem vollends widerspruchsfreie und aus nahtlos harmonisierten materiellen Fundierungen heraus die rechtliche Grundordnung in Er- 288

1099 Grundlegend F. MÜLLER, Einheit der Verfassung, 225 ff. und passim; siehe auch EPINEY, Einheit, in: NZZ vom 31. Januar 2014; REICH, Verfassungsverwirklichung, 116.

1100 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 12 ff.; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 38 ff.; F. MÜLLER, Einheit, 103 ff.; vgl. auch CANARIS, Systemdenken, 112 ff.

1101 Das «ius humanum» ist danach dem in der «lex aeterne» wurzelnden «ius divinum» untergeordnet, das als «ius divinum naturale» und als «ius divinum positivum» in Erscheinung treten kann; m.w.H. MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 20, Rz. 2 ff.

1102 JHERING, Geist des Römischen Rechts, 25 f., erachtet es als die Aufgabe der Rechtswissenschaft, «die äussere sichtbare Oberfläche des Rechts» in der Form von Rechtssätzen zu durchdringen, zum Rechtssystem als der «inneren Ordnung der Sache selbst» vorzudringen und dieses zu erfassen; a.M. KELSEN, Reine Rechtslehre, 368; vgl. auch WINKLER, Einheit, 183 ff.; m.w.H. zur Begriffsjurisprudenz auch Rz. 195.

1103 Statt vieler BURCKHARDT, Methode, 121, nach dem die «einzelnen Vorschriften der Rechtsordnung nach einem einheitlichen Plane» zu gliedern seien, «der Sicherheit gewährt dafür, dass die Teile sich nicht widersprechen und dass nicht notwendig zu beantwortende Fragen unbeantwortet bleiben; dass die Teile also gewissermassen nicht übereinander greifen, noch auseinanderklaffen, sondern sich in einem harmonischen Ganzen zusammenfügen».

scheinung träte».[1104] «Eine Verfassung ist keine stilistische Examensarbeit», so GOTTFRIED KELLER, «die sogenannten logischen, schönen, philosophischen Verfassungen haben sich nie eines langen Lebens erfreut».[1105] Das heutige Schrifttum umschreibt die Bundesverfassung denn auch als «eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge»[1106].

289 Umgekehrt: Das Postulat der Widerspruchslosigkeit wirkt allen (berechtigten) Einwänden zum Trotz bis heute als regulative Idee[1107] für die Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen. Die Bundesverfassung bilde einen «zwar vielseitigen und keineswegs spannungslosen, aber doch auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteten Ordnungszusammenhang».[1108] Wenn nicht vorgegeben, so sei die Widerspruchslosigkeit der Verfassung im Sinne einer «legalen Fiktion»[1109] zumindest aufgegeben; sei allein schon «aus Gründen der Vernunft»[1110] immer wieder aufs Neue herzustellen. Und laut dem Bundesgericht ist eine angenommene Volksinitiative «mit Blick auf […] minimale Einheit zu interpretieren; sie soll ein Mindestmass an Widerspruchsfreiheit aufweisen».[1111]

290 Wir stellen fest: Die heutige Verfassungsdogmatik positioniert sich ambivalent zum Postulat der Widerspruchslosigkeit der Bundesverfassung: Mit Recht wurde die Bundesverfassung nie als widerspruchsloses System im Sinne eines Faktums gesehen. Zugleich bleibt sie aber eben auch heute auf ein «Mindestmass an Widerspruchsfreiheit» angewiesen zur Vermittlung von Stabilität und Kontinuität

---

1104 So EICHENBERGER, Partialrevision, 214; SGK-BV, B. EHRENZELLER/GERTSCH, Art. 139, Rz. 56; ebenso RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 128; HANGARTNER, Grundzüge I, 29; H. HUBER, Formenreichtum, 183.

1105 Mit Hinweisen auf das Original F. FLEINER /GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 18, Fn. 46; vgl. auch G. JELLINEK, Staatslehre, 353, 356 ff., der schon früh vom «falschen Dogma der Geschlossenheit des Rechtssystems» sprach.

1106 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 63 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 521 ff.; HÄFELIN, Verfassungsgebung, 116.

1107 MOSER, Unterschätzte Verfassung, 13; CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 74; wohl auch BURCKHARDT, Methode, 270; kritisch F. MÜLLER, Einheit, 99 f.

1108 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 77; REICH, Konflikt, 1006; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; BÄUMLIN¸ Geschichte, 27, verortet die Einheit des Rechts in seiner Grundaporie.

1109 CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 25.

1110 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40.

1111 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; vgl. auch BGE 116 Ia 359, 375, E. 8c; vgl. auch die Formulierung von SCHÖNFELD in Fn. 1355.

staatlicher Gestaltung.[1112] Es scheint, als versuchen Lehre und Praxis nicht mehr zu belegen, dass es eine göttliche Einheit des Rechts gibt, sondern, weshalb und wie an eine gewisse Widerspruchslosigkeit des Rechts geglaubt werden muss, um normative Erwartungen durch die Koordination gegenläufiger Bestimmungen zu verwirklichen. Das unermessliche Interesse an der Begradigung von Widersprüchen ist heute somit nicht mehr gegenstandsbedingt, weil das Postulat der Widerspruchslosigkeit weniger den normativen Kontext von Verfassungsnormen – den Gegenstand – präzisiert, sondern das Ziel der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch.

B. Weshalb: Widerspruchslosigkeit als Fluchtpunkt der Koordination

Was ist ein Widerspruch zwischen Verfassungsnormen und weshalb ist er zu begradigen? Die Koordination von Rechtsnormen als Vorgang und Tätigkeit bleibt massgeblich beeinflusst vom damit angestrebten Ziel, Widersprüche zwischen Verfassungsnormen aufzulösen. Widersprüche zwischen Rechtsnormen lähmen, so die These des vorherrschenden Grundtenors, staatliche Entscheidungsprozesse und erschüttern deren Steuerungskraft.[1113] In diesem Sinne umschreibt BURCKHARDT den Normwiderspruch als «logischen Mangel» im Recht, der ein «folgerichtiges […] zu Ende denken» des positiven Rechts verunmöglicht.[1114] Mit dieser Sichtweise bedient sich die Rechtsdogmatik eines ganz bestimmten, von der Wissenschaft der Logik eingefärbten Begriffs des Widerspruchs,[1115] wonach die Wahrheit der einen Aussage die Falschheit einer anderen zur Folge hat, sodass die Wahrheit einer der Aussagen von Beginn weg nicht existiert.[1116] 291

[1112] So BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

[1113] G. MÜLLER, Einführung, 371; BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

[1114] BURCKHARDT, Methode, 258, 263; ebenso WINKLER, Einheit, 178 ff.; SCHLUEP, Einladung, Rz. 1093 ff.

[1115] M.w.H. zum Widerspruch in der Schweizer Literatur G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 212 ff.; OTT, Methode, 201 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 33 ff.; ENGISCH, Einführung, 223; KELSEN, Norm, 99 ff., der vom «Normenkonflikt» spricht; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 39 ff.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 15 ff.; HOTZ, Rechtsetzung, 191 ff.; GÜNTHER, Kohärenz, 168 ff.

[1116] Bereits in der Antike galt die Situation des Widerspruchs als das sicherste von allen Prinzipien, weil sie keiner weiteren Begründung im Sinne einer Herleitung fähig sei (sog. anhypotheton), da alle weiteren Prinzipien ihn bereits voraussetzen. So explizit ARISTOTELES, Metaphysik der Sitten, 1011b 14, «[…] dass der Satz, kontradiktorische Aussagen können nicht zugleich wahr sein, der sicherste unter allen ist»; m.w.H. HOTZ, Rechtsetzung, 191 ff.; differenziert zur Logik in der Rechtswissenschaft RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 209 ff.; ENGISCH, Einheit, 46 ff.; WINKLER, Einheit,

292 Die nachfolgenden Ausführungen erörtern, worin das Schrifttum den Wesenszug von Widersprüchen zwischen Rechtsnormen verortet (Abschnitt I) und zwischen welchen Widerspruchsarten und -begriffen die Literatur unterscheidet (Abschnitt II). Ausserdem wird dargelegt, «dass» und «weshalb» die Figur des Widerspruchs nach der vorherrschenden Auffassung das Koordinationsziel als konditionale Struktur präzisiert, die in einer bestimmten Konstellation gewisse Ziele vorgibt (Abschnitt III).

I. Widerspruch: Geltungs- oder Anwendungsproblem?

293 Die widerspruchslose Verfassung, die perfekte Verfassungsnorm und die darin vorgegebene, einzig richtige Lösung sind laut KELSEN zwar allesamt Leitbilder,[1117] die von einem idealen Prozess der Verfassungsrechtsetzung ausgehen. Doch könne die Möglichkeit nicht geleugnet werden, «dass Rechtsorgane tatsächlich Normen setzen, die miteinander in Konflikt stehen».[1118] «Trotz der absehbaren Möglichkeit ihrer Kollision», präzisiert GÜNTHER, «halten wir beide Gebote nicht für ungültig und würden es merkwürdig finden, wenn ein Diskurs über die Gültigkeit einer der beiden Normen wegen dieser Kollisionsmöglichkeit zu einem entgegengesetzten Ergebnis führte».[1119] Aufgrund der Knappheit von Wissen, Zeit sowie politischen Überlegungen werden auch zahlreiche Normen in Kraft gesetzt, die mangelhaft sind und mitunter zu anderen Vorgaben im Widerspruch stehen – auch und gerade im Verfahren der Verfassungsrevision.[1120] Da die Geltung einer Norm ihre spezifische Existenz sei, kann ein Normenkonflikt nach KELSEN nicht mit einem logischen Widerspruch,[1121] sondern nur mit zwei in entgegengesetzter Richtung auf denselben Punkt wirkenden Kräften verglichen werden. Schliesslich sei ein Normenkonflikt «ein unerwünschter, aber möglicher und gar nicht seltener Fall».[1122] Zusammengefasst erzeugen Widersprüche im

---

173 ff.; OTT, Methode, 201 ff.; zum rechtlichen Widerspruch als logisches Problem HOTZ, Rechtsetzung, 191 ff.; F. MÜLLER, Einheit, 195 f.; kritisch MARTENS, Methodenlehre, 417.

1117 GÜNTHER, Kohärenz, 167; zum Ideal der einzig richtigen Lösung B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 273, unter Verweis auf DWORKIN.

1118 KELSEN, Reine Rechtslehre, 368 ff.

1119 GÜNTHER, Kohärenz, 168 f.

1120 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 11 f.; GÜNTHER, Kohärenz, 167.

1121 KELSEN, Norm, 101, «Im Falle eines logischen Widerspruchs zwischen zwei Aussagen ist eine der beiden Aussagen von Anfang an unwahr. Ihre Wahrheit wird nicht aufgehoben, sie ist von Anfang an nicht vorhanden.»; ebenso KELSEN, Reine Rechtslehre, 368 ff.

1122 KELSEN, Norm, 101; ebenso BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 41; a.M. NAWIASKY, Rechtslehre, 113.

Recht somit Anwendungsprobleme, keine Geltungsprobleme, wie zuweilen behauptet.[1123]

II. Arten und Begriffe rechtlicher Widersprüche

Mit der rechtsdogmatischen Figur des Widerspruchs wird im Allgemeinen ein Anwendungsproblem von Rechtsnormen umschrieben, bei dem zwei Normen dieselbe Sache womöglich oder tatsächlich in widersprüchlicher Art regeln.[1124] Nach KELSEN ist der Widerspruch eine Situation zwischen zwei Normen, in der «das, was die eine als gesollt setzt, mit dem, was die andere als gesollt setzt, unvereinbar ist, und daher die Befolgung oder Anwendung der einen Norm notwendiger- oder möglicherweise die Verletzung der anderen involviert».[1125] So klar dieser Grundsatz, so unscharf die Grenzverläufe der rechtsdogmatischen Figur des Widerspruchs: Die Literatur definiert den Begriff des Widerspruchs nämlich unterschiedlich weit, indem sie zwischen «scheinbaren»[1126], «möglichen»[1127] und «echten»[1128] Widersprüchen, «Konflikten»[1129] sowie «Kollisionen»[1130] unterscheidet. Zuweilen wird auch in Bezug auf den Ursprung von Widersprüchen in der Bundesverfassung unterschieden: Gewisse Widersprüche sind der Verfassung von Beginn weg enthalten,[1131] manche treten erst infolge einer Verfassungsteilrevision im Nachhinein hinzu und andere entstehen durch Wandel in der Wirklichkeit.[1132] 294

Die Literatur erhofft sich von einer auf ENGISCH[1133] zurückgehende Typologie von Anwendungsproblemen zusätzliche Konturen eines rechtsdogmatischen Widerspruchsbegriffs: Nach ihm entstehen *technische Widersprüche* durch die 295

[1123] NAWIASKY, Rechtslehre, 113.

[1124] KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 21 ff.; Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5383; GÜNTHER, Kohärenz, 173.

[1125] KELSEN, Norm, 99; ebenso ALEXY, Grundrechte, 78 ff.; OTT, Methode, 201; HOTZ, Rechtsetzung, 186; F. MÜLLER, Einheit, 195 ff.; vgl. auch BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 39 ff.; ebenso im Hinblick auf das Völkerrecht KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 21 ff.

[1126] BURCKHARDT, Methode, 263.

[1127] OTT, Methode, 201.

[1128] BURCKHARDT, Methode, 263.

[1129] KELSEN, Norm, 100 f.

[1130] HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 16.

[1131] So etwa der Widerspruch zwischen Art. 59 Abs. 2 und 3 BV sowie Art. 8 Abs. 3 BV.

[1132] ENGISCH, Einführung, 223, differenziert zwischen «primären» und «sekundären» Widersprüchen.

[1133] ENGISCH, Einheit, 41 ff., 43; ENGISCH, Einführung, 225 ff.; siehe auch MARTENS, Methodenlehre, 419 ff.

uneinheitliche Verwendung von Rechtsbegriffen. Sie lassen sich relativ leicht beheben, da ihnen keine normative Bedeutung zukommt.[1134] *Normwidersprüche* liegen vor, wenn eine Rechtsnorm ein bestimmtes Verhalten zugleich für rechtswidrig und rechtmässig erklärt.[1135] Solche Widersprüche sind im Rahmen der Rechtsfortbildung zu beseitigen.[1136] *Wertungswidersprüche* bestehen, wo neue Normen dem geltenden Recht zugrundeliegende Wertungen missachten und dadurch eine legale Ungleichbehandlung entsteht. Teils verlangt die Lehre, Wertungswidersprüche hinzunehmen, «weil die *lex lata* klar spricht»[1137]; teils fordert das Schrifttum eine Bewältigung solcher Widersprüche durch das «Einfügen in einen Regelungszusammenhang»[1138] mittels «Auslegung»[1139]. *Teleologische Widersprüche* treten auf, wenn eine Norm den Einsatz bestimmter Mittel oder Instrumente fordert, deren Wirkungen Bestrebungen anderer Normen zuwiderlaufen.[1140] Sie sind im Grundsatz auszuhalten, allerdings verweist die Literatur auf Ausnahmen.[1141] Ein *Prinzipienwiderspruch* liegt vor, wenn zwei Grundgedanken einer Rechtsordnung für dieselbe Sache massgebend sind und einander dabei zuwiderlaufen.[1142] Das Schrifttum ist sich uneinig, ob solche Widersprüche auszuhalten oder aufzulösen sind.[1143] CANARIS schlägt dafür das Prinzip der wechselseitigen Beschränkung hin zu einer «mittleren Lösung» vor.[1144]

296 Gerade im Verfassungsrecht hat sich neben dieser Widerspruchstypologie von ENGISCH, die auch im schweizerischen Schrifttum[1145] rezipiert wird, auch die Unterscheidung zwischen Regel- und Prinzipienkollision[1146] etabliert. Diese Typologie von ALEXY, die ursprünglich von DWORKIN stammt, unterscheidet zwischen Unterschiedlichen Auflösungsformen von Konflikten:[1147] Während

1134 ENGISCH, Einheit, 44; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 16 f.

1135 ENGISCH, Einheit, 46; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 17 ff.; eingehend BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 39 ff.

1136 ENGISCH, Einheit, 50.

1137 ENGISCH, Einheit, 84.

1138 BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 52 ff.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 19; wohl auch G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 217; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 872.

1139 ENGISCH, Einführung, 230.

1140 G. MÜLLER, Einführung, 372.

1141 ENGISCH, Einheit, 64 ff.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 19 f.

1142 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 20 f.; CANARIS, Systemdenken, 112 ff.

1143 Vgl. ENGISCH, Einführung, 231 ff.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 21.

1144 CANARIS, Systemdenken, 56, 115 f.

1145 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 214; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 872.

1146 ALEXY, Grundrechte, 77 ff.; vgl. auch BSK BV-BELSER, Einleitung, N 68 ff.

1147 ALEXY, Grundrechte, 77; m.w.H. auch Fn. 918.

Prinzipienkollisionen mittels Abwägung zu bewältigen seien, lassen sich Regelkonflikte mit «Regeln wie lex posterior derogat legi priori und lex specialis derogat legi generali» lösen.[1148]

HÖPFNER differenziert ferner zwischen Widersprüchen auf der Rechtsfolge- und auf der Tatbestandsseite. Bei Letzteren unterscheidet er zwischen kontradiktorischen Verhaltensanweisungen sowie konträren Ge- und Verboten, die beide nicht zugleich gelten können.[1149] Normwidersprüche auf der Rechtsfolgeseite seien immer aufzulösen,[1150] derweil bei Tatbestandswidersprüchen die Regelungsabsicht entscheidend ist, also ob ein bewusster Widerspruch oder ein Versehen vorliegt.[1151] 297

III. Konditionale Struktur des Widerspruchs

Die dogmatische Figur des Widerspruchs erscheint vor dem Hintergrund der gewonnenen Erkenntnisse weniger klar als gemeinhin vermutet, weil sie verschiedenste Probleme einer Zuordnung von Rechtsnormen anspricht. Umgekehrt zeigt sich, dass Lehre und Praxis den Widerspruch unabhängig von den begrifflichen Abgrenzungsschwierigkeiten[1152] erstens als normativen Zustand oder Konstellation, zweitens als normatives Ziel und drittens als konditionale Struktur verstehen.[1153] Mit anderen Worten richtet die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs staatliches Handeln im Falle eines bestimmten Ist-Zustandes (Tatbestand), also wenn Rechtsnormen zueinander im Widerspruch stehen, auf einen gewissen Soll-Zustand respektive ein Ziel aus (Rechtsfolge). 298

Den Widerspruch als *Ist-Zustand* versucht das Schrifttum auf unterschiedlichen Wegen zu erfassen: Teils wird zwischen dem zentralen und dem möglichen Anwendungsbereich gegenläufiger Normen unterschieden, über die zur Auslegung zusätzliche Erkenntnisse zu gewinnen sind.[1154] Teils weicht das Schrifttum der kniffligen Frage aus, wann respektive ab wann ein Widerspruch vorliegt, und systematisiert den Ist-Zustand des Widerspruchs prozedural in einem Koordinationsprozess oder institutionell über entsprechende Koordinationskompetenzen. Der angestrebte *Soll-Zustand* hinter der Figur des Widerspruchs ist in Literatur 299

1148 ALEXY, Grundrechte, 78; grundlegend zu den Derogationssätzen Rz. 323 ff.

1149 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 23 ff.

1150 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 26.

1151 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 32 f.

1152 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 215; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 23 ff.

1153 Vgl. G. MÜLLER, Einführung, 372; BURCKHARDT, Methode, 258 ff.; KELSEN, Norm, 101.

1154 OTT, Methode, 201.

und Praxis hingegen unbestritten. Ein Widerspruch zwischen Rechtsnormen markiert nach allgemeiner Auffassung einen «logischen Mangel»[1155] im Recht, eine «in der Rechtsordnung hervorgebrachte Sinnlosigkeit»[1156], die das Ziel staatlicher Gestaltung wie folgt präzisiert: Widersprüche im Recht sind zugunsten der Kohärenz der Rechtsordnung «auszuräumen».[1157] «Die Erkenntnis des Rechts […] geht», so KELSEN, «von der Annahme aus, dass Normenkonflikte innerhalb des ihr gegebenen Normenmaterials im Wege der Interpretation gelöst werden können und gelöst werden müssen».[1158]

300 Summarisch versteht die herrschende Verfassungsdogmatik die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs als konditionale Struktur, die einen Ist-Zustand (Tatbestand), in dem verschiedene Rechtsnormen dieselbe Sache womöglich oder tatsächlich widersprüchlich regeln, zur Gewähr von Stabilität und Kontinuität auf einen gewissen Soll-Zustand ausrichtet (Rechtsfolge), die Begradigung des Widerspruchs. Das Bündel an Vorgehen, die wir als Koordination bezeichnen, bezweckt somit nach allgemeiner Auffassung, den Zustand des Widerspruchs im Recht zu begradigen mit dem Ziel, die Steuerungskraft gegenläufiger Bestimmungen zurückzugewinnen.

C. Wer: Zuweisung von Koordinationskompetenzen

301 Wer ist für die Koordination einer angenommenen Volksinitiative zuständig, die anderen Verfassungsnormen widerspricht? Laut dem vorherrschenden Grundtenor ermächtigt der Verfassungsgeber andere Organe durch Koordinationskompetenzen dazu, Verfassungsnormen einander konkret zuzuordnen. «Treten in Folge einer Partialrevision Kollisionen zwischen Verfassungsnormen auf», so EICHENBERGER, «ergeht zunächst ein Auftrag zur Harmonisierung stillschweigend an diejenigen Staatsorgane, welche Verfassungsrecht handhaben, insbesondere konkretisieren oder interpretieren».[1159] Konsequenz davon sind Kompetenzkonkurrenzen in doppelter Hinsicht: einerseits zwischen den verfassungshandhabenden Organen untereinander (Abschnitt I); andererseits zwischen diesen und dem Verfassungsgeber (Abschnitt II). Die nachfolgenden Ausführungen wollen darlegen, wie die Verfassungsdogmatik solche institutionellen Unklarheiten bewältigt.

1155 BURCKHARDT, Methode, 258, 263; ebenso SCHLUEP, Einladung, Rz. 1093 ff.
1156 BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 40.
1157 ENGISCH, Einführung, 223.
1158 KELSEN, Reine Rechtslehre, 369.
1159 EICHENBERGER, Partialrevision, 215 und dort Fn. 11.

I. Kompetenzkonkurrenzen zwischen verfassungshandhabenden Organen

Für die Zuweisung von Koordinationskompetenzen zwischen Bundesversammlung, Bundesgericht, Bundesrat und Bundesverwaltung erhoffen sich Lehre[1160] und Praxis[1161] Erkenntnisse aus dem Kriterium der direkten Anwendbarkeit, das an der Textstruktur einer Verfassungsnorm anknüpft. 302

1. Zuweisung von Regelungslasten unter Verweis auf die Normdichte

Das Kriterium der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsnormen respektive der genügenden Normdichte oder Normbestimmtheit gilt im Allgemeinen als ein adressat-, inhalts- und stufenbezogener Teilgehalt des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV).[1162] Rechtsnormen sind «trotz ihres generell-abstrakten Charakters so eindeutig und klar zu formulieren, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach einrichten und die Folgen ihres Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können».[1163] Das Kriterium der genügenden Normdichte steht als Präzisierung des Legalitätsprinzips unbestritten im Dienst der rechtsstaatlichen Anliegen nach Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und dem Schutz der Freiheitsrechte Einzelner, allerdings prägt auch die institutionelle Bedeutungsschicht des Legalitätsprinzips dessen Teilgehalte.[1164] In dieser Funktion hat sich das Kriterium der genügenden Normdichte in mehrfacher Hinsicht als Prüfstein für die Zuweisung von Regelungslasten etabliert: 303

Im Vordergrund steht dabei sicher seine Funktion bei der Zuweisung von Regelungslasten im Verhältnis Gesetzgeber-Verordnungsgeber, die in Art. 164 Abs. 2 BV ihren verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt findet.[1165] Doch auch im 304

[1160] MUSLIU, Umsetzung, 80 ff.; HANGARTNER, Unklarheiten, 476; WALDMANN, Umsetzung, 530; TSCHANNEN, Mehr Volk, 131; kritisch BIAGGINI, Unmittelbare Anwendbarkeit, 581.

[1161] So das Bundesgericht in BGE 142 II 35, 38, E. 3.1; BGE 139 I 16, 26 f., E. 4.3.2; der Bundesrat in der Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6123; Botschaft Umsetzung Art. 123a, BBl 2006 889 ff., 897.

[1162] Grundlegend dazu Rz. 634 ff.; siehe auch BGE 139 I 16, 26, E. 4.2.3; BGE 139 II 243, 252, E. 10; BGE 135 I 169, 173, E. 5.4.1; BGE 132 I 49 58 f., E. 6.2; siehe auch SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 33.

[1163] So B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 393; BGE 139 I 280, 284, E. 5.1; BGE 138 II IV 13, 20, E. 4.1.

[1164] Grundlegend zum Legalitätsprinzip Rz. 634 ff.

[1165] BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 43 ff.; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 35; BIAGGINI, Richterrecht, 283 ff.; zum Kriterium der genügenden Normdichte im Allgemeinen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 342 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19, Rz. 19 ff.

Kontext völkerrechtlicher Vorgaben wird für die Zuweisung von Regelungslasten auf das Kriterium der genügenden Normdichte verwiesen. Ob eine völkerrechtliche Bestimmung *self-executing* oder *non-self-executing* ist und daher auf zusätzliche Ausgestaltung durch den Gesetzgeber angewiesen ist, bestimmt sich im monistischen System der Schweiz gemäss der vorherrschenden Auffassung ebenfalls nach Massgabe der Normdichte:[1166] Ist eine völkerrechtliche Norm hinreichend klar und bestimmt, ist sie in jener Form anzuwenden, wie ihr der Bundesrat zugestimmt und wie sie die Bundesversammlung allenfalls genehmigt hat. Andernfalls ist ein konkretisierender Erlass auf Stufe Bundesgesetz oder -verordnung vonnöten, damit eine Völkerrechtsnorm innerstaatlich angewendet werden kann.[1167]

305 Die genügende Normdichte hat sich in der Verfassungsdogmatik auch als Kriterium für die Zuweisung von Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen zwischen rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden etabliert. «Verfassungsbestimmungen können», so das Bundesgericht, «genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung – ganz oder teilweise – auch für Private unmittelbar Anwendung zu finden».[1168] Besitzt eine hinzugefügte Verfassungsnorm eine ausreichende Normdichte, um «als eigenständig tragende Grundlage konkreter Rechtsverhältnisse zu wirken»[1169], adressiert die neue Verfassungsnorm aufgrund ihrer «unmittelbaren» oder «direkten» «Anwendbarkeit»[1170] nach allgemeiner Auffassung die rechtsanwendenden Behörden. Wo eine hinzugefügte Verfassungsnorm hingegen ausdrücklich oder aufgrund ihrer Normstruktur einer näheren Ausgestaltung bedarf, sind die gesetzgebenden Behörden zur «Umsetzung durch […] Gesetzgebung»[1171] aufgerufen. Zusammengefasst besagt das Kriterium der genügenden Normdichte somit bereichsunabhängig: Je höher die Normdichte einer hinzugefügten Verfassungsnorm, desto eher kann ihr ohne «Dazwischentreten des Ge-

1166 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in VdS, § 11, Rz. 18 ff. insb. 24 f.; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 141 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1894; SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Völkerrecht, Rz. 49 f.

1166 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 73.

1167 Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 141 ff.; THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in VdS, § 11, Rz. 24 f.

1168 BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.3.

1169 TSCHANNEN, Mehr Volk, 131; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 137 ff.; BGE 139 I 16, 26, E. 4.3.2.

1170 HANGARTNER, Anwendbarkeit, 154.

1171 BGE 142 II 35, 38, E. 3.1 ff.

setzgebers» direkt durch die rechtsanwendenden Behörden zum Durchbruch verholfen werden.[1172]

2. Ermittlung der Normdichte in der Verfassungspraxis

306 Ob eine hinzugefügte Verfassungsnorm im Einzelfall hinreichend klar und bestimmt ist, damit sie den rechtsanwendenden Behörden direkt als Entscheidungsgrundlage dient, muss nach Auffassung des Bundesgerichts «auslegungsmässig ermittelt werden, wobei den diesbezüglich bestehenden verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist».[1173] Die Frage nach der konkret hinreichenden Normdichte erweist sich für das mit der angenommenen Volksinitiative konfrontierte Organ in mehrfacher Hinsicht als ein kniffliger Wertentscheid:[1174] knifflig einmal, weil die erforderliche Normdichte für eine unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsnorm von der Art der zu regelnden Sachverhalte und der Schwere daraus resultierender Grundrechtseingriffe abhängt und sich daher nicht abstrakt bestimmen lässt.[1175] Knifflig sodann, weil Lehre und Praxis nicht ausschliessen, dass zumindest Teilgehalte einer angenommenen Volksinitiative bei hinreichender Bestimmtheit direkt angewendet werden können, obschon sie mit einem Gesetzgebungsauftrag einhergehen.[1176] Knifflig schliesslich, da sich auch in temporaler Hinsicht Fragen stellen: Bei neuen, nicht direkt anwendbaren Verfassungsnormen gilt – ausdrücklicher Übergangsregelungen vorbehalten – die alte Rechtslage bis zum Erlass eines entsprechenden Ausführungsgesetzes.[1177] BIAGGINI wirft indes die berechtigte Frage auf, ob sich aus angenommenen Volksinitiativen «Lockerungsbefugnisse» und «Verschärfungspflichten» für die rechtsanwendenden Behörden ergeben können, denen gemäss bestehende Ermessensspielräume im Sinne der neuen Norm zu «füllen» sind, auch wenn der Gesetzgeber seinem Auftrag noch nicht nachgekommen ist.[1178]

307 Gewiss bleibt es dem Verfassungsgeber vorbehalten, selbst eine Verfassungsnorm für unmittelbar anwendbar zu erklären. Die schliesslich abgelehnte «Durch-

[1172] WALDMANN, Umsetzung, 530; HANGARTNER, Unklarheiten, 476; BIAGGINI, Unmittelbare Anwendbarkeit, 581.

[1173] BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.3.

[1174] HANGARTNER, Unklarheiten, 476 f.; WALDMANN, Umsetzung, 526 f.

[1175] WALDMANN, Umsetzung, 527.

[1176] So vor allem im Kontext von Art. 75b BV; siehe BGE 139 I 16, 26, E. 4.3.1; MUSLIU, Umsetzung, 29 f.; WALDMANN, Umsetzung, 527; vgl. auch Rz. 148 ff.

[1177] So in Bezug auf das Völkerrecht BAUMANN, Umsetzung, 257.

[1178] BIAGGINI, Auslegung, 327 f.; BAUMANN, Umsetzung, 257.

setzungsinitiative»[1179] steht hierfür Beispiel.[1180] Und auch wenn Unterschiede im Hinblick auf den Wertentscheid über die unmittelbare Anwendbarkeit einer angenommenen Volksinitiative zwischen Bundesrat, Bundesversammlung und Bundesgericht nicht auszuschliessen sind,[1181] lässt sich in der Verfassungspraxis diesbezüglich doch eine klare Stossrichtung beobachten: Das Bundesgericht verneint im Zweifel eine unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnorm.[1182] Zudem wertet es die Tatsache, dass eine angenommene Volksinitiative im «Widerspruch zu anderen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben» steht, als Indiz für eine mangelhafte Normdichte.[1183] Der Bundesrat ist noch zurückhaltender, er hält ein Dazwischentreten des Gesetzgebers bei angenommenen Volksinitiativen praktisch immer für notwendig.[1184]

3. Koordination angenommener Volksinitiativen als primäre Sache der Gesetzgebung

308 Nach der vorherrschenden Auffassung bleibt die nähere Ausgestaltung und Koordination einer angenommenen Volksinitiative aufgrund ihrer unzureichenden Normdichte in erster Linie Sache der gesetzgebenden Organe.[1185] Mehrfach geben zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiativen selbst vor, dass der «Gesetzgeber» eine solche «näher […] umschreibt» (Art. 121 Abs. 4 BV), «das Gesetz» seine Adressaten auf eine bestimmte Weise in die Pflicht zu nehmen hat (Art. 75b Abs. 2 BV) oder «die Einzelheiten» regelt (Art. 121a Abs. 5 BV). Jenseits solcher ausdrücklichen Gesetzgebungsaufträge[1186] sind Kompetenzen des Gesetzgebers zur näheren Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative indes ebenfalls anerkannt: Wo das «Verhältnis einer Norm zu den anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien […] der Klärung»[1187] bedarf, liegt es laut dem Bundesgericht «aus Gründen der Gewaltenteilung […]

1179 Zustande gekommen am 5.02.2013 (BBl 2013 1143); vom Parlament für teilweise gültig erklärt am 20.03.2015 (BBl 2015 2701); abgelehnt am 28.02.2016 (BBl 2016 3715).

1180 In Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 E-BV im Titel; sowie die Formulierung «Absatz 1 ist direkt anwendbar» (Abs. 2).

1181 Vgl. MUSLIU, Umsetzung 310 ff.

1182 Vgl. HANGARTNER, Unklarheiten, 477; BGE 142 II 35, 38, E. 3.1; BGE 139 I 16, 26 f., E. 4.3.2.

1183 So BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.3.

1184 M.w.H. TSCHANNEN, Mehr Volk, 132.

1185 Regelmässig werden gegenläufige Verfassungsanliegen nämlich bereits im vorparlamentarischen Verfahren gegeneinander abgewogen, wie die Analyse der Verfassungspraxis gezeigt hat.

1186 Grundlegend WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge.

1187 BGE 139 I 16, 27, E. 4.3.4.

vorerst an den politischen Instanzen, den erforderlichen Ausgleich zwischen den auf dem Spiele stehenden verfassungsrechtlichen Werten auf Gesetzesstufe zu regeln».[1188] Ähnlich sieht es der Bundesrat: Ihm gemäss hat «der Gesetzgeber eine von einem ganzheitlichen Verfassungsverständnis ausgehende Abwägung widersprüchlicher Verfassungsnormen vorzunehmen, um so die Widerspruchsfreiheit der Verfassung soweit wie möglich zu wahren».[1189]

Auch das Schrifttum erklärt die gesetzgebenden Organe für zuständig, «allfällige Normwidersprüche mittels einer wertenden Abwägung aufzulösen und die neu in die Verfassung aufgenommene Regelung mit den übrigen Teilen der Verfassung in eine praktische Konkordanz zu bringen».[1190] Entsprechende Koordinationskompetenzen des Gesetzgebers werden neben den vom Bundesgericht erwähnten «Gründen der Gewaltenteilung»[1191] vor allem unter Verweis auf das hinter der genügenden Normdichte stehende Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung begründet. Die zentrale Rolle des Gesetzgebers für die nähere Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative findet aber auch in der vorherrschenden Skepsis gegenüber entsprechenden Befugnissen des Bundesrates und des Bundesgerichts ihre Bestätigung: Denn Volksinitiativen, die den Bundesrat ausdrücklich dazu ermächtigen, solche auf dem Weg der Verordnung als «Ersatzgesetzgeber» zu konkretisieren, stossen in der Lehre auf Kritik aufgrund ihrer Vorwirkung gegenüber späteren Koordinationsformen der Legislative.[1192] Und den Einfluss sog. «Warn-Dicta»[1193], mit denen das Bundesgericht auf die Gestaltungsbefugnisse der gesetzgebenden Organe vorgreift, erachtet die Literatur für ähnlich problematisch. 309

II. Kompetenzkonkurrenzen zwischen Verfassungsgeber und übrigen Verfassungsinterpreten

Die Verfassungsdogmatik weist Kompetenzen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen zwischen dem Verfassungsgeber und den übrigen Verfassungsinterpreten weitgehend durch Delegations- und Ermächti- 310

[1188] BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4.

[1189] Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2321.

[1190] So SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 15 ff.; ebenso WALDMANN, Umsetzung, 525; ROTH, Umsetzung, 6; JOSITSCH/BAICI, Umsetzung, Rz. 25; mit Vorbehalten TSCHANNEN, Mehr Volk, 138 f.

[1191] BGE 139 I 16, 27, E. 4.3.4.

[1192] In Bezug auf Art. 75b BV WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129; in Bezug auf Art. 121a BV SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 68.

[1193] So BIAGGINI, Auslegung, 323 ff.; m.w.H. zu erwünschten Appellentscheiden des Bundesgerichts BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE, Rz. 79 f.

gungskonstrukte zu,[1194] indem Koordinationskompetenzen der Bundesversammlung oder des Bundesgerichts negativ aus den Befugnissen des Verfassungsgebers ausgeschieden werden. Aus Gründen der Verfassungsstabilität sind die verfassungshandhabenden Organe zu Respekt gegenüber dem Vorentscheid des Verfassungsgebers verpflichtet und bloss soweit zur näheren Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative befugt, wie der Verfassungsgeber dies nicht bereits selbst getan hat.[1195] Mit anderen Worten beginnen Koordinationskompetenzen der verfassungshandhabenden Organe jeweils erst dort, wo jene des Verfassungsgebers enden. Zur Klärung von Kompetenzkonkurrenzen zwischen dem Verfassungsgeber und jenem Organ, das mit einer hinzugefügten Verfassungsnorm konfrontiert ist, hat Letzteres nach allgemeiner Auffassung im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln, ob und inwieweit es ihm selbst aufgetragen ist, den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative näher zu regeln, und inwieweit dies Sache des Verfassungsgebers bleibt.[1196]

D. Wie: Methoden zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen

311 Gibt es und welches sind die Methoden, die Einsicht in die verlässliche Klärung des normativen Kontextes von Rechtsnormen vermitteln? KELSEN weist darauf hin, dass «Normenkonflikte innerhalb des […] gegebenen Normenmaterials im Wege der Interpretation gelöst werden können und gelöst werden müssen»[1197]. Nach HÄBERLE ist «der Grundsatz […], durch den die zwischen nebeneinanderstehenden Verfassungsrechtsgütern auftretenden Konflikte gelöst werden, der Grundsatz der Güterabwägung».[1198] Und EICHENBERGER leitet aus einer «Kollision zwischen Verfassungsnormen» einen «Auftrag zur Harmonisierung» ab, für «diejenigen Staatsorgane, welche Verfassungsrecht handhaben, insbesondere konkretisieren oder interpretieren».[1199] Diese drei Aussagen widerspiegeln den vorherrschenden Grundtenor über die Methoden zur Koordination von Verfassungsnormen. Das Bündel an Methoden und Vorgängen, das wir hier mit dem Begriff der «Koordination» umschreiben wollen, wird gemeinhin als besondere Form der Verfassungsentwicklung im Allgemeinen erachtet. Schliesslich geht es,

---

1194 Vgl. MUSLIU, Umsetzung, 11; vgl. WALDMANN, Umsetzung, 522 ff., 529; siehe auch EICHENBERGER, Partialrevision, 215 und dort Fn. 11.

1195 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

1196 Vgl. BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 41.

1197 KELSEN, Reine Rechtslehre, 369; vgl. auch OTT, Methode, 205.

1198 HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie, 31; ebenso F. MÜLLER, Einheit, 197.

1199 EICHENBERGER, Partialrevision, 215 und dort Fn. 11.

so die Grundthese, in beiden Fällen um das evolutive Bestätigen, Anreichern und Entwickeln von Vorentscheiden des Verfassungsgebers in einem Mit- und Gegeneinander von Rekonstruktion und Konstruktion. Dass sich das Erkenntnisinteresse im Kontext der Koordination nicht auf die Norm selbst, sondern normative Zwischenräume bezieht, wird meist vernachlässigt. Die nachfolgenden Erörterungen wollen das soeben umrissene Koordinationsverständnis, das in Literatur und Praxis vorherrscht, nachzeichnen (Abschnitt I) und aufzeigen, weshalb die Verfassungsdogmatik Chiffren wie die Derogationssätze, die völkerrechtskonforme Auslegung, die Einheit der Verfassung und die praktischen Konkordanz in erster Linie als Hilfsargumente zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen verwendet (Abschnitt II).

I. Methodenqualität von Koordination

Koordination will als Methode Einsicht in die verlässliche Klärung des normativen Kontextes von Rechtsnormen in vertikaler, horizontaler, sektorieller und temporaler Hinsicht vermitteln. Um herauszufinden, worin die Literatur die methodische Eigenart der Koordination verortet, wollen wir das Vorgehen zur verlässlichen Klärung normativer Kontexte von Rechtsnormen aus denselben Perspektiven beleuchten wie schon den Prozess der Verfassungsentwicklung: aus jener der Verfassungsstabilität (Abschnitt 1), aus jener der Verfassungsdynamik (Abschnitt 2) und aus einer verfassungsdogmatischen Perspektive (Abschnitt 3). Im Anschluss ist zu zeigen, dass und weshalb die Methode der Koordination laut der vorherrschenden Auffassung ein konditional strukturierter Argumentationsprozess zur verfassungsgeleiteten Bestätigung, Anreicherung und Entwicklung normativer Kontexte darstellt (Abschnitt 4). 312

1. Koordination und Stabilität: Auslegung, Kollisionslücke oder Normberichtigung?

Schrifttum und Praxis umschreiben die Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen nicht ausschliesslich, aber vorwiegend als Auslegungsproblem. Nach dieser Sichtweise offenbaren sich im Rahmen der Auslegung einer Verfassungsnorm im Sinne eines Zwischenergebnisses Unklarheiten über die Relation zwischen Rechtsnormen, die zusätzliche Auslegungsarbeit erfordern.[1200] Durch eine Rekonstruktion von Vorentscheiden des Verfassungsgebers über normative Kontexte lassen sich diese Unklarheiten allerdings beseitigen, so die These. In der Regel dürfte nämlich kein Widerspruch vorliegen, sondern ein Spannungsverhältnis, das durch sorgfältige Auslegung aufgelöst werden kann.[1201] Spricht 313

[1200] F. MÜLLER, Einheit, 201.

[1201] F. MÜLLER, Einheit, 188; ENGISCH, Einführung, 226.

man der Koordination dieselbe Methodenqualität zu wie der Auslegung und versteht darunter ein systematisches Bemühen um Erkenntnis über den normativen Kontext von Verfassungsnormen durch die Rekonstruktion entsprechender Vorentscheide des Verfassungsgebers, so wandeln sich im Windschatten dieses Verständnissen auch die beiden tradierten Sonderformen der Rechtsanwendung – die Lückenfüllung und die Normberichtigung – zu möglichen Methoden der Koordination widersprüchlicher Rechtsnormen.[1202] Eine «Kollisionslücke»[1203] kann nach allgemeiner Auffassung vorliegen, weil widersprüchliche Rechtsnormen sich aufgrund ihrer «Perplexität»[1204] gegenseitig aufheben oder ein Regelungsmangel[1205] besteht.[1206] Mithilfe einer «systemkonformen» oder harmonisierenden Lückenfüllung sei dieser Leerraum im Rechtsgefüge durch Rechtsfortbildung modo legislatoris zu schliessen;[1207] selbst dann, wenn – wie etwa im Kontext einer angenommenen Volksinitiative – die damit verbundene Vermutung eines «rechtspolitischen Fehlers»[1208] nicht so recht passen will.[1209] Zur Behebung von Normwidersprüchen verweist die Literatur zuweilen auch auf die Methode der Normberichtigung.[1210] Dabei ist zu klären, ob sich eine im Grundsatz unzulässige Auflehnung gegen demokratische Vorentscheide ausnahmsweise rechtfertigt, weil der zu regelnde normative Kontext andernfalls zwar nicht den Gerechtigkeitsgedanken,[1211] aber die konfligierende Norm auf derselben oder höherer Stufe in qualifizierter Weise verletzen würde.[1212] Bejahendenfalls ist die Anlassnorm ausnahmsweise und nur so weit wie zwingend notwendig zu berichtigen, damit sie mit der Massstabsnorm wieder im Einklang steht.

1202 CANARIS, Systemdenken, 116 ff.

1203 KRAMER, Methodenlehre 221 f.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 26 ff.; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 51; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 845; ENGISCH, Einheit, 50; siehe auch implizit bei KELSEN, Norm, 101 f.; ENGISCH, Einheit, 50; CANARIS, Systemdenken, 121 ff.; Botschaft Umsetzung Art. 123b, BBl 2011 5977 ff., 5992.

1204 F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 686, KRAMER, Methodenlehre 221 f.

1205 CANARIS, Systembegriff, 133 f.

1206 KRAMER, Methodenlehre 221 f.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 26 ff.; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 51; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rechtstheorie, Rz. 845; OTT, Methode, 208; ENGISCH, Einheit, 50; implizit auch KELSEN, Norm, 101 f.

1207 So CANARIS, Systemdenken, 118; BURCKHARDT, Methode 259, wendet gegen die These der Kollisionslücke indes zu Recht ein, dass im Falle eines Widerspruchs ein Überschuss und kein Mangel an Rechtsvorgaben das Problem sei.

1208 So CANARIS, Systemdenken, 121.

1209 Vgl. auch KRAMER, Methodenlehre 217 f.

1210 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 34; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356; BIAGGINI, Richterrecht, 426, 446, spricht von einer verfassungskonformen Umdeutung.

1211 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356.

1212 Vgl. zu den Voraussetzungen der Normkorrektur GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 354 f.

Aus der Perspektive der Verfassungsstabilität können Koordinationsmethoden keiner Ebene des tradierten Drei-Ebenen Modells der Rechtsfindung eindeutig zugewiesen werden: Gegenläufige Normen lassen sich im Rahmen der Auslegung, der Lückenfüllung wie auch der Normberichtigung[1213] koordinieren. Die wesentliche Frage, welcher dieser drei Methoden es wann zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen bedarf, bleibt dabei unbeantwortet. 314

2. Koordination und Dynamik: Evolutive Anreicherung mithilfe besonderer Argumentationsstrukturen?

Die Verfassungsdogmatik erachtet die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen unbestritten auch als evolutiven Prozess im Dienst der Verfassungsdynamik. Koordinationsmethoden – so der vorherrschende Grundtenor – bestätigen Vorentscheide des Verfassungsgebers über den normativen Kontext von Verfassungsnormen in einem «Verfahren vernünftiger Konfliktlösung»[1214], reichern sie an und konstruieren eine konkrete Zuordnung gegenläufiger Bestimmungen.[1215] Im «argumentativen Kampf»[1216] ist darzulegen, weshalb sich Rechtsnormen zuwiderlaufen und aus welchen Gründen sie auf welche Weise miteinander zu koordinieren sind. Zusätzliche Struktur verleiht das Schrifttum solchem Vorgehen vor allem durch die Argumentationsstruktur der «normübergreifenden Abwägung»[1217]. Sie rationalisiert die «Konstruktion»[1218] einer situativen Regelung normativer Kontexte, indem sie Argumentationslasten zuweist 315

[1213] GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356; siehe auch G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 215; ähnlich auch der Tenor bei EPINEY, Unmöglichkeit, Rz. 3 ff.

[1214] So die Überschrift bei J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 61.

[1215] BIAGGINI, Richterrecht, 256, hält fest: «Der Normkonflikt ist […] regelbildend aufzulösen, die concordantia disconcordantium regelhaft herzustellen»; nach BURCKHARDT, Methode, 264 f., «muss die rechtsanwendende Behörde abwägen, welche Interessen den Vorrang verdienen. Sie muss das tun was der Gesetzgeber hätte tun müssen, wenn er, wie es seine Aufgabe gewesen wäre, den Widerspruch gelöst oder vermieden hätte. Sie fällt ein Werturteil. Das ist die einzige Möglichkeit aus einem logischen Widerspruch herauszukommen».

[1216] WINDISCH, Ethik, 448 ff., unter Verweis auf JHERING, der Kampf im Recht.

[1217] So illustrativ HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie, 31, «Der Grundsatz […], durch den die zwischen nebeneinanderstehenden Verfassungsrechtsgütern auftretenden Konflikt gelöst werden» ist «der Grundsatz der Güterabwägung»; die diskurstheoretisch imprägnierte Theorie der juristischen Argumentation entwickelt am Sonderfall der Normkollision gar ihre Konzepte für die Rechtsanwendung im Allgemeinen; vgl. bei ALEXY, Grundrechte, 77; GÜNTHER, Kohärenz, 168 ff.; ebenso F. REIMER, Methodenlehre, 537 ff.; S. BESSON, Morality of Conflict, 448 ff.; ALEXY, Grundrechte, 77 ff.; mit Vorbehalten BIAGGINI, Richterrecht, 412.

[1218] So ausdrücklich BURCKHARDT, Methode, 263.

und Kritik sowie Kontrolle der evolutiven Anreicherung normativer Kontexte von Verfassungsnormen erleichtert.[1219] Ihr gemäss ist der Koordinationsbedarf zu ermitteln, sind die Koordinationsprobleme zu beschrieben und schliesslich durch Abwägung zu bewältigen. Von der allgemeinen Abwägung[1220] unterscheidet sich diese Argumentationsstruktur zum Nutzen von Koordinationsspielräumen primär durch die positivrechtlich vorgegebenen Gesichtspunkte der Abwägung. Das reduziert den Gestaltungsspielraum des Verfassungsinterpreten zusätzlich und verbietet – Ausnahmen vorbehalten – eine Ergänzung des Abwägungsgegenstandes.[1221] Am Ende einer normübergreifenden Abwägung kann ein Anwendungsvorrang[1222] einer der Normen stehen, muss dies aber nicht zwingend. Zuwiderlaufende Verfassungsgebote können im Dienst der Verfassungsdynamik auch «je einzeln», insgesamt oder ihrer «Gewichtung entsprechend» koordiniert werden.[1223]

316 Als Bezugsgrösse oder Fluchtpunkt dient der normübergreifenden Abwägung das Koordinationsziel: die Begradigung vermeintlicher Widersprüche zwischen Rechtsnormen. Aus der Perspektive der Verfassungsdynamik erweist sich die Methode der Koordination zusammengefasst als Denkvorgang, der den Interpreten von einem nicht näher geregelten normativen Kontext zu einer situativen Zuordnung von Normen führt und ihn dabei verpflichtet, bestimmte Überlegungen anzustellen. Wie ein normativer Kontext konkret anzureichern ist, vermag die Argumentationsstruktur der normübergreifenden Abwägung indes nicht zu erklären. Auch aus dem Blickwinkel der Verfassungsdynamik gleicht die Koordination als Methode somit im springenden Punkt einer «Black Box»[1224].

3. Koordination und Dogmatik: Ausübung besonderer Gestaltungskompetenzen?

317 Aus der Perspektive der Verfassungsdogmatik erweisen sich die Koordinationsmethoden als Formen der Ausübung von Gestaltungskompetenzen – oder präziser: Koordinationskompetenzen. Laut dem vorherrschenden Tenor besitzt die Ausübung von Koordinationskompetenzen zwei Triebfedern: Der Verfassungsstabilität wegen ist das zuständige Organ bei der Ausübung solcher Koordina-

---

1219 JESTAEDT, Abwägungslehre, 259 ff.

1220 M.w.H. dazu Rz. 240 ff.

1221 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 208; vgl. auch G. MÜLLER, Interessenabwägung, 343; a.M. HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 271.

1222 Siehe vor allem bei GÜNTHER, Kohärenz, 70 ff.; WINDISCH, Relationsnorm, 52 ff. und passim.

1223 S. BESSON, Morality of Conflict, 442; KLEY, Geschichte, 448; kritisch LERCHE, Stil und Methode, 349 ff.

1224 DRUEY, Interessenabwägung, 135; WINDISCH, Relationsnorm, 71.

tionskompetenzen an die Vorentscheide des Verfassungsgebers über den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative gebunden und hat sie in der Wirklichkeit «von Neuem entstehen zu lassen»[1225]. Der Verfassungsdynamik wegen erfordert die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen neben der Rekonstruktion von Vorentscheiden auch ein evolutiv-wertendes Anreichern des normativen Kontextes der fraglichen Verfassungsnormen. Das heisst: In einem ersten Schritt ist der verfassungsrechtliche Rahmen im Hinblick auf die nähere Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative zu ermitteln (Ist-Zustand). Neben den zu koordinierenden Verfassungsnormen umfasst der Verfassungsrahmen jeweils auch andere Vorgaben, die den Koordinationsvorgang mitregieren. Im Anschluss sind die ermittelten Koordinationsspielräume rahmenkonform zu nutzen. Je nach Träger der Gestaltungskompetenz nimmt der Koordinationsvorgang dabei einen anderen Verlauf. So verschieden die Nutzung von Koordinationsspielräumen ausgestaltet ist, so einheitlich bleibt der dabei angestrebte Soll-Zustand. Das Koordinationsziel ist stets die Begradigung von Widersprüchen zwecks Erhalts der Steuerungskraft von Verfassungsrecht.[1226]

4. Koordination als konditional strukturierter Argumentationsprozess zur verfassungsgeleiteten Anreicherung normativer Kontexte

Gesamthaft betrachtet erweist sich das Bündel an Methoden, Handlungsmustern und Vorgehen, das wir hier als Koordination bezeichnen, als vielschichtigen Prozess, der verschiedene Methoden mit unterschiedlichen Wesenszügen bündelt. Die Perspektiven der Verfassungsstabilität, der Verfassungsdynamik und der Verfassungsdogmatik verdeutlichen, dass Koordination nach der vorherrschenden Auffassung das Ermitteln des verfassungsrechtlichen Rahmens voraussetzt (Ist-Zustand), aber auch das Nutzen belassener Koordinationsspielräume umfasst mit dem Zweck, den normativen Kontext mit Blick auf ein bestimmtes Ziel zu regeln (Soll-Zustand). Die verlässliche Klärung, Anreicherung und Entwicklung normativer Kontexte findet in einem konditional strukturierten Argumentationsprozess statt, der als Denkvorgang von einem offenen normativen Kontext zu einer situativen Zuordnung von Normen führt und die zuständigen Organe verpflichtet, dabei bestimmte Fragen zu klären. Während BURCKHARD noch vom «Feststellen logischer Mängel» und ihrer «Verbesserung» sprach,[1227] wird heute teils zwischen der «Feststellung» und der «Bewältigung» von Kolli- 318

[1225] SAVIGNY, Römisches Recht, 213.
[1226] G. MÜLLER, Einführung, 371.
[1227] BURCKHARDT, Methode, 258 ff.

sionen unterschieden;[1228] teils zwischen dem Feststellen eines Fehlens «einer einschlägigen Kollisionsregel» und deren «Bildung». Da und dort verweist die Literatur auch auf die Methode der normübergreifenden Abwägung.[1229] Obwohl der Gegenstand der Koordination ein anderer ist als bei der Verfassungsentwicklung, findet sich die Dichotomie von Rahmen und Spielraum sowie die konditionale Struktur, die damit einhergeht, in leicht abgeänderter Form auch dort wieder: Zuerst ermittelt der vorherrschende Grundtenor jeweils den Koordinationsbedarf und die Koordinationsbedingungen (Abschnitt a), bevor an dieses Zwischenergebnis angeknüpft wird und die eigentliche Koordination der gegenläufigen Bestimmungen selbst mit Blick auf ein bestimmtes Ziel erfolgt (Abschnitt b).

a) Ermittlung des Koordinationsbedarfs

319 Die Literatur erachtet es zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen für unabdingbar, den konkreten Koordinationsbedarf zu ermitteln.[1230] Der Ist-Zustand des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative ist in vertikaler, horizontaler, sektorieller und temporaler Hinsicht möglichst präzise zu bestimmen und zu beschreiben. Mittels «systematischer Auslegung»[1231] ist nach bestem Wissen und Gewissen zu evaluieren, was der Verfassungsgeber im Hinblick auf den normativen Kontext einer Verfassungsnorm vorentschieden hat, welche Koordinationsspielräume existieren, inwiefern andere Bestimmungen die von der hinzugefügten Verfassungsnorm geregelte Sache mitregieren und wo allenfalls Überschneidungen bestehen.[1232] Sodann ist anhand des Wortlauts, der Normbiografie, der Stellung im Normgefüge, vor allem aber auch anhand des Regelungszwecks widersprüchlicher Rechtsnormen zu ermitteln, ob, wo und warum die entsprechende Verfassungsnorm tatsächlich Koordinationsprobleme erzeugt. Schliesslich ist zu klären, welche Vorgaben als Bestandteil des rechtlichen Rahmens die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch institutionelle und materielle Vorgaben mitregieren und woraus sich der positivrechtliche Bestand konfliktlösender Verfahren ergibt.[1233] Eine solche Ermittlung des Koordinationsbedarfs mündet in der Feststellung, ob, wo und in welchem Umfang der normative Kontext einer hinzugefügten Verfassungsnorm näher zu

---

1228 KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 27 ff.; F. MÜLLER, Einheit, 201.

1229 Statt vieler F. REIMER, Methodenlehre, 538 ff.; S. BESSON, Morality of Conflict, 448 ff.

1230 BIAGGINI, Umsetzung, 589; F. MÜLLER, Einheit, 201 ff.; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 538; BURCKHARDT, Methode, 258 ff.

1231 F. MÜLLER, Einheit, 188.

1232 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 114; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 295; G. MÜLLER, Einführung, 372; vgl. auch F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 538 f.

1233 F. MÜLLER, Einheit, 197; BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 42; vgl. auch HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 77.

regeln ist und wo der Verfassungsgeber Bestimmungen einander bereits selbst zugeordnet hat. Die Diagnose eines Koordinationsproblems ist dabei ein mögliches Ergebnis neben anderen. Ebenso sind positivrechtliche Vorrangverhältnisse denkbar, welche die Relation einer neuen Verfassungsnorm zu anderen Bestimmungen mehr oder weniger klar regeln.[1234] Wohl am häufigsten dürfte der rechtliche Ist-Zustand des normativen Kontextes von Verfassungsnormen jedoch von einer weitgehenden Koordinationsoffenheit gekennzeichnet sein.

b) Evolutive Anreicherung normativer Kontexte

Koordination umfasst als Methode nach der vorherrschenden Auffassung neben der Rekonstruktion des Rechtsrahmens zur Regelung des normativen Kontextes auch die rechtmässige Ausübung von Koordinationskompetenzen. Die Literatur unterscheidet dabei im Wesentlichen zwischen zwei Konstellationen: Soweit der Verfassungsgeber die Relation zwischen Verfassungsnormen in vertikaler, horizontaler oder temporaler Hinsicht selbst geregelt hat, sind die Bestimmungen entsprechend seinen Vorgaben zu koordinieren. Wo der Verfassungsgeber indes Koordinationsspielraum belässt, bedarf es einer Anreicherung und Entwicklung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen durch das Nutzen bestehender Spielräume. Lehre und Praxis haben Argumente herausgearbeitet, die diesen Vorgang zusätzlich strukturieren, indem sie Einsicht vermitteln, wie gegenläufige Bestimmungen einander trotz nicht näher geregelter normativer Kontexte zuzuordnen sind. 320

Die Literatur qualifiziert solche Argumente wie den Grundsatz «lex posterior derogat legi priori» oder die «völkerrechtskonforme Auslegung» hauptsächlich als Sonderformen[1235] der systematischen Auslegung, teils auch als «verfassungsspezifische Auslegungselemente»[1236]. Nicht immer die notwendige Beachtung findet im Schrifttum deren Methodenqualität, die sich von jener der klassischen Auslegungselemente grundlegend unterscheidet. Bei näherer Betrachtung bezwecken sie nämlich keine möglichst verlässliche Rekonstruktion eines Vorentscheides des Verfassungsgebers. Vielmehr geht es darum, bereits gewonnene Erkenntnisse über den normativen Kontext von Rechtsnormen anzureichern und zu modifizieren. Die vorgenannten Auslegungsmaximen erweisen sich damit weniger als Sonderformen der systematischen Auslegung, denn vielmehr als methodische Argumente, die durch eine systematische Auswahl zwischen verschiedenen Normhypothesen im Hinblick auf ein bestimmtes Koordinationsziel für eine verlässliche Zuordnung gegensätzlicher Bestimmungen sorgen wollen. 321

[1234] F. MÜLLER, Einheit, 206 ff.

[1235] So etwa bei RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 521 ff.

[1236] So TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 38 ff.; kritisch dazu HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 160.

II. Argumente zur Koordination von Verfassungsnormen im Einzelnen

322 Lehre und Praxis haben zur Koordination von Verfassungsnormen in vertikaler, horizontaler und temporaler Hinsicht verschiedene Argumente[1237] entwickelt, die ein «methodologisches Arsenal»[1238] für den Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen bereitstellen. In der vertikalen Dimension erleichtern nach der vorherrschenden Auffassung das Argument «lex superior derogat legi inferiori» (Abschnitt 1) sowie die «Konformauslegung»[1239] (Abschnitt 2) die verlässliche Klärung des normativen Kontextes gegenläufiger Verfassungsgebote. Auf der horizontalen Dimension haben sich zur Koordination von Rechtsnormen neben dem Grundsatz «lex specialis derogat legi generali» (Abschnitt 1) vor allem die Prinzipien der «Einheit der Verfassung» (Abschnitt 3) und der «praktischen Konkordanz» (Abschnitt 4) etabliert. Und in temporaler Hinsicht strukturiert der Grundsatz «lex posterior derogat legi priori» eine verlässliche Klärung des normativen Kontextes von Rechtsnormen (Abschnitt 1). Ein vertiefter Blick in dieses «Arsenal» der tradierten Dogmatik soll zusätzliche Einsichten darüber liefern, wie widersprüchliche Verfassungsnormen nach allgemeiner Auffassung zu koordinieren sind.

1. Derogationssätze als Mittel der Koordination

323 Die «ebenso traditions-[1240] wie tückenreichen»[1241], in der Verfassungsdogmatik[1242] teilweise kritisch beäugten methodischen Derogationssätze «lex superior derogat legi inferiori», «lex posterior derogat legi priori» und «lex specialis

[1237] Vorliegend ist ganz bewusst von methodischen Argumenten die Rede, da es nicht unmittelbar um das Verstehen von Normtext geht, sondern Hypothesen über den normativen Kontext aufzustellen sind.

[1238] CANARIS, Systembegriff, 116, «Der Jurist hat […] sein gesamtes methodologisches Arsenal einzusetzen, um der Gefahr von Wertungs- und Prinzipienwidersprüchen entgegenzuwirken».

[1239] Im Kontext einer angenommenen Volksinitiative vor allem die völkerrechtskonforme Auslegung.

[1240] Die Derogationssätze gehen z.T. bis auf PAPINIAN zurück; etwa der Grundsatz «Generalibus specialia derogant» bei PAPINIAN, Digesten, 48, 19, 49; zitiert bei KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 56 und dort Fn. 57.

[1241] MOSER, Unterschätzte Verfassung, 13; vgl. auch KELSEN, Norm, 101; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 634.

[1242] BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 30; MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14; BSK BV-SCHIESS-RÜTIMANN, Art. 195, N 14; TSCHANNEN, Mehr Volk, 138.

derogat legi generali» vermitteln gemäss Lehre[1243] und Praxis[1244] eine argumentative Struktur zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen in unterschiedlichen Dimensionen: Das erste Argument koordiniert Normen anhand ihres unterschiedlichen Rangs auf der vertikalen Dimension, das zweite anhand des Zeitpunktes ihres Erlasses auf der temporalen Dimension[1245] und das dritte anhand verschieden grosser Anwendungsbereiche von Normen auf der horizontalen Dimension. Das Koordinationsziel und die Koordinationstechnik präzisieren die verschiedenen Derogationssätze hingegen im Wesentlichen auf dieselbe Weise: Gegenläufige Bestimmungen sind mittels der Koordinationstechnik der Derogation zu «hierarchisieren». Diese Technik spricht einer von mehreren Bestimmungen einen relativen Vorrang zu in der Absicht, nachrangige Bestimmungen an ihren Gehalt zu binden.[1246] Läuft eine nachrangige Bestimmung der vorrangbeanspruchenden Norm zuwider (Tatbestand), wird sie im Sinne einer «logischen Sanktion»[1247] zum Schutz der vorrangigen Norm derogiert, sodass sie ihre Rechtskraft nicht entfalten kann (Rechtsfolge).[1248] Durch Auslegung ist zu klären, ob der entsprechende Tatbestand erfüllt ist, also ob eine Norm neuer, spezieller oder übergeordnet ist. Bejahendenfalls ist die Rechtsfolge «Derogation» klar vorgegeben und präzisiert das Koordinationsziel. Verkürzt stützen sich Derogationssätze also auf drei Thesen: die These der Derogation als logisches Prinzip (Abschnitt a), die These positivrechtlicher Anordnungen von Normderogationen (Abschnitt b) sowie die These der konditionalen Koordinationsstruktur von Derogationssätzen (Abschnitt c). Die nachfolgenden Ausführungen untersuchen, ob diese Thesen einer vertieften Analyse standhalten.

1243 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 41; KRAMER, Methodenlehre, 122 ff.; OTT, Methode, 206 ff.; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 41 ff.; KELSEN, Norm, 101 ff.; ENGISCH, Einführung, 226 ff.; grundlegend für das Völkerrecht KOSKENNIEMI, Fragmentation, Rz. 59 ff.; kritisch TSCHANNEN, Mehr Volk, 138; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 129 f.; D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 30; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 634.

1244 So die Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5379; Gesetzgebungsleitfaden BJ, Rz. 634.

1245 Interessanterweise derogierte im Mittelalter, anders als heute, noch das alte Recht das neue, weil «das alte Recht das gute Recht war»; vgl. ENGISCH, Einführung, 226 f. und dort Fn. 82.

1246 So auch KELSEN, Norm, 101; vgl. auch GRABENWARTER, Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung, in: Verfassungstheorie, § 11, Rz. 17 ff.

1247 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 22, Rz. 2 und 14.

1248 SAUER, Vorrang, 511.

a) Derogation: logisches Prinzip oder normativer Anspruch?

324 Meist werden die methodischen Derogationssätze pauschal als methodische «Maximen»[1249] oder «rechtslogische Argumente»[1250] umschrieben.[1251] Allen voran zwei Grössen des Positivismus hinterfragen den logischen Charakter von Derogationssätzen jedoch: Nach KELSEN ist «die den Konflikt lösende Derogation kein logisches Prinzip», da sie nur stattfinde, «wenn sie von der normsetzenden Autorität statuiert ist».[1252] Nicht eine der beiden in Konflikt stehenden Normen, sondern eine dritte bestimme, dass im Falle eines Normenkonflikts die eine oder die andere der beiden Normen vorgehe.[1253] Aufgrund dieses Bedarfs einer positivrechtlichen Grundlage spricht KELSEN denn auch von «Kollisionsnormen», die «eine Aussage darüber treffen, welche Norm sich in einem Konfliktfall durchsetzen soll».[1254] MERKL leitet die derogatorische Kraft – vor allem für den Grundsatz «lex posterior derogat legi priori» – hingegen institutionell aus den Rechtserzeugungs- und Rechtsänderungskompetenzen des Rechtsetzers ab. Es sei «die in der Rechtsordnung niedergelegte Abänderungsmöglichkeit, die erst den Satz von der lex posterior auszusprechen erlaubt».[1255] Laut ihm ergeht aus der Möglichkeit, neueres oder spezielleres Recht zu erlassen, eine konkrete Handlungsmaxime, solchen Bestimmungen auch in der Anwendung den Vorrang einzuräumen.[1256]

325 KELSEN wie auch MERKL begründen die Derogation nachrangiger Bestimmungen demnach nicht durch ein logisches Prinzip oder methodische Vermutungen, sondern leiten sie aus der Autorität des Normsetzers ab.[1257] Während KELSEN die derogatorische Kraft materiell aus expliziten oder impliziten Kollisionsnormen entwickelt, stützt MERKL die Derogationsvermutung institutionell auf die Kompetenz zur Verfassungsänderung. Für letztere Auffassung scheint auch das Bundesgericht zu sympathisieren, da nach ihm eine angenommene Volksinitiative keine derogatorische Kraft gegenüber vorbestehenden Verfassungsnormen besitzt, «falls die entsprechende Bestimmung sich nicht selber im Sinne einer verfassungsrechtlichen Kollisionsregel eindeutig den Vorrang zu den anderen betroffenen Verfassungsvorgaben zuweist […]».[1258] Insgesamt hält die These der

[1249] KRAMER, Methodenlehre, 125.
[1250] LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 69.
[1251] Vgl. zum Ganzen auch VRANES, Konfliktlösungsregeln, 393 f.
[1252] VRANES, Konfliktlösungsregeln, 395 ff.; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 12.
[1253] VRANES, Konfliktlösungsregeln, 101.
[1254] SAUER, Vorrang, 509.
[1255] MERKL, Lex Posterior, 192 f.; ebenso BALDUS, Einheit, 202 f.
[1256] VRANES, Konfliktlösungsregeln, 397 ff.
[1257] OTT, Methode, 206; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 46 f.
[1258] BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2.

Derogation als logisches Prinzip einer näheren Analyse somit nicht stand, weil Derogationssätze selbst paradoxerweise gerade keine derogatorische Kraft besitzen.[1259]

b) Verfassungsrechtliche Grundlagen der Derogation

Mit Blick auf die Überlegungen von KELSEN und MERKL erweist sich die nähere Regelung des normativen Kontextes durch Derogationssätze als Vorgehen, das auf normativen Anordnungen beruht. Doch gibt es und welches sind die positivrechtlichen Grundlagen, welche die Derogation von Verfassungsnormen anordnen? In der Botschaft zur Bundesverfassung von 1999 hielt der Bundesrat fest: «Zur Lösung von Konflikten zwischen verschieden- oder gleichrangigen Rechtsnormen haben Lehre und Rechtsprechung einige Regeln entwickelt, beispielsweise diejenigen des Vorrangs höherrangigen Rechts, des Vorrangs neueren Rechts vor älterem Recht oder des Vorrangs einer Spezialbestimmung vor einer allgemeinen Bestimmung. Art. 5 Abs. 1 BV verweist implizit auf alle diese Konfliktregeln.»[1260] Diese Sichtweise erachtet die derogatorische Kraft von Rechtsnormen als eine unmittelbare Konsequenz des Stufenbaus der Rechtsordnung.[1261] Vieles spricht jedoch gegen das Legalitätsprinzip als positivrechtliche Grundlage der Koordinationstechnik der Derogation. Die Bundesverfassung kennt nach allgemeiner Auffassung nämlich keine Bestimmung, welche die Hierarchie zwischen den Normen der schweizerischen Rechtsordnung in allgemeiner Weise regelt.[1262] Was das Bundesgericht für Kantonsverfassungen spezifisch festhält, gilt für alle Verfassungen der Eidgenossenschaft:[1263] Verfassungsnormen stehen aufgrund ihrer formellen Gleichrangigkeit und ihrer materiellen Gleichwertigkeit mit derselben Rechtskraft nebeneinander und lassen sich deshalb nicht mit dem Argument «lex superior derogat legi inferiori» koordinieren.[1264] Daraus zu schliessen, Verfassungsnormen besässen überhaupt keine derogatorische Kraft und die Relation zwischen Verfassungsnormen sei per se nicht geregelt, scheint jedoch genauso verkürzt. Schliesslich ist die Koordinationsoffenheit von Verfassungsnormen in den verschiedenen Dimensionen weder absolut noch umfassend. 326

1259 So auch VRANES, Konfliktlösungsregeln, 398.

1260 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 131.

1261 JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 12.

1262 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 12.

1263 BGE 22 I 1012, 1020, E. 5: «Es giebt [sic] innerhalb des Geltungsgebietes der […] Verfassung nicht ein höher und ein minderwertiges Verfassungsrecht in dem Sinne, dass dieses von jenem weichen müsste, sondern es bestehen sämmtliche [sic] Grundsätze des Verfassungsrechts mit gleicher Rechtskraft neben einander.»; vgl. auch BGE 56, I 327, 332, E. 3; auch HÄFELIN, Verfassungsgebung, 88 ff.; AUBERT, Hiérarchie, 204 ff.; MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14.

1264 IMARK, Aufhebung, 28; TSCHANNEN, Mehr Volk, 138 f.

327 In *vertikaler Hinsicht* geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV). Das Verhältnis zwischen Verfassungsnormen und Völkerrecht regelt die Bundesverfassung indes bewusst nicht durch eine Kollisionsnorm.[1265] MERKLS These von der derogatorischen Kraft aufgrund von Normänderungskompetenzen verdeutlicht, dass Verfassungsrecht dem zwingenden Völkerrecht nicht vorgehen kann, weil es dem Verfassungsgeber verboten ist, solches zu erlassen. Zugleich löst diese Sichtweise auch ein gewisses Unbehagen aus. Denn im Widerspruch zur herrschenden Lehre würden nach MERKL Verfassungsnormen, die trotz Spannungen mit dem zwingenden Völkerrecht in Kraft getreten sind, nicht automatisch durch das zwingende Völkerrecht derogiert, weil eine solche Verfassungsänderung eben trotz allem nicht unmöglich ist.[1266] Anders formuliert: MERKLS Sichtweise stellt nicht das zwingende Völkerrecht als Schranke der Verfassungsrevision in Frage, sondern dessen derogatorische Kraft gegenüber geltenden Verfassungsnormen.

328 In *horizontaler Hinsicht* anerkennt das Bundesgericht ausdrücklich, dass einzelne bestehende Verfassungsnormen anderen als lex specialis vorgehen können.[1267] Solange eine hinzugefügte Verfassungsnorm sich als verfassungsrechtliche Kollisionsregel nicht selbst eindeutig den Vorrang gegenüber den anderen Verfassungsvorgaben zuweist, sei dies «aber nicht leichthin anzunehmen».[1268]

329 In *temporaler Hinsicht* steht die Verfassungsdogmatik einer derogatorischen Kraft von Verfassungsnormen kritisch gegenüber.[1269] «Der Umstand, dass die neue Verfassungsbestimmung jüngeres Recht ist», so das Bundesgericht, genüge

---

[1265] HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1800 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 3614; siehe auch SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5 Abs. 4, Rz. 74; die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 135, hält ausdrücklich fest, dass Art. 5 Abs. 4 keine «eigentliche Kollisionsnorm» aufstellt. Die Ablehnung der Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», die am 10.03.2015 eingereicht und am 25.11.2018 von Volk und Ständen mit 66,2% Volksstimmen und 20 zu 6/2 Standesstimmen abgelehnt wurde, hat dies in gewisser Weise bestätigt.

[1266] Siehe dazu Rz. 83, 92 f.

[1267] So explizit Urteil BGer 2C 1051/2016 vom 24.08.2017, E. 3.3 f. in Bezug auf Art. 59 Abs. 1 und 2 BV als lex specialis zu Art. 8 Abs. 3 BV; ähnlich BGE 138 II 282, 295, E. 6.2 in Bezug auf Art. 78 Abs. 5 BV; die Lehre qualifiziert zum Teil auch die angenommene Volksinitiative gegen den Bau von Minaretten (Art. 72 Abs. 3 BV) als lex specialis zu Art. 15 Abs. 2 BV HANGARTNER, Religionsfreiheit, 444; BIAGGINI, Minarette, 336; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 72, N 13; a.M. wohl SGK-BV, KLEY, Art. 72, Rz. 27 ff.; BSK BV-WINZELER, Art. 72, N 57 ff.

[1268] BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2; vgl. auch BGE 138 II 281, 295; E. 6.2; vgl. auch BGE 128 I 64, 77, E. 5.

[1269] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 41.

dafür «allein nicht».[1270] Zudem zielt eine angenommene Volksinitiative jeweils auf eine punktuelle Änderung der Bundesverfassung ab, nicht auf eine grundlegende Neuordnung, da sie im Verfahren der Teilrevision erlassen wurde. Der Erlass von «Bestimmungen, die mit den übrigen Verfassungsnormen unter Anwendung der anerkannten Auslegung […] schlechterdings unvereinbar sind, hat deshalb auf dem Weg der Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung zu erfolgen», so REICH.[1271]

Insgesamt erweist sich die These positivrechtlicher Anordnungen von Norm- 330
derogationen im Rahmen einer näheren Analyse als voraussetzungsreich. Denn: Eine generelle Kollisionsnorm, wie sie etwa Art. 49 Abs. 1 BV für Bundesrecht gegenüber kantonalem Recht vorgibt, existiert für Verfassungsnormen weder in vertikaler, horizontaler noch temporaler Hinsicht.

c) Konditionale Struktur methodischer Derogationssätze

Nach der vorherrschenden Grundthese besitzen die methodischen Derogations- 331
sätze eine konditionale Struktur: Läuft eine nachrangige Bestimmung einer vorrangbeanspruchenden Norm zuwider (Tatbestand), wird sie im Sinne einer «logischen Sanktion»[1272] zum Schutz der vorrangigen Norm derogiert (Rechtsfolge).[1273] Sowohl im Hinblick auf den Tatbestand wie auch die Rechtsfolge werfen methodische Derogationssätze jedoch Fragen auf, die das Schrifttum zuweilen vernachlässigt: Auf der *Tatbestandsseite* ist es möglich, so KELSEN, dass eine Derogation nicht zur Anwendung komme, obschon das positive Recht dies fordere.[1274] Die umstrittene Anwendbarkeit von Art. 49 Abs. 1 BV auf kompetenzwidrig[1275] erlassenes Bundesrecht bestätigt diese Sichtweise. Und die Rechtsauffassung, dass Art. 72 Abs. 3 BV im Einzelfall nicht anzuwenden sei, wenn eine Verurteilung durch den EGMR drohe, spricht der angenommenen Volksinitiative in bestimmten Bereichen ihre im Grundsatz anerkannte derogatorische Kraft ab.[1276]

[1270] BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2.

[1271] REICH, Konflikt, 1006; IMARK, Aufhebung, 108.

[1272] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 22, Rz. 2, 14.

[1273] SAUER, Vorrang, 511.

[1274] Vgl. VRANES, Konfliktlösungsregeln, 101 f.

[1275] Bejahend HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1175; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 22, Rz. 2 und 14; verneinend AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel I, Rz. 1085 ff.; vgl. zum Ganzen auch B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 61.

[1276] Vgl. auch der Tenor in Urteil (EGMR) vom 21.06.2016, 5809/08, Al Dulimi and Montana Management Inc. gegen Schweiz, Rz. 140. Dort wird der Kollisionsnorm in Art. 103 UN-Charta die Anwendung versagt unter Verweis auf die EMRK.; m.w.H. DIGGELMANN, Targeted sanctions, 22 ff.

Auf der *Rechtsfolgeseite* anerkennt das Schrifttum zwar, dass die Derogation die materielle Rechtskraft einer Bestimmung beschränkt, ohne sie ausser Kraft zu setzen. «Dass» bestimmte Normen gegenüber anderen eine derogatorische Kraft entfalten, lässt sich im Rahmen der Auslegung ohne weiteres feststellen. «Was» daraus folgt, sei eine andere Frage, deren Klärung Schwierigkeiten bereite, da die Antwort vom Einzelfall abhänge, so VRANES.[1277] Eine Normenkollision innerhalb des Landesrechts führt demzufolge nicht ohne Weiteres «zur Nichtigkeit der schwächeren Rechtsnorm», wie HANGARTNER meint.[1278] Schliesslich ist die Nichtanwendung, aber auch der eingeschränkte Fortbestand von Rechtsnormen aus demokratischen oder föderalistischen Gründen in der schweizerischen Praxis ein anerkannter Vorgang und im Rahmen einer Derogation ebenfalls möglich. Zusammengefasst hält die These einer konditionalen Koordinationsstruktur von methodischen Derogationssätzen einer näheren Analyse nicht stand.[1279]

d) Würdigung

332 Die gewonnenen Erkenntnisse über die Derogationssätze als methodische Argumente zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen werfen ein neues Licht auf deren Erklärungsleistung. Im Grundsatz vermitteln Derogationssätze durchaus Einsicht in die systematische Klärung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen in verschiedenen Dimensionen. Ihnen per se einen Mehrwert abzusprechen,[1280] erweist sich daher als verkürzt. Umgekehrt hat sich die nähere Regelung normativer Kontexte unter Zuhilfenahme methodischer Derogationsgrundsätze als voraussetzungsreich erwiesen: Derogationssätze befreien nicht von der Pflicht, behutsam zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen tatsächlich gegeben sind und welche Rechtsfolge wirklich beabsichtigt wird. Die Vermutung, eine neuere, speziellere oder vorrangige Verfassungsnorm derogiere ihr zuwiderlaufende Bestimmungen, ist zwingend am positiven Recht zu reflektieren.[1281] Ausschlaggebend ist demnach weniger die Frage, ob der Verfassungsgeber eine neue Verfassungsnorm anderen Bestimmungen hierarchisch vorangestellt hat. Entscheidend ist, in welchem Umfang und gegenüber welchen Bestimmungen eine neue Verfassungsnorm derogatorische Kraft entfacht. Ferner stellt sich die Frage nach dem Vorgehen, wenn die Voraussetzungen einer Derogation nicht erfüllt sind. Nach der vorherrschenden Auffassung ist in solchen Fällen eine Kollisionsnorm rechtsfortbildend zu erschaffen. Teils verweist die Literatur

[1277] VRANES, Konfliktlösungsregeln, 398.

[1278] HANGARTNER, Grundzüge I, 197; ebenso F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 421.

[1279] SAUER, Vorrang, 513; vgl. auch MARTENS, Methodenlehre, 426.

[1280] So aber TSCHANNEN, Mehr Volk, 138; MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14; BSK BV-SCHIESS-RÜTIMANN, Art. 195, N 14.

[1281] Vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 30.

dafür auf die Derogationsgrundsätze als Gewohnheitsrecht[1282], teils auf eine normübergreifende Abwägung[1283] oder die harmonisierende Koordination der widersprüchlichen Vorgaben.

2. Völkerrechtskonforme Auslegung als Mittel der Koordination

Das in Lehre[1284] und Praxis[1285] anerkannte Argument der völkerrechtskonformen Auslegung oder Umsetzung[1286] vermittelt eine argumentative Struktur zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes einer Rechtsnorm auf der vertikalen respektive der transnationalen Dimension. Als Koordinationstechnik macht sich die völkerrechtskonforme Auslegung die «Konformisierung» von Anlassnormen anhand eines bestimmten Bezugspunkts zu Nutze. Das Koordinationsziel wird durch die Forderung nach einer mit der völkerrechtlichen Vorgabe im Einklang stehenden Regelung des normativen Kontextes präzisiert. Wenig Probleme bereitet der Literatur die positivrechtliche Rückbindung der völkerrechtskonformen Auslegung. Auf der Völkerrechtsebene verpflichten Art. 26, 27 und 46 WVK Staaten dazu, innerstaatliches Recht völkerrechtskonform auszulegen – unabhängig von Geltung und Rang des Völkerrechts in der nationalen Rechtsordnung.[1287] Auf der innerstaatlichen Ebene normiert Art. 5 Abs. 4 BV eine Pflicht für den Bund, die Kantone und all ihre Organe zur völkerrechtskonformen Auslegung von Landesrecht.[1288] Fragen wirft indes die spezifische Wirkweise der «Konformisierung»[1289] als Koordinationstechnik auf, zumal diese ver- 333

1282 Vgl. VRANES, Konfliktlösungsregeln, 393.

1283 WINDISCH, Relationsnorm, 52 ff.; ebenso BIAGGINI, Umsetzung, 595; grundlegend, F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 537 ff.

1284 NOBS, Volksinitiative, 347; WALDMANN, Umsetzung, 525; LAMMERS, Démocratie directe, 179 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 39; GAMPER, Verfassungsinterpretation, 237 ff.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 349 ff.; vgl. zur damit verwandten verfassungskonformen Auslegung auch CANARIS, Verfassungskonforme Auslegung, 143; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 242 ff. sowie Fn. 1289.

1285 So der Bundesrat in Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2307 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5984; das Bundesgericht in BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; m.w.H. auch BGE 117 Ib 367, 370, E. 2.

1286 LAMMERS, Démocratie directe, 179; KIENER/KRÜSI, Bedeutungswandel, 249 f.

1287 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 39; NOBS, Volksinitiative, 347; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 135; Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2307 f.

1288 NOBS, Volksinitiative, 346; Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2307 f.

1289 Näher zur Konformauslegung im Allgemeinen IMBODEN, Normeninterpretation, 140 f.; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 157 f., 389; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 665 ff.; BETTERMANN, Verfassungskonforme Auslegung; SKOURIS, Teilnichtigkeit, 90 ff.; kritisch dazu MARTENS, Methodenlehre, 437 ff.; F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 679 ff.; zu den Grenzen auch BGE 140 II 495, 500, E. 2.3.3.

schiedene Funktionen besitzen kann (Abschnitte a) und b).[1290] Sie sind zu erörtern und im Anschluss zu würdigen (Abschnitt c).

a) Harmonisierungsfunktion völkerrechtskonformer Auslegung

334 Die Methodenlehre[1291] und -praxis versteht die völkerrechtskonforme Auslegung überwiegend nicht als «Regel, die eigentliche Konflikte zwischen völker- und landesrechtlichen Normen löst»[1292]. Dem Normsetzer ist es nicht per se verboten, das Beachtungsgebot des Völkerrechts im Einzelfall zugunsten anderer Verfassungsgebote zu überspielen.[1293] «Im Zweifel», so das Bundesgericht, «muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; das heisst so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden».[1294] Wo der Verfassungsgeber Spielraum belässt, ist es nach dieser Sichtweise in dessen Sinn, diesen auf eine völkerrechtskonforme Weise auszunutzen.[1295] Kurzum: Der vorherrschende Grundtenor attestiert der völkerrechtskonformen Auslegung eine Harmonisierungsfunktion.[1296]

335 Als Koordinationstechnik dient der völkerrechtskonformen Auslegung die «harmonisierende Auswahl» zwischen mehreren möglichen Normhypothesen. Das Koordinationsziel wird dahingehend präzisiert, dass Konflikte zwischen Landesrecht und Völkerrecht durch eine möglichst «völkerrechtsfreundliche»[1297] Aus-

---

1290 Zu den verschiedenen Funktionen der verfassungskonformen Auslegung RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 555; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 242 ff.

1291 KRAMER, Methodenlehre 116; mit Bezug zur Bundesverfassung HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 163; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rz. 36; NOBS, Volksinitiative, 347 ff.; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 16, Rz. 43; gl.M. in Bezug auf die verfassungskonforme Auslegung CANARIS, Verfassungskonforme Auslegung, 143 ff.; HÖHN, Methodik, 236 f.

1292 So aber der Bericht VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2306 f.

1293 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 16 f.; BGE 94 I 669, 678, E. 6a; Hervorhebung bei NOBS, Volksinitiative, 350.

1294 BGE 94 I 669, 678, E. 6a.

1295 Siehe TSCHANNEN, Staatsrecht § 9, Rz. 10 ff.

1296 NOBS, Volksinitiative, 347 ff.; LAMMERS, Démocratie directe, 179; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 163 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 562 ff.; Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5369 ff.; Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2306 f.

1297 SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 15; a.M. indes Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2306 f., der von einer «Regel, die eigentliche Konflikte zwischen völker- und landesrechtlichen Normen löst» spricht.

legung des Landesrechts zu «vermeiden»[1298] sind – auch bei hinzugefügten Verfassungsnormen.[1299] Die Koordinationsstruktur konkretisiert das Argument der völkerrechtskonformen Auslegung gemäss dem vorherrschenden Grundtenor wie folgt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob, wo und wie die fragliche Verfassungsnorm Interpretationsspielräume gewährt, die sich zugunsten einer Bezugsnorm im Völkerrecht ausschöpfen lassen.[1300] Liegen solche vor, sind die evaluierten Spielräume in einem zweiten Schritt durch eine mit dem Völkerrecht vereinbare Deutung der Norm auszuschöpfen, indem zwischen verschiedenen Koordinationsoptionen jene gewählt wird, die mit den völkerrechtlichen Vorgaben im Einklang steht.[1301] Nach weitverbreiteter Auffassung verhilft die völkerrechtskonforme – oder präziser: die völkerrechtsharmonisierende – Auslegung widersprüchlicher Verfassungsnormen daher lediglich dort zu weiteren Erkenntnissen, wo der Verfassungsgeber Spielräume beliess, die völkerrechtskonform ausgenutzt werden können. Für die Bewältigung von echten Widersprüchen liefert dieses Harmonisierungsgebot indes keine Erkenntnisse.[1302] Denn solange eine landesrechtliche Norm völkerrechtskonform ausgelegt[1303] werden kann respektive Zweifel[1304] über die situative Zuordnung der Bestimmungen bestehen, liegt nach der vorherrschenden Auffassung kein echter Widerspruch vor.

b) Normerhaltungsfunktion völkerrechtskonformer Auslegung

Wenig Beachtung findet in der Verfassungsdogmatik die Frage, ob die völkerrechtskonforme Auslegung neben einer Harmonisierungs- auch eine Normerhaltungsfunktion[1305] besitzt, wie sie etwa der verfassungskonformen Auslegung 336

[1298] So explizit BGE 94 I 669, 678, E. 6a.

[1299] BGE 117 Ib 367, 374, E. 2f.

[1300] NOBS, Volksinitiative, 348; BGE 94 I 669, 678, E. 6a; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 164 ff. spricht von «Mehrdeutigkeit»; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 16, Rz. 43; für die gleich strukturierte verfassungskonforme Auslegung siehe BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 260 ff.; IMBODEN, Normeninterpretation, 158; CANARIS, Verfassungskonforme Auslegung, 143.

[1301] NOBS, Volksinitiative, 348; Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5370.

[1302] HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 167.

[1303] M.w.H. zu den Grenzen der Auslegung im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung Bericht VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2307 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 565.

[1304] M.w.H. zum Kriterium des Zweifels im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung NOBS, Volksinitiative, 350; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 163; BGE 94 I 669, 678, E. 6a; BGE 117 Ib 367, 369, E. 6a; a.M. SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 57.

[1305] HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 355; wohl auch NOBS, Volksinitiative, 350 f., der von einem «impliziten Vorbehalt zugunsten des Völkerrechts» spricht.

attestiert wird.[1306] Ein solches Verständnis der völkerrechtskonformen Auslegung präzisiert das Koordinationsziel dahingehend, dass die normative Kraft der völkerrechtlichen Norm zu schützen und gleichzeitig jene der landesrechtlichen Bestimmung bestmöglich zu erhalten ist.[1307] An die Stelle des Harmonisierungsgebots tritt damit ein «stillschweigender Vorbehalt zugunsten des Völkerrechts»[1308]. Ohne Not sei nicht davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber gegen das Völkerrecht habe verstossen wollen, und zwar selbst wenn kein Zweifel über die Völkerrechtskonformität respektive -widrigkeit der landesrechtlichen Norm bestehe.[1309] Der Koordinationsvorgang wandelt sich aus dem Blickwinkel einer Normerhaltungsfunktion der völkerrechtskonformen Auslegung zu einem nach völkerrechtsverträglichen Lösungen suchenden Modifikationsprozess. Die Koordinationstechnik der «Konformisierung» mutiert zur Modifikation von Verfassungsnormen, bis sie mit völkerrechtlichen Massstäben übereinstimmen;[1310] gleichsam ein milderes Mittel im Vergleich zur vollständigen Normderogation.[1311]

337 Gegen eine Normerhaltungsfunktion der völkerrechtskonformen Auslegung von Verfassungsnormen spricht erstens das gewichtige Argument, dass die Bundesverfassung die Stellung des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung[1312] bewusst nicht abschliessend regelt. Zweitens bildet die Völkerrechtskonformität keine Schranke der Verfassungsrevision. Drittens besitzt das Bundesgericht keine Normverwerfungskompetenz, auf deren Basis es völkerrechtswidrige Bun-

---

1306 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 555; BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE, Rz. 88; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 242 f.; IMBODEN, Normeninterpretation, 138 ff.; vgl. auch SKOURIS, Teilnichtigkeit, 107 f.; BETTERMANN, Verfassungskonforme Auslegung, 27 ff.

1307 HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 157, 160 ff., 349; CANARIS, Verfassungskonforme Auslegung, 152; SKOURIS, Teilnichtigkeit, 103 ff.; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 242 f.; BETTERMANN, Verfassungskonforme Auslegung, 31 ff.; BEKomm-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB, N 284.

1308 NOBS, Volksinitiative, 350.

1309 SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 57.

1310 Vgl. F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 629; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356 f., zählt die völkerrechtskonforme Auslegung deshalb zu den Mitteln der Gesetzeskorrektur.

1311 BETTERMANN, Verfassungskonforme Auslegung, 46 ff., spricht von der «Normerhaltung durch Normverformung», die sich weder aus «dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte noch mit dem Sinn und Zweck» ergibt. SKOURIS, Teilnichtigkeit, 108, spricht gar von der «verfassungskonformen Interpretation als qualitative Teilnichtigkeit». Vgl. auch GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 357; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 192; gl.M. in Bezug auf die verfassungskonforme Auslegung IMBODEN, Normeninterpretation, 138 ff.; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung.

1312 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 26 ff. insb. 24 f.; dazu auch Fn. 1265.

desgesetze verwerfen kann. Für eine Normerhaltungsfunktion der völkerrechtskonformen Auslegung spricht umgekehrt, dass Verfassungsrecht auch ohne Anwendungsvorrang eine verfassungsnormerhaltende Kraft gegenüber Bundesgesetzen zu begründen vermag. Für die Normerhaltungsfunktion von Völkerrecht dürfte die Rangfrage demnach ebenfalls nicht entscheidend sein. Sodann besitzt die breit akzeptierte, sich auf das Verhältnis Völkerrecht-Bundesgesetze beziehende Schubert-Praxis einen normerhaltenden Duktus, indem sie ein Streben nach Völkerrechtskonformität suggeriert, solange der Verfassungsgeber nicht «einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat»[1313]. Schliesslich spricht für eine Normerhaltungsfunktion der völkerrechtskonformen Auslegung auch die Auffassung, völkerrechtswidriges Bundesverfassungsrecht sei aufgrund der Massgeblichkeit des Völkerrechts kraft Art. 190 BV «unanwendbar, ganz gleich, ob es vor oder nach der völkerrechtlichen Norm erlassen wurde».[1314]

Wir stellen fest: Auch wenn man GIACOMETTIS Aussage «Völkerrecht bricht noch nicht Landesrecht»[1315] heute ablehnt und den «Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts wiederholt anerkannt und bestätigt» hat, belässt die Bundesverfassung das Vorgehen im Konfliktfall zwischen Völker- und Landesrecht – anders als im Verhältnis Bund-Kantone – nun einmal bewusst offen.[1316] Je mehr die Normerhaltungsfunktion der völkerrechtskonformen Auslegung zu einer Verformung oder Relativierung der hinzugefügten Verfassungsnorm führt, desto schwächer ist ihre positivrechtliche Abstützung durch Art. 5 Abs. 4 BV, weil es sich dabei gerade nicht um eine Kollisionsnorm für das Verhältnis von Völker- und Verfassungsrecht handelt. 338

c) Würdigung

Die völkerrechtskonforme Auslegung erbringt eine wichtige Erklärungsleistung für die nähere Regelung normativer Kontexte von Rechtsnormen in transnationaler Hinsicht. Die Koordinationstechnik der «Konformisierung» präzisiert den normativen Kontext von Anlassnormen unter Beizug völkerrechtlicher Bezugspunkte. Eine nähere Analyse dieser Koordinationstechnik wirft jedoch ein neues Licht auf dieses methodische Argument: Erstens stellt sich die Frage, wann eine 339

[1313] BGE 99 Ib 39, 43 f., E. 3 f.; so etwa SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 57.

[1314] So TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rz. 21; BGE 133 II 450, 460, E. 6; vgl. auch BGE 139 I 16, 29 ff., E. 5.2.

[1315] Zitiert bei THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 27; vgl. dazu auch Fn. 1265.

[1316] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 135; im internationalen Vergleich stellt das übrigens keine Besonderheit dar; siehe dazu etwa PETERS, Supremacy Lost, 171 ff.

völkerrechtskonforme Auslegung angezeigt ist und wann nicht. Denn die völkerrechtskonforme Auslegung postuliert ein einliniges Nutzen von Spielräumen zugunsten von völkerrechtlichen Bezugspunkten, was nicht immer und überall angezeigt sein muss. Zweitens erweist sich die in der Praxis regelmässig zitierte «Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit die Verfassungsnormen soweit nötig und möglich völkerrechtskonform auszulegen»[1317] als doppeldeutig: Geht es im Rahmen der völkerrechtskonformen Auslegung um die «mögliche», normerhaltende oder die «nötige», harmonisierende Konformisierung einer Anlassnorm mit dem Völkerrecht? Und drittens bestehen Unklarheiten im Hinblick auf den Bezugspunkt, an dem sich eine völkerrechtskonforme Auslegung ausrichtet. Das Völkerrecht ist nämlich kein monolithischer Block verbindlicher Vorgaben, sondern besteht aus verschiedenen Arrangements, die mit dem nationalen Recht durch unterschiedliche Mechanismen zusammenwirken.[1318] Völkerrechtliche Bestimmungen unterscheiden sich im Hinblick auf ihre konformisierende Kraft somit beträchtlich.[1319] Nach der Auffassung der zweiten öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts gehen beispielsweise völkerrechtliche Normen des FZA sowie Bestimmungen des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes gegenüber neuen Verfassungsnormen im Konfliktfall vor.[1320] Mindestens so relevant ist indes die Frage, welche völkerrechtlichen Normen das nicht tun. Zusammengefasst kommt eine völkerrechtskonforme Auslegung von Verfassungsrecht im konkreten Fall also nicht um eine Klärung herum, inwiefern der Verfassungsgeber nicht ohne Not gegen völkerrechtliche Vorgaben hat verstossen wollen und eine parallele Berücksichtigung völkerrechtlicher Normen zumindest in Kauf genommen hat.

3. Prinzip der Einheit der Verfassung als Mittel der Koordination

340 Das in Lehre[1321] und Praxis[1322] anerkannte Prinzip der Einheit der Verfassung liefert eine argumentative Struktur zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes einer angenommenen Verfassungsnorm auf der horizontalen Ebe-

[1317] Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.; ähnlich BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1 f.

[1318] KRISCH, Pluralism, 2 ff.; PETERS, Supremacy Lost, 195 ff.; PERRIN, Conflits, 24.

[1319] Vgl. auch BSK BV-BELSER, Einleitung, N 65.

[1320] BGE 139 I 16, 29, E. 5.2 f.; BGE 142 II 35, 39, E. 3.2.

[1321] RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 524; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71; BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 37 ff.; grundlegend F. MÜLLER, Einheit, 184 ff. und passim; vgl. auch CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 23 ff.

[1322] So das Bundesgericht in BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1; der Bundesrat in Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.

ne.[1323] Doch gibt es überhaupt eine «Einheit der Verfassung» und worin liegt deren methodische Bedeutungsschicht?[1324] Gewiss gilt die Bundesverfassung heute nicht mehr als logisch geschlossene Ordnung frei von Widersprüchen.[1325] Trotzdem anerkennt die herrschende Lehre die Einheit der Verfassung als methodisches Argument, um Widersprüche zwischen Normen auszuräumen.[1326] Mit dem methodischen Argument der Einheit der Verfassung überführen Lehre und Praxis das Postulat der Widerspruchslosigkeit des Rechts in ein «materiellrechtliches Interpretationsprinzip»[1327]. Es verpflichtet nicht zur Suche nach einer fehlenden Einheit oder Widersprüchlichkeit im Recht, wie zuweilen behauptet wird. Vielmehr präzisiert es die verlässliche Klärung normativer Kontexte von Rechtsnormen im Sinne einer regulativen Idee[1328], nach der die Bundesverfassung als ein zwar «vielseitige[r] und keineswegs spannungslose[r], aber doch auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichtete[r] Ordnungszusammenhang» zu interpretieren ist.[1329] Im Hinblick auf das Koordinationsziel ergeben sich aus der Einheit der Verfassung dadurch zwei konkrete Vorgaben: Zum einen sind Verfassungsnormen stets aus ihrem Gesamtzusammenhang heraus zu interpretieren, nie isoliert. Zum anderen gilt es Widersprüche «zu anderen Verfassungsnormen und besonders verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen» im Rahmen einer «integralen Auslegung» von Verfassungsnormen zu vermeiden.[1330] Nicht ohne weiteres klar ist indes die Koordinationstechnik, die sich die Einheit der Verfassung als methodisches Argument zu Nutze macht. Die nachfolgenden Ausführungen wollen darlegen, dass und weshalb die Verfassungsdogmatik hier

---

1323 So in der Lehre HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 129; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71; HÄBERLE, Wesensgehaltsgarantie, 5; vgl. auch CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 24 ff.

1324 Kritisch etwa H. HUBER, Formenreichtum, 183; vgl. auch RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 128.

1325 Vgl. dazu auch Rz. 287 ff.

1326 SCHMIDT-ASSMANN, Einheit, 85.

1327 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 77; ähnlich HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 70; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 129.

1328 MOSER, Unterschätzte Verfassung, 13; wohl auch BURCKHARDT, Methode, 270; ebenso CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 74; kritisch F. MÜLLER, Einheit, 99 f.

1329 EHMKE, Verfassungsinterpretation, 77; ebenso TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; REICH, Verfassungsverwirklichung, 116; BÄUMLIN, Geschichte, 27, verortet die Einheit des Rechts in seiner Grundaporie.

1330 Zu den beiden Zielen TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 383; ebenso BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BGE 120 II 112, 114, E. 3b; vgl. auch Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2321 f.

ebenfalls auf die Technik der Konformisierung verweist (Abschnitt a) und warum daraus ein Massstabsproblem resultiert (Abschnitt b). Zum Schluss wird das Argument der Einheit der Verfassung als Mittel zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen gewürdigt (Abschnitt c).

a) Einheit der Verfassung als Koordinationstechnik

341 F. MÜLLER spricht von der Einheit der Verfassung als Mittel einer harmonisierenden Verfassungsauslegung.[1331] Der Bundesrat fordert eine Auslegung angenommener Volksinitiativen, durch die «Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden».[1332] Und nach HESSE sind Verfassungsnormen so zu interpretieren, «dass Widersprüche zu anderen Verfassungsnormen vermieden werden».[1333] Als Harmonisierungsgebot präzisiert auch das Argument der Einheit der Verfassung den Koordinationsvorgang durch ein zweistufiges Vorgehen: Zuerst ist nach Spielräumen zu suchen, im Anschluss ist durch eine harmonisierende Auswahl zwischen Normverständnissen dafür zu sorgen, dass sich die hinzugefügte Verfassungsnorm im Einklang mit der «Einheit der Verfassung» im Verfassungsgefüge integriert. Stillschweigend wird auch hier davon ausgegangen, der Verfassungsgeber könne oder wolle keine Bestimmungen erlassen, die sich gegen die Einheit der Verfassung auflehnen.

342 Wenn die Bundesverfassung indes als «gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge»[1334] verstanden werden soll, wie es Literatur und Praxis suggerieren, scheint kein Höchstmass an Widerspruchsfreiheit angestrebt zu werden. Gesucht ist vielmehr ein Minimum an Widerspruchsfreiheit[1335] respektive das Mindestmass an Harmonie in der Bundesverfassung zur Entfaltung ihrer Steuerungskraft. In den Worten des Bundesgerichts: Die Bundesverfassung ist «mit Blick auf […] eine minimale Einheit zu interpretieren»[1336]. Aus dieser Perspektive erweist sich das methodische Argument der Einheit der Verfassung weniger als Harmonisierungsgebot denn vielmehr als normerhaltende Minimummaxime, die keine möglichst umfassende Begradigung von Widersprüchen anstrebt, sondern ein Mindestmass an Kohärenz garantiert. Um eine solche Minimalschicht der Verfassung zu verteidigen, von der nicht abgewichen werden kann, greift das

---

1331 F. MÜLLER, Einheit, 185 ff., 216 ff.

1332 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.; ähnlich BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1 f.

1333 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71; vgl. auch GAMPER, Verfassungsinterpretation, 232 ff.; wohl auch HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 12 ff., 141 ff.

1334 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

1335 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; SCHMIDT-ASSMANN, Einheit, 85 f.

1336 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

Argument der Einheit der Verfassung auf die Koordinationstechnik der Modifikation zurück. Die Anlassnorm ist so lange zu relativieren, bis das notwendige Mindestmass an Widerspruchsfreiheit in der Verfassung wiederhergestellt ist.[1337] Zusammengefasst spricht die Verfassungsdogmatik dem Argument der Einheit der Verfassung teils eine Harmonisierungsfunktion zu, teils eine Normerhaltungsfunktion als Minimummaxime. Hinter diesem methodischen Argument verbergen sich somit zwei grundsätzlich verschiedene Koordinationstechniken, denn die Harmonisierung und die Modifikation von Verfassungsnormen mit Blick auf die Einheit der Verfassung sind nicht dasselbe.

b) Normative(r) Bezugspunkt(e) einer Einheit der Verfassung

Nach F. MÜLLER besitzt eine Verfassung keinen normativen Eigenwert, der über jenen ihrer einzelnen Bestimmung hinausgeht.[1338] Mit dem methodischen Argument der Einheit der Verfassung geht somit ein Massstabsproblem einher, weil es unklar bleibt, worin der hinter der Chiffre «Einheit der Verfassung» stehende Bezugspunkt zur Konformisierung von Anlassnormen liegt. Wenn überhaupt, so verpflichtet das Gebot der Rechtsgleichheit zur Folgerichtigkeit des Rechts und einem Mindestmass an Systemgerechtigkeit;[1339] das Willkürverbot und der Schutz von Treu und Glauben vermitteln Einzelnen ein Mindestmass an Kohärenz in staatlichem Handeln. Und das Schrifttum leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip als Bestandteil einer tieferliegenden Verfassungsschicht[1340] eine Formel ab, um «der Rechtsmasse eines Staates das notwendige Mass an Ordnung angedeihen zu lassen».[1341] Positivrechtliche Grundlagen zum Schutz eines Mindestmasses an Widerspruchsfreiheit im verfassungsrechtlichen Arrangement ergeben sich demnach nicht aus der «Einheit der Gesamtverfassung», sondern aus Verfassungsgrundsätzen[1342] oder Bauprinzipien[1343] der Bundesverfassung.[1344] 343

1337 Ähnlich auch GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356 f., der die verfassungsbezogene Auslegung als Form der Gesetzeskorrektur qualifiziert.

1338 So F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 388; vgl. auch F. MÜLLER, Einheit, 230 ff.; CANARIS, Systemdenken, 16; vgl. auch HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 38.

1339 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 217; HÖPFNER, Systemkonforme Auslegung, 40 ff.; ENGISCH, Einheit, 62 f.

1340 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 38; so auch BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

1341 SCHMIDT-ASSMANN, Einheit, 85; das deutsche Bundesverfassungsgericht hält in BVerfGE 98, 106 (118 f.) sowie in BVerfGE 25, 216 (227) gar fest: «Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, dass den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die Rechtsordnung widersprüchlich machen».

1342 F. MÜLLER, Einheit, 191; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71.

1343 GAMPER, Verfassungsinterpretation, 232 ff.

1344 F. MÜLLER, Einheit, 234 f.

c) Würdigung

344 Das Argument der Einheit der Verfassung erweist sich als Sprachhülse, die bei näherer Betrachtung selbst keinen Mehrwert vermittelt für die verlässliche Klärung des normativen Kontextes einer Verfassungsnorm. Insgesamt verschleiert das Argument der Einheit der Verfassung die situative Koordination von Verfassungsnormen mehr, als dass es ihr zusätzliche Struktur verschafft. Das damit angesprochene Vorgehen wird durch den Begriff der bauprinzipienkonformen Auslegung[1345] präziser umschrieben, da zum Schutz des notwendigen Mindestmasses an Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit mithilfe eines methodischen Minimumprinzips eine gewissen Kohärenz innerhalb der Verfassung garantiert werden soll.[1346] Als Minimumprinzip bleibt die bauprinzipienkonforme Auslegung nicht nur imprägniert von der Forderung, Widersprüche seien zu begradigende Mängel. Es bleibt auch ungeklärt, wo das einlinige Nutzen von Spielräumen zur Sicherung der Kohärenz innerhalb der Bundesverfassung angezeigt ist und wo nicht. Ob es Bereiche gibt, gegen die im Verfahren der Verfassungsteilrevision kein Widerspruch erhoben werden kann, und welche das sind, bleibt ebenso offen wie die Grenzen, die es bei der modifizierenden Integration angenommener Volksinitiativen im bestehenden Verfassungsgefüge zu wahren gilt.

4. Herstellung praktischer Konkordanz als Mittel der Koordination

345 Das in Lehre[1347] und Praxis[1348] anerkannte Argument der harmonischen Auslegung respektive der Herstellung praktischer Konkordanz umschreibt eine argumentative Struktur zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes einer angenommenen Verfassungsnorm in horizontaler Hinsicht. Die «Herstellung praktischer Konkordanz» wirft allerdings die Frage auf, was diese methodische Chiffre besagt (Abschnitt a), auf welche Weise sie die Koordinationstechnik (Abschnitt b) präzisiert und wie das Koordinationsziel (Abschnitt c). Zum Schluss sind die gewonnenen Erkenntnisse gesamthaft zu würdigen (Abschnitt d).

1345 Der Begriff ist entnommen bei GAMPER, Verfassungsinterpretation, 232 ff.

1346 SCHMIDT-ASSMANN, Einheit, 85 f.

1347 WALDMANN, Umsetzung, 525; H. KOLLER, Umgang mit Volksinitiativen, 549; MOSER, Unterschätzte Verfassung, 14; SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 16; mit Vorbehalten BIAGGINI, Auslegung, 320 f.; TSCHANNEN, Mehr Volk, 138; m.w.H. zur praktischen Konkordanz im Allgemeinen BÄUMLIN, Geschichte, 27; SCHLADEBACH, Konkordanz; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 370; BIAGGINI, Richterrecht, 416 ff.; CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 291 ff.

1348 Botschaft Umsetzung Art. 123c BV, BBl 2016 6115 ff., 6124 sowie Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983.

a) Praktische Konkordanz als Chiffre für Ausgleich

Der Begriff «praktische Konkordanz» wird erstmals in GRATIANS Schrift «De Concordantia canonum» aus dem 12. Jahrhundert über die Exegese biblischer Texte verwendet.[1349] Er umschreibt Konkordanz als eine Methode, die widersprüchliche Einzelregeln in einem dialektischen Prozess mit Blick auf die kirchliche Gesamtordnung kompatibilisiert.[1350] Durch einen Rückgriff auf die «exempla caritatis» des Alten und des Neuen Testaments stützt GRATIAN die verschiedenen «auctoritates» und führt damit die Ordnung der Kirche unmittelbar auf die Heilige Schrift zurück.[1351] Im Spätmittelalter findet sich dieselbe Idee im «mos italicus» wieder, dem Werk der damaligen Bologneser Rechtsschule: Widersprüche (contrarietates) der Quellen geben Anlass zu Zweifeln (dubitationes) sowie zu wissenschaftlichem Streit (controversia) und erfordern eine Lösung (solutio).[1352] 346

In der Staatsrechtslehre taucht der Gedanke der praktischen Konkordanz erstmals zu Beginn des 20. Jahrhunderts bei F. FLEINER[1353] und kurz später bei SMEND[1354] auf – auch wenn beide den Begriff nicht ausdrücklich verwenden. Explizit von «praktischer Konkordanz» spricht, soweit ersichtlich, als erster SCHÖNFELD im Jahr 1930.[1355] VIEHWEG konkretisierte die mittelalterliche Konkordanzmethode 347

[1349] M.w.H. LÜCHING-MICHEL, Konkordanz, passim.

[1350] Dazu ordnet Gratian zunächst die Textauslegung von Autoritäten wie Kirchenvätern, Päpsten und Konzilen in «pro» und «contra». Anschliessend löst er in einem sog. «paragraphus» diese Widersprüche auf. Wo dies möglich ist, greift er dazu auf die «exempla» der Bibel zurück. Die Konkordanz der sich scheinbar widersprechenden «auctoritates» ergibt sich schliesslich im «exemplum» selbst und in den verschiedenen «causae» seiner Handlungsweise; m.w.H. FISCHER-LESCANO, Konkordanz, 170.

[1351] FISCHER-LESCANO, Konkordanz, 170; siehe auch CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 293 ff.

[1352] VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 43 f.; vgl. auch CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 294.

[1353] F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 758: «Nicht ein einziges Prinzip wird bis zu den letzten Konsequenzen durchgeführt. Andere Grundsätze treten ihm in den Weg, welche abweichende, gleichwertige Interessen schützen wollen. Erst in der tieferen Betrachtung enthüllt sich eine Harmonie, so wie wir an der Führung der Linien, der Gliederung der Räume und dem Schmuck der Ornamente den einheitlichen Stil eines Gebäudes erkennen».

[1354] SMEND, Verfassungslehre, 134: «alle staatsrechtliche Einzelheiten nicht an sich und isoliert zu verstehen sind, sondern nur als Momente des durch sie zu verwirklichenden Sinnzusammenhanges, der funktionellen Totalität der Integration».

[1355] SCHÖNFELD, Rechtserkenntnis, 1931, 78 ff.: «Die concordantia disconcordantium canonum ist das Wissen um die Einheit des Rechtsgeistes trotz aller Widersprüche der Überlieferung, sie ist die Einheit der Rechtsordnung, die sich in der Geschichte entfaltet.»; ebenso ENGISCH, Einheit, 1.

des «mos italicus» im Jahr 1954: Laut ihm gibt es für die Konkordanzherstellung verschiedene Mittel: «Das einfachste ist die sogenannte Subordination der Autoritäten. Haben die in Frage stehenden Textstellen gleiche Dignität, scheidet diese Methode aus. Von den übrigen Mitteln sind die Distinktion (Unterscheidung) und mit ihr zusammenhängend die Division (Einteilung) die allerwichtigsten. Sie entwerfen eine Ordnung, in der ein jedes seinen begrenzten Geltungsbereich angewiesen erhält».[1356] BÄUMLIN hat den Begriff der Konkordanz im Jahr 1961 als Erster ausdrücklich in der Staatsrechtslehre verwendet: «Jurisprudenz lebt nicht aus der Einheit ihrer konkretisierenden Massstäbe, wohl aber ist ihr aufgegeben, ihre Massstäbe beim Vollzug des Rechts in der Rechtsverwirklichung zu praktischer Konsonanz zu bringen, concordantia disconcordantium zu betreiben».[1357] HESSE verhalf der «praktischen Konkordanz» schliesslich als «Prinzip der Verfassungsauslegung»[1358] endgültig zum Durchbruch in der Staatsrechtslehre.[1359]

348 Heute versprechen sich Literatur und Praxis vom Argument der praktischen Konkordanz Einsicht in die horizontale Dimension des normativen Kontextes mehrerer Verfassungsnormen zugleich. Nach dem «Prinzip»[1360], der «Herstellung»[1361] oder der «Kompatibilisierungstechnik»[1362] der praktischen Konkordanz sind Verfassungsnormen im Rahmen der Anwendung einander so zuzuführen, dass ein übereinstimmendes (lat.: concordans) Verständnis entsteht. Gewissermassen strukturiert die Herstellung praktischer Konkordanz also das Verknoten «verschiedener, vom geschichtlichen Recht im Nacheinander oder in der Gleichzeitigkeit aufgestellten Regelungsansprüche»,[1363] die einander in einem heterogenen

---

1356 VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, 43 f.

1357 BÄUMLIN, Geschichte, 27; siehe auch BÄUMLIN, Kirchenrecht, 15 f.: «Polaritäten innerhalb der Verfassung sind als Nebeneinander verbindliche Richtschnuren im Sinne von Teilantworten des geschichtlichen Rechts zu verstehen, welche in der Konkretisierung der Verfassung zu praktischer Konkordanz zu führen sind, bei der sich das Recht als endliche Friedensordnung nun ganz besonders im Zeitalter sogenannten «Wertpluralismus» bescheiden muss».

1358 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 70 sowie dort im Titel.

1359 Nach HESSE, GRUNDZÜGE, § 2, Rz. 72, sind verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter einander in der Problemlösung so zuzuordnen, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, dürfe nicht in vorschneller Güterabwägung oder gar abstrakter Wertabwägung eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr bilde das Prinzip der Einheit der Verfassung eine Optimierungsaufgabe: Beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zur optimalen Wirksamkeit gelangen können. Die Grenzziehungen müssen daher im konkreten Fall verhältnismässig sein.

1360 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 72.

1361 BIAGGINI, Richterrecht, 416 ff.; HANGARTNER, Grundzüge I, 36.

1362 CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 293 f.

1363 BÄUMLIN, Geschichte, 27.

Normgefüge nicht näher zugeordnet sind. Das Koordinationsziel präzisiert die praktische Konkordanz durch die Forderung nach einem möglichst schonenden Ausgleich widersprüchlicher Verfassungsnormen; als Koordinationstechnik dient ihr die Herstellung von Konkordanz, also die Suche nach übereinstimmenden oder harmonisierenden Verständnissen von Normen.[1364] Gegenüber der Koordinationstechnik der Konformisierung hat dieses Vorgehen zwei entscheidende Vorteile: Erstens steht der Bezugspunkt für die Herstellung praktischer Konkordanz auf einer gefestigten verfassungsrechtlichen Grundlage, nämlich der gegenläufigen Verfassungsnorm. Zweitens wird durch eine Koordination der fraglichen Bestimmungen aus ihrer Mitte heraus der abstrakten Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit einzelner Verfassungsnormen Rechnung getragen.[1365]

Seinen Anwendungsbereich hat das methodische Argument der praktischen Konkordanz vor allem im Zusammenhang mit der Bewältigung von Grundrechtskollisionen, in deren Kontext die Menschenwürde die Rolle der «caritas» übernommen hat.[1366] Das Bundesgericht hat das Argument aber auch schon für die Abwägung zwischen verschiedenen Verfassungsgehalten im Rahmen der Lückenfüllung beigezogen.[1367] Ferner hat sich das Argument in der Verfassungspraxis als Einrede gegen Volksbegehren etabliert:[1368] Das Bundesgericht, aber auch der Bundesrat[1369] und das Schrifttum rechtfertigen unter Verweis auf die praktische Konkordanz die partielle Nichtberücksichtigung angenommener Volksinitiativen. Die nähere Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative sei «einem möglichst schonenden Ausgleich der ver- 349

[1364] Meist werden harmonisierende Auslegung und praktische Konkordanz mit Blick auf angenommene Volksinitiativen als Synonyme verwendet: so etwa SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 16; WALDMANN, Umsetzung, 525; H. KOLLER, Umgang mit Volksinitiativen, 549; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 370; Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; sowie Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983; Botschaft Pädophileninitiative, BBl 2012 8819 ff., 8842.

[1365] F. MÜLLER, Einheit, 198.

[1366] M.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 319; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 370; MARTIN, Grundrechtskollisionen, 225.

[1367] BGE 126 III 129, 149, Erw. 8a.

[1368] So erklärte das Bundesgericht in BGE 123 I 152, 157 f. E. 3b, zwei kantonale Volksinitiativen, welche positive Gleichstellungsmassnahmen für Frauen forderten, für (teil)ungültig mit der Rechtfertigung, dass aufgrund des Prinzips der praktischen Konkordanz das Interesse nach positiver Gleichstellungsmassnahmen für Frauen (Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV) nicht vollkommen zulasten des Interesses der Gleichbehandlung von Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV) verwirklicht werden dürfe.

[1369] Botschaft Umsetzung Art. 123c, BBl 2016 6115 ff., 6124; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5983; Botschaft Pädophileninitiative, BBl 2012 8819 ff., 8842, wo auf die «Schwierigkeiten bei der Herstellung praktischer Konkordanz» hingewiesen wird.

schiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet; sie soll praktische Konkordanz schaffen».[1370] Zusammengefasst behauptet sich das Prinzip der praktischen Konkordanz zunehmend als für die Auslegung der gesamten Verfassungs- und Rechtsordnung gültiges Prinzip,[1371] und «Synthesemaschine»[1372] der Verfassungsdogmatik schlechthin.[1373]

b) Praktische Konkordanz als Argumentationsstruktur

350 Die Literatur sieht in der Herstellung praktischer Konkordanz vor allem ein «Gegenkonzept»[1374] zur Abwägung.[1375] Mit Blick auf das gewonnene Verständnis über die Methodenqualität der Abwägung als alternative Argumentationsstruktur zur Subsumtion handelt es sich bei der praktischen Konkordanz jedoch weniger um etwas anderes als die Abwägung denn vielmehr um eine besondere Form der normübergreifenden Abwägung. Denn als Koordinationstechnik präzisiert das Argument der praktischen Konkordanz die normübergreifende Abwägung im Hinblick auf das Vorgehen sowie das Ergebnis:[1376]

351 In Bezug auf das *Vorgehen* verbietet die Herstellung praktischer Konkordanz eine einlinige Güterabwägung. Im Rahmen einer normübergreifenden Abwägung wird nämlich bloss geprüft, ob es mit Blick auf die angenommene Volksinitiative zumutbar ist, andere Verfassungsvorgaben zu berücksichtigen. Inwiefern es mit Blick auf andere Vorgaben auch zumutbar ist, die Volksinitiative bloss teilweise zu berücksichtigen, gerät damit aus dem Fokus. Das Argument der praktischen Konkordanz wirkt einer derart einlinigen Prüfungsperspektive entgegen,[1377] indem es ein wechselseitiges Vorgehen aus der Mitte der gegenläufigen Verfassungspflichten verlangt.[1378] Gewissermassen wird mit dem Diktum des «Hin- und

---

[1370] BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1; WALDMANN, Umsetzung, 525; H. KOLLER, Umgang mit Volksinitiativen, 549.

[1371] REICH, Verfassungsverwirklichung, 116.

[1372] Der Begriff ist entnommen bei FISCHER-LESCANO, Konkordanz, 167.

[1373] So sucht etwa KLATT, Konkordanz, 16 ff., 277 ff. nach einer praktischen Konkordanz zwischen Organkompetenzen; bei OESCH, Typisierung, 161 ff., erstarkt die Herstellung praktischer Konkordanz zum Grundprinzip der Rechtsetzung; BIAGGINI, Richterrecht, 416 ff., sucht nach allgemeinen Konkordanzmustern zum Ausgleich zwischen gegenläufigen Verfassungsgeboten.

[1374] GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 369.

[1375] BIAGGINI, Richterrecht, 415 ff.; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 72; SCHLADEBACH, Konkordanz, 278 f.; F. MÜLLER, Einheit, 198.

[1376] GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 370 ff.; SCHLADEBACH, Konkordanz, 278 f.; vgl. auch LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 31.

[1377] HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 319; SCHLADEBACH, Konkordanz, 271.

[1378] Vgl. auch MARTIN, Grundrechtskollisionen, 225.

Herwanderns des Blickes» von ENGISCH im Rahmen der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen Ernst gemacht durch ein nachträgliches Beschneiden «der kunstgerecht behauenen Bausteine», «damit sie sich zu einem Bau zusammenfügen».[1379]

Im Hinblick auf das *Ergebnis* zielt die normübergreifende Abwägung nach allgemeiner Auffassung darauf ab, «das Zurückstehen eines Interesses unter methodischen Gesichtspunkten zu entwickeln» und die situative Hierarchisierung sich zuwiderlaufender Verfassungsnormen zu rechtfertigen.[1380] Es wird also eine situative «Kollisions-»[1381] oder «Relationsnorm»[1382] gebildet, mit deren Hilfe sich die gegenläufigen Gebote durch Derogation hierarchisch koordinieren lassen. Anders formuliert: Die Methode der Abwägung bezieht sich auf einen argumentativen Kampf, bei dem einer alles gewinnt, einer alles verliert. Anders das Argument der praktischen Konkordanz: Laut ihm darf bei einer Kollision von Verfassungsinteressen «nicht in vorschneller Güterabwägung oder gar abstrakter Wertabwägung eines auf Kosten des anderen realisiert werden, […] sondern beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide optimal zur Wirklichkeit gelangen können».[1383] «Die Abstriche, welche dabei an den verfassungsrechtlich geschützten Gütern zu machen sind, dürfen nicht weiter gehen, als erforderlich ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen.»[1384] Es geht also um einen «möglichst schonenden Ausgleich», wie LERCHE[1385] präzisiert und das Bundesgericht im Kontext angenommener Volksinitiativen betont.[1386] Mit anderen Worten sucht die Koordinationstechnik der Konkordanz anstelle von Gewinnern und Verlierern Harmonie und Kompromisse. 352

c) Praktische Konkordanz als Koordinationsziel

Das Koordinationsziel präzisiert das Argument der praktischen Konkordanz auf eine ganz bestimmte Weise. «Seine Einheit», so BÄUMLIN, «findet das Recht 353

[1379] BURCKHARDT, Lücken, 88; ebenso TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 129; HANGARTNER, Grundzüge I, 36; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71.

[1380] HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 300; BIAGGINI, Richterrecht, 412, 416.

[1381] Vgl. im Zusammenhang mit Art. 121a BV BIAGGINI, Umsetzung, 525 ff.

[1382] WINDISCH, Relationsnorm, 52 ff.

[1383] HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 72; ebenso CANARIS, Systemdenken, 56, 115 f.

[1384] BIAGGINI, Richterrecht, 416 ff.; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 31, spricht in diesem Zusammenhang vom «Clou» der praktischen Konkordanz.

[1385] LERCHE, Stil und Methode, 349 f.; ebenso BIAGGINI, Richterrecht, 416.

[1386] BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1; BGE 129 I 173, 184, E. 5.1.

nicht in der logischen Einheit seines Normbestandes, sondern alleine […] in seiner Grundaporie.»[1387] «Jurisprudenz lebt nicht aus der Einheit ihrer konkretisierenden Massstäbe, wohl aber ist ihr aufgegeben, ihre Massstäbe beim Vollzug des Rechts in der Rechtsverwirklichung zu praktischer Konsonanz zu bringen, concordantia disconcordantium zu betreiben.»[1388] Mit anderen Worten ist im Rahmen der Herstellung praktischer Konkordanz das Wahrmachen der falschen Prämisse anzustreben, wonach die Verfassung ein in sich kohärentes Normprogramm bildet.[1389] Durch diese Nähe zum Prinzip der Einheit der Verfassung im Hinblick auf das Koordinationsziel stellt sich die Frage, inwiefern auch die praktische Konkordanz bloss eine harmonisierende Funktion besitzt und wieweit auch sie normerhaltend wirkt.

354 Literatur und Praxis verstehen die Herstellung praktischer Konkordanz weitgehend als Synonym für die harmonisierende Auslegung von Verfassungsnormen: Der Gesetzgeber habe im Rahmen der Umsetzung von Volksinitiativen «alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mit zu bedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden».[1390] Denn erst aus dem Zusammenspiel aller Verfassungsgehalte ergebe sich das Ganze der konkreten verfassungsrechtlichen Gestaltung.[1391] Je nachdem, wie absolut man die Forderungen nach Konkordanz versteht, werden dem Argument der praktischen Konkordanz aber auch normerhaltende Funktionen attestiert. Wenn im Konfliktfall per se keines der betroffenen Rechtsgüter vollkommen «auf Kosten des anderen realisiert werden» darf,[1392] wird die Herstellung praktischer Konkordanz vom Harmonisierungsgebot zu einer «Vermeidungspflicht»[1393], die im Sinne eines Vorbehalts zu einem Mindestmass an Konkordanz verpflichtet. Eine solche Sichtweise ändert das Koordinationsziel: Das Argument der praktischen Konkordanz verbietet gleichsam als Untergrenze, geltendes Verfassungsrecht nicht zu berücksichtigen. Die These, wonach keine Verfassungsnorm die Eigenschaft besitze, andere Verfas-

---

1387 BÄUMLIN, Geschichte, 27.

1388 BÄUMLIN, Geschichte, 27.

1389 REICH, Verfassungsverwirklichung, 117.

1390 Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6, BBl 2013 5975 ff., 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.; ähnlich BGE 139 I 16, 24 f., E. 4.2.1 f.

1391 HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 129; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 30; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 71; F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 383; ebenso BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

1392 So etwa GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 371; vgl. differenzierend in Bezug auf Grundrechte MARTIN, Grundrechtskollisionen, 225; vgl. auch HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 72; kritisch RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 128 f.

1393 So BUMKE, Relative Rechtswidrigkeit, 50 f.

sungsnormen pauschal zurückzuschieben,[1394] steht jedoch auf unsicherem Grund, wenn man sie am positiven Verfassungsrecht reflektiert.[1395] Denn das Prinzip der praktischen Konkordanz läuft als Vorbehalt eines Mindestmasses an Ausgleich stets Gefahr, positivrechtliche Vorgaben «wegzuharmonisieren»[1396].

d) Würdigung

«Mit der Methode des 12. sind die Rechtsprobleme des 21. Jahrhunderts nicht zu lösen», meint FISCHER-LESCANO.[1397] Vor dem Hintergrund der gewonnenen Erkenntnisse fällt diese Diagnose zu allgemein aus. Wo Bedarf zur Anreicherung und Entwicklung von Verfassungsnormen besteht, konfrontiert das Prinzip der praktischen Konkordanz den Interpreten mit Fragen, die andere Argumente nicht aufwerfen: Den Koordinationsvorgang strukturiert das Argument der praktischen Konkordanz durch ein «Gegenstromprinzip»[1398], nicht als einlinigen Prozess. Auf diese Weise wird der abstrakten Gleichwertigkeit von Verfassungsnormen Rechnung getragen und es werden keine situativen Hierarchien konstruiert, wo sie allenfalls gar nicht gefragt sind.[1399] Das Koordinationsziel präzisiert das Argument der praktischen Konkordanz durch die Forderung eines möglichst schonenden Ausgleichs widersprüchlicher Verfassungsnormen. Im Hinblick auf die Koordinationstechnik verlangt die Herstellung praktischer Konkordanz gemäss weitverbreiteter Auffassung eine konkordante Auswahl zwischen möglichen Normhypothesen. Allerdings sind dabei die im Mittelalter noch betonten, aber im Wandel der Zeit in Vergessenheit geratenen «dubitatio» (Zweifel) und «controversia» (Streitfrage) über die Vorentscheide des Verfassungsgebers notwendig. Schliesslich steht auch die Herstellung praktischer Konkordanz unter Vorbehalt anderslautender Vorgaben des Verfassungsgebers.[1400] 355

Eine nähere Analyse hat aber auch gewisse Grenzen des methodischen Arguments der praktischen Konkordanz offengelegt: Einmal leistet das Argument keine Hilfe bei «kompromisslos formulierten» Normen. Die Gerichtsurteile zum Schwangerschaftsabbruch[1401] oder zum Einbürgerungsverfahren an der Urne[1402], bei denen sich kollidierende Grundrechte gegenseitig vollkommen in ihrer Wirk- 356

1394 F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 392.

1395 Kritisch auch BIAGGINI, Auslegung, 320 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 16; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 128 ff.

1396 Der Begriff lehnt sich an bei BIAGGINI, Auslegung, 321.

1397 FISCHER-LESCANO, Konkordanz, 166 im Abstract.

1398 Der Begriff ist entnommen bei F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 31.

1399 F. MÜLLER, Einheit, 198.

1400 M.w.H. auch Rz. 608 ff.

1401 BVerfGE 39, 1 (43), 88, 203 (255 f.).

1402 BGE 129 I 232, E. 4.3 f.

samkeit terminieren, veranschaulichen dies.[1403] Mehr noch: In solchen Situationen verschleiert die Herstellung praktischer Konkordanz staatliches Handeln jenseits verfassungsrechtlicher Grundlagen.[1404] Das Argument der praktischen Konkordanz darf also gerade nicht als «das Wahrmachen der falschen Prämisse, wonach die Verfassung ein in sich kohärentes Normprogramm bildet»[1405] verstanden werden. Vielmehr hat sich das mit dieser Chiffre umschriebene Vorgehen daran zu messen, weshalb es den Vorentscheiden des Verfassungsgebers mehr entspricht, mehrere Normen partiell zu verwirklichen, anstatt eine vollständig, die andere dafür gar nicht – und zwar auch dort, wo die Herstellung praktischer Konkordanz auf die Koordinationstechnik der Modifikation zurückgreift und das Koordinationsziel durch einen Vorbehalt für ein Mindestmass an Konkordanz präzisiert.

E. Zwischenfazit: Koordination durch Begradigung von Widersprüchen

357 Die Verfassungsdogmatik systematisiert Steuerungsprobleme, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, mithilfe verschiedener Konzepte, Figuren und Methoden, die allesamt Einsicht in die nähere Ausgestaltung und Koordination von gegenläufigem Verfassungsrecht vermitteln sollen. Eine Bestandsanalyse der bestehenden Systematisierungsversuche zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen hat Folgendes verdeutlicht.

358 Im Hinblick auf den *Koordinationsgegenstand*, also den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative, betrachtet die vorherrschende Dogmatik Diskrepanzen zwischen den Gehalten verschiedener Verfassungsnormen als Steuerungsdefizit. Mangelhafte Koordination von Verfassungsnormen sei daher in den Reparaturwerkstätten[1406] der Verfassungshandhabe durch eine situative Zuordnung der gegenläufigen Bestimmungen zu reparieren. Das *Koordinationsziel* verorten Literatur und Praxis in der Begradigung widersprüchlicher Verfassungsnormen zwecks Rückgewinns der Steuerungskraft von gegenläufigen Bestimmungen. Die dargestellten Konzepte, Methoden und Handlungsmuster zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen streben nämlich – auch

[1403] MARTIN, Grundrechtskollisionen, 232.

[1404] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 41; BIAGGINI, Verfassungsstaatlichkeit, in: Staatsrecht, § 9, Rz. 8a.

[1405] REICH, Verfassungsverwirklichung, 117.

[1406] Siehe dazu auch Rz. 371.

wenn Unterschiede im Hinblick auf das Ausmass und die Konsequenz bestehen – letztlich allesamt dasselbe Ziel an: die Begradigung von Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen zur Bewältigung von Koordinationsproblemen. Dies, obschon der erste Teil der Untersuchung zeigte, dass Widersprüche in der Bundesverfassung ein existierendes, von der Staatsorganisation der Schweiz in Kauf genommenes und für die schweizerische Verfassungskultur unverzichtbares Phänomen sind.

Die *Koordinationszuständigkeiten* leitet der vorherrschende Grundtenor mithilfe von Delegations- und Ermächtigungskonstrukten negativ aus den Befugnissen des Verfassungsgebers ab. Hierfür sind, so die Grundthese, die rechtlichen Rahmenbedingungen und die bestehenden Koordinationsspielräume zur Ausübung von Koordinationskompetenzen zu klären und es ist zu prüfen, ob mögliche Koordinationsoptionen Koordinationsbefugnisse des Verfassungsgebers oder anderer potenzieller Träger solcher Kompetenzen beeinträchtigen. Im Hinblick auf die *Koordinationsmethoden* greifen Literatur und Praxis auf einen konditional strukturierten Argumentationsprozess zurück. Zuerst ist mittels «systematischer Auslegung» nach bestem Wissen und Gewissen zu klären, was der Verfassungsgeber im Hinblick auf den normativen Kontext einer Verfassungsnorm vorentschieden hat, welche Koordinationsspielräume bestehen sowie ob, wo und warum eine Verfassungsnorm tatsächlich Koordinationsprobleme erzeugt.[1407] Im Anschluss ist der normative Kontext in Ausübung von Koordinationskompetenzen zu bestätigen, anzureichern und näher zu regeln. Verschiedene methodische Argumente mit einer besonderen Methodenqualität helfen dabei, indem sie Verfassungsnormen einander durch die Koordinationstechniken der Derogation, der Konformisierung, der Harmonisierung und der Modifikation gewonnener Normhypothesen zuordnen. Auf diese Weise verläuft die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in wenigen Worten nach dem vorherrschenden Grundtenor. 359

Sofern Literatur und Praxis die methodische Eigenart der Koordination einer angenommenen Volksinitiative überhaupt hervorheben, weisen sie primär darauf hin, dass ein solches Vorgehen auf eine integrative Modifikation abzielt, weil angenommene Volksinitiativen nachträglich zum bestehenden Verfassungsgefüge hinzutreten und bestehende Verfassungsnormen nicht ohne Not relativiert werden sollen. Ein Blick in die Verfassungspraxis belegt, dass die methodischen Argumente der Einheit der Verfassung, der völkerrechtskonformen Auslegung und der praktischen Konkordanz gerade im Kontext angenommener Volksinitia- 360

[1407] Vgl. auch F. REIMER, Methodenlehre, Rz. 538 f.

tiven als verfassungserhaltende Konzepte eingesetzt werden.[1408] Es scheint fast, als beruhen die methodischen Argumente zur Koordination widersprüchlicher Normen auf der Annahme, die im Mittelalter die Derogationssätze beherrschte: Das alte Recht ist das gute Recht![1409] Zusammenfassend lässt sich festhalten: Widersprüche in der Bundesverfassung infolge einer angenommenen Volksinitiative sind gemäss dem vorherrschenden Grundtenor in der Verfassungsdogmatik durch eine Koordination zu begradigen. Diese weitverbreitete Grundthese über den Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen wirft jedoch folgende Frage auf: Können politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen befriedet werden, indem widerspruchserhebende Verfassungsnormen so lange modifiziert werden, bis der Widerspruch verschwindet?

[1408] Vgl. BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; Bericht BR VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2315 f.; Botschaft Umsetzung Art. 121 Abs. 3–6 BV, BBl 2009 5883 f.; Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2320 f.

[1409] So ENGISCH, Einführung, 226 f. und dort Fn. 82.

Kapitel 5 Kritik und Bedarf einer Neukonzeption

Mitunter existieren in der Verfassungsdogmatik vereinzelt andere oder weitere Auffassungen und Konzepte für den Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen. Die Bestandsanalyse dürfte jedoch den vorherrschenden Grundtenor nachgezeichnet haben, wie mit den in Teil I umrissenen Steuerungsproblemen umgegangen wird, die das Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch infolge angenommener Volksinitiativen» hervorruft. Das folgende Kapitel will die bereits vereinzelt geübte Kritik am Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen zusammenfassen und vertiefen. Erneut soll uns dabei das Viereck der Verfassungsgestaltung als Referenzrahmen dienen. Im Wesentlichen bezieht sich die nachfolgende Kritik nämlich auf die angenommene Volksinitiative und ihren normativen Kontext als Koordinationsgegenstand (Abschnitt A), auf verzerrte Vorstellungen über die Begradigung von Widersprüchen als Ziel der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen (Abschnitt B), die Rechtfertigung von Koordinationskompetenzen und die Vernachlässigung des Verfassungsgebers (Abschnitt C) sowie die Systematisierungsdefizite der dominierenden Koordinationsmethoden (Abschnitt D). Zum Schluss wird erörtert, dass und weshalb es im Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen hervorrufen, einer Neuorientierung bedarf (Abschnitt E). 361

A. Was: Angenommene Volksinitiativen als Koordinationsgegenstand

Im Hinblick auf die angenommene Volksinitiative als Gegenstand der Koordination verkennt die herrschende Lehre zuweilen, dass in erster Linie normative Zwischenräume, weniger die Verfassungsnormen selbst den Gegenstand der Erkenntnis bilden. Zudem unterscheidet die Verfassungsdogmatik kaum zwischen angenommenen Volksinitiativen und anderen Verfassungsnormen als Gegenstand der näheren Ausgestaltung und Koordination. Gemäss dem vorherrschenden Grundtenor wechselt der mittels Volksinitiative artikulierte politische Konflikt im Verfahren der Verfassungsteilrevision vom politischen in den rechtlichen Aggregatzustand[1410]. Nach der Annahme einer Volksinitiative durch Volk und 362

[1410] Die Formulierung ist entnommen bei RHINOW, Politische Funktionen, 186.

Stände sei daher die legale Funktion als rechtlicher Text mit Anspruch auf Verbindlichkeit und Bestandteil des Verfassungsgesetzes massgeblich.[1411] Als Gegenstand der Verfassungsentwicklung wird eine angenommene Volksinitiative höchstens aufgrund der erhöhten Diskrepanz zwischen dem normativen Steuerungsangebot und der konkreten Steuerungsnachfrage, die damit einhergeht, speziell behandelt. Diese weitverbreitete Sichtweise über eine angenommene Volksinitiative als Koordinationsgegenstand beruht indes aus mehreren Gründen auf verkürzten Annahmen, wovon zwei hier hervorgehoben werden: die graduelle Struktur normativer Kontexte von Verfassungsnormen (Abschnitt I) sowie der politische Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative (Abschnitt II).

I. Normativer Kontext: Graduelle statt binärer Struktur

363 Die bestehenden Systematisierungsversuche der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen erweisen sich im Hinblick auf den Gegenstand als ungenau, weil sie geradezu blindlings nach Hierarchien zwischen Verfassungsnormen suchen. Gleichsam als Konsequenz der abstrakten Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit von Verfassungsnormen geht der vorherrschende Tenor von einer einheitlichen Regelung der Relationen zwischen Verfassungsnormen aus. Gewissermassen setzt sich der Stufenbau der Rechtsordnung zwischen den einzelnen Verfassungsnormen schwächer werdend fort. Neben den einzelnen Stufen der Rechtsordnung bleiben also auch deren einzelne Bestandteile einander trotz abstrakter Gleichwertigkeit letztlich hierarchisch zugeordnet. Eine nähere Analyse des normativen Kontextes von Verfassungsnormen hat allerdings gezeigt, dass es der Bundesverfassung neben abstrakten Hierarchien auch an einer einheitlichen Relation durch Hierarchisierung mangelt. Die andersartige «Vorrangigkeit» des zwingenden Völkerrechts[1412] und Art. 78 Abs. 5 BV[1413] stehen hierfür Beispiel. In einem pluralen Gefüge von punktuellen, «nicht immer bewusst verbundenen und aufeinander abgestimmten Vorgaben»[1414] ohne konsequente inhaltliche Koordination sind Normrelationen in allen möglichen Schattierungen denkbar. Entsprechend ist der normative Kontext von Verfassungsnormen in erster Linie graduell strukturiert. Im Falle einer Koordinationsoffenheit, aber auch wenn sich diese zu Koordinationsproblemen verdichtet, ist daher nicht von vornherein klar, wie der normative Kontext einer Verfassungsnorm näher geregelt werden soll.

1411 Ähnlich BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2097.

1412 Nach verbreiteter Auffassung geht das zwingende Völkerrecht entgegenstehendem Landesrecht stufenunabhängig vor: statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 16; SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Völkerrecht-Landesrecht, Rz. 51.

1413 Die relativierende Bestimmung in Art. 23d NHG; m.w.H. BSK BV-DAJCAR/GRIFFEL, Art. 78, N 40 f.; BGE 138 II 281, 296, E. 6.2.

1414 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; WALDMANN, Umsetzung, 528.

Angenommene Volksinitiativen wirken aufgrund der darin zum Ausdruck gebrachten Änderungsabsicht auch ohne eindeutigen Vorrang relativierend auf den normativen Kontext anderer Verfassungsnormen ein. In Frage steht nicht, «dass», sondern «wie» und in welchem Umfang sie das tut. Das Erkenntnisinteresse muss sich im Rahmen der Koordination einer angenommenen Volksinitiative demnach auf das konkrete Ausmass beziehen, in dem der Verfassungsgeber ihre Relation zu anderen Verfassungsnormen geregelt hat respektive wie er ihren normativen Kontext nach Treu und Glauben wohl hätte regeln wollen.

II. Vernachlässigung staatspolitischer Eigenwerte angenommener Volksinitiativen

Mit Blick auf den Gegenstand entpuppen sich die bestehenden Systematisierungsversuche zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als ungenau, weil sie den staatspolitischen Eigenwert einer zu Verfassungsrecht gewordenen Volksinitiative vernachlässigen. Die vorherrschende Verfassungsdogmatik geht im Zusammenhang mit einer angenommenen Volksinitiative davon aus, dass deren Urheber den Normtext und den normativen Kontext einer solchen Bestimmung mehr oder minder bewusst ausgestaltet haben.[1415] Entsprechende Verfassungstexte werden in erster Linie als «Stichworte» erachtet, welche die damit konfrontierten Organe zum Aufbau von politischem Konsens über ihre Bedeutung ermächtigen. Die Normoffenheit und die Koordinationsoffenheit angenommener Volksinitiativen deutet der vorherrschende Grundtenor als Mittel des Verfassungsgebers zur Steuerung staatlicher Gestaltung. Und ein Normwiderspruch wird als zu beseitigendes Steuerungsdefizit im Sinne eines «Scheinbefehls» betrachtet, den der Verfassungsgeber so nicht gewollt haben konnte. 364

Dass eine angenommene Volksinitiative als rechtlich-politisches Doppelphänomen zugleich einen rechtlichen und einen staatspolitischen Eigenwert besitzt, bleibt regelmässig unerkannt. Im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung zu Volksinitiativen beharren die Befürworter einer angenommenen Volksinitiative jedoch meist auf einer Bewältigung des zu Verfassungsrecht transformierten gesellschaftlichen Konflikts nach dem Eigenwert der Politik. Sie verweisen auf den angeblichen Willen des Verfassungsgebers und qualifizieren jedes Abweichen davon als Verfassungsbruch. Die Gegner einer angenommenen Volksinitiative postulieren hingegen eine Normdeutung im Sinne der rechtlichen Eigenlogik solcher Bestimmungen. Sie fordern ihre kohärente Integration in das bestehende Verfassungsgefüge, sodass die angenommene Volksinitiative mit vorbestehenden Verfassungsgrundsätzen wie dem Grundsatz der Gewaltenteilung, den Grundrechten, dem Verhältnismässigkeitsgebot oder der Pflicht zur Beachtung 365

[1415] Vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 244.

von Völkerrecht im Einklang steht. Die Eigenlogik des Rechts verlangt jedoch regelmässig ein diametral anderes Normverständnis einer angenommenen Volksinitiative wie die Eigenlogik der Politik. Die bestehenden Systematisierungsversuche erweisen sich im Hinblick auf den Gegenstand somit als problematisch, weil ihnen allesamt ein strukturelles Unbehagen des Rechts gegenüber politischer Gestaltung und ihrer Eigenlogik enthalten ist. So berechtigt diese Skepsis in einzelnen Bereichen ist, so unangebracht ist sie im Kontext angenommener Volksinitiativen, einem Mittel zur Bewältigung politischer Konflikte durch Verfassungsrecht.

366 Problematisch an den bestehenden Systematisierungsversuchen zur Koordination von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen ist also nicht, dass eine angenommene Volksinitiative in Bezug auf ihren rechtlichen Eigenwert regelmässig als «unfertig»[1416] oder «unausgegoren»[1417] qualifiziert wird, weil in der Mitte des Volkes ausformulierte Verfassungstexte in Sachen Normdichte und Regelung des normativen Kontextes zu wünschen übrig lassen. Problematisch ist, dass der staatspolitische Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative dabei nicht oder kaum berücksichtigt wird, obschon dieser weitaus weniger diffus ist als gemeinhin angenommen. In einer angenommenen Volksinitiative manifestiert sich mitunter nämlich die unzweideutige Absicht, durch Recht auf eine bestimmte Weise steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einzuwirken. Ein politischer Konflikt wird mit dem Ziel in Verfassungsform transformiert, ihn auf diese Weise zu bewältigen. Zusammengefasst kann eine Bewältigung politischer Konflikte, die mittels Volksinitiative in die Bundesverfassung getragen wurden, nur gelingen, wenn aus rechtlicher Sicht mangelhafte Verfassungsnormen nicht allein nach der Eigenlogik des Rechts ausgeformt werden, sondern auch der staatspolitische Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative gegenwärtig bleibt.[1418]

B. Weshalb: Begradigung von Widersprüchen als Koordinationsziel

367 Die Bestandsanalyse hat offenbart, dass die bestehenden Konzepte zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen auf einem logisch imprägnierten Bild der rechtsdogmatischen Figur des Widerspruchs beruhen. Widersprüche zwischen Verfassungsnormen werden gleichsam als Mangel im Verfassungsgefüge

[1416] BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 31.
[1417] WALDMANN, Umsetzung, 524.
[1418] Siehe dazu auch Rz. 381 ff.

qualifiziert, den es zwecks Rückgewinns ihrer Steuerungskraft zu begradigen gilt. Eine nähere Analyse der rechtsdogmatischen Figur des Widerspruchs hat jedoch Erfassungsprobleme im Hinblick auf den Ist-Zustand offenbart, den die Verfassungsdogmatik als Wesenszug des Widerspruchs zwischen Rechtsnormen qualifiziert (I). Zudem stellt sich die Frage, ob die Begradigung von Widersprüchen als Koordinationsziel im Kontext einer angenommenen Volksinitiative haltbar ist (Abschnitt II).

I. Erfassungsprobleme im Hinblick auf den Ist-Zustand

Ein Hauptproblem der systematischen Erfassung von Widersprüchen im Recht ist die präzise Umschreibung des Widerspruchs als Normkonstellation im Rechtsgefüge. Im Grundsatz ist zwar klar, dass eine Situation gemeint ist, in der zwei Normen denselben Sachverhalt womöglich oder tatsächlich erfassen, aber Unterschiedliches anordnen. Im Einzelfall stellen sich dabei jedoch schwierige Abgrenzungsfragen: Während ein zu weites Verständnis des Widerspruchsbegriffs die Bundesverfassung in einem «System von Konfliktentscheidungen»[1419] aufgehen lässt und die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs ihrer Systematisierungsleistung beraubt, erkauft sich ein enges Begriffsverständnis Scheinrationalität zum Preis zusätzlicher Unklarheiten aufgrund von Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen «vermeintlichen» und «echten» Widersprüchen. Systematisierungsversuche, die den Widerspruch als Zustand mit bestimmten Folgen reformulieren, verstellen den Blick auf das Problem mehr, als sie Einsicht in dieses vermitteln. Mehr noch: sie verhindern eine systematische Erfassung des Problems von Widersprüchen im Verfassungsrecht in der notwendigen Tiefenschärfe. Letztlich lässt sich der Widerspruch nämlich genauso wenig abstrakt definieren wie das Ideal der einzig richtigen Lösung. 368

II. Angenommene Volksinitiativen als logischer Mangel?

Verfassungslehre und Verfassungspraxis reformulieren Widersprüche zwischen Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen als einen zwar möglichen, letztlich aber doch unerwünschten Zustand im Rechtsgefüge.[1420] Die These des Widerspruchs als zu behebender Mangel im Rechtsgefüge beruht auf zwei Grundannahmen: Zum einen verunmögliche ein fehlerhaftes Verhalten seitens 369

[1419] HECK, Interessenjurisprudenz, 149 ff.; vgl. auch TEUBNER, Verfassungsfragmente, 228, «Notwendigkeit eines kollektiv geteilten Glaubens an die Einheit der Verfassung, der Rest ist Kollision».

[1420] Die Botschaft Begrenzungsinitiative, BBl 2019 5027 ff., 5058, spricht ausdrücklich von «Mängel der Initiative»; ähnlich WALDMANN, Umsetzung, 524; HANGARTNER, Unklarheiten, 472.

des Normsetzers die Operationalisierung von Recht; zum andern seien Widersprüche im Rechtsgefüge zwingend zu beheben, um die steuernde Kraft widersprüchlicher Normen zu entfalten. Im Kontext einer angenommenen Volksinitiative stehen beide Thesen indes auf unsicherem Grund. Von einem Regelungsdefizit, einem Mangel oder einem Fehler seitens des Verfassungsgebers kann im Falle einer angenommenen Volksinitiative keine Rede sein, im Gegenteil! Als Recht *auf* Widerspruch nimmt die Volksinitiative Widersprüche *im* verfassungsrechtlichen Arrangement in Kauf, um die Verfassungsakzeptanz mittels eines Rechts zum Kampf um den Erhalt der eigenen Freiheiten zu stärken. Wenn die Bundesverfassung Widersprüche als das geringere Übel relativ zur tatsächlichen Revolution hinnimmt, ist ein Konzept gesucht, das Widersprüche zwischen Verfassungsnormen nicht zwangsläufig als zu berichtigende Fehler erachtet und den Zweck angenommener Volksinitiativen in den Vordergrund stellt: die Bewältigung politischer Konflikte durch Verfassungsrecht.

C. Wer: Machtverschiebungen aufgrund von Ermächtigungsdefiziten

370 Die nähere Ausgestaltung und Koordination einer angenommenen Volksinitiative ist jeweils mit Machtfragen zwischen Verfassungsgeber und Verfassungsinterpreten verbunden. Hinter dem pauschalen Verweis, die nähere Ausgestaltung von Verfassungsrecht oder einzelne methodische Argumente[1421] verstossen gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, steht die berechtigte Sorge unzulässiger Machtverschiebungen im Kontext der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen. Schliesslich verleiht die Bundesverfassung, wenn auch nur in Grundzügen, einer gewissen Vorstellung Ausdruck, wer auf welcher Stufe der Gesamtrechtsordnung zur Setzung, Aufhebung und Änderung von Recht befugt ist.[1422] Sie gilt es auch im Rahmen der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zu respektieren. Der vorherrschende Grundtenor beachtet dabei vor allem zwei Aspekte zu wenig: erstens Ermächtigungsdefizite, die mit Befugnissen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsrecht einhergehen (Abschnitt I); zweitens Gestaltungsbefugnisse des Verfassungsgebers, die von den vorherrschenden Ermächtigungskonstrukten in den Hintergrund gedrängt werden (Abschnitt II).

[1421] AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 239, konstatiert: «Sie [die objektiv-historische Auslegung] ist die einzige Methode, welche die Gewaltentrennung beachtet».

[1422] Art. 195 BV i.V.m. Art. 142 Abs. 2 BV; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 160.

I. Machtverschiebungen durch fehlende Kompetenzgrundlagen zur Koordination

Auf welche verfassungsrechtlichen Grundlagen stützen sich Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung und Koordination einer angenommenen Volksinitiative? Lehre und Praxis rechtfertigen entsprechende Befugnisse regelmässig pauschal[1423] durch einen Verweis auf implizite Gestaltungskompetenzen,[1424] die mit der materiellen Verfassungsvorgabe unauflöslich verwoben sind, oder es wird von einer «ureigenen Aufgaben des Interpreten»[1425] ausgegangen.[1426] Eine nähere Analyse hat gezeigt, dass die Verfassungsdogmatik Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen negativ aus anderen Zuständigkeiten ableitet und dafür auf zwei Anknüpfungspunkte abstellt: auf fehlende Kontrollkompetenzen[1427] gegenüber verfassungsentwickelnden Organen oder aber auf eine Delegation von Entwicklungsbefugnissen durch den Verfassungsgeber. Verfassungsentwickelnde Gesetzgebung kann sich zwar hinter Art. 190 BV verstecken, wenn sie Verfassungsnormen näher ausformt, und tut das zuweilen auch; wenn sie dabei gegen Verfassungsrecht verstösst, ändern fehlende Kontrollkompetenzen jedoch nichts an der Verfassungswidrigkeit ihres Vorgehens.[1428] Auch die Interorgankontrolle[1429] zwischen potenziellen Verfassungsinterpreten ist in der Bundesverfassung relativ schwach und einseitig zugunsten von Bundesversammlung sowie Volk und Ständen ausgebaut.[1430] Und nicht zuletzt bleibt die Bundesverfassung unbeachtet der Existenz von Kontrollkompetenzen «nicht bloss das oberste und unverrückbare Gesetz für Bürger und Behörden, sondern auch für den Gesetzgeber».[1431] Wohl deshalb besteht in der Verfassungsdogmatik eine klare Tendenz, 371

[1423] Kritisch auch BIAGGINI, Richterrecht, 104.

[1424] Siehe etwa MEIER-HAYOZ, Gesetzgeber, 221; für die österreichische Verfassung generell bejaht wird eine implizite Kompetenz von GAMPER, Verfassungsinterpretation, 74.

[1425] In Bezug auf die Bundesversammlung Art. 148 Abs. 1 BV; REICH, Verfassungsverwirklichung, 116; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 434; in Bezug auf das Bundesgericht Art. 188 Abs. 1 BV; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 138; in Bezug auf den Bundesrat Art. 174 BV; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 290.

[1426] M.w.H. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 387; ebenso im Hinblick auf die Methode REICH, Konflikt, 999; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 73.

[1427] So insb. KLATT/SCHMIDT, Spielräume, 3 ff.; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 348 ff.; KLATT, Konkordanz, 262; in Bezug auf den Gestaltungsraum des Gesetzgebers BADURA, Verfassungskonkretisierung, HStR, § 265, N 20 f.

[1428] TSCHANNEN, Mehr Volk, 139; ROTH, Umsetzung, Rz. 31 ff. und dort Fn. 163.

[1429] M.w.H. zur Interorgankontrolle Rz. 450 ff., siehe auch Rz. 477, 511.

[1430] GIACOMETTI, Hüterin, im Titel sowie 12 ff.

[1431] F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 399.

Befugnisse zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen negativ aus den Kompetenzen des Verfassungsgebers auszuscheiden. Das heisst: Je loser der verfassungsrechtliche Rahmen, desto grösser der rechtlich geschützte Gestaltungsspielraum und umso weiter der Umfang der Gestaltungskompetenz zur Verfassungsentwicklung.[1432] Implizit deutet der vorherrschende Grundtenor Diskrepanzen zwischen dem normativen Steuerungsangebot und dem realen Steuerungsbedarf damit unisono als bewusst gewählte Steuerungsform staatlichen Handelns, die Verfassungsinterpreten zur Nachsteuerung auf der Handlungs- respektive der Kontrollebene ermächtigt.[1433] Eine solche Sichtweise ernennt die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und den Rechtsvollzug zu Reparaturwerkstätten der Verfassungsgebung, die im Namen des Verfassungsgebers alles nachjustieren, was dieser nicht bereits selbst geregelt hat.

372 Für die evolutive Anreicherung «stichwortartig»[1434] formulierter Grundrechtsansprüche mögen Delegationskonstrukte taugen, die Gestaltungskompetenzen zur Ausformung von Verfassungsnormen negativ aus den Befugnissen des Verfassungsgebers ausscheiden. Schliesslich darf im Kontext von Grundrechten von einer Regelungsabsicht ausgegangen werden, die vorgegebenen Stichworte in der Verfassungspraxis näher auszuformen. Im Kontext angenommener Volksinitiativen verleiten Delegationskonstrukte indes zu falschen Schlüssen. Solche Normen erweitern die Gestaltungskompetenzen repräsentativer Organe nicht, sondern entfachen in erster Linie eine machthemmende Funktion. Denn durch solche «ausgemessene Normierungen»[1435] nehmen Volk und Stände die materielle Ausgestaltung des Regelungsbereichs in umfassender Weise vorweg und geben auf Stufe Verfassung Ziele, Inhalte oder Mittel staatlicher Gestaltung vor. Mitunter werden mit angenommenen Volksinitiativen auch Regelungsbereiche abgesteckt, in denen der Zugang zum Referendum offenbleibt.[1436] Soll dem Charakter und dem Zweck einer angenommenen Volksinitiative in adäquater Weise nachgekommen werden, darf demzufolge nicht von methodisch mangelhaften oder unpräzisen Verfassungstexten auf erweiterte Gestaltungskompetenzen zur Verfassungsentwicklung geschlossen werden. Um institutionellen Ermächtigungsdefiziten entgegenzuwirken, sind der Erlass von Verfassungsnormen und die nähere Ausformung und Koordination solcher Bestimmungen vielmehr so

[1432] In Bezug auf Lücken RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 536; REICH, Verfassungsverwirklichung, 119 f.; zu Spielräumen richterlicher Rechtsfortbildung BIAGGINI, Methodik in der Rechtsanwendung, 45; in Bezug auf die Umsetzung von verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsaufträgen WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 289.

[1433] Siehe auch Rz. 497.

[1434] H. HUBER, Konkretisierung, 197.

[1435] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

[1436] G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 130 f.

miteinander zu verknüpfen, dass Steuerungsdefizite nicht zwangsläufig als Systemfehler erachtet werden, die erweiterte Gestaltungskompetenzen der verfassungsinterpretierenden Organe begründen.[1437]

II. Machtverschiebungen durch die Vernachlässigung des Verfassungsgebers

Wenn man Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausformung und Koordination von Verfassungsnormen mithilfe von Ermächtigungs- und Delegationskonstrukten rechtfertigt, entsteht auch ein falsches Bild über die Rolle des Verfassungsgebers. Dieser bestimmt dann zwar noch die grundsätzlichen Richtungen, den verfassungsrechtlichen Alltagshändel besorgen indes die übrigen Gewaltenträger.[1438] Ist eine Verfassungsnorm einmal erlassen, bleibt es fortan Sache der Verfassungsinterpreten, das Vorgedachte zu Ende zu denken und eine angenommene Volksinitiative hoheitlich mit anderen Verfassungsnormen zu koordinieren, so die Grundthese.[1439] Die Verfassung gilt letztlich so, wie sie interpretiert wird,[1440] was JESTAEDT zur Diagnose verleitet: «Der Verfassungsgeber ist tot, es leben *die* Verfassungsgeber.»[1441] Diese Feststellung ist richtig, greift aber zu kurz. Dynamisierende Verfassungsentwicklung ist an sich nicht weiter problematisch, um in der Zeit fortzubestehen, ist eine Verfassung geradezu auf evolutive Anreicherung angewiesen. Problematisch ist indes die Auffassung, im Volk entstünden bloss mangelhafte Verfassungstexte, die später ohnehin durch die verfassungshandhabenden Organe zu Ende gedacht werden müssen. Eine solche Sichtweise formt nämlich die ausformulierte Volksinitiative durch eine pauschale Generalermächtigung der Verfassungsinterpreten in eine allgemeine Anregung um, erkauft sich den Rückgewinn angeblich verloren gegangener Steuerungskraft von angenommenen Volksinitiativen zum Preis einer Vernachlässigung des Verfassungsgebers und befördert dadurch den faktischen Abbau demokratischer Mitwirkungsrechte. 373

[1437] Angelehnt bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 286, der dasselbe im Hinblick auf das Verwaltungsermessen behauptet.

[1438] JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 158.

[1439] So etwa der Grundtenor bei SEFEROVIC, Volksinitiativen, Rz. 155 ff., insb. Rz. 165 ff.

[1440] MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 108 f.

[1441] So die Überschrift bei JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 156.

D. Wie: Systematisierungsdefizite von Koordinationsmethoden

374 Die bestehenden Methoden und Vorgehen zur Bewältigung von Steuerungsproblemen, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, haben sich in erster Linie im Windschatten der Grundrechtsdogmatik entwickelt. In der Literatur nicht immer genügend Beachtung findet der Unterschied zwischen dem Vorgang der allgemeinen Verfassungsentwicklung, der das Bestätigen, Anreichern und Entwickeln der Norm selbst betrifft, und der Koordination von Verfassungsnormen, die sich auf den normativen Kontext von Verfassungsnormen bezieht. Zuweilen erfolgt auch eine unbedachte Gleichsetzung der einzelnen Gewaltenträger im Hinblick auf die Methode selbst. Doch vor allem sind die bestehenden Methoden zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen mit Systematisierungsdefiziten behaftet, weil sie verschiedenste Vorgehen in mehrfacher Hinsicht miteinander gleichsetzen, die sich bei einer näheren Analyse in Bezug auf den Gegenstand, die Methode und den Interpreten unterscheiden. Konkret erfolgt eine dogmatische Übersystematisierung durch verschiedene methodische Argumente (Abschnitt I), eine fehlende Ausdifferenzierung in Bezug auf die Koordinationsstruktur (Abschnitt II) und es herrscht eine Tendenz vor, politische Eigenwerte von Volksinitiativen in die Eigenlogik des Rechts zu internalisieren (Abschnitt III). Diesen drei Systematisierungsdefiziten widmen sich die nachfolgenden Erörterungen.

I. Übersystematisierung durch methodische Argumente

375 Die Verfassungsdogmatik erachtet den Erkenntnisgewinn des historischen und des systematischen Elements im Kontext einer angenommenen Volksinitiative als äusserst gering, obschon solche Verfassungsnormen eine spezielle Normbiografie aufweisen. Stattdessen erhoffen sich Literatur und Praxis zusätzliche Rationalität aus verschiedenen methodischen Argumenten zur Auswahl und Modifikation von bereits gewonnenen Erkenntnissen über den normativen Kontext von Verfassungsnormen. Dass die Derogationssätze[1442], die völkerrechtskonforme Auslegung[1443], die bauprinzipienkonforme Auslegung[1444] oder die Herstellung praktischer Konkordanz[1445] dazu im Grundsatz nicht ungeeignet sind, belegt ihre unbestrittene Relevanz in der Verfassungspraxis. In Frage steht allerdings, wie

[1442] Zu den Derogationssätzen Rz. 323 ff.
[1443] Zur völkerrechtskonformen Auslegung Rz. 333 ff.
[1444] Die h.L. spricht vom Prinzip der Einheit der Verfassung; m.w.H. Rz. 340 ff.
[1445] Zur Herstellung praktischer Konkordanz Rz. 345 ff.

diese methodischen Argumente im Kontext einer angenommenen Volksinitiative zusätzliche Einsichten in das Vorgehen des Verfassungsinterpreten vermitteln.

Eine vertiefte Analyse dieser methodischen Argumente hat verschiedene Koordinationstechniken wie die Derogation, die Konformisierung, die Harmonisierung und die Modifikation von Verfassungsnormen offenbart, die sich die einzelnen Argumente zu Nutze machen. Entgegen der Intuition lassen sich die verschiedenen methodischen Argumente allerdings keiner dieser Koordinationstechniken eindeutig zuordnen: Im Windschatten der Koordinationstechnik der «Konformisierung», auf die sich die völkerrechtskonforme Auslegung und die Einheit der Verfassung abstützen, erfolgt je nach Verständnis entweder eine harmonisierende oder aber eine modifizierende Zuordnung gegenläufiger Rechtsnormen. Auch ist nicht restlos klar, ob die Herstellung von «Konkordanz» eine Harmonisierung oder eine Modifikation zum Schutz eines Mindestmasses an Konkordanz im Rechtsgefüge anstrebt. Selbst die Derogationssätze verweisen nicht strikt auf eine bestimmte Koordinationstechnik, da im Einzelfall nicht die Tatsache, sondern das Ausmass der derogatorischen Kraft von Verfassungsnormen zu klären ist.[1446] 376

Die etablierten methodischen Argumente verstellen sodann den Blick auf ihre Gemeinsamkeiten in Bezug auf die Art und Weise, wie sie den Koordinationsvorgang strukturieren. Zur Verwirklichung des Koordinationsziels stellt die vorherrschende Dogmatik nämlich weniger verschiedene methodische Argumente als vielmehr zwei grundlegende Koordinationsstrukturen in den Vordergrund: die Hierarchisierung und die Harmonisierung. *Koordination durch Hierarchisierung* verschafft dem normativen Kontext eine binäre Struktur, indem sie den Stufenbau der Rechtsordnung zwischen Verfassungsnormen fortführt. Einer der gegenläufigen Bestimmungen wird hierfür ein Anwendungsvorrang zugesprochen. Weicht die nachrangige Bestimmung von ersterer ab, wird der vorrangigen zulasten der nachrangigen Bestimmung durch die Technik der Derogation oder der Modifikation zum Durchbruch verholfen. *Koordination durch Harmonisierung* vermittelt dem normativen Kontext von Verfassungsnormen hingegen eine graduelle Struktur, indem Koordinationsspielräume durch eine harmonisierende Anreicherung und Entwicklung kollidierender Verfassungsgebote ausgenutzt werden. 377

Insgesamt wirken die etablierten methodischen Argumente zur näheren Regelung des normativen Kontextes somit mehr verdunkelnd als erhellend auf die verlässliche Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen. Sie sind Ausdruck einer Übersystematisierung des Koordinationsvorgangs, zumal Lehre und Praxis de facto zwei argumentative Grundstrukturen zur verlässlichen Klärung normati- 378

[1446] Vgl. auch VRANES, Konfliktlösungsregeln, 398.

ver Kontexte in den Vordergrund stellen: die Hierarchisierung durch Derogation und die Harmonisierung durch eine möglichst schonende Anreicherung normativer Zwischenräume.

II. Fehlende Ausdifferenzierungen alternativer Koordinationsstrukturen

379 Den bestehenden Methoden zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen mangelt es an Ausdifferenzierung im Hinblick auf die Koordinationsstruktur. Das Schrifttum geht überwiegend von zwei alternativen Koordinationsstrukturen aus und stellt sich die Frage, wann es zur Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen der Hierarchisierung, wann der Harmonisierung bedarf. Zusätzliche Orientierung erhoffen sich Lehre und Praxis dabei teils aus sog. «Eindeutigkeitsvorbehalten». Hiernach bedarf es einer hierarchisierenden Koordination, wenn der Verfassungsgeber einer Verfassungsnorm «ausdrücklich»[1447] einen Vorrang zuspricht, andernfalls sind gegenläufigen Bestimmungen zu harmonisieren. Teils wird aber auch argumentiert, auf die Koordinationsstruktur der Hierarchisierung sei erst dann zurückzugreifen, wenn sich Gegensätze nicht durch eine harmonisierende Auslegung beseitigen lassen.[1448] Denn die Harmonisierung sei relativ zur Hierarchisierung stets das mildere Mittel, da sie beiden Verfassungsnormen zumindest partiell nachkomme.

380 Das vorherrschende Denken in alternativen Koordinationsstrukturen versperrt die Sicht auf die graduelle Struktur normativer Zwischenräume von Verfassungsnormen. Die Frage der Methode zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch bezieht sich nämlich neben der Frage des «Wie» vor allem auch auf das «Wieviel von Was». Im Einzelfall ist zu klären, wo das einlinige Nutzen von Spielräumen zugunsten der Harmonie innerhalb der Verfassung in welchem Umfang angezeigt ist: Kann nach Treu und Glauben von einer entsprechenden Regelungsabsicht des Verfassungsgebers ausgegangen werden? Inwieweit gibt es Be-

---

1447 BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1.

1448 So etwa der Grundtenor in BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2: Falls «eine Verfassungsnorm in Widerspruch zu grundrechtlichen Ansprüchen gerät, welche in für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten garantiert sind», so ist «nicht leichthin anzunehmen», dass eine neue Verfassungsnorm «anderen vorgeht und diese im Konfliktfall verdrängt». Siehe auch LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 8, Rz. 69; so explizit auch der EGMR in Bezug auf die Anwendbarkeit der Kollisionsnorm in Art. 103 UN-Charta: Urteil (EGMR) vom 21.06.2016, 5809/08, Al Dulimi and Montana Management Inc. gegen Schweiz, Rz. 140; kritisch dazu insb. Dissenting Opinion KELLER, Urteil (EGMR) vom 21.06.2016, 5809/08, Al Dulimi and Montana Management Inc. gegen Schweiz, 126; vgl. auch BIAGGINI, Auslegung, 319 ff.

reiche, gegen die im Verfahren der Verfassungsteilrevision kein Widerspruch erhoben werden kann? Und besitzt eine angenommene Volksinitiative auch Zonen, die es bei der modifizierenden Integration im bestehenden Verfassungsgefüge auf jeden Fall zu wahren gilt? Aufgrund der mannigfachen Schattierungen des normativen Kontextes von Verfassungsnormen bleibt das Koordinieren von Verfassungsnormen somit methodisch weniger von einem «Entweder-oder» als vielmehr von einem Mit- und Gegeneinander harmonisierender und hierarchisierender Gestaltung geprägt.[1449]

III. Internalisierungstendenzen staatspolitischer Eigenwerte von Verfassungsnormen

Das vielleicht grundlegendste Problem der bestehenden Methoden zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen ist ihre Tendenz, auftretende Konflikte zwischen der rechtlichen und der staatspolitischen Bedeutungsschicht solcher Verfassungsnormen einlinig zulasten ihres politischen Eigenwerts zu begradigen. Die bestehenden Konzepte zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen tendieren nämlich dazu, den staatspolitischen Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative durch bestimmte Methoden im Recht zu internalisieren und in dessen Eigenlogik aufzulösen. Sie sind darauf ausgerichtet, aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie dem normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative Erkenntnisse über die Vorentscheide des Verfassungsgebers zu gewinnen und die belassenen Gestaltungsspielräume widerspruchsbegradigend zu nutzen. Methodische Argumente wie die völkerrechtskonforme Auslegung, die Einheit und Widerspruchslosigkeit der Verfassung oder die praktische Konkordanz haben sich als methodische Vehikel erwiesen, um politische Regelungsabsichten nach den Eigenwerten des Rechts zu reformulieren. Ihren Erkenntnisgewinn erkaufen sich die vorherrschenden Methoden daher allesamt zum Preis einer Internalisierung des staatspolitischen Eigenwerts in die Eigenlogik der Verfassung, die zwangsläufig mit einem Abbau von Normativität der angenommenen Volksinitiative einhergeht. Zuweilen fühlt man sich dabei an das Vorgehen von LABAND erinnert, dessen Absicht es war, die Regierungspolitik Bismarcks durch eine Trennung von Recht und Politik durch eine bestimme Methode vor demokratischen Eingriffen zu schützen.[1450] Das Unbehagen gegenüber Verfälschungen angenommener Volksinitiativen durch repräsentative Organe, dem das Instrument der ausformulierten

381

[1449] Vgl. auch Rz. 363.

[1450] Ausdrücklich SMEND, Verfassungsrecht, 129; siehe auch F. MÜLLER/CHRISTENSEN, Methodik, Rz. 78; REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 45 f.; zur Demokratiefeindlichkeit des Positivismus auch MASTRONARDI, Rechtstheorie, Rz. 243.

Volksinitiative einst entgegenwirken sollte,[1451] bewahrheitet sich: Durch «Deutelei» wird in den Verfassungstext unmerklich ein anderer Geist hineingelegt und mutiert vom Produkt des Volkes zum blossen Erzeugnis der Behördenpraxis und der Wissenschaft.[1452]

382 Im Einzelfall mag eine solche Internalisierung von Widersprüchen zwischen Recht und Politik in rechtliche Entscheidungsprozesse angezeigt sein. So etwa bei Grundrechten, deren Zweck es ist, Einzelnen Schutz vor staatlicher Allmacht zu garantieren. Auch soll hier weder einer schematischen Überordnung des Politischen gegenüber dem Recht ins Wort geredet werden noch die Bundesverfassung als «Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit»[1453] im Sinne von C. SCHMITT umschrieben werden – im Gegenteil! Gesagt sein will bloss, dass eine angenommene Volksinitiative nicht vollkommen ungeachtet ihres staatspolitischen Eigenwerts näher ausgestaltet und mit anderen Verfassungsnormen koordiniert werden darf, wenn durch sie – was letztlich ihr Zweck ist – ein politisch-gesellschaftlicher Konflikt durch Verfassungsrecht überwunden werden soll. Zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen bedarf es demnach Methoden, die den rechtlichen und den staatspolitischen Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative miteinander verschränken, anstatt sie ineinander aufzulösen.

E. Bedarf einer Neuorientierung

383 Die Volksinitiative wurde als Recht auf Widerspruch umschrieben. Die Ursache des besonderen Steuerungsproblems angenommener Volksinitiative haben wir in politischen Konflikten verortet, die zwecks ihrer Bewältigung in die Bundesverfassung überführt werden. Gewiss birgt ein solches Arrangement die Gefahr von Widersprüchen in der Bundesverfassung, «an denen die Staatsrechtsordnung leidet, Schaden nimmt oder letztlich zerbricht».[1454] Unbestritten ist auch ein offenes Verfassungssystem, das im Grundsatz keine materiellen Schranken kennt, nicht allen im Verfahren der Teilrevision vorgebrachten neuen Gedanken, Funktionen, Aufgaben und Institutionen unempfindlich und verfügbar.[1455] Zugleich hat die Bestandsanalyse der bestehenden Konzepte für den Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, ein allgemeines Grundinteresse offenbart,

[1451] Vgl. Rz. 25.
[1452] VOGT, Veto und Initiative, 351 f.
[1453] SCHMITT, Verfassungslehre, 20 f.
[1454] EICHENBERGER, Partialrevision, 215.
[1455] EICHENBERGER, Partialrevision, 215.

Widersprüche zwischen Verfassungsnormen zu begradigen mit dem Ziel, die Steuerungskraft der betroffenen Bestimmungen wiederherzustellen. Verfassungslehre und Verfassungspraxis greifen dazu auf unterschiedliche Vorgehen und Argumente zurück, die sich anhand eines Hauses mit verschiedenen Stockwerken illustrativ zusammenfassen lassen: Im Parterre erweist sich das Steuerungsproblem als klassische Normkollision, die durch herkömmliche Rechtsauslegung zu bewältigen ist. Im ersten Stock offenbart sich ein komplexeres Bild der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen. Die Vielschichtigkeit der Steuerungsprobleme, die mit einer zu Verfassungsrecht gewordenen Volksinitiative einhergehen, werden auf dieser «verfassungsdogmatischen bel étage» zwar erkannt. Gleichwohl verfallen die bestehenden Lösungsansätze auch hier allesamt der Versuchung, Widersprüche zwischen Verfassungspflichten nach der Eigenlogik des Rechts zu begradigen, um die Steuerungskraft solcher Normen zu erhalten. Um den Umgang mit den besonderen Steuerungsproblemen, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen verursachen, in der notwendigen Tiefenschärfe zu erfassen, bedarf es daher eines Gangs auf den Dachboden. Ein Gang auf den Dachboden setzt voraus, dass Parterre und «bel étage» durchschritten werden. Erst dort offenbaren sich Steuerungsprobleme, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen verursachen, als rechtlich-politische Doppelphänomene, hinter denen ein politischer Konflikt steht; erst dort zeigt sich der Bedarf nach Lösungsansätzen, die zur Befriedung politischer Konflikte in der Bundesverfassung staatspolitische und rechtliche Eigenwerte angenommener Volksinitiative miteinander verschränken. In der Überzeugung, dass es eine Grundaufgabe des Verfassungsrechts ist, gesellschaftliche und politische Konflikte zu moderieren, ohne sie einseitig aufzulösen, widmet sich die Arbeit im weiteren Verlauf daher einer vertieften Analyse des Dachbodens. Kurzum: Wie moderiert die Bundesverfassung politische Konflikte, die in und durch die Bundesverfassung bewältigt werden?

III. Teil

Neuordnung: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess

«Der Weg ist zu finden, auf dem immer neu in neuen Situationen Freiheit und Ordnung sich einen, um Willkür und Anarchie einzuschränken.»[1456]

KARL JASPERS

[1456] JASPERS, Humanismus, 35.

Vorbemerkungen

Wie sind Steuerungsprobleme zu bewältigen, die widersprüchliche Verfassungsnormen infolge einer angenommenen Volksinitiative verursachen? Die vorangehende Bestandsanalyse hat eklatante Schwächen der bestehenden Lösungsansätze offengelegt. Im weiteren Verlauf wagt die vorliegende Arbeit daher den Versuch, ein eigenes Konzept zum Umgang mit Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen zu entwickeln. Es erhebt keinen alternativen und schon gar keinen revolutionären Anspruch. Stattdessen will es an die bestehenden Erkenntnisse anknüpfen, diese weiterentwickeln, die geäusserte Kritik verarbeiten und auf diese Weise einen möglichen Beitrag zur Neuorientierung im Umgang mit Steuerungsproblemen liefern, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen. 384

Die Grundidee des dritten Teils der vorliegenden Arbeit ist es, ein Konzept zu entwickeln, das die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in einen Koppelungsprozess externalisiert, der zwischen rechtlichen und politischen Eigenwerten der betroffenen Verfassungsnormen vermittelt, anstatt Widersprüche in der Bundesverfassung in die Eigenlogik des Rechts oder der Politik und den dazugehörigen Expertendiskursen zu internalisieren.[1457] Um einen gleichsam vermittelnden Ansatz zu entwickeln, der bei der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen weder die angenommene Volksinitiative noch Verfassungsgrundsätze, weder Demokratie noch Rechtsstaat und weder die Politik noch das Recht unberücksichtigt lässt, gilt es darzulegen, dass und weshalb legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen Prozesse zur Machthemmung, zur Machteffektuierung und zur staatsleitenden Moderation darstellen, um zustimmungsfähige und akzeptierte Entscheide über die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in verantworteter Deliberation zu treffen mit dem Ziel, politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen zu bewältigen. Diese zugegebenermassen vorerst sehr abstrakte Grundthese rückt drei Fragen ins Zentrum, welche zugleich die Forschungsziele der weiteren Ausführungen markieren. Erstens: Wie ordnet sich die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Tätigkeit im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung ein? Zweitens: Auf welche Weise gestaltet die Bundesverfassung legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen aus? 385

[1457] Nach TEUBNER, Verfassungsfragmente, 228 ff., kann eine «Kollisionslösung die Konflikte in die Entscheidungsprozesse internalisieren oder sie in Inter-Regime-Verhandlungen […] externalisieren».

Und drittens: Wie sind legislative Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen auszuüben?

386 Eine neue Systematisierung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch verlangt nach einem Fundament, das legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen in und durch die Bundesverfassung rechtfertigt und ausformt. Zugleich kann der Umgang mit solchen Steuerungsproblemen mittels blosser Deduktion verfassungsrechtlicher Vorgaben aus dem positiven Recht nicht in der notwendigen Tiefenschärfe erfasst werden. Der zu entwickelnde Ansatz muss auch gegenüber den in Teil II Kapitel 1 herausgearbeiteten Handlungsmustern der Verfassungspraxis anschlussfähig bleiben, wenn er den Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen neu ausschildern will.

387 Eine Konzeption zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen, die diesen Anforderungen nachkommt, erfordert einen gewissen theoretischen Aufwand, bevor die drei aufgeworfenen Grundfragen richtig erfasst und abgehandelt werden können. Zunächst wird die Koordination widersprüchlicher Verfassungspflichten daher einer rechtstheoretisch imprägnierten Analyse unterzogen und ein Referenzrahmen entwickelt, der solche Tätigkeiten in der und durch die Bundesverfassung als demokratisches, rechtsstaatliches und bundesstaatliches Arrangement legitimiert (Kapitel 1). Im Anschluss ist die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe und Tätigkeit in das gewaltengliedrige Gefüge der Bundesverfassung einzubetten und die Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen herauszuarbeiten (Kapitel 2). Schliesslich gilt es zu erörtern, wie die Bundesverfassung die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen regelt (Kapitel 3). Zum Schluss mündet die Neuorientierung in einer Zusammenfassung (Kapitel 4), die in den vierten und letzten Teil der vorliegenden Arbeit überleitet: eine Typologie zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch.

Kapitel 1 Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: ein verfassungsstaatliches Fundament

Wie ist die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zu systematisieren, damit Koordinationsprobleme zwischen Verfassungsnormen nicht zwangsläufig als zu berichtigende Fehler erachtet werden und legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen sich in und durch die Bundesverfassung rechtfertigen? Als Ausgangspunkt einer Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung und Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen bedarf es eines Referenzrahmens, der diesen Anforderungen nachkommt. Das vorliegende Kapitel will die rechtstheoretische Vorarbeit dafür leisten. Hierzu wird erörtert, welches Verständnis der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch diesen Anforderungen nachkommt (Abschnitt A), welche Rolle die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide für eine Demokratie, einen Rechtsstaat und einen Bundesstaat dabei spielen (Abschnitt B) und auf welche Weise die Bundesverfassung als Ausgleichsordnung menschlicher Selbstbestimmung solche Tätigkeiten legitimiert (Abschnitt C). 388

A. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess

Ausgangspunkt eines neuen Konzepts zur Systematisierung von Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen verursachen, sollen drei Grundüberzeugungen bilden: die These der Bundesverfassung als dialektische Ausgleichsordnung, die eine Demokratie, einen Rechtsstaat und einen Bundesstaat konstituiert; die These des Widerspruchs als dialektischer Prozess und Doppelphänomen, das gleichermassen für Chaos in der Rechtsordnung sorgt und Chaos im Rechtsgefüge ordnet; schliesslich die These der Koordination als reflexiver Vorgang, um Relationen zwischen verschiedenen Normen zu ordnen. Die nachfolgenden Ausführungen wollen im Sinne einer Auslegung des Titels der vorliegenden Schrift darlegen, weshalb «*Verfassungsrecht*» (Abschnitt I) «*im Widerspruch*» (Abschnitt II) nach diesen drei Grundüberzeugungen zu «*koordinieren*» (Abschnitt III) ist. 389

I. Verfassungsrecht …

390 Was ist unter dem bisher bloss intuitiv verwendeten Sprachbild der «Verfassung» zu verstehen? Eine Verfassung ist der Art und Sache nach ein Arrangement zum Verfassen von Herrschaft mit den Mitteln des Rechts. Eine allgemeingültige Definition des Verfassungsbegriffs gibt es nicht und kann es nicht geben, denn jede Zeit, jede politische Ordnung, auch jede Wissenschaft, definiert «Verfassung» nach ihren eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen.[1458] Letztlich bleibt die Chiffre der «Verfassung» demnach eine sprachliche Hülse, in die verschiedenste Bedeutungen hineingelegt werden können.[1459] Insofern kann es hier nur darum gehen, einem Verfassungsbegriff nachzuspüren, der seinen Ausgang in der Bundesverfassung selbst nimmt, Orientierung über deren Wesensmerkmale liefert und sich seiner Subjektivität bewusst bleibt.[1460] Kurzum: Wie will sich die Bundesverfassung im Kontext der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen verstanden wissen?

391 Erste Konturen gewinnt ein solcher Verfassungsbegriff durch einen Passus aus den Materialien der Bundesverfassung: «Als rechtliche Grundordnung beansprucht sie Geltung und Vorrang gegenüber allem übrigen Recht des Staates. Die Bundesverfassung begründet die Schweiz als Rechtsgemeinschaft und konstituiert sie in der Form eines Bundesstaates, mit einer für unser Land typischen Verbindung von direkt-demokratischen und repräsentativen Elementen.»[1461] Die Bundesverfassung versteht sich demnach ohne Zweifel als rechtliches Dokument und Verfassungsgesetz im formellen und materiellen Sinne.[1462] Genauso ist die aktuelle Bundesverfassung aber auch Abbild einer nahezu 150-jährigen Verfassungsgeschichte der Schweiz als Bundesstaat und Ausdruck eines bestimmten politischen Grundkonsenses. An Entstehungsbedingungen und Legitimationsformen politischer Herrschaft im Verfassungsstaat Schweiz anknüpfend, beruht

---

1458 M.w.H. zu verschiedenen Verfassungsverständnissen siehe etwa VOLKMANN, Grundzüge, 15 ff.

1459 So auch DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 9 ff.; m.w.H. zum Verfassungsbegriff im Allgemeinen: KIRCHHOF, Begriff und Kultur der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 3, Rz. 15 ff.; HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 3 ff.; umfassend zur ideengeschichtlichen Entwicklung statt vieler BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 29 ff.

1460 Vgl. BÖCKENFÖRDE, Verfassungsinterpretation, 2098.

1461 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11; siehe statt vieler BGE 116 Ia 359 369, E. 5: «Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung, aus der sich alles staatliche Recht ableitet».

1462 So etwa bei HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 15 ff.; BIAGGINI, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Staatsrecht, § 7, Rz. 2; vor allem aber schon KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 248 ff.; mit Vorbehalten BSK BV-BELSER, Einleitung, N 33.

die Bundesverfassung demnach auch stets auf einem ideengeschichtlich-legitimatorischen Verständnis von Verfassung.[1463] Als Ganzes lässt sich die Bundesverfassung daher weder als qualifiziertes Gesetz im Sinne KELSENS[1464] noch als «Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit» und «Akt der verfassungsgebenden Gewalt»[1465] im Sinne C. SCHMITTS in der notwendigen Tiefenschärfe erfassen. Vielmehr handelt es sich bei der Bundesverfassung um eine gleichsam rechtliche und politisch-geschichtliche Grundordnung des Staates. Darin manifestiert sich ihr erstes Wesensmerkmal.

Diese Janusköpfigkeit rechtlicher Herrschaftsbegründung und Herrschaftsformung schlägt sich auf die Positionierung der Bundesverfassung gegenüber legitimer Politik sowie die Zuordnung von Recht und Politik im Allgemeinen nieder. Gemäss ihren Materialien ist die Bundesverfassung gleichermassen Rahmenordnung und Gegenstand der Politik:[1466] Als *«Ordnung des Politischen»*[1467] erhebt sie den Anspruch, «dass die in ihr angelegte Wertordnung und die in ihr enthaltenen Grundentscheidungen im gesamten politischen Prozess zum Tragen kommen».[1468] Durch ein verfassungsrechtlich organisiertes Zusammenwirken von Organen und Verfahren legitimiert die Bundesverfassung Politik, gibt ihr Ziele, Vorgehensweisen und Aufgaben vor und unterwirft sie der Verfassungsgebundenheit.[1469] Kurz: Sie überlässt die Politik nicht vollends der Politik. Zugleich stand und steht die Bundesverfassung als *«Gegenstand der Politik»* im Zentrum der eidgenössischen Politik.[1470] Sie rechtfertigt die Rechtserzeugung im politischen Prozess, nimmt politische Anliegen auf, transformiert sie zu Recht und verpflichtet die staatlichen Organe ihnen gegenüber. Insgesamt organisiert die Bundesverfassung demnach eine «Verrechtlichung der Politik» und eine «Politi- 392

[1463] So explizit die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11, welche die Bundesverfassung als «ein politisches, geschichtliches und kulturelles Dokument» bezeichnet; m.w.H. zu ideengeschichtlich-legitimatorischen Verfassungsverständnissen MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 228; VOLKMANN, Grundzüge, 15 ff.

[1464] KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 248 ff.

[1465] SCHMITT, Verfassungslehre, 20 f.

[1466] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11; schon BLUNTSCHLI, Staatsrecht, 118, hielt fest: «Der Staat in seiner ruhigen Ordnung ist das Staatsrecht; der Staat in seinem bewegten Leben ist die Politik».

[1467] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

[1468] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

[1469] BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 54; TSCHANNEN Staatsrecht, § 3, Rz. 28 ff.; RHINOW, Politische Funktionen, 188, insb. 193; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 29; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 252; umfassend zur Steuerung durch Recht SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 19 ff.

[1470] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11; B. EHRENZELLER, Reformprozesse im Verfassungsrecht von Bund und Kantonen, VdS, § 12, Rz. 26.

sierung des Rechts» zugleich,[1471] indem sie Recht und Politik einander so zuordnet, dass beide Systeme eigenständig und komplementär wirken und sich unterscheiden, obwohl man sie nicht wirklich trennen kann. Mit LUHMANN institutionalisiert die Bundesverfassung gleichsam eine Koppelung von Recht und Politik, indem die Systeme Recht und Politik zwar jeweils ihre eigenen Rationalitäten befolgen, die Verfassung diese Eigenwerte jedoch miteinander in Kanälen zur gegenseitigen Beeinflussung verschränkt, sodass die Verfassung «politische Lösungen für das Selbstreferenzproblem des Rechts und rechtliche Lösungen für das Selbstreferenzproblem der Politik» vermittelt, ohne dabei das eine System über das andere zu stellen.[1472] Von unverdächtiger Stelle wird LUHMANNS These auch für die Bundesverfassung bestätigt: Im Verfassungsstaat sei es unerlässlich, so EICHENBERGER, die Verfassung auf der einen, die Politik auf der anderen Seite in je eigenen Betätigungs- und Wirkungskreisen zu belassen, beide auf ihre Weise, für beide freilich immer die Wechselwirkungen bedenkend.[1473] In diesem institutionalisierten Mit- und Gegeneinander von Recht und Politik liegt ein zweiter Wesenszug der Bundesverfassung – seinetwegen ist die Bundesverfassung ein rechtlich-politischen Doppelphänomen[1474].

393 Verwandt mit dem verfassungsrechtlich ausgeformten Zusammenspiel von Recht und Politik sind zwei bereits angesprochene Ambitionen der Bundesverfassung: die Verfassungsstabilität und die Verfassungsdynamik.[1475] Sie sorgen für ein dialektisches Mit- und Gegeneinander von Kontinuität und Neugestaltung. Verschiedene Prozesse sorgen im Dienst der Verfassungsdynamik dafür, dass die Bundesverfassung nicht versteinert. Die Bundesverfassung ist sich gleichsam bewusst, dass sie als Rechtstext nur für Stabilität und Konstanz sorgen kann, wenn sie nicht zum Mythos erstarrt.[1476] Zugleich sichern verschiedene Mecha-

[1471] Diese Formulierung ist entnommen bei MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 230 ff.; ebenso GRIMM, Politik, 16 ff.; in der Sache gleich zum Verhältnis von Politik und der Bundesverfassung TSCHANNEN, Staatsrecht, § 1, Rz. 38; HÄFELIN, Verfassungsgebung, 102; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 229 ff.; VOGEL, Verfassungsgebung, 32 f.

[1472] LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 470; ebenso MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 238 ff.; REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 71; MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 45 ff.

[1473] So EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 231, wobei er weiter hinten dann die Verfassung als «Rahmenordnung für Politik» versteht, durch welche die Politik «streng und unentrinnbar eingefasst bleibt» (232).

[1474] TEUBNER, Verfassungsfragmente, 165.

[1475] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11: «Ihrer Zielsetzung gemäss ist die Bundesverfassung auf Bewahrung des Erreichten ebenso wie auf Gestaltung der Gegenwart und Zukunft ausgerichtet»; m.w.H. zu den Ambitionen der Verfassungsstabilität und der Verfassungsdynamik auch Rz. 206, 227 ff.

[1476] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11.

nismen im Dienst der Verfassungsstabilität die Kontinuität der Bundesverfassung in der Zeit. Illustrativ: Erst durch ihre Anreicherung und Entwicklung gewinnt die Bundesverfassung an Grösse und trägt Früchte. Möglich bleibt eine solche Entwicklung umgekehrt nur, wenn der Bundesverfassung durch einen fest verwurzelten Stamm die notwendigen Nährstoffe aus der Gesellschaft zugeführt werden. Die Bundesverfassung ist dementsprechend auf Wachstum genauso angewiesen wie auf den Schutz von Stamm und Wurzeln.[1477] Dieses in der Bundesverfassung angelegte Zusammenspiel von Verfassungsdynamik und Verfassungsstabilität bildet ein drittes Wesensmerkmal der Bundesverfassung.

Schliesslich ist die Bundesverfassung auch um ihres Inhalts willen da. Neben den Materialien[1478] belegt dies der anerkannte Anspruch der Bundesverfassung, durch Recht steuernd auf den Inhalt politischer Gestaltung einzuwirken (Steuerungsfunktion[1479]). Ein materiales Verfassungsverständnis geht einher mit der Frage nach den inhaltsbezogenen Essentialia der Bundesverfassung. Die Literatur verortet diese primär in den Forderungen nach Demokratie, Gewaltenteilung und Grundrechtsschutz.[1480] Mit Blick auf die Bundesverfassung scheinen diese drei Elemente zwar unbestritten notwendige, aber nicht ohne weiteres hinreichende Grundbedingungen des materiellen Gehalts der Bundesverfassung.[1481] Denn zum einen zählen zu einer «demokratischen Verfassung» eines Kantons im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BV nach gesicherter Auffassung auch die Mitwirkungsrechte des Volkes und die Bundesstaatlichkeit – und was für die Kantone gilt, richtet sich auch an den Bund. Zum andern spricht in einem pluralen Verfassungsstaat vieles gegen Essentialia einer verfassungsstaatlichen Ordnung im Sinne eines starren 394

[1477] M.w.H. zur Idee der Verfassung als living tree STRAUSS, Living Constitution.

[1478] So die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 11: «Sie will, dass die in ihr angelegte Wertordnung und die in ihr enthaltenen Grundentscheidungen im gesamten politischen Prozess zum Tragen kommen».

[1479] Die Stärkung der Steuerungsfunktion der Bundesverfassung war nicht zuletzt ein Ziel ihrer Totalrevision im Jahr 1999; vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 20 ff.; siehe dazu auch Fn. 960; vgl. zum Recht als Mittel der Steuerung B. SCHINDLER, Entstehung und Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz, VdS 2020, Bd. I, Rz. 15 ff., 33.

[1480] M.w.H. zu den Essentialia einer Verfassung DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 1 ff.; vgl. auch Art. 16 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen» von 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution».

[1481] M.w.H. zum materiellen Verfassungsbegriff in der Schweiz HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 17 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 3, Rz. 11 f.; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 247 ff.

Kerns.[1482] Den Bestand der verfassungsstaatlichen Ordnung sichert die Bundesverfassung primär durch Institutionen und Verfahren, weniger durch materielle Vorgaben.[1483] Nicht ohne Grund enthält sie keine Ewigkeitsklausel oder andere positivrechtliche Verankerungen eines bestimmten materiellen Wertekosmos. Die innere Klammer der Bundesverfassung als «Grundordnung des Staates»[1484] in ständiger Entwicklung liegt nach der hier vertretenen Auffassung daher in den verfassungsstaatlichen «Formungsentscheiden»[1485] für eine eigen- und wohl auch einzigartige Organisation als Demokratie, als Rechtsstaat und als Bundesstaat selbst. Schliesslich sollen diese drei Strukturprinzipien der Bundesverfassung zusammen «eine grundsätzlich dauernde rechtliche Ordnung […] schaffen».[1486] Sie besagen zwar nicht, welches die Inhalte der Bundesverfassung sind. Doch sie gewährleistet, dass immer wieder aufs Neue festgelegt werden kann, was die Bundesverfassung beinhalten und besagen soll.[1487] In der Eigenart, als materiale Verfassung gewisse Anforderungen an den Inhalt der Verfassung zu stellen, ohne diesen Inhalt näher zu bestimmen, liegt ein viertes Wesensmerkmal der Bundesverfassung.

395 Mit welchem Verfassungsbegriff erfasst man die Bundesverfassung als rechtlich-politische Grundordnung des Staates mit der Ambition, für Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik zu sorgen und die inhaltliche Ausrichtung der Staatstätigkeit im Sinne einer Demokratie, eines Rechtsstaates und eines Bundesstaates auszuformen?

396 Die in der Bundesverfassung ausgestaltete Dialektik von Recht und Politik lässt sich besser systematisieren und operationalisieren, wenn wir zwischen verschiedenen Wirkungsebenen von Verfassungsnormen als Steuerungsmassstab, als Handlungsmassstab und als Kontrollmassstab unterscheiden:[1488] Auf der *Steuerungsebene* wirken Verfassungsnormen als Instrument zur Steuerung der Politik

---

[1482] So Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 14: «Gerade in unserer pluralistischen Gesellschaft trägt die Verfassung entscheidend dazu bei, ein Mindestmass an praktischer Übereinstimmung und an politischer Homogenität zu sichern, ohne die ein freiheitliches Zusammenleben nicht möglich ist».

[1483] DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 8.

[1484] VOLKMANN, Grundzüge, 29.

[1485] Der Begriff ist entnommen bei SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 45; siehe auch Rz. 409.

[1486] Grundlegend KÄGI, Grundordnung, 52.

[1487] Vgl. DREIER, riskante Ordnung, 34 ff.

[1488] Zur Differenzierung zwischen der Verfassung als Steuerungs-, Handlungs- und Kontrollmassstab in Bezug auf das Gesetz SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 184; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 279 ff. sowie insb. Rz. 422; in Bezug auf die Verfassung HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 347 ff.; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 307; kritisch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 186 f.

und zur «Transformation von Politik in Recht». Gerade eine zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiative trägt stets politische Anliegen in die Verfassung (Politisierung von Recht), zugleich wirken solche Verfassungsnormen auch stets steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung ein (Verrechtlichung von Politik). Auf der Steuerungsebene bleibt der rechtlich-politische Doppelcharakter einer Volksinitiative somit gegenwärtig. Auf der *Handlungsebene* wirken Verfassungsnormen als verbindliche Vorgabe für die staatliche Gestaltung. Hier ist zu klären, welche Anforderungen eine angenommene Volksinitiative an die Ausgestaltung und Ausübung staatlicher Gestaltungskompetenzen stellt. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird diese Ebene von besonderer Bedeutung sein.[1489] Auf der *Kontrollebene* dienen Verfassungsnormen schliesslich als Massstab zur Kontrolle von Staatsakten. Fragen nach den Mechanismen, dem Zugang und den Möglichkeiten zur Kontrolle staatlicher Handlungsformen, die sich auf angenommene Volksinitiativen abstützen, sollen hier nicht im Vordergrund stehen.

Sodann erfordert es ein dialektisches Begriffsverständnis, das die Bundesverfas- 397
sung nicht von einem bestimmten Wert her versteht und Gegensätze nicht einlinig auflöst,[1490] um die vier herausgearbeiteten Wesensmerkmale der Bundesverfassung in einem Begriff zu erfassen. Hierzu schlägt die vorliegende Arbeit vor, die Bundesverfassung als dialektische Ausgleichsordnung zu verstehen;[1491] als Arrangement zur Bildung von Konsens über den Ausgleich zwischen staatlicher Herrschaft und individueller Freiheit mit den Mitteln des Rechts, das die symbiotischen Verhältnisse von Politik und Recht, aber auch von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat aufrecht erhält. Der «Ausgleich von Autorität und rechtlicher Freiheit» bleibt gleichsam in der rechtlichen Grundordnung des Staates verankert, wie bereits KÄGI im letzten Satz seines vielbeachteten Werks über die Verfassung als Grundordnung des Staates festhielt.[1492] Wie dieser Ausgleich allerdings stattfinden soll, lässt die Bundesverfassung hingegen ganz bewusst offen.

Damit sind wir zu einer weiteren Grundthese dieser Studie vorgestossen: Die 398
Bundesverfassung ist als Arrangement zu verstehen, das staatliche Herrschaft in Selbstbestimmung durch Recht im Bundesstaat von unten nach oben organisiert und es von der Möglichkeit demokratischer Partizipation abhängig macht. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat, Recht und Politik, aber auch Verfassungsstabilität und Verfassungsdynamik ordnet dieses Arrangement einander so zu, dass sie in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander eigenständig und

[1489] Siehe Rz. 580; 591 ff.
[1490] M.w.H. zum Begriff der Dialektik Fn. 3.
[1491] Vgl. D. SCHINDLER, Soziale Struktur, 13 ff.
[1492] KÄGI, Grundordnung, 186.

komplementär wirken, ohne dass man sie trennen könnte. Die Bundesverfassung selbst wirkt somit als Vermittlerin[1493], als offener Verweisungszusammenhang[1494], als Ausgleichsordnung[1495].

II. … im Widerspruch …

399 Was ist unter dem Sprachbild des Widerspruchs zu verstehen? AUBERT erachtet Widersprüche im Recht als eine «forme de l'anarchie, qui est la négation de l'Etat»,[1496] gleichsam einen Rückfall in den vorstaatlichen Urzustand, der von Widerspruch und Chaos beherrscht wird. Diese Sichtweise impliziert eine Funktion des Rechts, die Widersprüche des Urzustands zu überwinden, Konsensbeschaffung wird zu einer von mehreren «Daueraufgaben des Staates»[1497] und die Verfassung wandelt sich zu einem normativen Arrangement, um Konsens über Widersprüche durch Recht herzustellen.[1498] Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass Literatur und Praxis die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs als Zustand umschreiben und diesen mit einer normativen Forderung verbinden, Widersprüche im Namen der Kohärenz von Recht und Verfassung zu begradigen. Schliesslich geht es dabei in letzter Konsequenz um den Erhalt der staatlichen Ordnung an sich.

400 Die Bestandsanalyse in Teil II hat jedoch verdeutlicht, dass ein solches Widerspruchsverständnis den Blick auf die Koordination gegensätzlicher Rechtsnormen vor allem im Kontext angenommener Volksinitiativen mehr verstellt, als dass es klärend wirkt. So unbestritten der Bedarf nach einer gewissen Kohärenz in der Rechtsordnung im Grundsatz ist: Eine angenommene Volksinitiative, die anderen Verfassungsnormen widerspricht, bildet nun mal keine Situation, die «eigentlich nicht sein sollte und daher nach Möglichkeit beseitigt werden muss»[1499]. Rechtsstaatlich betrachtet schaffen angenommene Volksinitiativen, die Widersprüche in der Verfassung erzeugen, zwar durchaus Steuerungsprob-

---

1493 SALADIN, Staaten, 237 ff.; VOGEL, Verfassungsgebung, 42.

1494 Die Idee der Verfassung als Verweisungszusammenhang knüpft an bei MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 229; ähnlich LUHMANN, Recht der Gesellschaft, 470; präzisierend gegenüber Luhmann TEUBNER, Verfassungsfragmente, 162 ff.; ebenso bereits HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 5 ff.; vgl. für die Schweiz REICH, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 71; MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 55.

1495 Präzisierend Rz. 433.

1496 AUBERT, Hiérarchie 194/5.

1497 Zur Konsensbeschaffung als Staatsaufgabe DIGGELMANN, Internationalisierung, 126 ff.

1498 S. BESSON, Konflikt, 22, 26 f.; zur Bedeutung des Konsenses im Verfassungsstaat statt vieler J.P. MÜLLER, Demokratische Verfassung, 85.

1499 CANARIS, Systemdenken, 115.

leme, infolge derer staatliche Organe ohne Koordination der gegenläufigen Bestimmungen nicht wissen, wie sie sich rechtmässig verhalten können. Staatspolitisch betrachtet trägt eine angenommene Volksinitiative hingegen einen politischen Konflikt in die Verfassung mit der Absicht, ihn mit den Mitteln des Rechts zu befrieden. Soll eine angenommene Volksinitiative, die Widerspruch gegenüber Formen politischer Gestaltung erhebt, nicht über dogmatische Konstruktionen in die Eigenlogik des Rechts internalisiert und dadurch ihrer Wirksamkeit beraubt werden, ist ein Begriffsverständnis des Widerspruchs vonnöten, das Steuerungsprobleme aufgrund von Widersprüchen zwischen Rechtsnormen nicht zwangsläufig als zu berichtigenden Fehler erachtet.

401 In einem neuen Licht erscheint der rechtsdogmatische Begriff des Widerspruchs, wenn man sich von einem logisch imprägnierten Widerspruchsverständnis abwendet und das Sprachbild des Widerspruchs als dialektischen Prozess zur Durchdringung der Gegensätze reformuliert.[1500] Das heisst: Rechtsnormen, die Widersprüche im Rechtsgefüge erzeugen, entfalten ihre steuernde Kraft, indem sie auf dialektische Weise «Chaos in Ordnung bringen»[1501]. Damit sind wir zu einer weiteren Grundthese der vorliegenden Arbeit vorgestossen: einem dialektischen Widerspruchsbegriff. Ein Widerspruch zwischen Verfassungsnormen ist kein Fehler, sondern ein Doppelphänomen, das am Anfang und am Ende eines Koordinationsprozesses steht: am Anfang, indem es für Chaos in der Rechtsordnung sorgt und einen Prozess zur Erhebung von Widerspruch gegenüber Formen politischer Gestaltung durch Verfassungsrecht initiiert; am Ende verleiht der Widerspruch dem Koordinationsprozess als Fluchtpunkt Mass und Form durch die Frage, wie sich ein Widerspruch erträglich machen lässt.

402 Zusätzliche Einsicht in diese etwas paradox anmutende These vermitteln rechtstheoretische Überlegungen aus WOHLRAPPS Werk «Der Begriff des Arguments»[1502] sowie DERRIDAS Schrift «Gesetzeskraft, der mystische Grund der Autorität»[1503]: Nach DERRIDA ist «das Unentscheidbare […] nicht einfach ein Schwanken zwischen zwei widersprechenden und äusserst bestimmten […] Regeln, die auch einen imperativen, befehlenden Charakter haben […], es ist die Erfahrung dessen, was […] der Regel nicht zugeordnet werden kann, weil es ihr fremd ist und ihr gegenüber ungleichartig bleibt, was dennoch aber – dies ist eine Pflicht – der unmöglichen Entscheidung sich ausliefern und das Recht und die

[1500] Vgl. auch HEGEL, Logik, 39: «Der Widerspruch» ist «eben das Erheben der Vernunft über die Beschränkungen des Verstandes und das Auflösen derselben».

[1501] Zitiert bei TEUBNER, Rechtsparadoxien, 38, der die Aussage Theodor W. Adorno zuschreibt.

[1502] WOHLRAPP, Argument.

[1503] DERRIDA, Gesetzeskraft.

Regel berücksichtigen muss».[1504] Laut WOHLRAPP hat die juristische Argumentation im Falle eines Widerspruchs nicht die Geltung einer These zu überprüfen, also ob ein bestimmtes Staatshandeln verfassungsmässig sei. Gefragt ist vielmehr Argumentation, um das Ausmass zu ermitteln, in welchem der zu treffende Entscheid durch Dezision zu komplettieren sei.[1505] Nur durch das Bestimmen von Bekanntem könne man, so WOHLRAPP, erfahren, was eben unbekannt sei. Im Anschluss sei das Unbekannte selbst durch die Komponente der Dezision zu durchqueren. Sowohl bei DERRIDA wie auch bei WOHLRAPP wirkt der Widerspruch demzufolge als transzendenter Fluchtpunkt. Er lässt sich weder feststellen noch umschreiben, hat keinen Grund und keine Anschauung. Man hat sich gewissermassen mit einer negativen Umschreibung des Widerspruchs zu begnügen «als Erfahrung der absoluten Andersheit»[1506],[1507] die man bloss wahrnehmen kann wie das Schöne eines Kunstwerks.[1508] Die Koordination widersprüchlicher Rechtsnormen ist demnach nicht auf die Widerspruchslosigkeit der Verfassung, nicht auf die Angemessenheit (HABERMAS) oder die Kontinuität (LUHMANN) des Koordinationsergebnisses auszurichten, sondern auf das Bewusstsein, dass Normen zu koordinieren sind, obschon sie sich diametral zuwiderlaufen. Gewissermassen wird das Postulat der Widerspruchslosigkeit durch das Postulat der Widersprüchlichkeit ersetzt,[1509] das ebenfalls in der Lage ist, eine ordnende Kraft zur Überwindung des Normchaos zu entfalten.

403 Der eigentliche Clou an einer Konzeption, die den Widerspruch gleichermassen als Ausgangspunkt und transzendenten Fluchtpunkt eines Prozesses zur Durchdringung von Gegensätzen versteht, liegt zunächst einmal darin, dass dadurch die verklärende Frage, wann respektive ab wann Rechtsnormen einander widersprechen, in den Hintergrund rückt. Sodann vermittelt ein solches Widerspruchsverständnis neue Orientierungs- und Rechtfertigungskraft. Es ordnet normativ an, dass widersprüchliche Rechtsnormen zu koordinieren sind. Diese normative Forderung ergibt sich nicht aus der Einheit des Rechts, sondern dem Steuerungsanspruch der widersprüchlichen Normen, die sich ohne Koordination in einem ewigen Zirkel gegenseitig auflösen würden. Schliesslich trifft ein solches Widerspruchsverständnis keinerlei normative Aussagen über die Art und Weise der Koordination. Und vor allem rechtfertigt sich der Koordinationsentscheid nicht

---

[1504] DERRIDA, Gesetzeskraft, 49.

[1505] WOHLRAPP, Argument, 354.

[1506] DERRIDA, Gesetzeskraft, 57.

[1507] DERRIDA, Gesetzeskraft, 33 f.; vgl. auch TEUBNER, Rechtsparadoxien, 36 ff.

[1508] BURCKHARDT, Methode, 248; vgl. auch THÜRER, Willkürverbot, 518, der unter Verweis auf Max Weber Gerechtigkeit «nicht erkennbar, sondern bloss bekennbar» erachtet.

[1509] Grundlegend zum Postulat der Widerspruchslosigkeit Rz. 287 ff.

allein durch entsprechende Entscheidungskompetenzen des zuständigen Organs oder das Koordinationsverfahren, sondern durch den Nachweis, dass und weshalb eine bestimmte Koordination der widersprüchlichen Bestimmungen als letzte vernünftige Möglichkeit taugt, da sie mit dem verfügbaren Wissen und mit der Intelligenz der anderen konfrontiert worden ist und sich dabei als massvoll erwiesen hat.

Zusammengefasst umschreibt der Begriff des Widerspruchs ein dialektisches Doppelphänomen, das gleichermassen für Chaos in der Verfassungsordnung und für Ordnung im Verfassungschaos sorgt. Eine angenommene Volksinitiative fügt sich als Ausdruck von Widerspruch gegen bestimmte Formen politischer Gestaltung stimmig in dieses entwickelte Widerspruchsverständnis ein. Verfassungsnormen wie etwa Art. 121a BV erzeugen unbestritten ein gewisses Mass an normativem Chaos in der Bundesverfassung. Zugleich – und das verkennt der vorherrschende Tenor – besitzt ein solcher Widerspruch gegen bestimmte Formen politischer Gestaltung auch eine ordnende Kraft. Denn Rechtsnormen, die ein normatives Chaos verursachen, können ihre Steuerungskraft nur dann entfalten, wenn dieses Chaos durch die Koordination der widersprüchlichen Rechtsnormen auch wieder in Ordnung gebracht wird (Integrationsfunktion[1510] oder Konsensfunktion[1511] des Rechts). Schliesslich steht hinter einer Volksinitiative, die Widersprüche in der Bundesverfassung erzeugt, die Regelungsabsicht, politische Konflikte durch Verfassungsrecht zu bewältigen. Welche Koordinationsmöglichkeit auf Zustimmung stossen wird, weil sie den politischen Konflikt möglichst vernünftig und tauglich bewältigt, bleibt dabei wesensgemäss offen und ist im Rahmen des Koordinationsprozesses zu klären. 404

III. … koordinieren

Wie sind widersprüchliche Verfassungsnormen zu koordinieren? Bisher haben wir die Gesamtheit der existierenden Konzepte zur verlässlichen Klärung des normativen Kontextes von Rechtsnormen als «Koordination» umschrieben.[1512] Die Dogmatik greift zur Koordination von Rechtsnormen auf verschiedene Methoden und Argumente zurück. Letztlich erliegen diese jedoch allesamt der Versuchung, Widersprüche zugunsten der Kohärenz von Recht und Verfassung zu begradigen. Ein verfassungsrechtliches Arrangement, das Widersprüche in der Bundesverfassung in Kauf nimmt, wirft hingegen die Frage auf, wie die «Koordination» von Verfassungsnormen als Tätigkeit erfasst werden kann, ohne den 405

[1510] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 12; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 57; mit kritischen Hinweisen EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung, 207 ff.

[1511] J.P. MÜLLER, Demokratische Verfassung, 85 ff.

[1512] Siehe Rz. 280, 311 ff.

rechtlichen Eigenwert dabei systematisch über ihren politischen Eigenwert zu stellen. Anders formuliert: Wie kann Koordination als Vorgang strukturiert werden, der den Umgang mit Koordinationsproblemen nicht in die Eigenlogik des Rechts internalisiert, sondern in einem Koppelungsprozess externalisiert?

406 Nach dem vorliegenden Dafürhalten lässt sich das in einem reflexiven Prozess bewerkstelligen. Angesprochen ist eine von POPPER umschriebene «Methode, kühne Hypothesen aufzustellen und sie der schärfsten Kritik auszusetzen, um herauszufinden, wo wir uns geirrt haben».[1513] Mit anderen Worten ist Koordination ein Vorgehen von Versuch und Irrtum zur verlässlichen Klärung normativer Kontexte von Verfassungsnormen. Zusätzliche Einsicht in ein reflexives Möglichkeitsdenken[1514] über die Zuordnung von Rechtsnormen vermittelt WOHLRAPPS Konzept der juristischen Argumentation. Die Koordination von Rechtsnormen lässt sich danach als Dialog zur Beurteilung reformulieren, ob eine bestimmte Zuordnung von Rechtsnormen stabiles Staatshandeln ermöglicht. Ein solcher Dialog gleiche einem Marktplatz, auf dem Informationen, Neuigkeiten, Meinungen und Thesen kommen und gehen.[1515] Einzelne Rechtsakteure, wie etwa die Bundesversammlung, die Initianten einer Volksinitiative oder ein Kläger vor Gericht stellen ihre Rechtsauffassungen über Rechtsnormen auf diesen Marktplatz der Argumente. Dort – sei es in den parlamentarischen Räten oder in einem Gericht – werden die eingebrachten Rechtsauffassungen mit Einwänden anderer konfrontiert, überprüft und allenfalls modifiziert.[1516] Die Qualität einer Rechtsauffassung bestimmt sich dabei laut WOHLRAPP anhand ihrer «Einwandfreiheit»: Können gegen eine bestimmte Rechtsauffassung keine Einwände[1517] mehr erhoben werden, erreiche sie den flüchtigen Zustand der «Einwandfreiheit»

1513 POPPER, Intellektuelle Entwicklung, 118.

1514 Vgl. auch HÄBERLE, Pluralismus, 1 ff., der von «Möglichkeitsdenken» spricht und auf das Zusammenspiel von Wirklichkeitsdenken, Möglichkeitsdenken und Notwendigkeitsdenken bei der Erfüllung verfassungsrechtlicher Gestaltungsaufträge im pluralistischen Verfassungsstaat hinweist. Ähnlich auch MÖLLERS, Normen, 194 ff., der die Anwendung von Recht als Prozess versteht, in dem bestimmte Normen in Anspruch genommen und ihr Gebrauch in einer bestimmten Art und Weise gerechtfertigt wird. Ähnlich in der Schweiz BURCKHARDT, Methode, 248, «Also nicht in deduktiver Ableitung aus einem Begriff fällt die Entscheidung, sondern in vergleichender Betrachtung verschiedener konkreter Vorschläge unter dem Gesichtspunkt des Gerechten. Diese Idee ist massgebend; aber wir erkennen sie in einem konkreten Gebilde nur dadurch, dass wir es mit anderen konkreten Gebilden vergleichen. Wie wir des Schönen auch nur bewusst werden in der vergleichenden Anwendung von konkreten Gegenständen unter diesem Gesichtspunkt».

1515 WOHLRAPP, Argument, 358.

1516 WOHLRAPP, Argument, 484.

1517 WOHLRAPP, Argument, 213.

und besitze damit relativ zum Argumentationsstand Regelungsanspruch.[1518] Anderenfalls sei sie entweder ungültig oder unentscheidbar und tauge nicht als Regelungsgrundlage.[1519]

Als «reflexiven Prozess» wollen wir das Vorgehen der Koordination bezeichnen, weil solche Tätigkeiten nach hinten und nach vorne zugleich wirken. Reflexive Koordination vermittelt zum einen der verfassungsdynamisierenden Zuordnung von Verfassungsnormen Mass und Form: einmal, indem sie die Zuordnung von Rechtsnormen am aktuellen Stand ihrer Deutungsvarianten und Koordinationsmöglichkeiten reflektiert und diesen zusammenfasst;[1520] sodann durch den Gewinn von Einsicht, einer bestimmten Zuordnung von Rechtsnormen sei zu vertrauen, weil sie mit dem verfügbaren Wissen und mit der Intelligenz des anderen möglichst genau und aufrichtig konfrontiert worden sei und die «letzte vernünftige Möglichkeit»[1521] darstelle.[1522] Zugleich rationalisiert reflexive Koordination auch die verfassungsstabilisierende Zuordnung von Rechtsnormen. Ähnlich der Kontrolle[1523] sucht auch Reflexion nach Steuerungseffekten durch eine machthemmende und bei Bedarf berichtigende Einwirkung auf Staatsakte.[1524] Während Kontrolle jedoch Verantwortung zwischen zwei verschiedenen Akteuren auf der Kontrollebene herstellt, erweist sich die Reflexion als Prozess zur Operationalisierung von Eigenverantwortung auf der Handlungsebene. Rechtliche Vorgaben verpflichten schliesslich stets auch dazu, staatliche Gestaltung am positiven Recht zu reflektieren, also die eigene Handlungsperspektive zu verlassen und das eigene Tun aus der Sicht eines anderen am Massstab der Verfassung zu überprüfen.[1525] Das Legalitätsprinzip wirkt damit verstärkend, nicht suspendierend, auf 407

[1518] WOHLRAPP, Argument, 349.

[1519] WOHLRAPP, Argument, 354.

[1520] Vgl. dazu allgemein auch CHRISTENSEN/KUDLICH, Gesetzesbindung, 504; WOHLRAPP, Argument, 359.

[1521] Vgl. dazu allgemein auch CHRISTENSEN/KUDLICH, Gesetzesbindung, 504; WOHLRAPP, Argument, 360.

[1522] So allgemein WOHLRAPP, Argument, 360; zu den Tugenden der Genauigkeit und der Aufrichtigkeit bei der Suche nach neuem Wissen B. WILLIAMS, Wahrheit und Wahrhaftigkeit, 26; 73.

[1523] Vgl. EICHENBERGER, Kontrolle, 132 ff.; SCHEUNER, Kontrolle, 293 ff., 299 ff.; umfassend zur Kontrolle staatlicher Machtausübung HEUSLER, Oberaufsicht, 209 ff.; m.w.H. zur Kontrolle als Grundstruktur staatlicher Entscheidungsprozesse KREBS, Kontrolle, 27 ff.; a.M. wohl TEUBNER/WILLKE, Reflexives Recht, 14.

[1524] SCHEUNER, Kontrolle, 303.

[1525] TEUBNER/WILLKE, Reflexives Recht, 14.

die Notwendigkeit von Überlegungen der Verfassungsmässigkeit von staatlicher Gestaltung.[1526]

408 Zusammengefasst beschreibt das Sprachbild der «Koordination» einen reflexiven Prozess, um den normativen Kontext von Verfassungsnormen näher auszuformen, Verfassungsnormen einander situativ zuzuordnen und dabei auftretende Koordinationsprobleme auf eine möglichst stabile Weise zu bewältigen, ohne die rechtlichen und politischen Eigenwerte von Verfassungsnormen ineinander aufzulösen. Verkürzt setzt das neu ausgerichtete Verständnis der «Koordination» von «Verfassungsrecht» im «Widerspruch» demnach den Schwerpunkt anders. Nicht mehr die rechtsdogmatische Figur des Widerspruchs steht im Zentrum, sondern der offene Prozess zur Koordination von Verfassungsnormen im Bewusstsein um mögliche Widersprüche.

B. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat als verfassungsstaatliche Formungsentscheide

409 Wie fügt sich die entwickelte These der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess stimmig in die Bundesverfassung als demokratisches, rechtsstaatliches und bundesstaatliches Arrangement ein? Die Chiffren «Demokratie», «Rechtsstaat» und «Bundesstaat» verkommen bisweilen zu «unreflektierten Zauberformeln»[1527] des guten Staates und sind an Unschärfe kaum zu überbieten.[1528] Denn: Jede politische Ordnung, die sich als Demokratie, als Rechtsstaat oder als Bundesstaat bezeichnet, macht sich ein eigenes Bild dieser Begriffe. Indem diese Sprachhülsen durch die Bundesverfassung auf eine bestimmte Weise angereichert oder eben «ausgeformt» werden, vermitteln sie in ihrer Qualität als verfassungsstaatliche Formungsentscheide auch der Eidgenossenschaft auf eine einzig- und wohl auch eigenartige Weise Mass und Form.[1529] Um die Sprachbilder der Demokratie (Abschnitt I), des Rechtsstaates (Abschnitt II) und des Bundesstaates (Abschnitt III) gewinnbringend für den Umgang mit Steuerungsproblemen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen einzusetzen, erfordert es demnach einer Analyse, wie die Bundesverfassung diese drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide ausgestaltet und inwiefern sich dar-

---

[1526] Siehe dazu auch Rz. 580 ff. sowie Rz. 637 ff. und dort speziell Rz. 641; m.w.H. CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Ganze des Rechts, 227.

[1527] So in Bezug auf die Demokratie RHINOW, Demokratie, 137.

[1528] So auch SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 322; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 8; RHINOW, Demokratie, 137 f.; BÄUMLIN, Kontrolle 210.

[1529] Der Begriff des verfassungsstaatlichen Formungsentscheids ist entnommen bei SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 45.

aus bestimmte Richtungen zur Ausgestaltung und Ausübung von Koordinationskompetenzen ergeben (Abschnitt IV).

I. Demokratie

Was versteht die Bundesverfassung unter dem Sprachbild der Demokratie? Demokratie bezeichnet die Staatsorganisation der selbstbestimmten Herrschaft gleichberechtigter Menschen über Menschen;[1530] «Government of the people, by the people, for the people», wie es ABRAHAM LINCOLN im Jahr 1863 in der Gettysburg Address treffend formulierte.[1531] Demokratie will als ein auf die Anerkennung der Bürger ausgerichteter Vorgang auf Zeit, in dem die gesellschaftliche Ordnung immer wieder aufs Neue zur Disposition steht, das Zusammenleben von Menschen unter staatlicher Herrschaft legitimieren, effektuieren und beschränken.[1532] Das Gelingen eines Demokratieprojekts hängt letztlich ab von einer lebendigen Zivilgesellschaft,[1533] bestimmten demokratischen Tugenden[1534] ihrer Bürger[1535], dem Mass an Toleranz[1536] gegenüber anderen sowie der Liebe zur Vielfalt[1537]. Wie es BÖCKENFÖRDE treffend formuliert, lebt eine Demokratie als «freiheitlicher, säkularisierter Staat […] von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann».[1538] Staatsrechtlich betrachtet steht der Begriff der Demokratie auf der Mikroebene für verschiedene Rechtsvorgaben wie die gleichberechtigte und -verpflichtete Teilhabe an der Ausübung staatlicher Gewalt (Art. 34 BV; Art. 136 BV), die Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) oder den Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV). Zusammen sollen sie die dargelegten Voraussetzungen rechtlich absichern, von der eine Demokratie lebt. Auf 410

1530 AUER, Kantonales Staatsrecht, Rz. 876; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2026; BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 295 ff.; m.w.H. zu den historischen Wurzeln der Demokratie, HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 189.

1531 Zitiert bei DIGGELMANN, Internationalisierung, 67.

1532 BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 324 f.

1533 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 224; nach BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 346 ff., hängt das Gelingen einer Demokratie auch von der Abwesenheit theokratischer Religionsformen, von einer relativen Homogenität innerhalb der Gesellschaft ab;

1534 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 234 f.

1535 M.w.H. zum Menschenbild in der Demokratie KOTZUR, Demokratiedebatte, 355; vgl. auch J.P. MÜLLER, Staatsbürger, 8 ff.

1536 J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 200; grundlegend TÖNDURY, Toleranz, 20 ff.; 545 ff.

1537 A.M. BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 348; m.w.H. zu den Unterschieden zu Deutschland B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 340 f.

1538 BÖCKENFÖRDE, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 60.

der Makroebene spricht der Begriff «Demokratie» in erster Linie eine bestimmte Organisation staatlicher Gewalt sowie eine besondere Legitimation ihrer Ausübung an, die vorliegend im Zentrum stehen soll.

411 In Bezug auf die *Organisation* staatlicher Gewalt ist eine Demokratie im Wesentlichen von folgenden Grundüberlegungen geprägt: Eine demokratische Staatsorganisation ernennt das Volk zum Träger aller Staatsgewalt, wobei sich jede Demokratie ihr eigenes Volksbild[1539] macht. Sie institutionalisiert eine staatliche Herrschaft in Selbstregierung des Volkes und erteilt staatlicher Gewalt eine Absage, die sich nicht auf das Volk rückführen lässt (Prinzip der Volkssouveränität).[1540] Nicht immer die notwendige Beachtung erfährt dabei die demokratische Selbstkontrolle, welche die Macht des Volkes durch das Volk und für das Volk hemmt («Responsible Government»[1541]), um jede Ausübung staatlicher Gewalt gegenüber dem Volk zu verantworten. Einer Herrschaft in Selbstregierung des Volkes ist eine Spannung zwischen der vollumfänglichen Selbstregierung und der effektiven Ausübung und Kontrolle staatlicher Gewalt inhärent. Die «Selbstregierung des Volkes»[1542] in Reinform bliebe als Staatsform nämlich beschränkt handlungsfähig und würde den Staat gewaltenmonistisch als «Volksdiktatur» organisieren, die ohne jegliche Machthemmung nicht minder totalitär daherkäme wie andere Formen der Diktatur.[1543] Bevorzugt bestellt das Volk daher verschiedene Organe, welche die Staatsgewalt in seinem Namen ausüben.[1544] Die arrivierte Unterscheidung zwischen dem «pouvoir constituant» und dem «pouvoir constitué» verstellt dabei zuweilen den Blick auf den bei CONDORCET hervorgehobenen Aspekt der selbstbestimmten Ausübung zurückbehaltener Ge-

[1539] M.w.H. zum Volksbegriff in der Schweiz RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 236 ff.; CARONI, Demokratie, 10 ff.

[1540] MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 778; RHINOW, Demokratie, 167 f.; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 87; BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 292.

[1541] SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 16; RHINOW, Demokratie, 189, 198.

[1542] M.w.H. RHINOW, Demokratie, 167 ff.

[1543] Kritisch dazu BÄUMLIN, Kontrolle, 209 ff., 213 und dort m.H. auf Carl Schmitt und Karl Marx; vgl. auch KÄGI, Partialrevision, 773a; nicht so indes ROUSSEAU, Gesellschaftsvertrag, Zweites Buch 1. Kapitel, nach dem «der Souverän nur durch sich selbst vertreten werden kann; die Macht kann sehr wohl übertragen werden, nicht aber der Wille».

[1544] So ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 KV BE: «Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk. Sie wird durch die Stimmberechtigten und die Behörden ausgeübt»; vgl. auch Art. 20 Abs. 1 GG: «Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt».

walt in Bürgerkollektiven («recourir à la force»[1545]).[1546] Nach ihm bleibt das Volk zwar Träger und legitimierender Bezugspunkt aller Staatsgewalt.[1547] Aus Gründen der Machteffektuierung und der Machthemmung üben jedoch die eingesetzten Organe die «pouvoirs déléguées»[1548] aus.[1549] Demokratische Mitwirkungsrechte ermöglichen es den Stimmbürgern allerdings, direkt auf staatliche Entscheidungsprozesse einzuwirken. Solche Formen unmittelbarer Ausübung von Staatsgewalt durch das in Bürgerkollektiven organisierte Volk leisten in einer direkten Demokratie einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Legitimation, Effektuierung und Hemmung staatlicher Gewalt.

In Bezug auf die *Legitimation* staatlicher Gewalt ist eine Demokratie eng mit der 412
Vorstellung verbunden, dass jegliches Staatshandeln vom Volk her gerechtfertigt und ihm gegenüber verantwortet bleiben muss. Die Staatsrechtslehre verkürzt demokratische Legitimation häufig auf durch Recht organisierte Verfahren zur demokratischen Willensbildung des Volkes oder seiner Repräsentanten und den generell-abstrakten Rechtssatz als Produkt solcher demokratischer Entscheide, das weiteren Staatsakten als Mittler demokratische Legitimation einimpft.[1550] Dies, obschon eine Verfassung auch weitere, aufeinander einwirkende und sich teils substituierende Formen demokratischer Legitimation ausgestaltet:[1551] Unmittelbar oder mittelbar vom Volk bestellte Amtsträger, die als Behördenmitglieder staatliche Gewalt ausüben (Art. 143 ff. BV), versorgen staatliches Handeln mit *personell-demokratischer Legitimation*.[1552] Für eine *institutionelle demokratische Legitimation* staatlicher Akte sorgen unterschiedliche Legitimationsformen staatlicher Gewaltenträger: die judikative Legitimationsform des Rechtsschutzes und der Gerechtigkeit, die exekutive Legitimationsform der Effizienz und des Sachverstandes sowie die legislative Legitimationsform der leitenden Steuerung staatlichen Handelns mittels verantworteter Deliberation.[1553] Eine *demokratische Legitimation in Bezug auf den Inhalt staatlicher Gestaltung* ver-

---

1545 CONDORCET, Seconde Lettre, 391; vgl. auch LÜCHINGER, Condorcet, 226 ff.; KLEY/AMSTUTZ, Gironde-Verfassungsentwurf, 29.

1546 Die Unterscheidung wird SIEYÈS, État, 53 zugeschrieben; vgl. auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 12 Rz. 351 ff.; grundlegend, JAGMETTI, Volkssouveränität.

1547 MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 785.

1548 Zitiert bei HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 9, Rz. 217.

1549 BÄUMLIN, Kontrolle, 220.

1550 Treffend BÄUMLIN, Demokratie, 87; vgl. auch TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 441 ff.

1551 KOTZUR, Demokratiedebatte, 380 ff.; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 301 ff.

1552 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 345; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, Rz. 87; BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 302 ff.

1553 M.w.H. zur verantworteten Deliberation als Legitimationsform der Bundesversammlung Rz. 459 ff., 544 ff.

mitteln vor allem das demokratische Mehrheitsprinzip[1554] und die rechtliche Steuerung staatlichen Handelns.[1555] Eine *demokratische Legitimation in prozeduraler Hinsicht* will die Akzeptanz seitens der Bürger gegenüber dem Inhalt staatlicher Gestaltung durch unterschiedliche Mechanismen fördern. Einmal durch Möglichkeiten der Partizipation[1556] und des Engagements[1557]: Auf der Makroebene sorgen direktdemokratische Mitwirkungsrechte wie die Volksinitiative oder das Volksreferendum für die Akzeptanz staatlicher Entscheide, indem die Stimmbürger auf den staatlichen Entscheidungsprozess einwirken können. Auf der Mikroebene besitzen Verfahrensgrundrechte eine ähnliche Funktion.[1558] Die «Procedural-Justice-Forschung» hat empirisch nachgewiesen, dass entsprechende Grundrechte für einen willigen Gehorsam seitens der Betroffenen sorgen.[1559] Prozedurale Legitimation staatlichen Handelns vermittelt ferner auch das institutionelle Arrangement einer Konkordanzdemokratie[1560], das auf eine möglichst breite Abstützung von Mehrheitsentscheiden hinwirkt im Wissen darum, dass staatliche Gestaltung neben der Mehrheits- auch auf die Minderheitsfähigkeit[1561] angewiesen bleibt und die Minderheiten daher «bei der Verwirklichung des Kompromisses gegenwärtig bleiben» müssen.[1562]

413 Für einen normativen Demokratiebegriff und seine Qualität als verfassungsstaatlicher Formungsentscheid ist das Bild entscheidend, das sich die Bundesverfassung von der Chiffre «Demokratie» macht: Welche Anforderungen stellt die Demokratie als Strukturprinzip der Bundesverfassung also genau an die Ausübung staatlicher Gewalt? Die Bundesverfassung erwähnt den Begriff «Demokratie»

1554 Vgl. Art. 142 BV; m.w.H. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 232; BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 340.

1555 Generell-abstrakte Rechtsnormen stiften materiell-demokratische Legitimation, indem sie andere Staatsorgane an den darin zum Ausdruck gebrachten Willen der Mehrheit über den Inhalt staatlichen Handelns binden; vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 330; mit Vorbehalten TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 441 ff.; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 306 ff.

1556 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 339 ff.; RHINOW, Demokratie, 175 ff.; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, Rz. 106 ff.

1557 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 360 unter Verweis auf BÄUMLIN, Demokratie, 42 ff.

1558 THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 207 ff.

1559 M.w.H. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 215 ff.

1560 M.w.H. Rz. 467 f.; vgl. auch LINDER/MUELLER, Demokratie, 363 ff.; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 15; umfassend TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 474; RHINOW, Demokratie, 237 ff.; alternativ wird auch von einer «Konsensdemokratie» gesprochen. Vgl. etwa LIJPHARD, Patterns of Democracy, 7 ff., 32 ff.; VATTER, Politisches System, 565.

1561 RHINOW, Demokratie, 255.

1562 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 782.

bloss beiläufig[1563] und in der Verfassungsdogmatik besitzt ein normativer Demokratiebegriff wenig Kontur.[1564] Das Grundanliegen dieses verfassungsstaatlichen Formungsentscheides könnte jedoch unbestrittener kaum sein: Die Bundesverfassung will die Eidgenossenschaft in einer frei anerkannten «Gemeinwohlordnung durch Selbstbestimmung»[1565] organisieren, an welcher die Unterworfenen gleichberechtigt mitwirken.

Diese «Organisationsidee» gestaltet die Bundesverfassung auf Stufe Bund durch ein Bündel von Verfassungsnormen auf eine eigen- und wohl auch einzigartige Weise aus.[1566] Drei Herausstellungsmerkmale stechen dabei hervor: *Zum Ersten* prägen umfassende Möglichkeiten der Bürgerpartizipation die bundesverfassungsrechtliche Organisation der Eidgenossenschaft als Demokratie.[1567] Die Instrumente des Referendums und der Initiative ermöglichen es dem Volk, unmittelbar an Sachentscheiden des Staates zu partizipieren.[1568] *Zum Zweiten* konzipiert die Bundesverfassung den Bund aller direktdemokratischen Mitwirkungsrechte zum Trotz weitgehend als repräsentative Demokratie und Legislativstaat.[1569] *Zum Dritten* organisiert die Bundesverfassung die Eidgenossenschaft als Konkordanzdemokratie, weil die Schweiz aufgrund ethnischer, regionaler, konfessioneller sowie sprachlich-kultureller Heterogenität in besonderem Masse und immer wieder aufs Neue auf Kompromiss angewiesen ist.[1570] Konkordanz meint dabei das «Bestreben, im politischen Prozess eine möglichst hohe Wert- und Interessenberücksichtigung zu gewährleisten».[1571] Dieses Anliegen spiegelt sich auch in der rechtlichen Ausgestaltung der politischen Prozesse wider, die kompromissfähige Lösungen gegenüber knappen Mehrheiten bevorzugt;[1572] die präventive Zustimmung durch Kompromiss anstrebt und auf gütliches Einverneh- 414

[1563] So BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, 136.

[1564] BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, 110 f.; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 322; grundlegend zum Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie MASTRONARDI, Zweck, 324 ff.

[1565] SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 87.

[1566] SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 1.

[1567] So auch DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, N 5; vgl. auch RHINOW, Demokratie, 178 ff.

[1568] MASTRONARDI, Zweck, 382.

[1569] BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 64; RHINOW, Demokratie, 169; LINDER/MUELLER, Demokratie, 295, sprechen von der Schweiz als «halbdirekte Demokratie», wobei es wohl weniger um eine halbe als um eine eigenartige Sache geht.

[1570] RHINOW, Demokratie, 237.

[1571] B. EHRENZELLER, Kollegialität, 150; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 475; vgl. zum Regierungssystem der Konkordanzdemokratie auch Rz. 467 f.

[1572] LINDER/MUELLER, Demokratie, 363 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1409e.

men ausgerichtet ist, «nicht auf Machtwettbewerb zwischen politischen Gruppen»;[1573] wobei die organisatorische Eigenart des Bundes als Konkordanzdemokratie weniger in der Tatsache als vielmehr im unüblichen Ausmass der institutionalisierten Suche konkordanter Lösungen liegt.[1574]

415 Summarisch entfaltet das Demokratieprinzip als der Bundesverfassung inhärenter Formungsentscheid vor allem in seiner Bedeutungsschicht als Organisationsprinzip normative Kraft,[1575] indem es staatliches Handeln auf eine bestimmte Weise organisiert und legitimiert. Jenseits seiner staatsorganisatorischen Bedeutungsschicht besitzt ein normativer Demokratiebegriff im Kontext der Bundesverfassung schwache Konturen. Wie noch zu zeigen sein wird,[1576] lassen sich die Ideen der Partizipation und der Konkordanz allerdings in Handlungsmaximen überführen, die staatliches Handeln auf der Mikroebene auch jenseits der Verfahrensgrundrechte zur Suche nach hinnehmbaren Entscheiden für Minderheiten verpflichten.[1577]

II. Rechtsstaat

416 Was versteht die Bundesverfassung unter der Chiffre des Rechtsstaates? Die Idee des Rechtsstaates[1578] ist Ausdruck einer ideengeschichtlichen Entwicklung, die bis in die Antike zurückgeht und sich erst zu Beginn des 19. Jahrhunderts zu dem verdichtet hat,[1579] was wir heute unter dem Sprachbild des Rechtsstaates verstehen. Der Rechtsstaat gilt als «unverzichtbare Legitimitäts- und Konstitutionsvoraussetzung»[1580] des modernen Staates zur «Gewährleistung menschlicher

---

1573 SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 25; RHINOW, Demokratie, 237.

1574 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 474.

1575 Vgl. auch DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, N 1 ff.

1576 Vgl. Rz. 608 ff.

1577 Zur Rolle der Akzeptanz als Handlungsmaxime der Demokratie auch TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 732 ff.; vgl. aus verwaltungsrechtlicher Sicht B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 395.

1578 BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 45 ff.; zur Vielschichtigkeit des Rechtsstaatsbegriffs G. SCHMID/UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, VdS, § 13, Rz. 2 ff.; grundlegend zur Entwicklung der Rechtsstaatsidee in der Schweiz B. SCHINDLER, Rechtsstaatsidee, VdS 2020, Bd. II, Rz. 1. ff.; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit, 143 ff.

1579 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 446 ff.; BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit, 143.

1580 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2600.

Selbstbestimmung durch Recht»[1581].[1582] Wie die Demokratie unterliegt auch der Rechtsstaatsbegriff der Gefahr einer «Sakralisierung» und ist nicht davor gefeit, zum Ausdruck entarteter Staatsmacht[1583] zu verkommen, anstatt vor solcher zu schützen. Letztlich bleibt somit auch der Rechtsstaat eine sprachliche Hülse, in die «jeder immer seine juristischen Ideale hineinzulegen geneigt ist».[1584]

Staatsrechtlich betrachtet spricht die Chiffre des Rechtsstaates einen Formungsentscheid an, mit dem sich ein Staat durch die Herrschaft des Rechts vom reinen Machtstaat abgrenzt und seine Konflikte in rechtlichen Strukturen und Verfahren bewältigt.[1585] Auf der Mikroebene werden mit dem Begriff «Rechtsstaat» vor allem individuelle Rechte und ein wirksamer Rechtsschutz assoziiert, auf der Makroebene steht die Idee eines dialektischen Gebildes zur Effektuierung und Fesselung staatlicher Macht im Zentrum, die hier im Vordergrund stehen soll. Der Rechtsstaat organisiert und gewährleistet staatliches Handeln durch Recht, zugleich setzt er solchem Schranken, um einzelne Individuen vor Machtübergriffen vor dem Staat zu schützen.[1586] Die Bundesverfassung umschreibt diesen Wesenszug des Rechtsstaates kurz und knapp: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht» (Art. 5 Abs. 1 BV).[1587] Erst durch dieses dialektische Mit- und Gegeneinander des Rechts als Grundlage und als Schranke erfolgt sämtliches Staatshandeln in rechtlich vermittelter, durch Recht begrenzter und am Massstab des Rechts überprüfbarer Ausübung staatlicher Gewalt.[1588] 417

Was aber fordert das Prinzip des Rechtsstaates in seiner Qualität als verfassungsstaatlicher Formungsentscheid der Bundesverfassung? Die Bundesverfassung 418

[1581] SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 44; vgl. auch MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 843 ff.

[1582] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6, Rz. 21; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 170 f.

[1583] SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsstaat, HStR, § 24, Rz. 24, spricht von der «Totalität des Rechts».

[1584] Vgl. MAYER, Verwaltungsrecht, 61: «Das Wort [Rechtsstaat] ist aufgekommen, nachdem die Sache bereits im Gange war. Es soll etwas bezeichnen, was noch nicht ist, jedenfalls noch nicht fertig ist, was erst noch werden soll. Darum schwankt auch der Begriff so sehr, weil jeder immer seine juristischen Ideale hineinzulegen geneigt ist»; zur Vielschichtigkeit des Rechtsstaatsbegriffs G. SCHMID/UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, VdS, § 13, Rz. 2 ff.

[1585] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6, Rz. 21; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 170 ff.

[1586] B. SCHINDLER, Rechtsstaatsidee, VdS 2020, Bd. II, Rz. 29 ff.; vgl. auch VON ARNAULD, Rechtsstaat, in: Verfassungstheorie, § 21, Rz. 4; SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsstaat, HStR, § 24, Rz. 24.

[1587] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 15.

[1588] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6, Rz. 21.

definiert den Begriff «Rechtsstaat» nicht näher und erwähnt ihn bloss in der Sachüberschrift von Art. 5 BV.[1589] Konturen erhält der verfassungsstaatliche Formungsentscheid erst durch seine spezifische Ausgestaltung in der Bundesverfassung.[1590] Dabei darf «Rechtsstaatlichkeit» weder auf den eher formal geprägten Begriff der «rule of law»[1591] noch das von bestimmten Inhalten der Rechtsstaatlichkeit imprägnierte Konzept des deutschen «Rechtsstaates»[1592] verkürzt werden. Der direktdemokratischen Mitwirkungsrechte wegen ist der schweizerische Rechtsstaatsbegriff auch massgeblich von der französischen Idee der «légalité»[1593] und der damit verbundenen Vorstellung des Gesetzes als «expression de la volonté générale» geprägt,[1594] welche die Funktion des Rechts als «Instrument of Government» zur Steuerung bestellter Organe im Namen und im Sinne des Souveräns in den Vordergrund stellt.[1595] Ebenso verkürzt wäre es allerdings, die schweizerische Rechtsstaatlichkeit auf die «volonté générale» zu reduzieren. Schliesslich gestaltet die Bundesverfassung auch das Legalitätsprinzip, das Gewaltenteilungsprinzip und der wirksame Rechtsschutz (formelle Elemente des Rechtsstaatsbegriffs[1596]) sowie die Achtung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und der Grundrechtsschutz (materielle Elemente des Rechtsstaatsbe-

1589 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 8; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 15.

1590 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 Rz. 27; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 8; G. SCHMID/UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, VdS, § 13, Rz. 7 ff.; AUER, Demokratie und Rechtsstaat, 35 ff.

1591 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 16, Rz. 417 ff.

1592 VON ARNAULD, Rechtsstaat, in: Verfassungstheorie, § 21, Rz. 12 ff.

1593 Vgl. VON ARNAULD, Rechtsstaat, in: Verfassungstheorie, § 21, Rz. 15.

1594 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 12; wohl auch BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 18; siehe auch Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen von 1789 Art. 6 : «La Loi est l'expression de la volonté générale».

1595 VON ARNAULD, Rechtsstaat, in: Verfassungstheorie, § 21, Rz. 15.

1596 SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsstaat, HStR, § 24, Rz. 18; G. SCHMID/UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, VdS, § 13, Rz. 11 ff.; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 847 ff.

griffs[1597]) näher aus.[1598] «La loi n'exprime la volonté générale que dans la respect de la Constitution.»[1599]

Zusammengefasst entfacht das schweizerische Rechtsstaatsprinzip als Formungsentscheid der Bundesverfassung in erster Linie als Organisationsmaxime normative Kraft, indem es staatliches Handeln auf eine bestimmte Weise konstituiert, organisiert und legitimiert. Darüber hinaus gewinnt die normative Wirkung des Rechtsstaatsgedankens vor allem in der Dogmatik des Verwaltungsrechts zusätzliche Konturen, die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns wie das Legalitätsprinzip[1600] (Art. 5 Abs. BV), das Verhältnismässigkeitsprinzip[1601] (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV), das Prinzip von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 9 BV), das öffentliche Interesse[1602] (Art. 5 Abs. 2 BV), die Rechtsgleichheit[1603] (Art. 8 BV) oder das Willkürverbot[1604] (Art. 9 BV) herausgebildet hat. Sie präzisieren allesamt die rechtsstaatlichen Anliegen von Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Gerechtigkeit, sind heute in der Bundesverfassung verankert und wirken konkreter auf die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen ein als das Rechtsstaatsprinzip selbst. 419

III. Bundesstaat

Was versteht die Bundesverfassung unter dem Sprachbild des Bundesstaates? «Si une république est petite, elle est détruite par une force étrangère; si elle est grande, elle se détruit par un vice intérieur.»[1605] Als Therapie dieser von MONTESQUIEU stammenden Diagnose postuliert die Grundidee des Bundesstaates 420

[1597] SCHMIDT-ASSMANN, Rechtsstaat, HStR, § 24, Rz. 19; G. SCHMID/UHLMANN, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, VdS, § 13, Rz. 11 ff.; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 847 ff.

[1598] Art. 5 BüV hält «die rechtsstaatlichen Prinzipien sowie die freiheitlich demokratische Grundordnung der Schweiz; die Grundrechte wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sowie die Pflicht zum Militär- oder zivilen Ersatzdienst und zum Schulbesuch» positivrechtlich als «Werte der Bundesverfassung» fest.

[1599] Zitiert bei AUER, Demokratie und Rechtsstaat, 41, der die Aussage GEORGE VEDEL zuschreibt, einem ehemaligen Mitglied des Conseil Constitutionnel der Republik Frankreich.

[1600] M.w.H. auch Rz. 634 ff.

[1601] Grundlegend dazu auch Rz. 596 ff.

[1602] Grundlegend dazu WYSS, Öffentliche Interessen.

[1603] Grundlegend dazu auch Rz. 658 ff.

[1604] Grundlegend dazu auch Rz. 668 ff.

[1605] So MONTESQUIEU, Geist der Gesetze, Buch IX, Kapitel I, im Originalwortlaut.

eine föderale Staatsorganisation. Politische Herrschaft ist aus Gründen der Machteffektuierung und der Machthemmung in einem Zusammenschluss von Verbänden zu organisieren, der eine staatliche Einheit ermöglicht, ohne die Vorteile der Vielfalt zu verlieren.[1606]

421 Eine Organisation als Bundesstaat setzt voraus, dass erstens jedes Mitglied die anderen Verbände in seiner Eigenart akzeptiert,[1607] unabhängig davon, ob sie auf Sprache, Konfession, Geschichte oder anderen Elementen beruht. Zweitens haben in einem Bundesstaat alle Beteiligten ein erhöhtes Mass an Komplexität als Preis für die damit verbundene Machteffektuierung in Kauf zu nehmen.[1608] Neben dieser «amour de la compléxité»[1609] und dem Respekt des anderen beruht eine bundesstaatliche Organisation drittens auf der bereits von VATTEL betonten Akzeptanz von Machthemmung als Voraussetzung zur Machteffektuierung.[1610] Wie eine Demokratie lebt demzufolge auch ein Bundesstaat letztlich von Bedingungen, die er selbst nicht garantieren kann. Staatsrechtlich betrachtet ist mit der Organisationsidee des Bundesstaates eine Aufteilung staatlicher Herrschaft auf Bund und Gliedstaaten angesprochen.[1611] Gleichsam ein verfassungsstaatliches Arrangement, in dem sich kleinere Gemeinwesen zusammenschliessen, dabei substanzielle Autonomiebereiche in inhaltlicher, finanzieller und organisatorischer Hinsicht behalten und an den politischen Prozessen des übergeordneten Verbands teilhaben.[1612] In Sachen Unschärfe steht der Begriff des Bundesstaates den Chiffren Demokratie und Rechtsstaat jedoch in nichts nach.[1613] Denn auch

---

[1606] B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 34; SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 4.

[1607] SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 1.

[1608] SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 1.

[1609] DE ROUGEMONT, Europe, 29 ff.

[1610] VATTEL, Droit des Gens, Préliminaires, Rz. 18 : «Un nain et aussi bien un homme, qu'un Géant ; une Petite république n'est pas moin un Etat souverain, que le plus puissant Rouïaume».

[1611] So TOCQUEVILLE, Demokratie in Amerika, Kapitel 8, im Originalwortlaut: «On ne saurait se figurer à quel point cette division de la souveraineté sert au bien-être de chacun des Etats dont I'Union se compose. Dans ces petites sociétés que ne préoccupe point le soin de se défendre ou de s'agrandir, toute Ia puissance publique et toute l'énergie individuelle sont tournées du côté des améliorations intérieures».

[1612] KLEY, Grundfragen der Bundesstaatlichkeit, in: Staatsrecht, § 10, Rz. 14; OFK-BV, BIAGGINI, Vorbem. Art. 42–135, N 4.

[1613] Zu den verschiedenen Verständnissen von Bundesstaatlichkeit MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 753; grundlegend zum Unterschied zwischen dem unitarischen Föderalismus und dem kooperativen Föderalismus am Beispiel der Schweiz und Deutschland BRAUN, Föderalismus, 57 ff.

die Idee des Bundesstaates formt die Bundesverfassung auf eine ganz bestimmte Weise aus.[1614]

Ganz im Sinne der Phrase «die Schweiz wird föderalistisch sein oder sie wird nicht sein» zweifelt bis heute trotz unbestrittener Nachteile in Sachen Effizienz und Agilität kaum jemand am Sinn und an der Notwendigkeit einer föderalen Staatsorganisation der Eidgenossenschaft als Land von Minderheiten.[1615] Ohne Zweifel liegt der Bundesverfassung die Grundidee einer bundesstaatlichen Staatsorganisation als «Verfassungsprinzip» und «staatspolitische Maxime» zugrunde,[1616] auch wenn sie nicht ausdrücklich erwähnt wird. Der Struktur nach ist der schweizerische Bundesstaat als dreistufiges System von Bund, Kantonen und Gemeinden als Verbandskompetenzträger organisiert, wobei die Gemeinden aus bundesverfassungsrechtlicher Sicht mit Autonomie ausgestattete Selbstverwaltungskörper des kantonalen Rechts darstellen (Art. 50 BV).[1617] Darüber hinaus prägen drei Herausstellungsmerkmale die schweizerische Bundesstaatlichkeit: *Zum Ersten* ist das die geteilte Souveränität von Bund und Kantonen.[1618] Als verfassungsrechtlicher Nukleus der schweizerischen Bundesstaatlichkeit hebt Art. 3 BV denn auch explizit hervor, dass die Kantone souverän sind, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist.[1619] *Zum Zweiten* ist dies die dezentrale Ausgestaltung des Bundesstaates «von unten nach oben». Ihretwegen gilt die Schweiz als «le pays le plus décentralisé d'Europe»[1620] und «aus den Wurzeln alles öffentlichen Lebens, den Gemeinden und den Kantonen, steigen die Kräfte zu der Krone des Baumes auf».[1621] Das Subsidiaritätsprinzip[1622] und die zu wahrende Eigenständigkeit der Kantone[1623] präzisieren dieses

422

[1614] SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 6 ff.

[1615] Zitiert bei RHINOW, Föderalismus, 554, der die Aussage KÄGI zuschreibt; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 12, 15 f.

[1616] So die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 1, 5 f.; B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 33; SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 4.

[1617] BSK BV-MEYER, Art. 50 BV, N 11 ff.; SGK-BV, KÄGI-DIENER, Art. 50, Rz. 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 976.

[1618] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 1, 15 f.; SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 3, Rz. 7; zu den unterschiedlichen Konzeptionen der geteilten Souveränität zwischen Bund und Kantonen (F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 51 ff.) und der umfassenden Souveränität des Bundes (F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 40 ff); vgl. zum Ganzen auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 507 ff.

[1619] Zur Funktion von Art. 3 BV OFK-BV, BIAGGINI, Art. 3, N 1 ff., B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 33.

[1620] Zitiert bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 358 unter Verweis auf Fromont.

[1621] So F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort VII.

[1622] Art. 5a BV; Art. 43a BV; m.w.H. Rz. 616 ff.

[1623] Art. 47 BV.

Herausstellungsmerkmal des schweizerischen Bundesstaates in der Verfassung. *Zum Dritten* institutionalisiert die Bundesverfassung einen ausgeprägten kooperativen Föderalismus[1624], der nach einem vertikalen[1625] Ausgleich gegenläufiger Interessen zwischen Bund und Kantonen sucht. Dadurch wird das «dialektische Gegeneinander und Miteinander» von Bund und Kantonen hervorgehoben, nicht die Einheit des Bundesstaates und die Überordnung des Bundes. Dieser Gedanke kommt vor allem in Art. 44 BV, im vielkritisierten[1626] Art. 48a BV sowie in Art. 49 und 51 BV, aber auch in den stark ausgebauten Mitwirkungsrechten der Kantone an der Willensbildung des Bundes (Art. 45 BV) zum Ausdruck.

423 Zusammengefasst entfaltet das Bundesstaatsprinzip vor allem als Organisationsprinzip normative Kraft, indem es staatliches Handeln von unten nach oben konstituiert und legitimiert. Die Bundesverfassung überführt den verfassungsstaatlichen Formungsentscheid für eine bestimmte Bundesstaatlichkeit aber auch in konkretere Handlungsmaximen wie das Subsidiaritätsprinzip in Art. 5a BV, den in Art. 46 BV verankerten Vollzugsföderalismus[1627] oder die in Art. 44 BV umschriebene «courtoisie fédéraliste»[1628]. Sie sind für die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch wichtiger als das Bundesstaatsprinzip selbst.

IV. Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat als Garanten menschlicher Selbstbestimmung im Verfassungsstaat

424 Welche Erkenntnisse ergeben sich aus den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden der Demokratie, des Rechtsstaates und des Bundesstaates für die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen? Vorerst nicht mehr als eine präzisere Suchrichtung. Die Chiffren von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat gewinnen in ihrer eigen- und wohl auch einzigartigen Ausgestaltung als verfassungsstaatliche Formungsent-

---

1624 So Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 208; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 834 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1242 ff.; m.w.H. zu unterschiedlichen Formen der Bundesstaatlichkeit MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 753.

1625 Von «vertikaler Konkordanz» sprechen in diesem Zusammenhang SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Vorbem. zu Art. 42–135, Rz. 2; nach vorliegendem Dafürhalten ist im Kontext bundesstaatlicher Überlegungen jedoch auf den Begriff der Konkordanz als Teilgehalt des Demokratieprinzips zu verzichten, um den Begriff nicht zusätzlich zu überladen.

1626 Siehe dazu die Übersicht bei SGK-BV, SCHWEIZER/ABDERHALDEN, Art. 48a, Rz. 47 ff.

1627 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 47, N 1 ff.

1628 So RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 860; kritisch zum Begriff der «Bundestreue» auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 23, Rz. 28.

scheide der Bundesverfassung zwar an Kontur. Allerdings gestalten weniger sie selbst als vielmehr in der Bundesverfassung positivrechtlich verankerte Organisations- und Handlungsmaximen[1629] staatliche Entscheidungsprozesse «von unten nach oben»[1630] sowie in gleichberechtigter Partizipation aller Stimmbürger aus. Wie genau widersprüchliche Verfassungsnormen zu koordinieren sind, geben die Formungsentscheide der Demokratie, des Rechtsstaates und des Bundesstaates nicht vor. Festhalten lässt sich bloss, dass auch die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in Entscheidungsprozessen stattfindet, welche die Ausübung staatlicher Gewalt «von unten nach oben» organisieren und dabei eine gleichberechtigte Partizipation aller Stimmbürgerinnen und Stimmbürger ermöglichen.

Die gewonnenen Erkenntnisse über die drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide öffnen jedoch die Sicht auf eine tieferliegende Legitimationsschicht staatlichen Handelns, die in und durch die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide für eine bestimmte Organisation der Schweiz als Demokratie, als Rechtsstaat und als Bundesstaat ausgestaltet wird: die politische Herrschaft in menschlicher «Selbstbestimmung»[1631] freier und gleichberechtigter Menschen durch Verfassungsrecht. Selbstbestimmung des Volkes und der Stände durch substanzielle Autonomiebereiche und Mitwirkungsrechte in demokratischer und bundesstaatlicher Hinsicht; Recht als Grundlage und Schranke solcher Selbstbestimmungsformen; schliesslich die Bundesverfassung als Akt und Abbild von Selbstbestimmung des Schweizervolkes und der Kantone, die sich selbst eine bestimmte Verfassung gegeben haben.[1632] MÖLLERS reformuliert ebenjene Selbstbestimmung als Doppelphänomen. Laut ihm garantieren Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat immer gleichzeitig zwei Formen von Freiheit: «Freiheit vor hoheitlicher Herrschaft und Freiheit durch hoheitliche Herrschaft».[1633] Zwei verschiedene, alle drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide durchdringende Formen der Selbstbestimmung leisten danach einen eigenständigen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Legitimation selbstbestimmter Herrschaft: die kollektive Selbstbestimmung[1634] und die individuelle Selbstbestim- 425

[1629] Grundlegend zu den Organisationsmaximen Rz. 448 ff.; 460 ff.; grundlegend zu den Handlungsmaximen Teil III Kapitel 3 A.

[1630] F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort, VII; siehe auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 358 ff.

[1631] SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 44; vgl. auch GIACOMETTI, Hüterin, 6; DREIER, riskante Ordnung, 14 ff.

[1632] Vgl. den Wortlaut der Präambel: «Im Namen Gottes des Allmächtigen! Das Schweizervolk und die Kantone, […] geben sich folgende Verfassung».

[1633] Die Formulierung beruht auf MÖLLERS, Gewaltengliederung, 16.

[1634] Umfassend MÖLLERS, Gewaltengliederung, 46 ff.

mung[1635]. Gewissermassen verwebt MÖLLERS durch seine These von der menschlichen Selbstbestimmung als Doppelphänomen republikanische Selbstbestimmung im Kollektiv und liberale Selbstbestimmung einzelner Rechtsubjekte miteinander.

426 Die *kollektive Selbstbestimmung* bezieht sich nach MÖLLERS auf Prozeduren, die den Willen sämtlicher Subjekte eines Staates allgemein, gleich und zukunftsgerichtet nach bestimmten Regeln zu einem Entscheid zusammenführen und für verbindlich erklären.[1636] Hierzu ist die kollektive Selbstbestimmung zwingend auf eine Rechtsordnung angewiesen.[1637] Die *individuelle Selbstbestimmung*, gleichsam der andere Modus zur Legitimation und Ausübung staatlicher Gewalt, umschreibt eine Prozedur, die einzelnen Rechtssubjekten sowohl Schutz vor Übergriffen staatlicher Gewaltausübung als auch Partizipationsmöglichkeiten an der staatlichen Gewaltausübung garantiert.[1638] Individuelle Selbstbestimmung existiert auch ohne verfassungsstaatliche Organisation und kommt mit einer solchen erst in Berührung, wenn ihre Ausübung gestört wird.[1639] Derselbe Gedanke findet sich bereits bei CONDORCET, der die Volksinitiative als Mittel des Einzelnen zum Kampf um den Erhalt seiner individuellen Freiheitsrechte in einem Kanal zur legalen Revolution umschrieb.[1640] Wie noch zu zeigen sein wird,[1641] können auch souveräne Gebilde wie der Bund oder die Kantone Rechtssubjekte darstellen, deren individuelle Selbstbestimmung vor Übergriffen zu schützen und deren Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt im Verband abzusichern sind.[1642] Denn mit dem schillernden Begriff der staatlichen Souveränität im Sinne BODINS[1643] ist letztlich nichts anderes gemeint als die individuelle Selbstbestimmung eines souveränen Gebildes, auf dies es zur Rechtfertigung staatlicher Herrschaft genauso angewiesen ist wie auf die Ausrichtung seines Handelns in kollektiver Selbstbestimmung.

1635 Vgl. MÖLLERS, Gewaltengliederung, 41 ff.

1636 MÖLLERS, Drei Gewalten, 85.

1637 MÖLLERS, Drei Gewalten, 80.

1638 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 43 ff.

1639 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 17.

1640 Rz. 19, 55.

1641 Vgl. Rz. 532, ebenso Rz. 624 sowie Rz. 666.

1642 Ebenso MÖLLERS, Gewaltengliederung, 219 ff.; vgl. auch Art. 1 UNO-Pakt II: «Alle Völker haben das Recht auf Selbstbestimmung. Kraft dieses Rechts entscheiden sie frei über ihren politischen Status und gestalten in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung».

1643 BODIN, Staat, 205 ff.

In welchem Verhältnis stehen die Legitimationsmodi der kollektiven und der individuellen Selbstbestimmung zueinander?[1644] «Selbstbestimmung kann individuell und kollektiv stattfinden, beide Formen […] sind zu unterscheiden, ohne dass man sie trennen könnte.»[1645] Missachtet man die individuelle Selbstbestimmung im Rahmen der kollektiven Selbstbestimmung, so führt dies zu Legitimationsverlusten, weil kollektive Selbstbestimmung seine Legitimation eben immer auch aus den individuellen Freiheiten Einzelner bezieht. Umgekehrt kann individuelle Selbstbestimmung nicht legitim erfolgen ohne rechtliche Grundlage, die in kollektiver Selbstbestimmung festgelegt wurde.[1646] Die beiden Selbstbestimmungsformen bleiben demnach miteinander verschränkt, ohne dass sie sich ineinander auflösen.[1647] Sie leisten zwar je einen eigenständigen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Legitimation staatlicher Gestaltung, können ihre legitimatorische Kraft aber immer nur zusammen entfalten. Anders formuliert: Die beiden Legitimationsformen rechtfertigen staatliche Gewalt in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander. Dass individuelle und kollektive Selbstbestimmungsformen miteinander kollidieren können, wird damit nicht ausgeschlossen.[1648] Aufgrund ihrer «Gleichursprünglichkeit»[1649] sind offene Konflikte zwischen individueller und kollektiver Selbstbestimmung jedoch in einem Verfahren zu bewältigen, das zwischen aufeinanderprallenden Formen der Selbstbestimmung vermittelt, ohne den Konflikt einlinig zugunsten einer der beiden Selbstbestimmungsformen aufzulösen.[1650] 427

In der Garantie der doppelten Legitimationsanforderungen staatlicher Gestaltung bei offenen Konflikten zwischen Selbstbestimmungsformen durch ein vermittelndes Verfahren liegt denn auch der eigentliche Clou von MÖLLERS Legitimationstheorie für die Koordination von Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. Die legitimatorische Kraft der verfassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat kann zwar auch anders erklärt werden als durch eine tieferliegende 428

1644 Grundlegend MÖLLERS, Gewaltengliederung, 56 ff.

1645 MÖLLERS, Drei Gewalten, 71; MÖLLERS, Gewaltengliederung, 56 ff.

1646 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 57; vgl. auch BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 94.

1647 MÖLLERS, Drei Gewalten, 71; MÖLLERS, Gewaltengliederung, 56 ff.; nach HABERMAS, Faktizität, 493 ist eine Rechtsordnung «in dem Masse legitim, wie sie die gleichursprüngliche und staatsbürgerliche Autonomie ihrer Bürger gleichmässig sichert».

1648 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 25, hielt gar fest: «Demokratie und individuelle Freiheit sind Gegensätze».

1649 M.w.H. zum Begriff der Gleichursprünglichkeit REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, VdS 2020, Bd. I, Rz. 15; HABERMAS, Faktizität, 109–135.

1650 M.w.H. zum Zusammenhang von kollektiver und individueller Selbstbestimmung MÖLLERS, Gewaltengliederung, 56 ff.

Legitimationsschicht, die staatliche Herrschaft im dialektischen Mit- und Gegeneinander von kollektiver und individueller Selbstbestimmung rechtfertigt. Allerdings liefert diese Legitimationstheorie sowohl in Bezug auf die normative Wirkung der drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide wie auch für die nähere Ausgestaltung und Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen wichtige Erklärungsleistungen.

429 *Zum Ersten* begründet und rechtfertigt die Bundesverfassung staatliche Gewalt nach gesicherter Auffassung durch eine einzigartige Koexistenz von republikanischer Selbstbestimmung, bundesstaatlicher Einheit, individueller Freiheit und kantonaler Souveränität.[1651] Ohne Zweifel stellt die Bundesverfassung nämlich durch Recht jedem Bürger, aber auch allen Kantonen verschiedene Prozesse zum Schutz und zur Ausübung ihrer individuellen Selbstbestimmung zur Verfügung;[1652] unbestritten organisiert sie kollektive Selbstbestimmung durch Recht «von unten nach oben»[1653] (Bundesstaat) sowie in Kooperation mit dem Volk (Demokratie). Das Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung ist somit allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden inhärent und wird durch sie näher ausgeformt.

430 *Zum Zweiten* durchdringt das dialektische Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung neben den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden selbst auch deren Verhältnis untereinander. Dass die Bundesverfassung das Demokratieprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und das Bundesstaatsprinzip einander symbiotisch zuordnet, ohne eines der Anliegen den anderen systematisch voranzustellen, gilt in der Verfassungsdogmatik als gesichert.[1654] MÖLLERS Legitimationstheorie erklärt jedoch, weshalb dem so ist: Als Ausprägung der beiden Legitimationsmodi staatlichen Handelns leisten die drei Formungsentscheide der Bundesverfassung eigenständige, notwendige und komplementäre Beiträge und legitimieren staatliches Handeln in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander. Ihrer gegenseitigen Abhängigkeit wegen gilt kein Recht ohne

---

1651 M.w.H. zur Legitimation in der republikanischen Demokratie WINDISCH, Ethik, 247; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 218 ff.; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 524 ff.

1652 Vgl. GIACOMETTI, Hüterin, 6 f.

1653 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort, VII; siehe auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 358 ff.

1654 «Das schweizerische Verfassungsrecht kennt […] keinen allgemeinen Vorrang des einen Prinzips vor dem anderen» (Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 16); ebenso TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6, Rz. 47; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 11; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 14; siehe auch BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 101 ff.

demokratisch-bundesstaatliche Legitimation und keine demokratisch-bundesstaatliche Legitimation ohne Recht.[1655]

Zum Dritten vermag das Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung zu erklären, weshalb eine Internalisierung politischer Konflikte hinter einer angenommenen Volksinitiative in die Eigenlogik des Rechts nicht zu bewältigen vermag. Denn ein solches Vorgehen rechtfertigt die Koordination widersprüchlicher Rechtsnormen jeweils nicht durch beide Selbstbestimmungsformen, sondern entweder einlinig von der angenommenen Volksinitiative als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung von Volk und Ständen oder aber durch die Garantie residualer Schutzpositionen als Formen individueller Selbstbestimmung. Mit Blick auf die Legitimationstheorie von MÖLLERS bleibt die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen indes nur legitim, soweit sie durch beide Legitimationsmodi gerechtfertigt und dadurch gegenüber allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet bleibt. Aus diesem Grund ist im Falle von Steuerungsproblemen wegen Widersprüchen in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen in einem vermittelnden Moderationsprozess nach Orientierung zu suchen, anstatt den gordischen Knoten durch irreführende Begradigungen von Widersprüchen zu zerschlagen. Damit sind wir zur Erklärungsleistung vorgestossen, welche das Doppelphänomen der Selbstbestimmung zusammen mit den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden für die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch haben kann. «Um weder der politischen Einheit willen den Konflikt zu ignorieren oder zu verdrängen noch um des Konflikts willen politische Einheit preiszugeben»[1656], sind angenommene Volksinitiativen, die offene Konflikte zwischen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden oder Selbstbestimmungsformen hervorrufen, in einem Verfahren zu bewältigen, das vermittelt, ohne den Konflikt dabei einlinig zugunsten einer der beiden Legitimationsmodi aufzulösen.[1657] Diese vorerst abstrakte Forderung stellt eine weitere Grundthese der vorliegenden Arbeit dar und wird im weiteren Verlauf näher präzisiert.[1658] 431

[1655] Die Formulierung lehnt sich an bei RHINOW, Demokratie, 157 ff.; BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 91 ff.

[1656] HESSE, Grundzüge, § 1, Rz. 7.

[1657] Nichts anderes fordern im Übrigen auch die Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 16 f.: Die Lösung von Zielkonflikten zwischen den Strukturprinzipien der Bundesverfassung «obliegt vorab dem Verfassungs- und Gesetzgeber, ferner auch den übrigen Staatsorganen, die in der konkreten Entscheidungssituation abwägend zwischen den widerstrebenden Gesichtspunkten zu vermitteln haben».

[1658] M.w.H. zu vermittelnden Moderationsprozessen Rz. 514 ff., 584 f.; für ein illustratives Beispiel siehe Rz. 666.

C. Zwischenfazit: Die Bundesverfassung als Ausgleichsordnung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung

432 Die Ausgestaltung der Eidgenossenschaft als direkte Demokratie, als dezentraler Bundesstaat und als Rechtsstaat hat sich in der Geschichte insgesamt als gelungener Versuch erwiesen, eine möglichst effektive, ausreichend gefesselte und deshalb akzeptierte Ausübung staatlicher Herrschaft zu organisieren. Ohne Zweifel regeln die in der Bundesverfassung enthaltenen Strukturprinzipien der Demokratie, des Rechtsstaates und des Bundesstaates nicht, wie widersprüchliche Verfassungsnormen zu koordinieren sind. Umgekehrt sind diese drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide nicht nur Legitimationsquellen staatlichen Handelns, sondern geben auch bestimmte, wenn auch sehr vage, normative Grundideen über die Ausübung staatlicher Gewalt vor. Verfassung und Gesetz nehmen diese Anforderungen auf und verdichten sie zu konkreteren Organisations- und Handlungsmaximen.[1659]

433 Eine Rechtfertigung, Organisation und Ausübung staatlicher Gewalt im Zusammenspiel der verfassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat vermittelt zunächst einmal dem zuvor skizzierten Verständnis der Bundesverfassung als Ausgleichsordnung zusätzliche Konturen.[1660] Eine vertiefte Analyse der drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide hat nämlich verdeutlicht, dass das institutionelle Arrangement der Bundesverfassung besonders stark auf Ausgleich, Kooperation und Moderation ausgerichtet ist. Gewissermassen durchströmt sie selbst und die drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide das Grundanliegen, «in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihrer Vielfalt in der Einheit zu leben» (Präambel):[1661] «Der Kompromisscharakter der rechtsstaatlichen Ordnung zeigt sich schon im Verfassungsrecht».[1662] Die direkte Demokratie institutionalisiert eine Kooperation zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, die Konkordanzdemokratie sucht nach Moderation im Verhältnis zwischen Mehr- und Minderheiten und der dezentrale und kooperative Bundesstaat verpflichtet Bund und Kantone zu gegenseitiger Rücksichtnahme im Sinne einer «courtoisie fédéraliste». Dass die Bundesverfassung sich nicht einlinig zu bestimmten Grundanliegen bekennt, ist Ausdruck

---

1659 Grundlegend zu den Organisationsmaximen Rz. 448 ff., 460 ff.; grundlegend zu Handlungsmaximen Rz. 575 ff.

1660 M.w.H. zur Bundesverfassung als Ausgleichsordnung Rz. 398.

1661 SGK-BV, KLEY, Geschichtliche Einleitung, Rz. 24 ff.; mit Blick auf die Volksrechte auch B. EHRENZELLER, Möglichkeiten, 66 ff.

1662 BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 99.

einer Suche nach Moderation von Konflikten am Anfang des Schweizer Verfassungsstaates im Jahr 1848,[1663] Resultat seiner historischen Entwicklung, Abbild einer bestimmten Staatsorganisation und nicht zuletzt Ursache der normativen Kraft der Bundesverfassung. Mit GIACOMETTI gehören «Kompromisse» zum «Wesen der Demokratie»[1664] – aber auch zum Wesen des Bundesstaates und des Rechtsstaates[1665] – und deshalb in besonderem Masse auch zur schweizerischen Bundesverfassung. Sie steht besonders stark in der Verantwortung, «Vielfalt in Einheit»[1666] auszutarieren und zwischen Gleichheit und Ungleichheit zu vermitteln, ohne dabei eines dieser Anliegen generell vor das andere zu stellen.[1667] Durch die eigen- und wohl auch einzigartige Ausgestaltung der drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide konstituiert die Bundesverfassung demzufolge eine Ausgleichsordnung in besonderem Ausmass.

434 Die zuvor skizzierte These der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiver Prozess gewinnt ebenfalls an Tiefenschärfe, wenn man sie in das Legitimationskonzept des Zusammenspiels von kollektiver und individueller Selbstbestimmung einbettet. Eine angenommene Volksinitiative, die für Chaos in der bestehenden Verfassungsordnung sorgt, erweist sich als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung von Volk und Ständen. Dass sie mit Formen individueller Selbstbestimmung in Konflikt gerät, ist nicht auszuschliessen. Beispielhaft: Die Ausschaffungsinitiative wurde in kollektiver Selbstbestimmung aller abstimmenden Bürger angenommen und steht in einem offenen Konflikt zum Schutz individueller Selbstbestimmung von Personen, die aufgrund des neuen Verfassungsartikels auszuschaffen wären, obschon ihnen das eigentlich nicht zugemutet werden kann. Soll die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Form staatlicher Gewaltausübung in solchen Situationen legitim bleiben, erfordert die «Herstellung von Zustimmung gegenüber Widerspruch» durch die Bundesverfassung ein Verfahren. Es muss die Koordination aufeinanderprallender Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung organisieren, ohne sie vorzuentscheiden, und bleibt vom Widerspruch geprägt, der gleichsam als Ausgangs- und als Fluchtpunkt auf diesen Prozess einwirkt.

435 Wir stellen fest: Die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat besagen zwar nicht, wie Verfassungsrecht im Widerspruch zu koordinieren ist. Ihr Mehrwert liegt vielmehr darin, dass sie weitere Suchrichtungen vorgeben, indem die drei verfassungsstaatlichen For-

[1663] BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 3; vgl. auch KLEY, Verfassungsgeschichte, 278 ff.
[1664] F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 552.
[1665] So etwa BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 101.
[1666] So die Präambel.
[1667] Vgl. BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 102.

mungsentscheide zusammen mit den beiden tieferliegenden Legitimationsmodi der Selbstbestimmung einen demokratisch, rechtsstaatlich und bundesstaatlich abgestützten Referenzrahmen bilden, der die nähere Ausgestaltung (Kapitel 1) und Ausübung (Kapitel 2) legislativer Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungspflichten bei angenommenen Volksinitiativen legitimiert und systematisiert. Das ist Gegenstand der weiteren Ausführungen.

Kapitel 2 Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in der Bundesverfassung

Auf welche Weise gestaltet die Bundesverfassung legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen aus? Wie lässt sich die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Tätigkeit und Aufgabe stimmig im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung erfassen und welchen Organen spricht die Bundesverfassung dabei welche Befugnisse zu? Die Bestandsanalyse in Teil II hat gezeigt, dass die bestehenden Systematisierungsversuche der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch mit Delegations- und Ermächtigungskonstrukten operieren. Ihr Grundproblem liegt darin, dass sie den Verfassungsgeber und seine Befugnisse vernachlässigen und der Versuchung verfallen, sich in unzulässiger Weise seinem Vorentscheid und dessen machthemmender Wirkung zu entziehen.[1668] 436

Das vorliegende Kapitel will neue Antworten auf die sich bei der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch stellenden Macht- und Zuständigkeitsfragen (Wer) entwickeln und nach verfassungsrechtlichen Grundlagen entsprechender Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung suchen. Die drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat sollen dabei als Fundament dienen, gegenüber dem die verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Ausgestaltung solcher Gestaltungskompetenzen verantwortet bleiben muss. Bevor wir jedoch zur zentralen Frage des vorliegenden Kapitels – der Ausgestaltung legislativer Koordinationskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung – vordringen, kommt eine Neuordnung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch nicht um eine Klärung herum, wie die Bundesverfassung die Leitidee der Gewaltenteilung ausformt (Abschnitt A) und welche Stellung und Funktion die Bundesversammlung als legislative Gewalt in diesem Arrangement besitzt (Abschnitt B). Erst danach kann in der notwendigen Tiefenschärfe untersucht werden, wie die Bundesverfassung die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch im gewaltengliedrigen Gefüge ausgestaltet (Abschnitt C) und inwieweit die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen Sache der Bundesversammlung ist (Abschnitt D). 437

[1668] Vgl. Rz. 370 ff.

A. Gewaltenteilung als Leitidee verfassungsstaatlicher Organisation

438 Der Grundsatz der Gewaltenteilung ist der Bundesverfassung inhärent enthalten,[1669] auch wenn sie ihn nicht ausdrücklich erwähnt.[1670] Als Chiffre staatlicher Organisation in einer Mischverfassung[1671] umreisst das Prinzip der Gewaltenteilung eine vielschichtige «Ordnungsidee»[1672], von der sich jede Verfassung ihr eigenes Verständnis bildet. Konkrete Vorgaben im Hinblick auf die nähere Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen liefert der Gedanke der Gewaltenteilung auf den ersten Blick nicht. Die nachfolgenden Ausführungen sollen deshalb darlegen, weshalb die aus der Antike stammende Idee über die Ausgestaltung des Spiels der Kräfte im Staat bis heute grosse Relevanz besitzt. Hierzu wird die Leitidee der Gewaltenteilung nach einem historischen Überblick (Abschnitt I) in ihrer klassischen Systematisierung dargestellt, die zuweilen einem Korsett gleicht (Abschnitt II), und auf damit verbundene Erfassungsprobleme im Kontext der Bundesverfassung eingegangen (Abschnitt III). Im Anschluss gilt es das Prinzip der Gewaltenteilung aus ihrem klassischen Korsett zu befreien, mit den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden zu verweben und in ein normatives Organisationsprinzip zu überführen, das der näheren Ausgestaltung staatlicher Gewalt Mass und Form verleiht (Abschnitt IV).

I. Historisches Grundanliegen der Gewaltenteilung

439 Das Anliegen, allmächtige Staatsgewalt zu teilen mit dem Ziel, Machtkonzentration und Machtmissbrauch zu verhindern, findet sich bereits in den Schriften von

---

1669 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 13 f., 370; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2262; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1410.

1670 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts baut eine «demokratische Verfassung» im Sinne von Art. 51 Abs. 1 BV auf dem Prinzip der Gewaltenteilung auf. So zuletzt BGE 140 I 394, 401, E. 8.1, siehe auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 368 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 236 ff.; B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 64; anerkannt ist in der bundesgerichtlichen Praxis auch ein verfassungsmässiges Individualrecht, kantonale Akte auf ihre Vereinbarkeit mit dem «Grundsatz der Gewaltentrennung» zu beurteilen (BGE 134 I 313, 316 f., E. 5.1; BGE 130 I 1, 5, E. 3.1), wobei das Bundesgericht die Auslegung kantonaler Verfassungsbestimmungen frei, jene des kantonalen Gesetzesrechts dagegen lediglich unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft.

1671 Grundlegend zum Begriff der Mischverfassung RIKLIN, Machtteilung, 17 ff.

1672 Den Begriff verwendet KÄGI, Gewaltenteilung, 165 ff.; siehe auch HESSE, Grundzüge, § 14, Rz. 497 ff.

ARISTOTELES, POLYBIOS und CICERO.[1673] In der Renaissance hat GIANNOTTI den Gedanken der Machtgliederung wieder aufgegriffen und neu ausgerichtet.[1674] Und schon LOCKE wies darauf hin, dass Macht mit Blick auf ihr Ziel auch effektiv und effizient auszugestalten, nicht bloss zu hemmen sei.[1675] Trotzdem: Als Nukleus der Leitidee der Gewaltenteilung gilt der in der Schrift «L'esprit des lois» von MONTESQUIEU aus dem Jahr 1748 enthaltene Satz: «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.»[1676] Erstmals Eingang in einen positiven Verfassungstext dürfte die Idee der Gewaltenteilung in der «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen» von 1789 gefunden haben: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution» (Art. 16).

II. «Korsett»[1677] der klassischen Lehre der Gewaltenteilung

Im Wandel der Zeit hat sich die Idee der Gewaltenteilung «als Abstraktion aus dem Vergangenen und Ideal für eine Epoche»[1678] zu einem Dogma für die Gegenwart entwickelt.[1679] Die Grundanliegen der Gewaltenteilung sind damals wie heute dieselben: Staatliche Herrschaft soll durch die Aufteilung und die Kontrolle staatlicher Macht ermöglicht und begrenzt werden. Die klassische[1680] Staatsrechtsdogmatik hat vier Teilgehalte entwickelt, die dieses Grundanliegen konkretisieren: die funktionelle, die organisatorische und die personelle Gewaltenteilung sowie die wechselseitige Machthemmung im Staat.[1681] Die *funktionelle Gewaltenteilung* teilt jegliche Ausübung staatlicher Gewalt – auch die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen – auf drei Staatsfunktionen auf: 440

[1673] HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1405a; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 618; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 3; BIAGGINI, Richterrecht, 228; zum Verweis auf Aristoteles LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 31.

[1674] M.w.H. RIKLIN, Machtteilung, 166 ff.

[1675] LOCKE, Government, § 131 am Ende: «And all this to be directed to no other end, but the peace, safety and public good of the people»; siehe auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 384.

[1676] MONTESQUIEU, Geist der Gesetze, Buch XI, Kapitel IV, im Originalwortlaut.

[1677] Der Begriff ist entnommen bei B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, § 6, Titel III.1.

[1678] Zitiert bei KÄGI, Grundordnung, 159.

[1679] KÄGI, Grundordnung, 159.

[1680] Siehe etwa bei F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 470 f.; BURCKHARDT, Organisation, 255 ff.

[1681] M.w.H. B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 365; BIAGGINI, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, § 17, Rz. 7 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 6; MÖLLERS, Gewaltengliederung, 71 ff.

die Rechtsetzung (oder legislative Funktion), die exekutive Rechtsanwendung (oder Vollzug respektive exekutive Funktion) und die richterliche Rechtsanwendung (oder Rechtsprechung respektive judikative Funktion).[1682] Der *organisatorischen Gewaltenteilung* gemäss ist für jede dieser drei Staatsfunktionen ein bestimmtes Organ zuständig.[1683] Nach dem klassischen Verständnis soll eine doppelte Dreifaltigkeit von Funktion und Organ eine klare und lückenlose Zuteilung von rechtlichen Kompetenzen und politischer Verantwortung garantieren.[1684] Die *personelle Gewaltenteilung* will personale Machtkonzentration durch ein Verbot von Mandaten derselben Person für unterschiedliche Organe verhindern.[1685] Und ein System von *Checks and Balances* soll den Bürger durch gegenseitige Machthemmung unter den einzelnen Organen vor Machtmissbrauch durch staatliche Gewaltenträger schützen.[1686]

III. Erfassungsprobleme der Gewaltenteilungsidee im Kontext der Bundesverfassung

441 Die klassischen Teilgehalte der Gewaltenteilungsidee finden sich unbestritten auch in der Bundesverfassung wieder: In ihr werden drei staatliche Grundfunktionen zur Ausübung von Staatsgewalt im Rahmen der Gesetzgebung[1687], des Rechtsvollzugs[1688] und der Rechtsprechung[1689] konstituiert und drei oberste Organe eingesetzt: die Bundesversammlung als «oberste Gewalt im Bund» unter Vorbehalt von Volk und Ständen[1690], den Bundesrat als «oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes»[1691] sowie das Bundesgericht als «oberste rechtsprechende Behörde des Bundes»[1692]. Zumindest eine gewisse «Gleichstel-

1682 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 6; vgl. auch SEILER, Gewaltenteilung, 181.

1683 Vgl. Art. 55 KV SG, der diese Funktion der Gewaltenteilung positivrechtlich verankert; illustrativ auch Art. 30 Constitution of Massachusetts (1780), der in Fn. 2290 zitiert wird.

1684 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 12. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1406; BIAGGINI, Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, § 17, Rz. 8; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 365.

1685 So ausdrücklich Art. 144 BV; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 15 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1406; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2283 ff.

1686 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 18; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 3, 9; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 649.

1687 Art. 163–165 BV.

1688 Art. 174 ff. BV.

1689 Art. 188 ff. BV.

1690 Art. 148 Abs. 1 BV.

1691 Art. 174 ff. BV.

1692 Art. 189 Abs. 1 BV.

lung von Organtätigkeit und Staatsfunktion»[1693] ist der Bundesverfassung demnach enthalten. Die personelle Gewaltenteilung verwirklicht die Bundesverfassung umfassend, indem sie zur Vermeidung von Interessenkonflikten personelle Unvereinbarkeiten für die obersten Organe auf Stufe Bund (Art. 144 BV) normiert.[1694] Befugnisse zur gegenseitigen Machthemmung (Checks and Balances) sind hingegen vergleichsweise schwach und einseitig zugunsten von Bundesversammlung und Volk ausgestaltet.[1695] Trotzdem vermittelt das tradierte Konzept der Gewaltenteilung ein unscharfes Abbild der Bundesverfassung in Bezug auf die Ausgestaltung der staatlichen Organe, ihr Verhältnis zueinander, ihr Wirken innerhalb der Staatsfunktionen und über das Verhältnis von Staatsaufgaben und Staatsfunktionen.

Zum Ersten setzt die Bundesverfassung neben den drei obersten Bundesbehörden auch weitere Organe ein: so die Verwaltung (Art. 178 BV), die Bundeskanzlei (Art. 179) oder erstinstanzliche Bundesgerichte (Art. 191c BV). Unter gewissen Voraussetzungen kann die Ausübung von Staatsgewalt gar an Private delegiert werden (Art. 178 Abs. 3 BV). Vor allem besitzen auch Volk und Stände als Staatsorgan direkte Einflussmöglichkeiten auf den Inhalt staatlicher Gestaltung und sind somit alles andere als ein schlummernder Souverän.[1696] 442

Zum Zweiten vermittelt der Grundsatz der Gewaltenteilung in seinem klassischen Korsett ein Zerrbild des Verhältnisses zwischen der Bundesversammlung, dem Bundesrat und dem Bundesgericht. Die Bundesverfassung setzt nämlich weder drei einander gleichgestellte[1697] oberste Staatsorgane ein noch stellt sie die Bun- 443

1693 NOLL, Gesetzgebungslehre, 47.

1694 Zur Wirkungslosigkeit der personellen Gewaltenteilung im föderativen Verhältnis TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 17; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1415.

1695 So besitzt der Bundesrat keine rechtlichen Instrumente, um parlamentarische Entscheide zu verhindern, und eine justizielle Kontrolle von Akten der Bundesversammlung bleibt dem Bundesgericht weitgehend verwehrt (Art. 189 Abs. 4 BV; Art. 190 BV); m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 18; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1416; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2275.

1696 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2298; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 11; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 371; vgl. auch den 4. Titel der Bundesverfassung betreffend «Volk und Stände».; grundlegend zum Zerrbild des schlummernden Souveräns TUCK, Sleeping Sovereign, 249 sowie passim.

1697 Die US-amerikanische Verfassung diente den schweizerischen Verfassungsvätern zwar in vielerlei Hinsicht als Vorbild. Ein schematischer Transfer des US-amerikanischen Verständnisses der Gewaltenteilung, das auf drei gleichgeordneten, in ihrem Kompetenzbereich je oberste Gewalten mit eigenständigen, von den anderen

desversammlung den anderen Staatsorganen schematisch voran.[1698] Die obersten Staatsorgane, zu denen auch Volk und Stände zählen, wirken vielmehr in einem Mit- und Gegeneinander, sind einander im Grundsatz partnerschaftlich, zuweilen aber auch hierarchisch zugeordnet und bleiben zu gegenseitiger Kooperation verpflichtet.[1699]

444 *Zum Dritten* projiziert das klassische Korsett der Gewaltenteilung ein unscharfes Bild des Wirkens der einzelnen Staatsorgane innerhalb der Staatsfunktionen. Die Bundesverfassung richtet zwar unbestritten eine Rechtsetzungsfunktion[1700], eine Rechtsvollzugsfunktion[1701] sowie eine Rechtsprechungsfunktion[1702] ein.[1703] Innerhalb der einzelnen Staatsfunktionen wird auch jeweils einer bestimmten Behörde eine Entscheidungsprärogative[1704] zugewiesen. Befugnisse anderer Organe in derselben Staatsfunktion sind deswegen jedoch nicht ausgeschlossen. So agiert die Bundesversammlung ausserhalb der Rechtsetzungsfunktion, wenn sie im Rahmen der Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen Staatsakte am Massstab der Bundesverfassung kontrolliert.[1705] Der Bundesrat und die Bundesverwaltung wirken auch im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion, also jenseits ihrer klassischen Staatsfunktion, als treibende Kräfte, nicht bloss als Hilfsorgane des Parlaments. Und das Bundesgericht agiert nicht nur rechtsprechend, sondern auch rechtsfort-

---

Gewalten nicht beeinflussbaren Kompetenzen beruht, wird der Stellung der Bundesversammlung jedoch nicht gerecht.

1698 M.w.H. Rz. 476 ff.; das tradierte französisches Gewaltenteilungsverständnis, welches das Parlament als Repräsentant des souveränen Volkes den anderen Organen schematisch überordnet, umschreibt die verfassungsrechtliche Realität in der Schweiz ungenau. Denn sie trüge der Stellung des Bundesrates wie auch der gestärkten Rolle des Bundesgerichts nicht ausreichend Rechnung; vgl. auch KLEY, Verfassungsgeschichte, 295 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2275; SEILER, Gewaltenteilung, 480; F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 131.

1699 M.w.H. dazu Rz. 477.

1700 M.w.H. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1654 ff.; G. MÜLLER, Rechtsetzung und Staatsverträge, VdS, § 70, Rz. 1 ff.

1701 H. KOLLER, Regierung und Verwaltung, VdS, § 72, Rz. 7 ff.

1702 BIAGGINI, Rechtsprechung, VdS, § 73, Rz. 5 ff.

1703 Vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 1, 13.

1704 B. EHRENZELLER, Politische Fragen, 6; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1412; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2264; kritisch gegenüber der Lehre von den Stammfunktionen der Staatsorgane SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 16 ff.

1705 Art. 173 Abs. 1 lit. f BV i.V.m. Art. 98 Abs. 1 ParlG; siehe insb. auch Rz. 524 ff. und Rz. 528; im Bericht Präventive Rechtskontrolle, BBl 2010 2187 ff., wird diesbezüglich von einer präventiven Rechtskontrolle von Verfassungsnormen gesprochen; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1547.

bildend, wenn es «als Gesetzgeber»[1706] generell-abstrakte Normen auf einen konkreten Fall hin konkretisiert, sowie rechtsaufhebend im Rahmen einer Normenkontrolle kantonaler Bestimmungen. Ausserdem werden in der Rechtsetzungsfunktion die Mitwirkungsrechte des Volkes mit der an einzelne Funktionsträger abgegebene Rechtsetzungsverantwortung verwoben und so eine partizipative Selbstbestimmung aller in stufengerechter Gliederung institutionalisiert.[1707]

Zum Vierten stösst das klassische Konzept der Gewaltenteilung im Verhältnis Staatsaufgabe-Staatsfunktion an seine Grenzen: Zum einen lassen sich verschiedene verfassungsrechtlich vorgegebene Aufgaben wie die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 184 BV)[1708] oder die parlamentarische Oberaufsicht (Art. 169 BV) nicht eindeutig einer bestimmten Staatsfunktion zuordnen.[1709] Zum andern bleibt es unklar, wie mit von der Bundesverfassung nicht ausdrücklich erwähnten Aufgaben wie der Staatsleitung, der Verfassungsgerichtsbarkeit[1710] oder der näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen[1711] umzugehen ist. Sind solche Tätigkeiten in eine Funktion zu zwängen, in die sie nicht so recht passen, oder handelt es sich um Staatshandeln «sui generis» jenseits der drei Staatsfunktionen?[1712] 445

Zum Fünften sind die tradierten Vorstellungen der Gewaltenteilung «föderalismusblind». Bedeutende Aspekte vertikaler Machtteilung im Mehrebenensystem wie etwa die bundesstaatliche Funktion des parlamentarischen Zweikammersystems mit zwei gleichgestellten Kammern als Ausdruck vertikaler Machtteilung zwischen Bund und Kantonen (Art. 148 Abs. 2 BV) vermag das tradierte Prinzip der Gewaltenteilung nicht zu erfassen.[1713] 446

1706 So der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 ZGB.

1707 SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 24; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 800.

1708 B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 283 ff.

1709 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 8 ff.; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 369; B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 64; grundlegend HEUSLER, Oberaufsicht, 209 ff.

1710 Siehe dazu Rz. 524 ff.

1711 Siehe dazu Rz. 498 ff., 502.

1712 Zum legislativen Charakter der Verfassungsgerichtsbarkeit HABERMAS, Faktizität, 296; BÖCKENFÖRDE, Staat, Nation, Europa, 169 f.; eine Staatsfunktion sui generis bejaht im Hinblick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit SEILER, Gewaltenteilung, 100, sowie im Hinblick auf die parlamentarische Oberaufsicht wohl EICHENBERGER, Kontrolle, 129.

1713 Siehe auch Rz. 456, 460; zur vertikalen Machtteilung im Allgemeinen LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 295 ff.

IV. Gewaltengliederung als staatsorganisatorische Leitidee der Bundesverfassung

447 Die eigen- und wohl auch einzigartige Ausformung der «umfassenden Ordnungsidee»[1714] der Gewaltenteilung in der und durch die Bundesverfassung darf keineswegs als Fehler oder Mangel missverstanden werden.[1715] Stattdessen ist zu klären, wie die Bundesverfassung das Prinzip der Gewaltenteilung näher ausformt, und zu untersuchen, welche normativen Anforderungen es an die Organisation staatlicher Gewalt stellt. Hierzu ist die Leitidee der Gewaltenteilung aus ihrem tradierten Korsett zu befreien und in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat zu setzen.

448 Hinter der Ordnungsidee der Gewaltenteilung stehen die drei verfassungsstaatlichen Grundanliegen von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat: Einer rechtsstaatlichen Begründung gemäss dient Gewaltenteilung dem Schutz der individuellen[1716] Freiheit des einzelnen Bürgers.[1717] Eine demokratische Rechtfertigung der Gewaltenteilung beruht auf einem republikanischen Freiheitsverständnis, wonach sich Herrschaft zwecks Anerkennung auf die Beherrschten zurückführen lassen muss.[1718] Und der Bundesstaat erhofft sich von einer vertikalen Gewaltenteilung Souveränitätsgewinn durch den Zusammenschluss im Verband.[1719] Mit anderen Worten nimmt das Prinzip der Gewaltenteilung staatsorganisatorische Anordnungen aus den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden auf und überführt sie in ein allgemeines staatsorganisatorisches Prinzip. Es präzisiert die Ausgestaltung und Rechtfertigung staatlichen Handelns durch eine Gliederung – keine Teilung – der Staatsgewalt in verschiedenen Entscheidungsprozessen, die «von unten nach oben»[1720] verlaufen und eine gleichberechtigte Partizipation aller Stimmbürgerinnen und Stimmbürger in rechtlichen Verfahren ermöglichen.

1714 Den Begriff verwendet KÄGI, Grundordnung, 165 ff.; siehe auch HESSE, Grundzüge, § 14, Rz. 497 ff.

1715 Vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2296; wohl anderer Meinung indes HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1420, die von Abweichungen sprechen; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 814, spricht von Relativierung.

1716 AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Bd. I Rz. 1225; HESSE, Grundzüge, § 13, Rz. 6.

1717 SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 23; die grundlegende Idee des «Esprit des Lois» von MONTESQUIEU war laut KÄGI, Grundordnung, 153, die Idee der «dignité humaine».

1718 MÖLLERS, Drei Gewalten, 57 f.

1719 MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 760; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2262.

1720 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort, VII; siehe auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 358 ff.

Zu diesem Zweck formt die Organisationsidee der Gewaltengliederung Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Gewalt, die sich aus den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden ergeben, in zwei staatsorganisatorische Grundanliegen um, die der Leitidee der Gewaltengliederung seit jeher enthalten sind und sämtliches Staatshandeln umspülen: die *Machtgliederung zur Machteffektuierung* und die *Machtgliederung zwecks Machthemmung*.[1721]

Ein Mit- und Gegeneinander von Machteffektuierung und Machthemmung soll für eine austarierte Vermittlung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung sorgen und staatlichen Handelns gegenüber den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden sowie den beiden Formen menschlicher Selbstbestimmung verantworten. Denn eine Ausübung staatlicher Gewalt in «menschlicher Selbstbestimmung»[1722] durch und vor staatlicher Herrschaft setzt ein institutionelles Arrangement voraus, das zu einer möglichst effektiven Selbstbestimmung im Kollektiv verpflichtet, gleichzeitig den Schutz individueller Selbstbestimmung einzelner Bürger und Kantone garantiert und eine schematische Privilegierung einzelner Selbstbestimmungsformen verbietet.[1723] Das vorerst bloss skizzenhaft dargelegte Verständnis dieser Organisationsidee widerspiegelt sich im Begriff der «Gewaltengliederung» besser als in jenem der «Gewaltenteilung», weshalb fortan der erste Begriff verwendet werden soll. Zudem rückt das grundgelegte Verständnis der Gewaltengliederung anstelle von Staatsorganen und Staatsunktionen die beiden staatsorganisatorischen Grundanliegen ins Zentrum: die Machthemmung (Abschnitt 1) und die Machteffektuierung (Abschnitt 2) staatlicher Gewalt. Ihrer vertieften Analyse widmen sich die folgenden Ausführungen. 449

1. Machtgliederung zur Hemmung staatlicher Macht

Die These, der Grundsatz der Gewaltengliederung rechtfertige und organisiere staatliches Handeln zur Garantie hinreichender Machthemmung vor staatlicher Gewalt, bestätigt für die schweizerische Verfassungsdogmatik eine unverdächtige Quelle. GIACOMETTI erachtet die Gewaltengliederung als «staatsorganisatorische Maxime zum Schutze der individuellen Freiheit vor dem Missbrauch der Macht durch staatliche Gewalthaber».[1724] Ein Grundziel der Leitidee der Gewalt- 450

[1721] MÖLLERS, Gewaltengliederung, 16; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 375; ebenso KÄGI, Grundordnung, 163.

[1722] SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 44.

[1723] Die Formulierung beruht auf MÖLLERS, Gewaltengliederung, 400; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 181.

[1724] GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, 10; ebenso TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 3; SEILER, Gewaltenteilung, 225–229; kritisch hingegen LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 31 ff.; differenziert B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 68 ff.; B. SCHINDLER,

engliederung ist es also, staatliche Akteure und ihre Tätigkeiten einander so zuzuordnen, dass eine machthemmende Wirkung unter den einzelnen Gewaltenträgern entsteht. LOEWENSTEIN unterscheidet zu diesem Zweck zwischen verschiedenen «Organisationstechniken» der Machthemmung: zum einen zwischen der Interorgankontrolle, also der Machthemmung einzelner Organe durch Befugnisse anderer Organe, und der Intraorgankontrolle, welche die Macht eines Organs durch seine konkrete Ausgestaltung von innen beschränkt;[1725] zum andern zwischen autonomer Machthemmung, die ein Organ unabhängig vom Verhalten anderer Organe erzeugen kann, und der heteronomen Machthemmung, die durch die Notwendigkeit des Zusammenwirkens von Organen entsteht.[1726] Die Bundesverfassung macht von diesen Organisationstechniken folgenden Gebrauch:

451 Die Instrumente zur *autonomen Interorgankontrolle* sind in der Bundesverfassung vergleichsweise schwach und einseitig zugunsten der Bundesversammlung sowie des Volkes ausgestaltet.[1727] Mangels einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen beschränkt sich die autonome Interorgankontrolle des Parlaments durch das Bundesgericht auf Appellentscheide sowie das Nichtanwenden EMRK-widriger Bundesgesetze im Einzelfall.[1728] Im Übrigen unterstehen Akte des Parlaments einzig einer autonomen Interorgankontrolle durch das Volk mittels Referendum, welche der Art und Funktion nach politischer Natur ist.[1729] Diese einseitige Zuweisung autonomer Kontrollkompetenzen zulasten von Bundesrat und Bundesgericht erweist sich mit Blick auf das entwickelte Verständnis der Gewaltengliederung jedoch nicht als Dysbalance.[1730] Vielmehr organisiert die Bundesverfassung den Schutz individueller Selbstbestimmung vor Übergriffen durch die Bundesversammlung so, dass autonome Interorgankontrolle nicht unter Ausschluss kollektiver Selbstbestimmung erfolgt, die vor allem Organe wie die Bundesversammlung oder Volk und Stände vermitteln.

Verwaltungsermessen, Rz. 376; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1409; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2266.

1725 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 167 ff., 188 ff.

1726 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 47.

1727 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 18; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1416.

1728 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2266; LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 172 ff., 181 ff.; zur Nichtanwendung EMRK-widriger Bundesgesetze BGE 125 II 417 ff.

1729 Zur fehlenden rechtlichen Interorgankontrolle gegenüber dem Parlament HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1416; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 27, Rz. 18.

1730 AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 1234.

Wichtiger für die Garantie der notwendigen Hemmung staatlicher Gewalt sind in der Bundesverfassung die Organisationstechnik der Intraorgankontrolle und der heteronomen Interorgankontrolle: Für eine *Intraorgankontrolle* innerhalb der Bundesversammlung sorgt das Zweikammersystem,[1731] das «Kollegialitätsprinzip» und das «Departementalprinzip» (Art. 177 BV) bezwecken dasselbe innerhalb des Bundesrates.[1732] In der Institution des Bundesgerichts sorgen verschiedene Abteilungen sowie das Erfordernis der Zustimmung der betroffenen Abteilungen im Falle von Praxisänderungen oder Präjudizien für eine Intraorgankontrolle.[1733] Eine *heteronome Interorgankontrolle* realisiert die Bundesverfassung durch ein besonders stark[1734] ausgebautes institutionelles Arrangement, das durch drohenden Machtverlust im Falle von Alleingängen einzelne Organe zur Kooperation und Koordination mit anderen motiviert.[1735] Solche Machthemmung durch gegenseitige Abhängigkeit will die Bundesverfassung erstens durch «ein vielfältiges Ineinandergreifen der verschiedenen Staatsfunktionen»[1736] erzeugen; zweitens, indem sie die drei staatlichen Grundfunktionen nicht schematisch den drei obersten Bundesbehörden zuweist;[1737] und drittens, indem Organe auf Entscheidungsbereiche anderer Organe einwirken können.[1738] Beispielhaft zeigt sich dieser machthemmende Zwang zu kooperativer Zusammenarbeit in der Rechtsetzungsfunktion: Das Vernehmlassungsverfahren[1739] und die Mitwirkungsbefugnisse der Kantone[1740] institutionalisieren einen verschärften Kooperationszwang innerhalb der Rechtsetzungsfunktion. Das Gesetzesreferendum verunmöglicht es den Repräsentanten, im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion gegen den Willen der Repräsentierten zu handeln. Und der Bundesrat besitzt im Rahmen der Rechtsetzung eine wichtige Leitungsfunktion:[1741] auf der völkerrechtlichen Ebe- 452

1731 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 652.

1732 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2536 ff.; grundlegend zum Kollegialitätsprinzip B. EHRENZELLER, Kollegialität, 146 ff.

1733 Art. 23 BGG.

1734 Zuweilen wird deshalb auch von einem «kooperativen Gewaltengliederungsverständnis» der Bundesverfassung ausgegangen; vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2267 ff.; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 36.

1735 Zur Rolle der Motivation gerade im US-amerikanischen Verfassungsrecht, B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73.

1736 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 370.

1737 BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 83.

1738 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2269.

1739 Art. 147 BV.

1740 Art. 45 Abs. 1 BV.

1741 Er kann der Bundesversammlung Erlassentwürfe unterbreiten (Art. 181 BV), verschiedenste Beratungsgegenstände einbringen (Art. 71 ParlG; Art. 142 ParlG) und an

ne generell[1742]; im Vorverfahren der ordentlichen Gesetzgebung untersteht er bloss dem Vorbehalt des parlamentarischen Initiativrechts.[1743]

453 Machthemmende Effekte erzeugen ferner angenommene Volksinitiativen.[1744] Sie erzeugen auf eine ähnliche Weise machthemmende Effekte wie die Opposition in einer parlamentarischen Demokratie, da sie Machtübergewichten aufgrund einer Blockbildung zwischen Parlamentsmehrheiten und Regierung entgegenwirken sollen. Wie dargelegt,[1745] hatte das Instrument der Volksinitiative nämlich nie den Sinn, die Entscheidungskraft des Staates zu fördern, sondern war und ist primär als Versicherung gegenüber Fehltritten der Repräsentanten konzipiert.[1746]

454 Gerade im Kontext einer angenommenen Volksinitiative stellt sich ferner die Frage nach machthemmenden Effekten gegenüber Volk und Ständen als Staatsorgan. Anders formuliert: Hat das Volk immer Recht?[1747] Das Volk ist in der Bundesverfassung ebenfalls der Machthemmung durch heteronome Interorgankontrolle ausgesetzt.[1748] Wie bereits ROUSSEAU forderte, bleiben Volk und Stände zwar zur Mitwirkung an Verfassungs- und Gesetzgebung berufen, aber vom Rechtsvollzug und der Rechtsprechung ausgenommen.[1749] Volk und Stände können und sollen also nicht gleichzeitig Verfassungsrecht setzen und anwenden.[1750] Als Verfassungsgeber steht es ihnen zwar frei, die Bundesverfassung im Verfahren der Teilrevision um einen ihm beliebigen Artikel zu ergänzen und dadurch steuernd auf andere Organe einzuwirken. Für die effektive Entfaltung solcher Vorgaben bleibt der Verfassungsgeber indes auf die eingesetzten Gewaltenträger angewiesen. Schliesslich erklärt die Bundesverfassung das Schweizervolk und die Kantone zwar zum Souverän, aber eben nicht zu Königen.

---

den Ratsverhandlungen sowie an Kommissionssitzungen der Bundesversammlung teilnehmen (Art. 159 ff. ParlG).

1742 Art. 184 Abs. 2 BV.

1743 Art. 7 RVOG.

1744 KÄGI, Gewaltenteilung, 166; vgl. auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 651.

1745 Vgl. Rz. 49 ff.

1746 TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 686; vgl. auch Rz. 282 ff., 304 ff.

1747 RHINOW, Demokratie, 184, verneint diese Frage und hält fest, dass auch die Mehrheit irren kann.

1748 Vgl. J.P. MÜLLER/BIAGGINI, Demokratieabsolutismus, 240.

1749 ROUSSEAU, Gesellschaftsvertrag, 3. Buch, 4. Kapitel, im Originalwortlaut: «Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales, pour la donner aux objets particuliers.»; ebenso J.P. MÜLLER/BIAGGINI, Demokratieabsolutismus, 240.

1750 Für Beispiele in der Praxis siehe J.P. MÜLLER/BIAGGINI, Demokratieabsolutismus, 242.

2. Machtgliederung zur Effektuierung staatlicher Macht

Machtteilung hat nach HANNAH ARENDT «keineswegs den Zweck, den Staat ohnmächtig zu machen, um den Bürgern ein grösseres Mass an Freiheit zu sichern»[1751]. Ein handlungsunfähiger Staat kann den Menschen nicht schützen, das Recht nicht durchsetzen, ist nicht in der Lage, Rechtsstaat, Demokratie und Bundesstaat zu sein.[1752] Nach dem Grundsatz der Gewaltengliederung ist die kollektive Selbstbestimmung wie auch die individuelle Selbstbestimmung demnach auf eine Weise auszugestalten, durch welche die Aufgaben des Staates «bei schonendem Einsatz begrenzter Ressourcen wirksam, also effektiv und effizient, erfüllt werden» können.[1753] 455

Machteffektuierende Organisationsmuster ergeben sich aus allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden: In einer *Demokratie* bleibt das Volk aus Gründen der Effizienz Träger und Bezugspunkt staatlicher Gewalt,[1754] während im Grundsatz andere, dafür besser qualifizierte Organe die staatliche Gewalt namens und in dessen Interesse ausüben. Machteffektuierende Effekte erzeugt sodann das demokratische Mehrheitsprinzip, insoweit in einer Demokratie der Entscheidungsfähigkeit willen darauf verzichtet wird, «alles bis zum Konsens auszudiskutieren».[1755] Machteffektuierend wirkt aber auch die Organisation als Konkordanzdemokratie, die mittels Integration möglichst vieler Interessen nach möglichst umfassender Akzeptanz von Entscheiden strebt.[1756] Der schweizerische Bundesstaat sucht, wie die Überlegungen von VATTEL belegen,[1757] nach machteffektuierenden Effekten, indem durch den Verzicht auf gewisse Herrschaftsbefugnisse ein Machtgewinn erzeugt werden soll, der grösser ist als der eingegangene Machtverzicht. Durch die Organisation als dezentraler Bundesstaat versucht die Eidgenossenschaft den Preis für diesen Machtgewinn so gering wie möglich zu halten. Zudem strebt auch der Rechtsstaat nach machteffektuierenden Effekten: «Utilität ist, was die konkrete Rechtsgemeinschaft zusammenfügt und 456

1751 ARENDT, Revolution, 197 f.; ebenso KÄGI, Gewaltenteilung, 156; bereits MONTESQUIEU, Geist der Gesetze, Buch V, Kapitel XIV am Ende, fordert im Originalwortlaut: «Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre»; siehe auch SEILER, Gewaltenteilung, 257 ff.

1752 Vgl. SEILER, Gewaltenteilung, 257 f.

1753 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 383; SEILER, Gewaltenteilung, 259; ebenso BÄUMLIN, Demokratie, 88.

1754 MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 785.

1755 SEILER, Gewaltenteilung, 257.

1756 B. EHRENZELLER, Möglichkeiten und Grenzen, 75.

1757 Vgl. Fn. 1610.

schützt, was der Befriedung und Entfaltung eines Lebenszusammenhanges endlicher Menschen dient, die sich nur beschränkt einig sind».[1758]

457 Nicht genügend Beachtung finden in der Literatur die machteffektuierenden Effekte von Volksinitiativen. Gewiss: Die direkte Demokratie ist «eine Staatsform der Langsamkeit»[1759]. Zugegebenermassen kann eine Volksinitiative eine Blockade der staatlichen Handlungsfähigkeit herbeiführen,[1760] wie es zuweilen im Rahmen der Umsetzung von Art. 121a BV behauptet wurde.[1761] Im Grundsatz behalten sich Volk und Kantone durch die Bundesverfassung aber neben Wahlrechten weitere Mitwirkungsrechte zur kollektiven Selbstbestimmung in Bürgerkollektiven zurück, um einen Prozess der Verfassungsrevision in Gang zu setzen, dadurch politische Diskurse zu aktivieren und auf eine Weise steuernd auf die staatliche Gestaltung einzuwirken, die ansonsten nicht erfolgen würde.[1762] Insgesamt hat sich das Instrument der Volksinitiative denn auch alles andere als ungeeignet erwiesen, um an wesentliche Fragen der Politik heranzukommen, diese in den politischen Prozess einzuspeisen und ihn dadurch zu effektuieren.[1763]

V. Würdigung

458 Die Organisationsmaxime der Gewaltengliederung nimmt gewisse staatsorganisatorische Anforderungen aus den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat auf und verdichtet sie zu einem staatsorganisatorischen Grundprinzip, das direkter wirkt als die Formungsentscheide selbst. Zunächst einmal besagt es, dass staatliche Entscheidungsprozesse «von unten nach oben»[1764] auszugestalten sind und eine Ausübung staatlicher Gewalt in Selbstbestimmung von Menschen garantieren müssen zwecks Vermittlung gleichberechtigter Freiheiten aller Stimmbürgerinnen und Stimmbürger durch den Staat und vor dem Staat. Näher ausgeformt wird diese staatsorganisatorische Grundidee der Bundesverfassung durch verschiedene Organisationsmuster und -techniken. Zum Schluss soll hier nochmals ein Schlaglicht auf drei As-

---

1758 BÄUMLIN, Rechtsstaatsgedanke, 100.

1759 B. EHRENZELLER, Möglichkeiten und Grenzen, 79, unter Hinweis auf EICHENBERGER, Leistungsstaat, 66.

1760 B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 68.

1761 EPINEY, Unmöglichkeit, Rz. 7 ff., postuliert eine nachträgliche Undurchführbarkeit, wenn bestimmte Prämissen eines Umsetzungsauftrags im Nachhinein wegfallen (Rz. 23).

1762 M.w.H. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 447 ff.

1763 M.w.H. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 447 ff.

1764 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort, VII; siehe auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 358 ff.

pekte geworfen werden, die dem Prinzip der Gewaltengliederung enthalten sind und sämtliche Formen staatlichen Handelns mitregieren.

Zum Ersten fordert das Organisationsprinzip der Gewaltengliederung eine nähere Ausgestaltung von Staatsfunktionen, in deren Rahmen verschiedene Organe in Ausübung direktdemokratischer, legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt die staatlichen Aufgaben besorgen und legitimieren. Die Bundesverfassung richtet dazu einmal eine Rechtsetzungsfunktion, eine Rechtsprechungs- oder Rechtspflegefunktion sowie eine Rechtsumsetzungsfunktion ein. Die *Rechtsetzungsfunktion* dient der allgemeinverbindlichen Steuerung und Programmierung des künftigen Handelns des Staates und der darin lebenden Menschen in einem demokratischen Prozess durch Selbstinitiative und Selbstbestimmung (kollektive Selbstbestimmung).[1765] Die *Rechtsumsetzungsfunktion* bezweckt die Erfüllung staatlicher Aufgaben im Sinne der allgemeinverbindlichen Programmierung (Fortführung kollektiver Selbstbestimmung bei gleichzeitiger Gewährleistung individueller Selbstbestimmung).[1766] Und die *Rechtsprechungsfunktion* installiert Verfahren, um Einzelnen losgelöst vom demokratischen Prozess in einem konkreten Fall auf Antrag hin retrospektiv Rechtsschutz vor staatlichem oder privatem Handeln zu vermitteln (Schutz individueller Selbstbestimmung).[1767] Sodann verlangt das Organisationsprinzip der Gewaltengliederung, dass neben diesen drei Staatsfunktionen verschiedene Staatsgewalten einzurichten sind, die sich durch unterschiedliche Legitimationsformen voneinander abgrenzen.[1768] Die *Ausübung legislativer Gewalt* rechtfertigt staatliche Akte durch Deliberation.[1769] Sie zielt darauf ab, durch verbindliche Leitentscheide im Namen des Souveräns in einer zustimmungsfähigen Weise steuernd auf künftiges Handeln des Staates und der Bürger einzuwirken. Die *Ausübung exekutiver Gewalt* legitimiert staatliches Handeln durch Initiative, Effizienz und Sachverstand[1770] und die *Ausübung judikativer Gewalt* durch die Sorge um Rechtsschutz und Gerechtigkeit staatlicher

459

[1765] Die Definition schliesst an bei G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 12 ff.; MÖLLERS, Gewaltengliederung, 105 ff., B. EHRENZELLER, Erlassformen, 13.

[1766] SGK-BV, Vorbem. zu Art. 174–187, Rz. 6 ff.; H. KOLLER, Regierung und Verwaltung, VdS, § 72, Rz. 10.

[1767] MÖLLERS, Drei Gewalten, 100; BIAGGINI, Rechtsprechung, VdS, § 73, Rz. 1.

[1768] Nach B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73 ff., war es das Verdienst der amerikanischen Verfassungsväter, die drei Gewalten aus der Vorstellung einer «rigid categories of separation» zu lösen und sie auf die Wertentscheide für «efficiency, democracy and justice» auszurichten; vgl. auch BIAGGINI, Rechtsprechung, VdS, § 73, Rz. 1, 8.

[1769] Grundlegend zur Deliberation Rz. 486 ff.

[1770] So HESSE, Grundzüge, Rz. 530; SGK-BV, B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art.174–187, Rz. 7.

Akte, die für die im Einzelfall Betroffenen auch hinnehmbar sind.[1771] Neben den drei eingesetzten Gewalten hält die Bundesverfassung durch die Volksinitiative sowie das Verfassungs- und das Gesetzesreferendum Kanäle zur direktdemokratischen Ausübung staatlicher Gewalt in Bürgerkollektiven offen. Solche Gewaltausübung legitimiert staatliches Handeln durch den Rückgriff auf den Souverän – CONDORCET hat das einst als «recourir à la force» bezeichnet.[1772] Schliesslich fordert das Organisationsprinzip der Gewaltengliederung, dass die Bundesverfassung verschiedene Organe bestellt, die in Ausübung verschiedener Gewalten die staatlichen Aufgaben besorgen und rechtfertigen. Sie unterscheiden sich in erster Linie durch ihre Konzeption, ihre Zusammensetzung sowie die ihnen zur Verfügung stehenden Verfahren und Handlungsinstrumente. Konsequenz dieser Varietät von Staatsfunktionen, Staatsgewalten und Staatsorganen in der Bundesverfassung ist, dass diese sich entgegen dem klassischen Verständnis der Gewaltengliederung auf beliebige Weise miteinander verkoppeln lassen. Dementsprechend kann eine bestimmte Staatsaufgabe, so auch die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen, jeweils via das zuständige Organ, die Staatsfunktion oder die dabei ausgeübte Form staatlicher Gewalt erfasst werden. Wie noch zu zeigen sein wird,[1773] stellt die vorliegende Studie tendenziell die jeweilige Staatsgewalt – allen voran die legislative Gewalt – und die damit verbundenen Legitimationsformen in den Vordergrund, um Staatsaufgaben im gewaltengliedrigen Arrangement der Bundesverfassung zu systematisieren.[1774]

460 *Zum Zweiten* grundiert das bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzip der Gewaltengliederung eine Ausgestaltung staatlichen Handelns, das eine effektive Selbstbestimmung im Kollektiv ermöglicht, individuelle Selbstbestimmung gewährleistet, beide Formen der Selbstbestimmung in einen abgestuften Konkretisierungszusammenhang zueinander stellt und garantiert, dass keiner der beiden Legitimationsmodi per se vor dem anderen steht.[1775] Ein staatsorganisatorisches Residualprinzip ist die Maxime der Gewaltengliederung somit, weil sie ein dialektisches Zusammenspiel von individueller und kollektiver Selbstbestimmung im Rahmen aller Formen staatlichen Handelns normativ absichert. Zu diesem Zweck verlangt das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung verschiedene Prozesse zur Machteffektuierung und zur Machthemmung:

1771 Siehe auch Rz. 544 ff.; B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73; vgl. auch KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 1; HESSE, Grundzüge, § 15, Rz. 572.

1772 Vgl. Fn. 19.

1773 Siehe Rz. 498 ff.

1774 Die Formulierung beruht auf MÖLLERS, Gewaltengliederung, 400; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 181.

1775 Siehe insb. Rz. 498 ff.

Prozesse zur Machthemmung, die vor Missbrauch staatlicher Macht bewahren. Eine wichtige Rolle spielt in der Bundesverfassung diesbezüglich das ausgeklügelte System heteronomer Interorgankontrolle, das durch drohenden Machtverlust bei Alleingängen zu Kooperation zwischen den einzelnen Staatsorganen, zwischen Volk und Behörden, aber auch zwischen Bund und Kantonen zwingt. Sodann *Prozesse zur Machteffektuierung*, die eine möglichst gute Erfüllung staatlicher Aufgaben garantieren,[1776] wie es etwa das auf Kompromiss und Konsens ausgerichtete Gesetzgebungsverfahren in einer Konkordanzdemokratie tut. Schliesslich *Moderationsprozesse*,[1777] die ein Mindestmass an Machteffektuierung oder Machthemmung vermitteln, ohne solche Konflikte einlinig vorzuentscheiden, wenn verschiedene Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung frontal aufeinanderprallen. Solche Moderationsprozesse gewährleisten, dass staatliches Handeln auch in offenen Konflikten zwischen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden oder Selbstbestimmungsformen durch beide Legitimationsmodi gerechtfertigt und gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet bleibt. Vorerst sei bloss auf den Bedarf solcher Moderationsprozesse hingewiesen, die später wieder aufgegriffen und vertieft werden.[1778]

Zum Dritten gibt die Gewaltengliederung normativ einen bestimmten Massstab der «staatsorganisatorischen Richtigkeit» vor und stiftet dadurch im Rahmen der situativen Zuweisung staatlicher Aufgaben zusätzliche Orientierung, insoweit es an konkreteren Verfassungsvorgaben mangelt. Auch aus diesem Grund handelt es sich bei der Gewaltengliederung um ein staatsorganisatorisches Residualprinzip. Als Massstab der staatsorganisatorischen Richtigkeit erklärt das Residualprinzip der Gewaltengliederung jeweils dasjenige Organ für zuständig, das im Vergleich zu einem anderen Organ «geeigneter» ist für eine möglichst effektive und zugleich ausreichend gehemmte Erfüllung staatlicher Aufgaben.[1779] Die konkrete Zuweisung staatlicher Gestaltungsbefugnisse bleibt dadurch zwar eine Wertungsfrage, welche das damit konfrontierte Organ zu klären hat.[1780] Wenn sich staatliches Handeln aber nur im dialektischen Zusammenspiel von demokratisch-bundesstaatlicher und individueller Selbstbestimmung rechtfertigt,[1781] ist 461

[1776] SEILER, Gewaltenteilung, 259; ebenso BÄUMLIN, Demokratie, 88.

[1777] Dabei geht es um mehr als den alltäglichen Machtausgleich; zum allgemeinen Machtausgleich RIKLIN, Sinn der Verfassung, 160.

[1778] So etwa zur Verfassungsrechtspflege als Moderationsprozess Rz. 524 ff.; siehe auch Rz. 584 f.

[1779] BIAGGINI, Richterrecht, 400, spricht sich derweil für die Organeignung als absolutes Kriterium aus.

[1780] GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 412; SEILER, Gewaltenteilung, 304.

[1781] Aus anderen Gründen kritisch auch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 173 ff.

nicht die möglichst effiziente und wirksame Aufgabenerfüllung durch ein bestimmtes Organ[1782] oder eine bestimmte Funktion[1783] allein entscheidend für die jeweilige Organeignung. Ausschlaggebend ist die institutionelle Fähigkeit, die staatsorganisatorischen Grundanliegen der Machthemmung und -effektuierung situativ so miteinander zu verschränken, dass staatliches Handeln durch kollektive und individuelle Selbstbestimmung legitimiert bleibt.[1784] Diese institutionelle «Fähigkeit» hängt – wie noch näher darzulegen ist[1785] – von der spezifischen Legitimationsform der einzelnen Gewaltenträger ab, also der Rechtfertigung staatlicher Gewalt durch Effizienz und Sachverstand (Exekutive), durch Sicherung von Rechtsschutz und Gerechtigkeit (Judikative) oder durch Deliberation (Legislative). Die Verfahren und die Handlungsinstrumente, die einem Organ zur Besorgung seiner Aufgaben offenstehen, sowie seine Informationsbeschaffungs- und Verarbeitungskapazität sind Konsequenz dieser Legitimationsformen, nicht deren Determinanten.

462 Zusammengefasst nimmt die Organisationsmaxime der Gewaltengliederung staatsorganisatorische Anforderungen aus den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat auf und verdichtet sie zu einem staatsorganisatorischen Verfassungsprinzip, das konkreter wirkt als die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide. Nach diesem staatsorganisatorischen Residualprinzip sind sämtliche Formen der Ausübung von Staatsgewalt auf eine Weise auszugestalten, die eine effektive Selbstbestimmung im Kollektiv ermöglicht, individuelle Selbstbestimmung gewährleistet, beide Formen der Selbstbestimmung in einen abgestuften Konkretisierungszusammenhang stellt und garantiert, dass keiner der beiden Legitimationsmodi per se vor dem anderen steht.[1786] Das entwickelte Verständnis des Grundsatzes der Gewaltengliederung fügt sich nicht nur stimmig in das Konzept der Bundesverfassung als Ausgleichsordnung ein, indem es diesen Ausgleich institutionalisiert und näher organisiert. Es rückt auch zwei zuweilen nicht hinreichend beachtete staatsorganisatorische Grundanliegen in den Vordergrund: die Machthemmung und die Machteffektuierung. Wie noch zu zeigen sein wird, können im dargelegten Verständnis der Gewaltengliederung zudem verschiedene Phänomene staatlicher Praxis erfasst werden, die quer zum traditionellen Verständnis der Gewaltenteilung ste-

---

1782 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 387; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 396 ff.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 412 f.; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 217 ff.

1783 So wohl SEILER, Gewaltenteilung, 403.

1784 Ähnlich SEILER, Gewaltenteilung, 304; wohl auch B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73; BIAGGINI, Richterrecht, 382 ff.

1785 Siehe Rz. 485 ff.

1786 Die Formulierung beruht auf MÖLLERS, Gewaltengliederung, 400; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 181.

hen. Als staatsorganisatorisches Residualprinzip der Bundesverfassung liefert die Gewaltengliederung schliesslich auch Anhaltspunkte für die situative Ausgestaltung der bundesverfassungsrechtlichen Organisation der Eidgenossenschaft, insoweit die Bundesverfassung diese selbst nicht näher regelt – so etwa im Fall der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen.[1787]

B. Die Bundesversammlung als gesetzgebende Gewalt

Eine Analyse der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen kommt nicht um eine vertiefte Erörterung der Bundesversammlung als Organ im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesversammlung herum. Hierzu sind die gewonnenen Erkenntnisse über das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung in Bezug auf die Bundesversammlung näher auszuführen und zu präzisieren. Ein kurzer Blick auf die historische Entwicklung der Bundesversammlung und ihre Einbettung in das politische System der Schweiz soll dabei für die notwendige Tiefenschärfe sorgen (Abschnitte I und II). Im Anschluss werden die Stellung, die Funktion und die Legitimationsform der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Arrangement der Bundesverfassung analysiert (Abschnitt III) und dargelegt, weshalb die Bundesversammlung als koordinierende Moderatorin agiert (Abschnitt IV). 463

I. Historische Perspektive: Die Bundesversammlung im Wandel der Zeit

Die Bundesversammlung ist Abbild einer historischen Entwicklung institutionalisierter Volksvertretung in der Schweiz, die das Organ bis heute prägt. In der alten Eidgenossenschaft war die Tagsatzung der Ort politischer Debatten und Entscheidungen. Sie war jedoch nicht als Parlament im heutigen Sinne konzipiert, da sie im Geheimen beriet und aus Mitgliedern der Kantonsregierungen bestand, nicht aus Volksvertretern.[1788] Das erste Parlament auf nationaler Ebene konstituierte die Verfassung der Helvetischen Republik von 1798, die jedoch bloss für kurze Zeit galt.[1789] Im Rahmen der Ausarbeitung der Bundesverfassung 464

[1787] M.w.H. Rz. 498.

[1788] SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 1; AUBERT, Bundesstaatsrecht I, Rz. 5.

[1789] Es bestand aus einem Grossen Rat als Volkskammer sowie einem Senat, der die Stände repräsentierte, womit sich dieses Zweikammersystem am englischen und US-

von 1848 war die Konstitution eines eidgenössischen Parlaments dann ein ebenso zentraler wie umstrittener Punkt:[1790] Die Schweiz sollte als Bundesstaat organisiert werden, wobei «Bund und Kantone an den Bundesangelegenheiten Anteil nehmen und beide Seiten vor Übergriffen der jeweils anderen Seite in ihre Kompetenzen geschützt sein sollten».[1791] Weder das traditionelle Tagsatzungsmodell, das allein die Kantone repräsentierte, noch ein Parlament als reine Volksvertretung kam daher in Frage.[1792] In langen und verworrenen Diskussionen setzte sich schliesslich das Modell eines Parlaments mit zwei Kammern nach dem Vorbild der US-amerikanischen Unionsverfassung von 1787 im Sinne eines Kompromisses durch.[1793] Der Ständerat wurde als Nachfolger der Tagsatzung konzipiert, der neugeschaffene Nationalrat sollte fortan das Volk der Eidgenossenschaft repräsentieren.[1794] Ausserdem sollte drohendem Machtübergewicht der Exekutive durch die Ernennung der Bundesversammlung zur obersten Gewalt im Bund (Art. 60 BV 1848) entgegengewirkt werden. Vor diesem Hintergrund scheint es verkürzt, die US-amerikanische Verfassung mit ihrer ausgewogenen Balance der drei Staatsgewalten pauschal als Vorbild für die verfassungsrechtliche Konzeption des Parlaments zu betrachten.[1795] Denn zwischen der Bundesversammlung und dem US-amerikanischen Parlament bestehen zwar im Hinblick auf die dem Parlament zugrundeliegenden bundesstaatlichen Überlegungen unbestritten Parallelen. Die Stellung der beiden Parlamente im jeweiligen institutionellen Arrangement ist jedoch aufgrund der Suprematie der Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund grundverschieden.[1796]

465 Ähnlich wie das Parlament durch die Bundesverfassung 1848 der Exekutive Befugnisse abgerungen hatte, schränkten im Zuge der Totalrevision der Bundesverfassung von 1874 Volk und Stände die Kompetenzen der Bundesversammlung durch die Einführung des Gesetzesreferendums ein. De iure änderte sich die

amerikanischen Vorbild orientierte; m.w.H. KLEY, Verfassungsgeschichte, 265; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 2.

1790 KLEY, Verfassungsgeschichte, 291; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2300; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 5; m.w.H. zu den Zustimmungsdefiziten der ersten Bundesverfassung BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 4 f.

1791 KLEY, Verfassungsgeschichte, 292.

1792 KLEY, Verfassungsgeschichte, 292, BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 7.

1793 KLEY, Verfassungsgeschichte, 292; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2300a.

1794 KLEY, Verfassungsgeschichte, 296; BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 8.

1795 So aber tendenziell RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2300; KLEY, Verfassungsgeschichte, 292; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1438.

1796 AUBERT, Geschichtliche Einleitung, in: Komm. BV 1874, Rz. 126 f.; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 143–191c, Rz. 28.

Stellung der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge dadurch zwar nur marginal,[1797] da sie aufgrund des Gesetzesreferendums fortan unter dem Vorbehalt der «Rechte des Volkes und der Kantone» stand (Art. 71 aBV).[1798] De facto verschoben sich die Machtverhältnisse indes erheblich zulasten der Bundesversammlung, zumal die Stimmbürger nach der Einführung des Gesetzesreferendums kräftig von diesem neuen Instrument Gebrauch machten.[1799] Die Einführung der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung im Jahr 1891[1800] und das Staatsvertragsreferendum im Jahr 1921 relativierten die Zuständigkeiten des Parlaments zusätzlich, sodass sich die Eidgenossenschaft von einer «Hegemonialdemokratie» mit einem ausgebauten Parlamentarismus zu einer «Kooperativdemokratie» wandelte, welche die Bundesversammlung zu verstärkter Kooperation mit dem Volk zwingt.[1801]

Im 20. Jahrhundert hatte sich die Bundesversammlung vor allem gegen eine zunehmende politische Machtentfaltung seitens des Bundesrates zu behaupten, die unter dem Vollmachtregime[1802] während der beiden Weltkriege ihren bedenklichen Höhepunkt erfuhr und nach erneuten Alleingängen des Bundesrates in den 60er Jahren[1803] in einer Einführung von Parlamentsdiensten und parlamentarischen Untersuchungskommissionen mündete.[1804] Zu einer Volksvertretung, die auch die weibliche Bevölkerung repräsentiert, wandelte sich die Bundesversammlung erst im Jahr 1971 mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf Stufe Bund.[1805] Die Totalrevision der Bundesverfassung im Jahr 1999 nahm diese Entwicklungen allesamt auf und bildete sie in einer Neuordnung der parlamentarischen Erlassformen ab,[1806] einer präzisieren Rollenverteilung in der 466

[1797] BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 7; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 5.

[1798] Ebenso BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 1.

[1799] KLEY, Verfassungsgeschichte, 316.

[1800] M.w.H. Rz. 24 f.

[1801] Siehe auch Rz. 28; ebenso KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 11; NOBS, Volksinitiative, 25; L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 121/122 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 12.

[1802] AS 1914 347; m.w.H. zum Vollmachtsbeschluss während des Ersten Weltkriegs KLEY, Verfassungsgeschichte, 339; AS 1939 769; KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 11.

[1803] Allen voran im Rahmen der sog. «Mirage-Affäre» und des «Fichen-Skandals».

[1804] KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 12 f.; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 7.

[1805] KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 2.

[1806] Art. 163 Abs. 1 BV; m.w.H. zu den parlamentarischen Erlassformen auch Rz. 548 ff.

Aussenpolitik,[1807] der Stärkung parlamentarischer Informationsrechte,[1808] dem Ausbau der Ratspräsidien[1809] und der Parlamentsdienste[1810] sowie der Verankerung einer Wirksamkeitsprüfung[1811]. Das System der asymmetrischen Machtgliederung zwischen Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht wurde dabei ausdrücklich[1812] und trotz einer gestärkten kooperativen Gewaltenverschränkung bestätigt.[1813]

II. Politologische Perspektive: Die Bundesversammlung in der Konkordanzdemokratie

467 Die Bundesversammlung ist der Art und Funktion nach eine politische Behörde. Ihre verfassungsrechtliche Stellung lässt sich daher nur mit Blick auf ihre Rolle im schweizerischen Regierungssystem in der notwendigen Tiefenschärfe erfassen. Nach allgemeiner Auffassung gilt die Schweiz nicht als parlamentarisches Regierungssystem,[1814] weil der Bundesrat nicht vom Vertrauen der Bundesversammlung abhängig ist, nicht von der Parlamentsmehrheit gewählt wird und auch keiner parlamentarischen Opposition gegenübersteht. Ebenso wenig ist die Schweiz als Präsidialsystem ausgestaltet, denn der Bundesrat ist weder ein Staatsoberhaupt im klassischen Sinne noch wird er durch das Volk gewählt oder von durch ihn bestellten Fachministern unterstützt. Die Literatur umschreibt das Regierungssystem der Schweiz vielmehr als Mischsystem und Konkordanzdemokratie.[1815] Das heisst: Die Bundesverfassung institutionalisiert ein politisches System, das kompromissfähige Lösungen gegenüber knappen Mehrheiten vorzieht und vor einem Mehrheitsentscheid präventiv nach Zustimmung durch Kompromiss sucht.

1807 Art. 166 BV; Art. 184 BV.

1808 Art. 153 BV; Art. 169 BV.

1809 Art. 159 BV.

1810 Art. 155 BV.

1811 Art. 170 BV.

1812 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2273; siehe auch BBl 1996 II 439, 443; Zusatzbericht SPK, BBl 1997 III 245 ff., 255.

1813 Vgl. auch KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 14.

1814 M.w.H. zu den Regierungssystemen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1409e; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 17 ff.; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 18.

1815 LINDER/MUELLER, Demokratie, 363 ff.; SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 15; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 25 ff.; umfassend RHINOW, Demokratie, 237 ff.; alternativ wird auch von einer «Konsensdemokratie» gesprochen LIJPHARD, Patterns of Democracy, 7 ff., 32 ff.; VATTER, Politisches System, 56.

Gemäss dem Organisationsmuster der Konkordanz sind alle massgeblichen politischen Kräfte einzubinden und es ist auf die verschiedenen Minderheiten Rücksicht zu nehmen.[1816] Freilich besitzt das System der Konkordanzdemokratie als Regierungsform gewisse Schwächen.[1817] Auf ihrer Seite hat es jedoch das Streben nach politischer Mässigung durch Verständigung und Kompromiss.[1818] Das System der Konkordanzdemokratie kann die Akzeptanz politischer Entscheide zwar nicht maximieren, doch wenigstens erlaubt sie dies durch Organisationsmuster, aufgrund derer jeweils niemand alles gewinnt, aber auch keiner alles verliert.[1819] In der politischen Realität gestaltet sich das Suchen und Finden konkordanter Entscheide mitunter indes paradox: In einem globalisierten Wirtschaftssystem sowie einer vernetzten Welt mit zunehmend fragmentierten Grundvorstellungen werden Kompromisse einerseits immer dringender, andererseits können sie immer weniger vorausgesetzt werden.[1820] Gerade aufgrund dieser Entwicklungen wandeln sich die Bundesversammlung und das Gesetzgebungsverfahren immer mehr zu den zentralen Orten der Entscheide darüber, wieweit das Konkordanzsystem auch in harten politischen Auseinandersetzungen zum Tragen kommt und wieweit es verstärkt in Richtung der polarisierenden Mehrheitsfindung ausschlägt.[1821] 468

III. Verfassungsrechtliche Perspektive: Die Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung

Staatsrechtlich betrachtet ist die Bundesversammlung das Parlament auf Stufe Bund. Seine Stellung und Funktion als Organ der demokratischen und bundesstaatlichen Selbstbestimmung im Kollektiv regelt die Bundesverfassung in 469

[1816] M.w.H. LINDER/MUELLER, Demokratie, 363 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1409e.

[1817] M.w.H. LINDER/MUELLER, Demokratie, 385 ff.; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 483 ff.; RHINOW, Demokratie, 241 ff.

[1818] LINDER/MUELLER, Demokratie, 382.

[1819] TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 744; LINDER/MUELLER, Demokratie, 378 f.; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 879 f.; vgl. auch Urteil (EGMR) vom 10.11.2005, Leyla Sahin, v Turkey (GC), Nr. 44774/98, § 108; Urteil (EGMR vom 29.04.1999, Chassagnou v. France (GC), Nr. 25088/94, Rz. 112.

[1820] TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 502; m.w.H. zu konkordanzerschwerenden Faktoren auch RHINOW, Demokratie, 258 ff.

[1821] In diesem Sinne diagnostiziert VATTER, Politisches System 565, eine sich verstärkende Tendenz; vgl. auch EHRENZELLER, Bundesversammlung, VdS 2020, Bd. III, Rz. 2; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 26 f.; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 405 ff.

Grundzügen im Abschnitt über die Bundesbehörden[1822]. Gesetz und Verordnung – allen voran das Parlamentsgesetz[1823] und die dazugehörige Verordnung[1824] – präzisieren die Ausgestaltung (Abschnitt 1), die Stellung (Abschnitt 2), die Funktion und die Aufgaben der Bundesversammlung (Abschnitt 3). Zudem gilt es einen näheren Blick auf die Legitimationsform der Bundesversammlung zu werfen (Abschnitt 4).

1. Ausgestaltung der Bundesversammlung als Parlament auf Stufe Bund

470 Die Bundesversammlung setzt sich aus zwei im Grundsatz strikt[1825] gleichgestellten[1826] und gewöhnlich getrennt[1827] beratenden Kammern zusammen: dem Nationalrat als Kammer des Volkes sowie dem Ständerat als Kammer der Kantone.[1828] Die beiden Räte finden im Rahmen ordentlicher oder ausserordentlicher Sessionen zusammen.[1829] Sie beraten und beschliessen im Grundsatz getrennt, aber gleichzeitig. Für Beschlüsse der Bundesversammlung erfordert es die Übereinstimmung der Räte, was die rätliche «égalité de pouvoir» zum Ausdruck bringt und im Differenzbereinigungsverfahren prozedural abgesichert wird.[1830] Das parlamentarische Zweikammersystem ist aber auch Abbild einer Staatsorganisation, die in den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden grundiert ist: In bundesstaatlicher Hinsicht stellt das Zweikammersystem dem Nationalrat als Volkskammer den Ständerat als gleichwertige Kammer der Kantone gegenüber.[1831] In demokratischer Hinsicht erhöht der Bikameralismus die Chance auf Kompromiss und Konkordanz durch Reflexion in der anderen Kammer. Und in rechtsstaatlicher Hinsicht sorgt das Zweikammersystem durch eine verfahrensrechtlich abgesicherte Machthemmung für eine gegenseitige Interorgankontrolle

---

1822 Art. 143 ff. BV.

1823 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002.

1824 Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung vom 3. Oktober 2003.

1825 VON WYSS, Parlamentarisches Verfahren, 159.

1826 M.w.H. zur Gleichstellung in Bezug auf Zuständigkeiten, Kompetenzen und Befugnisse, aber auch der Relativierung dieser Gleichstellung durch die Zuständigkeiten der vereinigten Bundesversammlung BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 18 ff.

1827 Art. 156 Abs. 1 BV; die Ausnahme stellen Beratungen in der vereinigten Bundesversammlung nach Art. 157 BV dar.

1828 Art. 148 Abs. 2 BV; BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 15 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 5 ff. sowie rechtsvergleichend HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 30, Rz. 834 ff.

1829 Art. 151 BV; m.w.H. BSK BV-THURNHERR, Art. 151, N 2 ff.

1830 Art. 156 Abs. 2 BV; AUBERT, Petit Comm., Art. 156, N 2, 5.

1831 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 6.

zwischen den beiden Räten,[1832] was nicht zuletzt die Verfassungspraxis über die Ausführungsgesetzgebung zu angenommenen Volksinitiativen verdeutlicht.[1833]

Die Bundesversammlung setzt sich aus 200 Nationalräten als Abgeordnete des Volkes (Art. 149 Abs. 1 BV) und 46 Ständeräten der Kantone (Art. 150 Abs. 1 BV) zusammen. Nationalräte bestellt das Volk direkt im Rahmen einer Proporzwahl,[1834] die Wahl des Ständerates regeln die Kantone.[1835] Alle Abgeordneten werden jeweils für eine Amtszeit von vier Jahren gewählt und besitzen, teils einzeln, teils im Kollektiv, parlamentarische Rechte[1836] und Pflichten[1837]. Der «Mythos»[1838] des Milizgedankens prägt die Arbeit der Bundesversammlung nach wie vor. Zwecks Verwirklichung einer Demokratie der Volksgenossen agieren parlamentarische Abgeordnete jeweils als Repräsentant und Bürger zugleich in der Hoffnung,[1839] dass dadurch Sachkenntnisse aus unterschiedlichen Lebensbereichen eingebunden werden und parlamentarische Entscheide «auf dem Boden der Realität» bleiben.[1840] 471

Um ihre Aufgaben wahrzunehmen, stehen der Bundesversammlung und ihren Mitgliedern verschiedene Mittel zur Verfügung: Einerseits die Erlassformen,[1841] in denen legislative Entscheide münden, die hier vorerst nicht vertieft werden.[1842] Andererseits die parlamentarischen Handlungsinstrumente, mit denen einzelne 472

1832 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 148, N 6; LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 181.

1833 Vgl. Rz. 143 ff.; Rz. 153 ff.; Rz. 166 ff.

1834 Art. 149 Abs. 2 BV, m.w.H. BSK BV-THURNHERR, Art. 150, N 6 ff.

1835 Art. 150 Abs. 3 BV; die Kantone werden dadurch nicht von der Pflicht zur Beachtung des übergeordneten Rechts entbunden; vgl. dazu das Bundesgericht in BGE 143 I 92; BGE 143 I 211.

1836 Art. 10 ParlG (Sitzungsteilnahmepflicht); Art. 161 Abs. 1 ParlG (Instruktionsverbot); Art. 161 Abs. 2 BV; Art. 11 ParlG (Offenlegungspflicht über ihre Interessenbindungen); Art. 8 ParlG (Amtsgeheimnis); Art. 11a ParlG (Ausstandpflicht); Art. 12 ParlG (Wahrung der Unabhängigkeit gegenüber ausländischen Staaten).

1837 Art. 10 ParlG (Sitzungsteilnahmerecht sowie Stimmrecht); Art. 6 Abs. 1 ParlG (Initiativrecht); Art. 6 Abs. 2 ParlG (Antragsrecht); Art. 7 ParlG (Informationsrecht); Art. 9 ParlG (Einkommen und Entschädigung); Art. 162 BV; Art. 16 ff. ParlG (parlamentarische Immunität); m.w.H. VON WYSS, Parlamentarisches Verfahren, 85 ff.

1838 Zur De-facto-Relativierung des Milizgedankens im Parlament SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 24; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 19.

1839 In der Bundesversammlung ist der Milizgedanke heute jedoch nur noch bedingt verwirklicht: vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 19 ff.; SGK-BV, MASTRONARDI, Vorbem. zu Art. 148–173, Rz. 21 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2472 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1409e.

1840 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 18.

1841 M.w.H. zum Verfassungsbegriff des Erlasses Rz. 556.

1842 M.w.H. zu den Erlassformen der Bundesversammlung Rz. 548 ff.

Abgeordnete parlamentarisches Handeln initiieren oder auf dieses einwirken können. Es sind dies die parlamentarische Initiative[1843], das Antragsrecht[1844] und der parlamentarische Vorstoss[1845], zu dem die Motion[1846], das Postulat[1847] sowie Interpellationen und Anfragen[1848] zählen.[1849] Ausserdem stehen der Bundesversammlung verschiedene «parlamentarische Hilfsorgane» wie die Ratspräsidien[1850], die Kommissionen[1851] oder die Fraktionen[1852] zur Verfügung, die sich ihrerseits aus Abgeordneten des Parlaments zusammensetzen und die Parlamentsarbeit erleichtern sollen.

2. Stellung der Bundesversammlung als «oberste Gewalt» im Bund

473 In Bezug auf die Stellung der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Arrangement hält der Verfassungstext kurz und knapp fest: «Die Bundesversammlung übt unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus» (Art. 148 Abs. 1 BV). Der mehrschichtige Verfassungsbegriff der «obersten Gewalt» war bereits in der ersten Bundesverfassung von 1848 enthalten.[1853] Versuche, ihn abzulösen, sind bisher gescheitert.[1854] Die Literatur attes-

---

1843 Art. 160 Abs. 1 BV; ParlG 107 ff.; m.w.H. OFK BV-BIAGGINI, Art. 160, N 2 ff.; BSK BV-THURNHERR, Art. 160, N 4 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 34, Rz. 89.

1844 Art. 160 Abs. 2 BV; Art. 76 ParlG; BSK BV-THURNHERR, Art. 160, N 34; OFK BV-BIAGGINI, Art. 160, N 11 ff.; BSK BV-THURNHERR, Art. 160, N 26 ff.; VON WYSS, Parlamentarisches Verfahren, 90 ff.

1845 Art. 171 BV; Art. 118 ff. ParlG.

1846 Art. 120 ParlG.

1847 Art. 123 f. ParlG.

1848 Art. 125 ParlG.

1849 Einen guten Überblick zum parlamentarischen Verfahren und den parlamentarischen Handlungsformen vermittelt B. EHRENZELLER, Bundesversammlung, VdS 2020, Bd. III, Rz. 27 ff.

1850 Zum Ratspräsidium Art. 152 BV; Art. 34 ParlG; zur Koordinationskonferenz Art. 37 Abs. 1 ParlG; vgl. zum Ganzen KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 66 ff.

1851 Art. 42 Abs. 1 ff. ParlG; m.w.H. VON WYSS, Parlamentarisches Verfahren, 62 ff.; vgl. zur parlamentarischen Untersuchungskommission auch Art. 163 ParlG.

1852 Art. 154 BV; Art. 61 Abs. 1 und 2 ParlG; vgl. auch Art. 43 Abs. 3 ParlG; zum Ganzen KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 75.

1853 Vgl. Art. 60 BV 1848; Art. 71 aBV; grundlegend dazu auch EICHENBERGER, Oberste Gewalt.

1854 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2273; vgl. auch KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 14; siehe auch BBl 1996 II 439, 443; Zusatzbericht SPK, BBl 1997 III 245 ff., 255.

tiert diesem Passus eine politisch-organisatorische, eine legitimatorische sowie eine institutionelle Bedeutungsschicht.

Politisch-organisatorisch betrachtet ergeht aus der Stellung der Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund ein Bekenntnis zum Legislativstaat gegenüber dem Exekutivstaat.[1855] Dass es sich beim Bund weitgehend um eine repräsentative Demokratie mit einem starken Parlament handelt, geht aufgrund der Organisation des Bundes[1856] als direkte Demokratie mit ausgebauten Volksrechten zuweilen unter. 474

In *legitimatorischer Hinsicht* widerspiegelt sich im Verfassungsbegriff der «obersten Gewalt» die hervorgehobene Stellung der Bundesversammlung aufgrund ihrer personellen Legitimation in demokratischer und bundesstaatlicher Hinsicht. Denn einzig die Mitglieder der Bundesversammlung werden auf Stufe Bund durch eine unmittelbare Volkswahl bestellt.[1857] 475

In *institutioneller Hinsicht* wirft der Passus «oberste Gewalt im Bund» vor allem Kompetenzfragen auf:[1858] Einmal impliziert er eine Existenz weiterer Gewalten sowie eine Zuteilung von Machtbefugnissen zwischen den eingesetzten Gewaltenträgern zur Installation eines austarierten Systems der Machtgliederung.[1859] Im Begriff der «obersten Gewalt» offenbart sich aber auch der Verzicht,[1860] machthemmende Befugnisse gleichmässig zwischen Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht zu verteilen. Folge dieses Ungleichgewichts zwischen den obersten Staatsorganen ist eine hervorgehobene Stellung der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung. Die Literatur spricht diesbezüglich zuweilen auch von einer «Suprematie»[1861] der Bundesversammlung. 476

Die in Art. 148 Abs. 1 BV angekündigte Suprematie des Parlaments formt die Bundesverfassung in institutioneller wie auch in bundesstaatlicher Hinsicht näher 477

1855 EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 318.

1856 So bereits F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 23, der von der Schweiz als «das am meisten demokratische, aber am weitesten vom Parlamentarismus entfernte Land Europas» spricht; ebenso B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 77.

1857 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 35, Rz. 2; SGK-BV, MASTRONARDI, Art. 148, Rz. 7; BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 4.

1858 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 35, Rz. 2.

1859 BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 3; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 148, N 3.

1860 EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 35 f., 319.

1861 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2272; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, § 24, Rz. 631 mit Verweis auf KÖLZ, Verfassungsgeschichte bis 1848, 363 f.

aus[1862]: Auf der *institutionellen Ebene* präzisiert die Bundesverfassung die rechtliche Überordnung der Bundesversammlung gegenüber dem Bundesrat und dem Bundesgericht auf unterschiedliche Weise: Die Bundesversammlung wirkt durch die Wahl ihrer Mitglieder an der Konstitution der beiden anderen obersten Behörden mit (Art. 168 BV);[1863] sie kann durch die Handlungsform des Gesetzes steuernd auf die Ausübung staatlicher Gewalt durch andere Gewaltenträger einwirken;[1864] und der Bundesrat und das Bundesgericht unterstehen der parlamentarischen Oberaufsicht.[1865] Die Bundesversammlung selbst ist hingegen bloss einer autonomen Interorgankontrolle[1866] von Volk und Ständen ausgesetzt. Ferner widerspiegelt sich die institutionelle Suprematie der Bundesversammlung aber auch in ihrer Befugnis, über Zuständigkeitskonflikte zwischen den obersten Bundesbehörden (Art. 173 Abs. 1 lit. i BV)[1867] zu entscheiden, und in ihrer Zuständigkeit für jene Geschäfte des Bundes, die keiner anderen Behörden zugewiesen sind (Art. 173 Abs. 2 BV)[1868]. Auf der *bundesstaatlichen Ebene* ist die Bundesversammlung als oberste rechtsetzende Gewalt im Bund den kantonalen Parlamenten übergeordnet. Die damit einhergehende Verantwortung für die Einheit im Bundesstaat betont das Schrifttum regelmässig,[1869] nicht immer hinreichend beachtet wird die damit zusammenhängende Pflicht der Bundesversammlung, auch den Respekt gegenüber kantonalen Autonomiebereichen zu garantieren.

1862 BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 9.

1863 BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 9; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 35, Rz. 2.

1864 BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 9; vgl. auch SGK-BV, MASTRONARDI, Art. 148, Rz. 13.

1865 Art. 169 BV; Art. 26 ParlG. Im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht dienen der Bundesversammlung die Kriterien der Rechtmässigkeit, der Ordnungsmässigkeit, der Zweckmässigkeit, der Wirksamkeit sowie der Wirtschaftlichkeit als Massstab. Letztlich handelt es sich bei der parlamentarischen Oberaufsicht um eine politische Kontrolle. Anders als bei der Dienst- und Verbandsaufsicht kann das kontrollierende Organ Entscheide des beaufsichtigten Organs nicht aufheben oder Ersatzvornahmen in dessen Namen treffen; m.w.H. SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER/LOUIS, Art. 169, Rz. 17 ff.; ZIMMERLI, Bundesversammlung, VdS, § 66, Rz. 2; grundlegend HEUSLER, Oberaufsicht; zum Unterschied zwischen Dienst- und der Verbandsaufsicht TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 5, Rz. 31 ff.

1866 Siehe dazu auch Rz. 451.

1867 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2275 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 35, Rz. 2 f.

1868 SGK-BV, MASTRONARDI, Art. 148, Rz. 13.

1869 Art. 47 Abs. 1 BV.

Ist die Suprematie der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge als generelle «Vorrangstellung»[1870] zu deuten? Mitnichten: Art. 148 Abs. 1 BV ist eine Konstitutionsnorm, aus der sich weder spezifische Organkompetenzen noch eine subsidiäre Kompetenzvermutung zugunsten der Bundesversammlung ergeben.[1871] Vielmehr muss in Bezug auf die konkrete Aufgabe geklärt werden, wieweit erstens der Bundesversammlung eine übergeordnete Stellung zukommt; wieweit zweitens ein «kooperatives Gewaltenteilungsverständnis»[1872] konkretisiert wird und Machthemmung im fraglichen Sachbereich durch eine gegenseitige Abhängigkeit staatlicher Organe erfolgt; und wieweit drittens Machtbereiche anderer Bundesorgane vor Übergriffen durch die Bundesversammlung zu schützen sind. 478

Beispielhaft: Die Bundesversammlung besitzt gegenüber dem Bundesrat zwar relativ umfangreiche parlamentarische Oberaufsichtskompetenzen. Deswegen ist sie aber weder zur «dirigierenden Kontrolle»[1873] noch zum «Mitregieren» ermächtigt und darf sich erst recht nicht als «Überregierung» aufspielen.[1874] Trotz der Gebundenheit der Justiz an legislative Entscheide, der Wahl von Richtern durch das Parlament (Art. 168 Abs. 1 BV) und der – wenn auch eingeschränkten – parlamentarischen Oberaufsicht gegenüber Gerichten (Art. 169 Abs. 1 BV) besteht zwischen der Bundesversammlung und dem Bundesgericht im Rahmen der Rechtsfortbildung mitunter ein kooperatives Verhältnis.[1875] Und vor allem schirmt die Bundesverfassung die Zuständigkeiten des Bundesgerichts weiträumig ab gegenüber Zugriffen der Bundesversammlung durch den Grundsatz der Unabhängigkeit der Justiz (Art. 191c BV),[1876] die fehlende Befugnis der Bundesversammlung, gerichtliche «Entscheide aufzuheben oder zu ändern», und das Verbot inhaltlicher Kontrollen richterlicher Entscheide durch das Parlament (Art. 26 Abs. 4 ParlG).[1877] Zusammengefasst: Die verfassungsrechtliche Stellung der Bundesversammlung gegenüber dem Bundesrat und dem Bundesgericht verlangt nach einer differenzierten Betrachtung, da die Bundesversammlung den anderen Gewaltenträgern weder starr noch einseitig übergeordnet ist, sondern 479

1870 So aber SEILER, Gewaltenteilung, 637; in Bezug auf das Bundesgericht wohl auch BSK BV-SEFEROVIC, Art. 188, N 16.

1871 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 148, N 4; SGK-BV, MASTRONARDI, Art. 148, Rz. 6; anders hingegen Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 377.

1872 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2267 ff.; SGK-BV, MASTRONARDI/B. SCHINDLER, Vorbem. zu Art. 43–191c BV, Rz. 36.

1873 Vgl. BSK BV-HÄGGI/FURRER/MERKER, Art. 169 BV, N 38 ff.

1874 OFK- BV, BIAGGINI, Art. 169, N 2.

1875 BIAGGINI, Richterrecht, 275 f.

1876 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2279.

1877 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2368.

qua Verfassung aufgabenabhängig sowie in unterschiedlichem Ausmass zu kooperativer Zusammenarbeit mit ihnen verpflichtet wird.

480 Zu wenig Beachtung schenkt die Literatur auch dem in Art. 148 Abs. 1 BV angesprochenen Verhältnis zwischen der Bundesversammlung sowie Volk und Ständen. Mit Blick auf das institutionelle Arrangement der Bundesverfassung erweist es sich nämlich als verkürzt, das Parlament als «besseres Ich des Volkes» zu deuten.[1878] Schliesslich treten die Stimmbürger nicht nur bei Wahlen aktiv in Erscheinung, sondern wirken auch unmittelbar auf Sachentscheide ein. Die Bundesversammlung übt somit zwar die oberste Gewalt im Bund als Treuhänderin von Volk und Ständen in dessen Namen aus und artikuliert die «volonté générale» in ihrem Sinne. Sie tut dies aber in stetem Bewusstsein um die Möglichkeit eines Rückgriffs auf zurückbehaltene Gewalt («recourir à la force»). Denn durch das Instrument des Referendums und der Volksinitiative bleiben Volk und Stände in der Lage, Einsprache gegen die Geschäftsführung der «obersten Gewalt im Bund» zu erheben und steuernd auf die Bundesversammlung einzuwirken. In einer direkten Demokratie ist das Parlament demnach unbestritten Sprecherin und Kontrolleurin im Auftrag des Volkes, aber eben nicht nur. Genauso ist es auch Sprecherin und Kontrolleurin «der behördlichen Kompetenzträger gegenüber dem abstimmenden, gelegentlich wählenden und immer mit der Staatsleitung verbundenen Volk».[1879]

3. Funktion der Bundesversammlung als legislative Gewalt

481 Welche Grundfunktion kommt der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung zu? Die Bundesversammlung besitzt unbestritten eine Führungsfunktion im Rahmen des Erlasses generell-abstrakter Bestimmungen auf Stufe Verfassung, Gesetz und Verordnung,[1880] auch wenn sie nicht ausdrücklich als «oberste rechtsetzende Behörde» bezeichnet wird und trotzdem sie die rechtsetzende Gewalt unter Vorbehalt von Volk und Ständen ausübt.[1881] Neben diesem «Kerngeschäft»[1882] eines Parlaments überträgt die Bundesverfassung der Bundesversammlung aber auch weitere Aufgaben: So ist sie an der Staatslei-

[1878] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 13; der Begriff des «besseren Ich des Volkes» geht zurück auf BÖCKENFÖRDE, Staat, Verfassung, Demokratie, 398.

[1879] EICHENBERGER, Parlament, in: FS Aubert, 210.

[1880] Art. 163–165 BV; Art. 192 BV; Art. 22 ff. ParlG; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1518 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 4.

[1881] B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 89 f.; EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 47 f.

[1882] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 4.

tung und der Aussenpolitik beteiligt,[1883] genehmigt Staatsverträge[1884] und nimmt die Staatsrechnung ab.[1885] Die Bundesversammlung agiert als Wahlorgan[1886] für andere Staatsorgane und hat die Oberaufsicht über alle Träger von Bundesaufgaben inne.[1887] Sie überprüft Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit[1888] hin und pflegt die Beziehungen mit den Kantonen.[1889] Die Aufgaben, «über die Gültigkeit zu Stande gekommener Volksinitiativen»,[1890] über die Gewährleistung von Kantonsverfassungen[1891] oder über Zuständigkeitskonflikte[1892] zwischen den obersten Bundesbehörden zu entscheiden, verlangen von der Bundesversammlung gar, dass sie als politisches Organ im parlamentarischen Verfahren Staatsakte anhand von verfassungsrechtlichen Massstäben kontrolliert.[1893] Dieser Rundblick über die verfassungsmässigen Aufgaben der Bundesversammlung wirkt für die Frage nach der Grundfunktion der Bundesversammlung im gewaltengliedrigen Gefüge mehr verdunkelnd als erhellend. Denn neben Führungsaufgaben im Rahmen der Gesetzgebung werden der Bundesversammlung in den Art. 163–173 BV auch Aufgaben der Staatsleitung und der Rechtspflege zuge-

---

1883 Art. 166 BV; Art. 24 ParlG; m.w.H. zur parlamentarischen Staatsleitung in ausserordentlichen Lagen auch Rz. 685 ff.; siehe auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1521; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 5 ff.

1884 Art. 166 Abs. 2 BV; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, RZ. 1522; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 10.

1885 Art. 167 BV; Art. 25 ParlG; Art. 4 ff. FHG; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1526 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 14 ff.

1886 Art. 168 BV; Art. 130 ParlG; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1537; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 15.

1887 Art. 169 BV; Art. 26 ParlG; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1538 ff.; 16 f.

1888 Art. 170 BV; Art. 27 ParlG.

1889 Art. 172 BV; m.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 33, Rz. 5 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2343 ff.; ZIMMERLI, Bundesversammlung, VdS, § 66, Rz. 24 ff.

1890 Art. 173 Abs. 1 lit. f BV i.V.m. Art. 98 Abs. 1 ParlG; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1547; der Bericht des Bundesrates zur präventiven Rechtskontrolle, BBl 2010 2187, 2189, spricht von einer präventiven Rechtskontrolle von Verfassungsnormen.

1891 Art. 172 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 51 Abs. 2 BV; grundlegend TÖNDURY, Gewährleistung der Kantonsverfassungen.

1892 Art. 173 Abs. 1 lit. i BV.

1893 Bei einer Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen in Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 75 BPR, Art. 98 Abs. 1 ParlG; m.w.H. BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173 BV, N 81; bei der Gewährleistung von Kantonsverfassung dient Art. 51 Abs. 1 BV als Massstab; m.w.H. BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 51, N 18 ff.; nach TSCHANNEN, Staatsrecht, § 18, Rz. 23, ist dabei die politische Opportunität des Vorschlags (theoretisch) nicht zu beurteilen.

wiesen, die traditionell zu den Aufgaben der Exekutive respektive der Judikative gezählt werden.

482 In einem anderen Licht erscheint die Grundfunktion der Bundesversammlung, wenn man sie negativ zu umschreiben versucht. Zunächst einmal verdeutlichen die verfassungsmässigen Aufgaben der Bundesversammlung nämlich, dass der Wesenszug ihrer Tätigkeiten keiner Selbstbestimmungsform eindeutig zugewiesen werden kann. Legislative Akte können Ausdruck und Form demokratisch-bundesstaatlicher Selbstbestimmung im Kollektiv sein wie etwa im Bereich der Rechtsetzung. Mitunter sollen legislative Akte aber auch den Schutz individueller Selbstbestimmung einzelner Stimmbürger garantieren, etwa wenn die Bundesversammlung über die Gültigkeit einer Volksinitiative befindet.[1894] Ebenso wenig lässt sich die Grundfunktion der Bundesversammlung von der Staatsfunktion der Rechtsetzung her als Ganzes erfassen. Die Bundesversammlung kann zwar im Rahmen der Gesetzgebung parlamentarische Akte erlassen, aber eben nicht nur. Auch der Bundesrat übt im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion staatliche Gewalt aus, indem er Verordnungen erlässt oder am vorparlamentarischen Verfahren der Gesetzgebung mitwirkt.[1895] Und zuweilen agiert gar das Bundesgericht in Ausübung judikativer Gewalt innerhalb der Rechtsetzungsfunktion, wenn «dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden» kann und es nach den Regeln zu entscheiden hat, die es als Gesetzgeber aufstellen würde (Art. 1 Abs. 2 ZGB).[1896]

483 Eine negative Annäherung an die Grundfunktion der Bundesversammlung offenbart indes, dass die Bundesversammlung ihrer Funktion im gewaltengliedrigen Arrangement der Bundesverfassung nach Inhaberin der legislativen Gewalt ist.[1897] Ob rechtsetzende Tätigkeiten, Wahlbefugnisse oder das Befinden über die Gültigkeit zustande gekommener Volksinitiativen: Gemäss dem entwickelten Verständnis der Gewaltengliederung erfüllt die Bundesversammlung alle ihre Aufgaben in Ausübung legislativer Gewalt. Darin liegt die Eigenart parlamentarischer Tätigkeit. Damit sind wir zu einer weiteren Grundthese der vorliegenden Arbeit vorgestossen: Die Grundfunktion der Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund ist die Ausübung legislativer Gewalt, um künftiges Handeln des Staates und der darin lebenden Menschen in einem parlamentarischen Verfahren mittels verbindlicher, im politischen Prozess und in kollektiver Selbstbestimmung getroffener Leitentscheide zu steuern und zu rechtfertigen. Die staatsorga-

1894 M.w.H. dazu Rz. 518, 527.

1895 M.w.H. zur Ausübung exekutiver Gewalt im Rahmen der Rechtsetzung MÖLLERS, Gewaltengliederung, 178 ff.

1896 Vgl. BIAGGINI, Richterrecht, 275 f.; m.w.H. zur Ausübung judikativer Gewalt im Rahmen der Rechtsetzung MÖLLERS, Gewaltengliederung, 135 ff.

1897 B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 89.

nisatorischen Grundanliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung umspülen legislative Gewaltausübung dabei durchgehend und garantieren, dass parlamentarische Tätigkeit allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden und beiden Selbstbestimmungsformen gegenüber verantwortet bleibt.

Wenn weder der verfassungsrechtliche Gesetzesbegriff (Art. 164 BV) noch der Zugang zum Referendum, sondern die Art und Weise der legislativen Gewaltausübung das funktionelle Wesensmerkmal parlamentarischen Handelns ist,[1898] stehen nicht mehr die Organisation des parlamentarischen Verfahrens und die parlamentarischen Handlungsinstrumente im Zentrum parlamentarischer Tätigkeiten. Es ist nicht mehr entscheidend, «ob [sich] auch ein anderes Organ mit demselben Gegenstand befasst oder ob es in erheblichem Umfang zur parlamentarischen Leistung beiträgt».[1899] «Ausschlaggebend ist», so B. EHRENZELLER, «ob eine zu regelnde Frage von derartiger Natur ist, dass eine befriedigende Regelung nur im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens zu finden ist».[1900] Das heisst: Die Art und Weise, wie die Bundesversammlung legislative Gewaltausübung legitimiert, wird zum zentralen Kriterium für die Bestimmung der Befugnisse der Bundesversammlung innerhalb der verschiedenen staatlichen Grundfunktionen und ihres Anteils an einer bestimmten Staatsaufgabe.[1901] 484

4. Institutionell-organisatorische Legitimationsform der Bundesversammlung

Wie legitimiert die Bundesversammlung die Ausübung legislativer Gewalt und worin unterscheidet sich die Art und Weise der parlamentarischen Legitimation staatlichen Handelns von Legitimationsformen anderer Gewaltenträger? Die institutionell-organisatorische Legitimationsform der Bundesversammlung hat sich auf zwei Seiten hin abzugrenzen: gegenüber der exekutiven und der judikativen Ausübung staatlicher Gewalt (Abschnitt a) sowie gegenüber der direktdemokratischen Ausübung staatlicher Gewalt durch Volk und Stände (Abschnitt b). 485

[1898] B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 97.
[1899] B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 90.
[1900] B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 90.
[1901] M.w.H. zur Ausübung legislativer Gewalt auch Rz. 575 ff.

a) Maximierung von Zustimmung als Legitimationsform parlamentarischer Tätigkeit

486 Die Bundesversammlung leistet durch ihre Legitimationsform einen eigenen und komplementären Beitrag zur Ausübung und Rechtfertigung staatlichen Handelns. Mit ihr grenzt sie sich ab vom Bundesrat, der in Ausübung exekutiver Gewalt staatliches Handeln initiiert und effektiv sowie effizient vornimmt,[1902] und dem Bundesgericht, das in Ausübung judikativer Gewalt für rechtmässiges und im Einzelfall hinnehmbares Staatshandeln sorgt.[1903] Die parlamentarische Repräsentation und ihre personelle Legitimation sind zwar notwendige, aber keine hinreichenden Voraussetzungen der Rechtfertigung parlamentarischer Akte. Denn als Ausformung einer Konkordanzdemokratie institutionalisiert das in der Bundesverfassung grundgelegte parlamentarische Verfahren eine verstärkte Suche nach opportunen, zweckmässigen und zustimmungsfähigen Beschlüssen. Das drohende Referendum intensiviert diese Suche nach allseitig hinnehmbaren Entscheiden zusätzlich.[1904] Als Konsequenz davon setzt die Rechtfertigung parlamentarischer Akte ein gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden sowie beiden Modi menschlicher Selbstbestimmung verantwortetes Geben und Nehmen von Gründen und einen darauf gestützten Entscheid voraus.[1905] Dieses Herausstellungsmerkmal der parlamentarischen Legitimationsform wollen wir hier als *Deliberation* bezeichnen.

487 Mit der parlamentarischen Deliberation nicht zu verwechseln ist der allgemeinere Deliberationsbegriff von HABERMAS. Nach ihm ist staatliches Handeln legitim, wenn «alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten»[1906]. Dadurch bleibt der Vorgang der Deliberation auf einen rationalen Austausch von Gründen in einem ewigen Diskurs ausgerichtet, während die Momente des Kompromisses und der Dezision vernachlässigt werden. Nach dem hier vertretenen Verständnis bezweckt parlamentarische Delibe-

---

[1902] So HESSE, Grundzüge, Rz. 530; m.w.H. auch Rz. 545.

[1903] M.w.H. auch Rz. 544; ebenso B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73; vgl. auch KIENER, Die Bundesversammlung als Parlament des Bundes, in: Staatsrecht, § 18, Rz. 1; HESSE, Grundzüge, § 15, Rz. 572.

[1904] Vgl. auch KELSEN, Demokratie, 57, «Mit seiner dialektisch-kontradiktorischen, auf Rede und Gegenrede, Argument und Gegenargument abgestellten Technik ist es [das Parlament] in besonderem Masse auf die Erzielung eines Kompromisses ausgerichtet».

[1905] Vgl. ähnlich, jedoch unter Verweis auf die «diskursive Rationalität» im Sinne der Diskurstheorie: TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 568; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 336 f.; WINDISCH, Ethik, 353 ff.; vgl. für eine zusammenfassende Würdigung der diskurstheoretischen Staatsrechtslehre in der Schweiz KLEY, Geschichte, 429 ff.; siehe auch MÖLLERS, Bundesverfassungsgericht, 352 f.

[1906] HABERMAS, Faktizität, 138.

ration jedoch gerade auch das Treffen verbindlicher Leitentscheide in einem parlamentarischen Verfahren, die in einer auf Zustimmung stossenden Weise auf künftiges Handeln des Staates und der darin lebenden Menschen einwirken.[1907] Mit anderen Worten verschafft parlamentarische Deliberation Meinungen Gehör (*expressive function*), sensibilisiert die Öffentlichkeit (*teaching function*) und formt den politischen Willen für eine bestimmte staatliche Handlung durch das Abwägen möglicher Optionen in einem deliberativen Prozess.[1908]

Deliberation umschreibt also einen in einer Entscheidung mündender Dialog zur Beurteilung, ob ein politischer Vorschlag als Kompromiss zur Steuerung staatlichen Handelns taugt. Obgleich ein im Rahmen der parlamentarischen Deliberation getroffener Entscheid keine rationale Wahrheit ist, nicht zwingend die effizienteste Option darstellt, hat er sich in einem deliberativen Prozess als tauglichste Alternative erwiesen, die auf Zustimmung stösst, weil ihr als Grundlage rechtmässigen Verhaltens vertraut werden kann. Kurz gesagt: Parlamentarische Deliberation stabilisiert und legitimiert staatliche Entscheide in einem Argumentationsprozess durch die Konfrontation politischer Vorschläge mit Einwänden anderer; sie bezweckt die Maximierung von Zustimmung gegenüber staatlicher Gewaltausübung. «Wenn das dialektisch-kontradiktorische Verfahren des Parlaments einen tieferen Sinn hat», so der dem Parlamentarismus nicht nur wohlgestimmte KELSEN, «so kann es nur der sein, dass aus der Gegenüberstellung von Thesis und Antithesis der politischen Interessen irgendwie eine Synthesis zustanden komme. Das kann aber hier nur heissen: nicht etwa […] eine höhere, absolute Wahrheit, ein über den Gruppeninteressen stehender, absoluter Wert, sondern ein Kompromiss.»[1909] 488

b) Verantwortete Deliberation als Legitimationsform parlamentarischer Tätigkeit

Der Wortlaut von Art. 148 Abs. 1 BV legt die Sichtweise nahe, dass die Ausübung von Staatsgewalt durch die Bundesversammlung sich von jener durch Volk und Stände unterscheidet, weil das Parlament aufgrund seiner Beschaffenheit sowie der ihm zur Verfügung stehenden Verfahren und Handlungsinstrumente im Finden politischer Kompromisse effektiver ist als der schwerfälligere 489

[1907] RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2300b; zum Begriff der Deliberation auch B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 73, 90.

[1908] Zitiert bei OFK-BV, BIAGGINI, Art. 148, N 3 unter Verweis auf Walter Bagehot.

[1909] KELSEN, Demokratie, 58; ebenso KLEY, Kompromiss, 1380; EICHENBERGER, Leistungsstaat, 66, weist darauf hin, dass die Bundesversammlung im politischen Prozess nach akzeptablen Staatsakten sucht, nicht nach einer möglichst effizienten und rationalen Ausübung staatlicher Gewalt; ähnlich auch die ebenso pathetische wie schöne Formulierung von BURCKHARDT in Fn. 1514.

direktdemokratische Prozess. Das heisst: Die deliberative Maximierung von Zustimmung ist aus Gründen der Machteffektuierung im Grundsatz der Bundesversammlung aufgetragen, nicht dem Stimmvolk. Dies, obschon die breite, in einer Volksabstimmung mündende Deliberation sich eigentlich besser eignen würde, möglichst viel Zustimmung und Akzeptanz hinter einen Kompromiss zu scharen. Eine solche Sichtweise vernachlässigt jedoch, dass die Bundesversammlung als Treuhänderin nicht nur aus Gründen der Machteffektuierung staatliche Gewalt im Namen von Volk und Ständen ausübt, sondern die Macht des Souveräns auch in dessen Interesse hemmt.

490 Vor dem Hintergrund der beiden staatsorganisatorischen Grundanliegen von Machthemmung und Machteffektuierung wird deutlich, dass der Unterschied zwischen den Legitimationsformen der Bundesversammlung als legislativer Gewalt sowie der direktdemokratischen Gewaltausübung durch das Volk vor allem in der andersartigen Ausrichtung gegenüber diesen zwei staatsorganisatorischen Grundanliegen liegt: Deliberation in der Öffentlichkeit im Rahmen der Ausübung direktdemokratischer Staatsgewalt ist abgesehen von strafrechtlichen Schranken und rudimentären, rechtlichen Verfahrensvorgaben keinen machthemmenden Effekten ausgesetzt. Das «Volk» bleibt als Verfassungsgeber eine anonyme Masse Einzelner, die einen verfassungsmässigen Anspruch darauf haben, über Beschlussanträge so zu entscheiden, wie es ihnen beliebt, ohne jemandem darüber Rechenschaft ablegen zu müssen (Art. 34 Abs. 2 BV).[1910] Die parlamentarische Deliberation bleibt dem Recht und der Verfassung hingegen umfassend unterstellt. Sie spielt sich in rechtlich vorgegebenen Verfahren ab, die bis hin zu den Redezeiten[1911] geregelt sind. Im Rahmen der parlamentarischen Deliberation sind die machthemmenden Effekte somit viel stärker ausgeprägt und zwingen dazu, zustimmungsfähige Entscheide zu entwickeln, die gegenüber beiden Selbstbestimmungsformen sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet bleiben. Der eigene und komplementäre Beitrag der Bundesversammlung, wenn sie anstelle von Volk und Ständen «die oberste Gewalt im Bund» ausübt, liegt demzufolge in der demokratisch, rechtsstaatlich und bundesstaatlich verantworteten Deliberation.[1912]

491 Beispielhaft: Die Annahme einer Volksinitiative ist ein reiner Akt kollektiver Selbstbestimmung des Verfassungsgebers, eine Pflicht zum Schutz individueller Selbstbestimmungsformen bei der Abstimmung über Vorlagen der Verfassungsänderung existiert nicht. Die Bundesversammlung darf eine geltende Verfassungsnorm als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung hingegen nicht blindlings

[1910] Vgl. Rz. 77.

[1911] Vgl. etwa Art. 44 GRN.

[1912] Nach SEILER, Gewaltenteilung, 305, «hindert der demokratische Mehrheitsentscheid nicht, dass Minderheiten unterdrückt werden können».

«umsetzen», sondern hat jeweils auch das notwendige Mindestmass an Respekt gegenüber individuellen Selbstbestimmungsformen zu gewährleisten. Denn ein parlamentarischer Kompromiss, der nicht beiden Legitimationsmodi staatlichen Handelns gegenüber verantwortet bleibt oder einen der drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide aussen vor lässt, kann in einem demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Verfassungsstaat schlichtweg keine zustimmungsmaximierende Option darstellen.

IV. Würdigung: Die Bundesversammlung als koordinierende Moderatorin

Die Bundesversammlung ist als historisch gewachsenes Organ in einem einzigartigen politischen System eingebettet. Im gewaltengliedrigen Arrangement der Bundesverfassung kommt ihr die Stellung als Parlament auf Stufe Bund und legislative Gewalt zu. Als oberste Gewalt im Bund ist die Bundesversammlung den anderen Gewaltenträgern weder starr noch einseitig übergeordnet und ihnen gegenüber abhängig von der Aufgabe in unterschiedlichem Ausmass zu kooperativer Zusammenarbeit verpflichtet. Die Grundfunktion der Bundesversammlung ist es, künftiges Staatshandeln in einem parlamentarischen Verfahren mittels verbindlicher, im politischen Prozess getroffener Leitentscheide zu steuern sowie gegenüber allen verfassungsstaatlichen Grundanliegen und den beiden dahinterstehenden Legitimationsmodi zu rechtfertigen. Ihre institutionell-organisatorische Legitimationsform ist die demokratisch, rechtsstaatlich und bundesstaatlich verantwortete Deliberation. 492

Als «Forum der Nation»[1913] war und ist die Bundesversammlung somit ein Marktplatz für den Austausch von Interessen und Anliegen. Sie agiert dem Wesen und der Funktion nach als Moderatorin zwischen verschiedenen politischen, mitunter verfassungsrechtlich geschützten Interessen. In einer direkten Demokratie wird diese Moderationsfunktion des Parlaments auch in andere Richtungen ausgeprägt, da das Parlament aus Gründen der Machteffektuierung wie der Machthemmung nie nur Sprecher und Kontrolleur im Auftrag des Volkes ist, sondern auch Sprecher und Kontrolleur der repräsentativen Organe gegenüber dem Volk. Diese tieferliegende Moderationsfunktion der Bundesversammlung im institutionellen Arrangement ist Ausdruck ihrer Rolle als oberste Gewalt im Bund und ergibt sich unmittelbar aus Art. 148 Abs. 1 BV. Mit anderen Worten agiert die Bundesversammlung als Hüterin der Bundesverfassung[1914] im Sinne einer Drehscheibe zwischen den eingesetzten Organen und dem an der Staatslei- 493

[1913] LINDER/MUELLER, Demokratie, 282.

[1914] Vgl. DIGGELMANN, Das Parlament als Hüterin der Verfassung, NZZ, 27.05.2014.

tung beteiligten Souverän. Sie «hybridisiert»[1915] demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Anliegen; sie integriert Recht und Politik nicht ineinander, sondern verkoppelt sie in einer Form, durch die beide Eigenwerte fortbestehen. Gewissermassen ist sie die koordinierende Moderatorin in einem besonders stark auf Ausgleich ausgerichteten verfassungsrechtlichen Arrangement. Vor dem Hintergrund dieser gewonnenen Erkenntnisse über die verfassungsrechtliche Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen im Allgemeinen rückt die eigentliche Frage wieder in den Vordergrund: Wie fügt sich die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen als Aufgabe und Tätigkeit im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung ein und welchen Anteil hat die Bundesversammlung an dieser Aufgabe?

C. Koordination als Aufgabe im Gefüge der Bundesverfassung

494 Wie ist die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in der Bundesverfassung ausgestaltet? Damit wird die Kernfrage des vorliegenden Kapitels wieder ins Zentrum gerückt und soll nun mit Blick auf die gewonnenen Erkenntnisse über das gewaltengliedrige Arrangement der Bundesverfassung verifiziert und präzisiert werden. Wie auch immer die Bundesverfassung die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch genau regelt: Es handelt sich auf jeden Fall um eine Form staatlichen Handelns, die innerhalb der allgemeinen Entscheidungsprozesse stattfindet und durch die Bundesverfassung ausgestaltet wird. Wo die Bundesverfassung staatliches Handeln nicht näher regelt, vermittelt das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung zusätzliche Orientierung durch bestimmte Grundanforderungen an eine gleichermassen machteffektuierende und machthemmende Ausgestaltung staatlicher Tätigkeit.[1916] Die nachfolgenden Überlegungen wollen diese Grundanforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Gewaltausübung im Hinblick auf die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen konkretisieren. Zunächst sind dafür Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung zu verorten und auf eine verfassungsrechtliche Grundlage abzustützen (Abschnitt I). Im Anschluss ist darzulegen, wie die Bundesverfassung die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe und Tätigkeit ausgestaltet (Abschnitt II). Schliesslich gilt es zu erörtern, dass und weshalb die Koordination von Verfassungsrecht im

[1915] Der Begriff der Hybridisierung ist entnommen bei MÖLLERS, Bundesverfassungsgericht, 322 f.

[1916] M.w.H. Rz. 460.

Widerspruch einen dialektischen Prozess zwischen Machteffektuierung, Machthemmung und staatsleitender Moderation darstellt (Abschnitt III).

I. Verfassungsgrundlagen der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe

Die Bundesverfassung lebt seit ihren Anfängen von der Entwicklung des Verfassungstextes durch Entscheide der Bundesversammlung, des Bundesrates sowie des Bundesgerichts auf der Handlungs- und der Kontrollebene.[1917] Die Existenz von Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung, Integration und Koordination angenommener Volksinitiativen gilt somit als unbestritten. Umgekehrt hat die Bestandsanalyse in Teil II gezeigt, dass der Umgang mit Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, ein vielschichtiges Phänomen ist, mit dessen Systematisierung sich die Verfassungsdogmatik schwertut.[1918] Die nachfolgenden Ausführungen rufen daher vorab nochmals die Erfassungsprobleme entsprechender Gestaltungsbefugnisse und die dafür existierenden Bewältigungsansätze der Verfassungsdogmatik in Erinnerung (Abschnitt 1). Im Anschluss sind die Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen stimmig im gewaltengliedrigen Arrangement der Bundesverfassung zu verorten (Abschnitt 2). 495

1. Organ- und funktionsbezogene Erfassungsprobleme

Das institutionelle Grundproblem der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch liegt darin, dass entsprechende Gestaltungsbefugnisse weder von einer bestimmten Staatsfunktion noch einem einzelnen Organ her im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung als Ganzes erfasst werden können. Weder die Rechtsetzungsbefugnisse des Verfassungsgebers (Art. 192 ff. BV) noch die Zuständigkeiten der Bundesversammlung (Art. 163 ff. BV), des Bundesrates und der ihm unterstellten Verwaltung (Art. 180 ff. BV) oder des Bundesgerichts (Art. 189 ff. BV) bilden die Tätigkeiten zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch vollständig ab. Ebenso zum Scheitern verurteilt ist der Versuch, solches Staatshandeln entlang einer bestimmten Staatsfunktion zu erfassen. Schliesslich haben wir festgestellt,[1919] dass die nähere Ausgestaltung 496

[1917] Vgl. Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 43; m.w.H. zu verschiedenen Organen der Verfassungskonkretisierung H. HUBER, Konkretisierung, 191 ff.; EHMKE, Verfassungsinterpretation, 68 f.; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 295 ff.

[1918] Dazu grundlegend Teil II Kapitel 4 sowie zur Kritik Teil II Kapitel 5.

[1919] M.w.H. Teil II Kapitel 3 C. II. 1; siehe auch Teil II Kapitel 4 C.

und Koordination von Verfassungsnormen im Rahmen der Rechtsetzung[1920], der Rechtsumsetzung[1921] wie auch der Rechtsprechung[1922] stattfinden kann.

497 Die Verfassungsdogmatik begegnet den organ- und funktionsspezifischen Erfassungsproblemen von Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen primär durch Delegations- und Ermächtigungskonstrukte. Solche Befugnisse beginnen, so die These, dort, wo der Verfassungsgeber ausdrücklich oder stillschweigend auf eine nähere Ausgestaltung des Verfassungsgehalts verzichtete.[1923] Diese Sichtweise deutet sämtliche Steuerungsdefizite von Verfassungsnormen als bewusste Steuerungsform staatlichen Handelns, die zu erweiterten Gestaltungskompetenzen der verfassungshandhabenden Organe auf der Handlungs- und der Kontrollebene führt. Eine im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Verordnungsgeber entwickelte Dogmatik,[1924] die Gestaltungsbefugnisse negativ aus den Rechtsetzungskompetenzen ausscheidet, wird dadurch unreflektiert auf das Verhältnis zwischen dem Verfassungsgeber und dem eingesetzten Gewaltenträger übertragen. So wie der Bundesrat bloss rechtsetzende Bestimmungen erlassen darf, «soweit er durch Verfassung dazu ermächtigt ist»[1925], bleibt auch die nähere Ausgestaltung von Verfassungsrecht auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Übertragung entsprechender Gestaltungskompetenzen durch den Verfassungsgeber angewiesen. Ein solches Verständnis entzieht Verfassungsnormen einen Grossteil ihrer Steuerungskraft. Um Verfassungsentwicklungskompetenzen zu rechtfertigen, ordnet diese Sichtweise zudem die kollektive Selbstbestimmung des Verfassungsgebers schematisch über die individuelle Selbstbestimmung einzelner Individuen und Kantone und implizieren eine sub-

---

1920 So im Regelfall, wenn Verfassungsnormen mittels Ausführungsgesetzgebung näher ausgeformt werden; m.w.H. Rz. 175, 308 f. Aber auch mittels gesetzesvertretender Verordnung zur exekutiven Umsetzung der angenommenen Volksinitiativen gegen den Bau von Zweitwohnungen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), gegen die Abzockerei (Art. 197 Ziff. 10 BV) sowie gegen Masseneinwanderung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV).

1921 So, wenn die Verwaltung oder die Regierung unmittelbar gestützt auf eine hinreichend bestimmte Verfassungsnorm – etwa das Minarettbauverbot – einen Einzelakt erlässt.

1922 So vor allem bei Grundrechtskollisionen; m.w.H. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 71 ff., 74; grundlegend MARTIN, Grundrechtskollisionen; zur Verfassungsverwirklichung im Rahmen der Rechtsprechung allgemein RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435 ff.

1923 M.w.H. Rz. 268, 310; zur entsprechenden Kritik siehe auch Rz. 371.

1924 Zur Steuerung des Verordnungsgeber durch das Gesetz illustrativ G. MÜLLER, Steuerung, 48 ff.

1925 Art. 182 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 164 Abs. 2 BV; m.w.H. OFK-BV, BIAGGINI, Art. 182, N 4; vgl. auch B. EHRENZELLER, Erlassformen, 23 ff.

sidiäre Letztentscheidungsmacht des von Volk und Ständen, wie sie nicht einmal ROUSSEAU forderte – und erst recht nicht die Bundesverfassung.[1926]

2. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als besondere Form der Ausübung staatlicher Gewalt

Wie aber ist die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung einzuordnen und auf welche verfassungsrechtlichen Grundlagen stützen sich Gestaltungskompetenzen zur Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen? Wenn Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in ihrer Gesamtheit weder von einem bestimmten Organ noch einer bestimmten Staatsfunktion erfasst werden können, ist nach einer tieferliegenden Verfassungsgrundlage solchen Staatshandelns zu suchen.[1927] Für nicht näher geregelte Staatstätigkeiten wie die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen ergeben sich aus dem staatsorganisatorischen Residualprinzip der Gewaltengliederung gewisse normative Vorgaben.[1928] Auf jeden Fall erfolgt danach die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen in Ausübung verschiedener Formen von Staatsgewalt durch verschiedene Organe innerhalb der drei Staatsfunktionen. Das heisst: Verschiedene Organe koordinieren in Ausübung legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt, aber eben auch direktdemokratischer Gewalt widersprüchliche Verfassungsnormen. Die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen ist also nicht Teil einer vierten oder anderen Staatsfunktion,[1929] sondern findet innerhalb der drei staatlichen Grundfunktionen statt. Sodann wird die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen wie jede andere Form staatlicher Gewaltausübung von den beiden staatsorganisatorischen Grundanliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung umspült. Schliesslich ist die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen auch auf eine Weise auszugestalten, die eine effektive Selbstbestimmung im Kollektiv ermöglicht, individuelle Selbstbestimmung garantiert, beide Formen der Selbstbestimmung in einen abgestuften 498

[1926] ROUSSEAU, Gesellschaftsvertrag, 3. Buch, 4. Kapitel, im Originalwortlaut: «Il n'est pas bon que celui qui fait les loix les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales, pour la donner aux objets particuliers».

[1927] Vgl. B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 143.

[1928] Siehe Rz. 458 ff.

[1929] A.M. wohl REICH, Konflikt, 998 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 434 ff.; ähnlich in Bezug auf die Staatsleitung B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 143.

Konkretisierungszusammenhang stellt und gewährleistet, dass keiner der beiden Legitimationsmodi per se vor dem anderen steht.[1930]

499 Vor dem Hintergrund dieser drei staatsorganisatorischen Grundanforderungen wird deutlich, dass die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen als Aufgabe und Tätigkeit im gewaltengliedrigen Gefüge nicht via Organ oder Staatsfunktion, sondern über die verschiedenen Formen staatlicher Gewaltausübung zu erfassen ist. Die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen findet demnach in Ausübung verschiedener Formen der Gewaltausübung im Rahmen der drei staatlichen Grundfunktionen statt.[1931] Damit sind wir zu einer weiteren Grundthese der vorliegenden Arbeit vorgestossen: Die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ist eine besondere Form der Ausübung angestammter Staatsgewalt. Volk und Stände, die Bundesversammlung, der Bundesrat sowie das Bundesgericht leisten je eigene, notwendige und komplementäre Beiträge zur Gesamtaufgabe der Verfassungsentwicklung und -koordination,[1932] die gleichsam Recht und Pflicht sämtlicher Gewaltenträger ist.[1933] Die Verfassungsgrundlage entsprechender Gestaltungskompetenzen ist nicht mehr speziell zu begründen, sondern ergibt sich originär aus der legislativen Gewalt (Art. 148 Abs. 1 BV), der exekutiven Gewalt (Art. 174 BV) und der judikativen Gewalt (Art. 188 Abs. 1 BV). Eine solche Sichtweise muss sich die Befürchtung entgegenhalten lassen, dass durch originär aus der staatlichen Gewalt abgeleitete Befugnisse zur Verfassungsentwicklung die Verfassungsgebundenheit abgestreift, die Steuerungskraft von Verfassungsrecht untergraben und jegliche Ausübung staatlicher Gewalt zur Verfassungsentwicklung erhoben wird. Bei allen Einwänden, die dagegen erhoben werden können, bringt eine Reformulierung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als besondere Form der Ausübung von Staatsgewalt jedoch folgende Vorteile mit sich.

500 *Zum Ersten* bleibt die Steuerungskraft von Verfassungsnormen durch originär sich aus der jeweiligen Staatsgewalt ergebende Verfassungsentwicklungskompetenzen unbehelligt, wenn sorgfältig zwischen dem Vorrang[1934] und dem Vorbehalt[1935] der Verfassung unterschieden wird. Denn: Gestaltungskompetenzen zur

---

1930 Die Formulierung beruht auf MÖLLERS, Gewaltengliederung, 400; ebenso SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 181.

1931 Vgl. in Bezug auf die Staatsleitung B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 144; in Bezug auf die Kontrolle KREBS, Kontrolle, 40 f.

1932 Vgl. in Bezug auf die Staatsleitung B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 144.

1933 Vgl. in Bezug auf die Staatsleitung B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 144, 152.

1934 M.w.H. Rz. 640.

1935 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 38; BADURA, Verfassungskonkretisierung, HStR, § 265, N 35; m.w.H. zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch SCHLUEP, Einladung, Rz. 3253 ff.; m.w.H. zum Vorbehalt der Verfassung MÖSTL, Regelungs-

näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen unterliegen ohne Zweifel einer umfassenden Verfassungsgebundenheit (auch Vorrang der Verfassung), jedoch keiner generellen Verfassungsangewiesenheit (auch Vorbehalt der Verfassung).[1936] Volk und Stände haben die Ausübung staatlicher Gewalt durch die Bundesverfassung 1848 einst umfassend an die darin bestellten Organe übertragen. Erst später erkämpften sie sich direktdemokratische Mitwirkungsrechte zurück und stellten die Ausübung legislativer Gewalt mit dem Erlass von Art. 74 aBV im Jahr 1874 unter ihren «Vorbehalt». Mindestens so wichtig wie dieser Vorbehalt selbst ist eine gemeinhin zu wenig beachtete Konsequenzen davon. Die Bundesversammlung übt zusammen mit den übrigen Gewaltenträgern bis heute staatliche Gewalt im Namen und im Interesse von Volk und Ständen aus, soweit sie von Verfassungs wegen nicht dem Souverän vorbehalten ist.[1937] Der Bedarf einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur legislativen Gestaltung aus bundesstaatlichen Gründen verdeckt diesen staatsorganisatorischen Aspekt zuweilen, aber ändert daran nichts. Nicht ohne Grund fehlt ein Ermächtigungspassus, wie ihn die Bundesverfassung für die Rechtsetzungstätigkeiten des Bundesrates in Art. 182 Abs. 1 BV enthält, für die Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund. Die Bundesversammlung besitzt demnach ein «unmittelbares verfassungsmässiges Normkonkretisierungsrecht»;[1938] «die Fähigkeit, Recht zu schaffen, wohnt dem Gesetz verfassungsmässig inne».[1939] Anders als der Bundesrat im Rahmen der Verordnungsgebung ist sie für den Erlass von Gesetzen nicht auf «grünes Licht»[1940] des Verfassungsgebers angewiesen. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die originären Befugnisse des Bundesrates als oberste leitende und vollziehende Behörde sowie des Bundesgerichts als oberste rechtsprechende Behörde in ihren angestammten Bereichen. Eine grundsätzliche «Verfassungsunangewiesenheit» der eingesetzten Gewaltenträger im Bereich ihrer originären Aufgaben stellt die Suprematie von Volk und Ständen als Verfassungsgeber nicht in Frage. Behauptet wird bloss, dass die Bundesversammlung von Verfassungs wegen zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsrecht befugt ist, selbst wenn die Bundesverfassung sie nicht ausdrücklich dazu ermächtigt, da entsprechende Gestaltungskompetenzen der legislativen Gewalt inhärent enthalten sind; woraus sonst ergeben sich die Gesetzgebungskompetenz

felder der Verfassung, in: Verfassungstheorie, § 17, Rz. 30 ff.; a.M. wohl BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 40 ff.

1936 Vgl. dazu auch Rz. 640 ff. respektive Rz. 643 ff.

1937 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 15; vgl. auch B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 142.

1938 Der Begriff ist entnommen bei B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 89.

1939 F. FLEINER, Institutionen, 67.

1940 B. EHRENZELLER, Erlassformen, 24.

im Falle stillschweigender Bundeskompetenzen,[1941] woher die Befugnisse des Bundesrates und der Bundesversammlung im nicht geregelten Staatsnotstand?[1942]

501 *Zum Zweiten* fallen die diagnostizierten Ermächtigungsdefizite dahin, wenn die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen als besondere Form der Ausübung von Staatsgewalt qualifiziert wird. Steuerungsprobleme aufgrund von unbestimmten Verfassungstexten oder nicht näher geregelten normativen Kontexten begründen nicht automatisch erweiterte Gestaltungskompetenzen von Bundesrat, Bundesversammlung und Bundesgericht. Vielmehr ergeben sich entsprechende Kompetenzen originär aus den verschiedenen Staatsgewalten.

502 *Zum Dritten* fügen sich verschiedene Arten der näheren Ausgestaltung von Verfassungsrecht durch den Bundesrat, die Bundesversammlung und das Bundesgericht, die tradierte Gewaltenteilungskonzepte nicht zu erfassen vermögen, als besondere Formen der Ausübung von Staatsgewalt stimmig in das gewaltengliedrige Gefüge der Bundesverfassung ein – so auch die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen.

503 Damit haben wir eine weitere Grundthese der vorliegenden Arbeit umrissen: Die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen ist eine besondere Form der Ausübung angestammter Staatsgewalt. Das heisst: Volk und Stände können als Staatsorgan durch Verfassungsvorgaben zwar gegen den Willen der eingesetzten Organe steuernd auf die staatliche Gestaltung einwirken. Kraft ihres unmittelbaren verfassungsmässigen Normenkonkretisierungsrechts entscheiden die eingesetzten Gewaltenträger jedoch selbst, ob, wann und wie sie Verfassungsnormen näher ausgestalten, sofern verbindliche Verfassungsvorgaben nichts anderes vorgeben. Beispielhaft: Art. 121 Abs. 4 BV verpflichtet den Gesetzgeber zwar, die Tatbestände nach Absatz 3 näher zu umschreiben, dazu befugt wäre die Bundesversammlung kraft ihrer verfassungsunmittelbaren Normkonkretisierungskompetenz aber auch ohne entsprechende Verfassungsbestimmung, verpflichtet hingegen nicht.

[1941] Zu den stillschweigenden Bundeskompetenzen SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 12; BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 34; TSCHANNEN, Staatsrecht § 20, Rz. 12; BGE 117 Ia 202, E. 4.

[1942] Zum nicht geregelten Staatsnotstand Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 419; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 12 f.; aber auch die bundesrätliche Notverordnungskompetenz in der Aussenpolitik ergibt sich unmittelbar aus der Regierungsfunktion. Die Bundesverfassung erwähnt sie bloss «aus Gründen der Transparenz»; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 417; SGK-BV, SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 BV, Rz. 21.

II. Verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe

Wie gestaltet die Bundesverfassung die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Aufgabe und Tätigkeit näher aus? Die Diagnose, wonach die Bundesverfassung die Entwicklung und Koordination von Verfassungsnormen im Rahmen der angestammten Staatsgewalten näher ausformt, liefert für sich einen beschränkten Erkenntnisgewinn und gibt nicht mehr als eine vage Suchrichtung vor. Gewiss können Rechtsetzungs-, Rechtsumsetzungs- und Rechtsprechungsverfahren daraufhin untersucht werden, ob und wie darin angenommene Volksinitiativen näher auszuformen sind. Die vorliegende Konzeption geht jedoch einen anderen Weg: Die Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch wird als Aufgabe und Tätigkeit entlang der drei verschiedenen Prozessarten zur Machteffektuierung und zur Machthemmung analysiert, die im staatsorganisatorischen Residualprinzip der Gewaltengliederung angelegt sind:[1943] Erstens Prozesse zur machteffektuierenden Koordination von Verfassungsnormen (Abschnitt 1); zweitens machthemmende Prozesse, die dem Missbrauch staatlicher Macht im Rahmen der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch entgegenwirken (Abschnitt 2); und drittens besondere Moderationsprozesse, die für ein Mindestmass an Machteffektuierung oder -hemmung sorgen, indem sie bei der Koordination von Verfassungsnormen zwischen aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen vermitteln, ohne solche Konflikte einseitig vorzuentscheiden (Abschnitt 3). 504

1. Ausgestaltung zwecks Machteffektuierung

Aus Gründen der Machteffektuierung findet die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen in einem kooperativen Prozess zwischen Repräsentanten und Repräsentierten statt. Für eine möglichst sachgerechte und effektive Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen will die Bundesverfassung dabei durch die folgende Ausgestaltung dieser Tätigkeiten sorgen: 505

Volk und Stände besitzen als Verfassungsgeber zwar eine Kompetenz, widersprüchliche Verfassungspflichten in Ausübung staatlicher Gewalt zu koordinieren.[1944] Aus Gründen der Machteffektuierung überlassen sie die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen indes weitgehend anderen, sich dafür besser eignenden Organen. Ihretwegen ist es primär Sache der Bundesversammlung, angenommene Volksinitiativen in Ausübung legislativer Gewalt im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion näher auszugestalten. Denn wo eine 506

[1943] Siehe Rz. 460.

[1944] So geht Art. 59 Abs. 1 und 2 BV dem Art. 8 Abs. 3 BV vor und Art. 78 Abs. 5 BV sowie Art. 72 Abs. 3 BV anderen Verfassungsnormen.

allgemeinverbindliche Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen für die Zukunft gesucht ist, die auf möglichst breite Zustimmung und Akzeptanz stösst,[1945] vermag die Bundesversammlung Verfassungsnormen aufgrund ihrer Legitimationsform – der verantworteten Deliberation – einander besser zuzuordnen als der Bundesrat oder das Bundesgericht.

507 Vereinzelt ist es aus Gründen der Machteffektuierung aber auch angezeigt, Verfassungsnormen in Ausübung exekutiver Gewalt näher auszugestalten. Vor allem bei sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit ist der effiziente Entscheidungsprozess der Regierung und der ihr nachgelagerten Verwaltung aus Gründen der Machteffektuierung dem langwierigen parlamentarischen Verfahren vorzuziehen.[1946] Soweit die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen das Treffen von technischen, besonderen Sachverstand voraussetzenden Entscheiden verlangt, ist dafür aus Gründen der Machteffektuierung ebenfalls bevorzugt die Exekutive zuständig.[1947] Nach allgemeiner Auffassung vereinen Regierung und Verwaltung nämlich mehr und besseres Wissen in sich als ein Gericht oder das Parlament. Wenn eine angenommene Volksinitiative also den Bundesrat generell oder nach Ablauf einer bestimmten Frist subsidiär für zuständig erklärt, die hinzugefügte Verfassungsnorm auf dem Verordnungsweg näher auszugestalten,[1948] so erweist sich dies mit Blick auf die institutionell-organisatorische Legitimationsform der Exekutive nicht per se als verfassungswidrig. Denn eine Regelung der Koordinationsoffenheit in Ausübung exekutiver Gewalt kann sich entgegen der vorherrschenden Lehre[1949] aus Gründen der Machteffektuierung durchaus rechtfertigen, wenn die gesetzgebenden Organe es versäumen[1950], ihrem Gestaltungsauftrag nachzukommen,[1951] oder Dringlichkeit vorherrscht.

[1945] M.w.H. zur funktionalen Eignung des Bundesgerichts zur Verfassungskonkretisierung SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 501 ff.

[1946] SEILER, Gewaltenteilung, 323 ff.

[1947] B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 389; SEILER, Gewaltenteilung, 320.

[1948] So die angenommenen Volksinitiativen gegen den Bau von Zweitwohnungen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), gegen die Abzockerei (Art. 197 Ziff. 10 BV) sowie gegen Masseneinwanderung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV).

[1949] So SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 68; siehe auch die Diskussion zur hinreichenden verfassungsrechtlichen Grundlage zur Umsetzung von Art. 75b BV auf Verordnungsstufe bei SGK-BV, RUCH, Art. 75b, Rz. 20 ff. und GRIFFEL, Umsetzung, 71 ff.

[1950] M.w.H. zum säumigen Gesetzgeber BIAGGINI, Verfassungsfortbildung, 136 f.; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 134, 395 ff., BIAGGINI, Richterrecht, 452 ff.

[1951] So für die Umsetzung der angenommenen Volksinitiativen gegen den Bau von Zweitwohnungen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), gegen die Abzockerei (Art. 197 Ziff. 10 BV) sowie gegen Masseneinwanderung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV).

Mit Blick auf das staatsorganisatorische Grundanliegen der Machteffektuierung gewinnen auch die anerkannten Verfassungsentwicklungsbefugnisse des Bundesgerichts schärfere Konturen:[1952] Soll die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch «in erster Linie Recht verschaffen und nicht Recht schaffen»[1953], eignet sich die judikative Legitimationsform, die nach Rechtsschutz des Betroffenen und Einzelfallgerechtigkeit sucht,[1954] besser als die Legitimation staatlichen Handelns durch Deliberation (Bundesversammlung) oder Effizienz (Bundesrat). Kollidierende Grundrechtsansprüche sind daher bevorzugt in Ausübung judikativer Gewalt zu koordinieren solange man sie von anderen Ansprüchen zu trennen vermag. Ist indes ein politischer Konflikt zu befrieden, der mittels Volksinitiative zu diesem Zweck in die Verfassung getragen wurde, wirken weder die judikative Legitimationsform der Gerechtigkeitssuche noch die retrospektive, sich am Einzelfall orientierende Rechtsprechungsfunktion machteffektuierend. Stattdessen ist eine allgemeinverbindliche Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen für die Zukunft vonnöten, die auf möglichst breite Zustimmung und Akzeptanz stösst.[1955] Problematisch an «Warn-Dicta»[1956] des Bundesgerichts, mit denen es auf die Gestaltungsbefugnisse der gesetzgebenden Organe vorgreift, ist demzufolge nicht die Einwirkung auf die Gesetzgebung an sich,[1957] denn diese lässt die Bundesverfassung durch die Verschränkung der verschiedenen Funktionen bewusst zu.[1958] Kritisch zu beurteilen sind solche Erwägungen, weil die Legitimationsform des Bundesgerichts für den Erlass von Ausführungsgesetzen zu angenommenen Volksinitiativen nicht geeignet ist.[1959] Schliesslich geht es nicht um die Vermittlung von Rechtsschutz und Einzelfallgerechtigkeit, sondern um die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zur Bewältigung politischer Konflikte, die mittels Volksinitiative in die Verfassung getragen wurden. 508

Zusammengefasst verleiht der Blick auf das staatsorganisatorische Grundanliegen der Machteffektuierung anerkannten und weniger anerkannten Verfassungsentwicklungs- und Koordinationskompetenzen der einzelnen Gewaltenträger zusätzliche Tiefenschärfe. Zudem erweist sich eine nähere Ausgestaltung und Ko- 509

1952 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 435; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 40, Rz. 5; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 135 ff.; grundlegend, CHIARIELLO, Verfassungsgeber, 351 ff.; mit Vorbehalten SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 510 ff.

1953 BIAGGINI, Richterrecht, 393.

1954 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 389; SEILER, Gewaltenteilung, 322.

1955 M.w.H. zur funktionalen Eignung des Bundesgerichts zur Verfassungskonkretisierung SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 501 ff.

1956 M.w.H. dazu Rz. 309 und dort Fn. 1193.

1957 Kritisch BIAGGINI, Obiter Dictum, 169 f.; BIAGGINI, Auslegung, 323 ff.

1958 Dazu BIAGGINI, Rechtsprechung, VdS, § 73, Rz. 8.

1959 Als Beispiele einer entsprechenden Überschreitung judikativer Befugnisse zu erwähnen sind BGE 139 I 16, 28, E. 5 ff. und BGE 142 II 35, 38 ff., E. 3.2 ff.

ordination von Verfassungsnormen durch verschiedene Organe im Rahmen der drei Staatsfunktionen aus Gründen der Machteffektuierung im Grundsatz als ebenso sinnvoll wie verfassungsmässig.

2. Ausgestaltung zwecks Machthemmung

510 Aus Gründen der Machthemmung organisiert die Bundesverfassung die nähere Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen in einer Weise, die dem Missbrauch staatlicher Gewalt entgegenwirkt. Sie greift dazu im Wesentlichen auf drei Organisationstechniken zurück: die heteronome Interorgankontrolle, die hierarchische Zuordnung verschiedener Formen der Verfassungsentwicklung und -koordination sowie die Bindung an übergeordnete Formen staatlicher Gestaltung.

511 Die *heteronome Interorgankontrolle* institutionalisiert Reflexion durch andere Organe und sorgt für machthemmende Effekte durch Zwang zu Kooperation. Ihr sind einmal Volk und Stände als Verfassungsgeber ausgesetzt. Sie können die Bundesverfassung im Verfahren der Teilrevision zwar um einen ihnen beliebigen Artikel ergänzen, um steuernd auf andere Organe einzuwirken. Für die Verwirklichung einer angenommenen Volksinitiative bleibt der Verfassungsgeber indes auf ebenjene Organe angewiesen. Sodann zwingt eine heteronome Interorgankontrolle im Rahmen der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen Bundesverwaltung, Bundesrat, Bundesversammlung sowie Volk und Stände im Rahmen der Rechtsetzungsfunktion zu einer machthemmenden Kooperation. Das Instrument des Gesetzesreferendums, mit dem das Volk Einsprache gegen Akte der Bundesversammlung erheben kann, ist dabei von besonderer Bedeutung (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV).[1960] Es zwingt die an der Ausführungsgesetzgebung beteiligten Organe dazu, ihre Verfassungsentwicklung gegenüber dem Volk zu verantworten, und stellt sicher, dass es bei der legislativen Verfassungsentwicklung im Spiel bleibt. Diese machthemmende Funktion des Referendums unterstreicht auch die These GIACOMETTIS von der «Demokratie als Hüterin der Menschenrechte».[1961]

512 Die *Verfassungsgebundenheit* der einzelnen Gewaltenträger erzeugt im Rahmen der näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen ebenfalls machthemmende Effekte. In rechtsstaatlicher Hinsicht sorgt sie für Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Grundrechtsschutz. In demokratischer Hinsicht garantiert die Verfassungsgebundenheit die Mitwirkung des einzelnen Bürgers, da nicht zuletzt sie Volk und Ständen es ermöglicht, durch Verfassungsrecht unmittelbar steuernd

[1960] SGK-BV, B. EHRENZELLER/NOBS, Art. 141, Rz. 12; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 650.

[1961] GIACOMETTI, Hüterin, im Titel sowie 12 ff.

auf die staatliche Gestaltung einzuwirken und die eingesetzten Staatsorgane entsprechend in die Pflicht zu nehmen. Und in bundesstaatlicher Hinsicht soll die Verfassungsgebundenheit verhindern, dass die Bundesorgane Staatshandlungen gegen den Willen der Kantone vornehmen. Ausserdem ist eine umfassende Verfassungsgebundenheit der repräsentativen Organe im Kontext der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen aus demokratischen, rechtsstaatlichen, aber auch bundesstaatlichen Gründen von entscheidender Bedeutung für die Fesselung staatlicher Macht, weil allen voran die Bundesversammlung im Bereich ihrer angestammten Staatsgewalt keiner Verfassungsangewiesenheit unterliegt und originär dazu ermächtigt ist, über den näheren Inhalt einer Verfassungsnorm zu bestimmen.[1962]

Die *hierarchische Zuordnung verschiedener Formen staatlicher Gestaltung* sorgt 513
bei der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen für zusätzliche machthemmende Effekte. Der Vorentscheid des Verfassungsgebers ist danach für die Bundesversammlung, den Bundesrat und das Bundesgericht, aber auch alle Kantone verbindlich; genauso ist für Bundesrat, Bundesverwaltung, Bundesgericht und die Kantone die nähere Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative der Bundesversammlung massgeblich – Art. 190 BV verschafft dem Nachdruck. Und ein kantonales Gericht bleibt an eine durch das Bundesgericht vorgenommene Zuordnung kollidierender Grundrechte gebunden. Umgekehrt steht es dem Verfassungsgeber offen, die Bundesverfassung durch eine eigene Regelung von Normrelationen in die Pflicht zu nehmen. Gesetzesvertretende Verordnungen des Bundesrates zur näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen sind für das Bundesgericht, die Bundesverwaltung und die Kantone verbindlich, nicht aber für die Bundesversammlung.[1963] Trotz unbestrittener «Vorwirkung» solcher verfassungsgestaltender Verordnungen auf die legislative Gestaltung stünde es der Bundesversammlung demnach frei, Art. 95 Abs. 3 BV auf eine andere Weise auszugestalten, als dies der Bundesrat in seiner Verordnung getan hat.[1964] Dies, auch wenn eine Abkehr von der bundesrätlichen Verordnung de facto nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit schwer sein dürfte, wie die Beispiele der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV[1965] und Art. 75b BV[1966] zeigen. Nicht immer die notwendige Beachtung findet in der

[1962] Vgl. Rz. 500.

[1963] So etwa die Verordnung des Bundesrates vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV).

[1964] Vgl. dazu in Bezug auf die bundesrätliche Umsetzung von Art. 121a BV SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 121a, Rz. 65 f.; zur problematischen Vorwirkung von Warn-Dicta des Bundesgerichts BIAGGINI, Obiter Dictum, 169 f.

[1965] Die entsprechende Aktienrechtsrevision folgt im Wesentlichen dem Konzept der VegüV, BBl 2017 426 ff; siehe dazu auch Fn. 1963.

[1966] Eingehend zur ZWV und deren Einfluss auf das ZWG Rz. 149.

Verfassungsdogmatik, dass die Technik der hierarchischen Zuordnung nur im Zusammenspiel mit der Verfassungsgebundenheit machthemmende Effekte erzeugt. Derweil jenseits verbindlicher Vorgaben trotz hierarchischer Zuordnung einzelner Organe auch Raum für demokratische oder bundesstaatliche Selbstbestimmung im Kollektiv durch die zuständigen Organe besteht.[1967]

3. Ausgestaltung zwecks staatsleitender Moderation

514 Als Verfassungsprinzip einer Ausgleichsordnung verlangt das Organisationsprinzip der Gewaltengliederung neben machthemmenden und machteffektuierenden Verfahren auch Moderationsprozesse, die im Falle eines offenen Konflikts zwischen verschiedenen Selbstbestimmungsformen oder verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden ein Mindestmass an Machteffektuierung oder -hemmung garantieren. Die These von solchen Moderationsprozessen wurde bisher bloss skizzenhaft dargelegt.[1968] Die nachfolgenden Ausführungen wollen sie anhand von zwei Beispielen verifizieren und vertiefen, um herauszufinden, ob die Bundesverfassung auch die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in staatsleitenden Moderationsprozessen ausgestaltet, die weder angenommene Volksinitiativen als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung des Verfassungsgebers noch Formen individueller Selbstbestimmung strukturell privilegieren.

515 Zu diesem Zweck werden die Aufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Erhalts der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen zum Vergleich beigezogen und analysiert, um Schlüsse daraus zu ziehen, ob und auf welche Weise die Bundesverfassung in staatsleitenden Moderationsprozessen offene Konflikte zwischen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden oder einzelnen Selbstbestimmungsformen bewältigt, ohne sie vorzuentscheiden. Sowohl die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit wie auch die Befugnisse zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit werden dabei abgehandelt, ohne ihnen systematisch gerecht werden zu können. Beide Aufgaben werden auch nicht mit der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch gleichgesetzt, sondern dienen bloss als Quellen der Erkenntnis über Regelungsmuster der Bundesverfassung zum Umgang mit aufeinanderprallenden Formen der Selbstbestimmung. Das Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit soll veranschaulichen, wie die Bundesverfassung ein Mindestmass an Machthemmung institutionell absichert, wenn Selbstbestimmungsformen aufeinanderprallen (Abschnitt a). Der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen steht Beispiel für die Sicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung im Falle kollidierender

[1967] Zum Raum für bundesstaatliche Überlegungen im Rahmen der Rechtsanwendung B. SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit, 174 ff.

[1968] Siehe auch Rz. 425 ff.

Selbstbestimmungsformen (Abschnitt b). Zum Schluss wird erörtert, dass und weshalb auch die nähere Ausgestaltung der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen mitunter in solchen Moderationsprozessen ausgestaltet ist (Abschnitt c).

a) Sicherung hinreichender Machthemmung in der Bundesverfassung

Institutionalisiert die Verfassungsgerichtsbarkeit einen staatsleitenden Moderationsprozess zur prozeduralen Sicherung eines Mindestmasses an Machthemmung? Verfassungsgerichtsbarkeit meint gemeinhin die Kontrolle staatlicher Akte auf ihre Verfassungskonformität in einem justizförmigen Verfahren, das in einem verbindlichen Entscheid eines Justizorgans mündet.[1969] Gemäss einem weiten Verständnis umschreibt die Verfassungsgerichtsbarkeit ein Bündel von Aufgaben, zu denen traditionell die Normenkontrolle[1970], die Beurteilung von Verfassungsbeschwerden[1971], Wahl- und Abstimmungskontrollen[1972], die Entscheidung über Organ-[1973] und Kompetenzstreitigkeiten[1974] sowie die Anklage von Mitgliedern oberster Staatsorgane[1975] zählen. Sodann unterstreicht der Terminus der Verfassungsgerichtsbarkeit den massgeblichen Kontrollmassstab, die Verfassung,[1976] und betont die Zuständigkeit der Justiz für eine solche Kontrolle. Die Verfassungsdogmatik erachtet die Justiz hierfür als besonders geeignet, weil sie von den Organen, die für die kontrollierten Akte verantwortlich sind, unabhängig ist und ein Gerichtsverfahren am ehesten eine objektive, sachrichtige Entscheidung über die Verfassungsmässigkeit staatlicher Akte gewährleistet.[1977] Schliesslich unterscheidet die Literatur zwischen verschiedenen Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit unter Verweis auf den Kontrollzeitpunkt[1978], die Kon- 516

[1969] GRIFFEL, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 15 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 968; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1929; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 1; J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 67.

[1970] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 972 ff.

[1971] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 995 ff.

[1972] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 1008 ff.

[1973] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 1001 ff.

[1974] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 1005 ff.

[1975] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 998 ff.

[1976] KIENER, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Staatsrecht, § 21, Rz. 46.

[1977] HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 969.

[1978] LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 2, Rz. 97 ff.; GRIFFEL, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 26.

trollpflicht[1979], den Kontrollgegenstand[1980] sowie die entsprechenden Zuständigkeiten.[1981] Uns interessiert vorliegend allein, inwiefern die Bundesverfassung die Verfassungsgerichtsbarkeit als staatsleitenden Moderationsprozess zur Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung ausformt. Dazu sind die Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit als Aufgabe und Tätigkeit der Bundesverfassung (Abschnitt aa) und ihre Rechtfertigung (Abschnitt bb) zu analysieren. Zudem gilt es zu erörtern, dass und weshalb es sich dabei um einen staatsleitenden Moderationsprozess handelt (Abschnitt cc).

aa) Verfassungsrechtspflege als verfassungsmässige Aufgabe

517 Ist die Schweiz ein «Staat ohne Verfassungsgerichtsbarkeit»?[1982] Mitnichten: In Sachen Verfassungsgerichtsbarkeit gehört die Schweiz gar zu den traditionsreichsten Verfassungen. Dies, obschon sie kein besonderes Verfassungsgericht kennt und Art. 190 BV eine Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen verunmöglicht.[1983] Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich in der Schweiz indes weniger im Windschatten eines bestimmten Organs als vielmehr entlang eines Aufgabenbündels entwickelt.[1984] Einst war der Schutz individueller Freiheitsrechte und kantonaler Souveränität eine Verbundaufgabe von Bundesrat und Bundesversammlung.[1985] Heute liegt sie, wie auch die meisten anderen Teilaufgaben der Verfassungsgerichtsbarkeit, beim Bundesgericht: Es beurteilt als einzige Instanz «Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen» auf Klage[1986] hin (Art. 189 Abs. 2 BV), wenn sie nicht durch Verhandlung

1979 LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, § 2, Rz. 113.

1980 KIENER, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 15 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 969.

1981 KIENER, Das Bundegericht und weitere richterliche Behörden, in: Staatsrecht, § 21, Rz. 46.

1982 So der Titel als Frage bei BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, 566.

1983 BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE, Rz. 1 ff.

1984 So auch J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 55.

1985 Die Bundesverfassung von 1874 hielt ausdrücklich fest, dass der Bundesrat «für Beobachtung der Verfassung […] zu wachen» hat (Art. 102 Ziff. 2 aBV) und die Bundesversammlung für «Massregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung […] zum Zwecke haben» zuständig ist (Art. 85 Ziff. 8 aBV); vgl. für die ursprünglichen Zuständigkeiten des Bundesrates Art. 90 Ziff. 2 BV 1848; für jene der Bundesversammlung Art. 74 Ziff. 7–8 sowie 15–17 BV 1848; m.w.H. zu den Aufgaben des Bundesgerichts unter der BV 1874 J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 58 ff.; zum Ganzen SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 388 ff.

1986 Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG.

und Vermittlung beigelegt werden können.[1987] Es ist heute[1988] zuständig für die Kontrolle einer Verletzung politischer Rechte im Rahmen von Wahlen und Abstimmungen (Art. 189 Abs. 1 lit. f BV).[1989] Die Kompetenz zur abstrakten Normenkontrolle liegt auf Stufe Bund ebenfalls beim Bundesgericht (Art. 82 lit. c BGG) – wenn auch nur gegenüber kantonalen Erlassen und unter Vorbehalt kantonaler Rechtsmittel (Art. 87 Abs. 1 BGG).[1990] Auf Stufe Bund bleibt eine abstrakte Normenkontrolle gegenüber Erlassen der Bundesversammlung infolge von Art. 189 Abs. 4 BV indes generell ausgeschlossen.[1991] Im Hinblick auf die konkrete Normenkontrolle und die Verfassungsbeschwerde gegen Einzelakte konzipiert die Bundesverfassung ein diffuses System der Verfassungsgerichtsbarkeit:[1992] Dem Grundsatz nach sind Rechtsnormen danach von Amtes wegen auf ihre Gültigkeit zu überprüfen und im Falle der Verfassungswidrigkeit nicht anzuwenden.[1993] Art. 190 BV unterstellt das «Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden» dabei jedoch einer gewichtigen Schranke, indem er «Bundesgesetze und das Völkerrecht» ihnen gegenüber für «massgebend» erklärt. Das heisst: Bundesgesetze und das Völkerrecht sind von den rechtsanwendenden Behörden selbst dann anzuwenden, wenn sie verfassungswidrig sind.[1994]

Noch heute weist die Bundesverfassung neben dem Bundesgericht aber auch der Bundesversammlung verschiedene Aufgaben der Verfassungsrechtspflege zu, 518

1987 M.w.H. SGK-BV, HALLER, Art. 189, Rz. 48 ff.; siehe in der jüngeren Rechtsprechung BGE 141 III 84; BGE 137 III 593; mit umfassenden Rechtsprechungshinweisen OFK-BV, BIAGGINI, BV Art. 189, N 15.

1988 Bis zur Justizreform waren eidgenössische Angelegenheiten von der Stimmrechtsbeschwerde ausgenommen. BBl 2001 4421; siehe aber heute Art. 77, 81 und 82 BPR.

1989 HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 1008 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 189, N 6; für die erstmalige Aufhebung einer Volksabstimmung durch das Bundesgericht siehe auch BGer 1C 315/2018 et al. vom 10.04.2019, E. 6 ff.

1990 KIENER, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Staatsrecht, § 21, Rz. 48.

1991 GRIFFEL, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 47.

1992 KIENER, Das Bundesgericht und weitere richterliche Behörden, in: Staatsrecht, § 21, Rz. 47 f.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 971.

1993 OFK-BV, BIAGGINI, BV Art. 190, N 6, 11 f.

1994 Gemäss heute vorherrschender Lehre und Praxis ergeht aus Art. 190 BV «ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot». Vgl. dazu BGE 136 I 65, 70, Erw. 3.2: in der Lehre OFK-BV, BIAGGINI, BV Art. 190, N 13; SGK-BV, HANGARTNER/LOOSER, Art. 190, Rz. 16; Rz. 11; BSK BV-EPINEY, Art. 190, N 35 ff. So ist «die Korrektur einer allfälligen verfassungswidrigen bundesgesetzlichen Regelung […] nach dem Willen des Verfassungsgebers allein Sache des Gesetzgebers, nicht der Gerichte» (BGE 131 V 256, 259, E. 5.3).

die im parlamentarischen Verfahren nach verfassungsrechtlichen Massstäben[1995] «über die Gültigkeit zu Stande gekommener Volksinitiativen»[1996] befindet und Kantonsverfassungen gewährleistet[1997].[1998] Nicht durchsetzen konnte sich anlässlich der Volksrechtsreform eine der Art nach repressiver Verfassungsrechtspflege ähnliche Kompetenz der Bundesversammlung, über die erforderlichen Massnahmen zu entscheiden, «wenn eine angenommene Volksinitiative ganz oder teilweise völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz widerspricht».[1999] Um die entsprechenden Befugnisse der Bundesversammlung terminologisch mitzuerfassen, spricht die schweizerische Verfassungsdogmatik anstelle der «Verfassungsgerichtsbarkeit» daher zum Teil auch von der «Staats- oder Verfassungsrechtspflege».[2000]

519 Wir stellen fest: Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit installiert die Bundesverfassung einen Prozess, der einzelnen Individuen oder Kantonen ein Mindestmass an Machthemmung gegenüber politischen und administrativen Behörden garantiert. Vor allem im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, schwächer

---

1995 Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 75 BPR, Art. 98 Abs. 1 ParlG; m.w.H. BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173 BV, N 81; bei der Gewährleistung von Kantonsverfassung dient Art. 51 Abs. 1 BV als Massstab; m.w.H. BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 51, N 18 ff.; nach TSCHANNEN, Staatsrecht, § 18, Rz. 23, ist dabei die politische Opportunität des Vorschlags (theoretisch) nicht zu beurteilen.

1996 Art. 173 Abs. 1 lit. f BV i.V.m. Art. 98 Abs. 1 ParlG; m.w.H. Fn. 1890.

1997 Art. 172 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 51 Abs. 2 BV; vgl. grundlegend TÖNDURY, Gewährleistung der Kantonsverfassungen.

1998 M.w.H. dazu auch Rz. 528, 561; im Rahmen der Verfassungstotalrevision im Jahr 1999 stand eine Übertragung dieser parlamentarischen Befugnisse zur präventiven Verfassungsrechtspflege an das Bundesgericht zur Debatte, wurde aber schliesslich verworfen; vgl. Botschaft BV BBl 1997 I 1 ff., 443, 482 ff.; HANGARTNER, Grundzüge I, 176, fordert die Übertragung sämtlicher Rechtsprechungskompetenzen der Bundesversammlung an das Bundesgericht.

1999 Artikel 173 BV sollte mit folgender Bestimmung ergänzt werden: «Die Bundesversammlung entscheidet, welche Massnahmen zu treffen sind, wenn eine angenommene Volksinitiative ganz oder teilweise völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz widerspricht.» Am Ende setzte sich jedoch die vom Bundesrat vertretene Auffassung durch, wonach es nicht wünschenswert sei, wenn die Unvereinbarkeit einer angenommenen Volksinitiative mit dem Völkerrecht zu einer Parlamentsdebatte führe. Das Volk hätte dann den Eindruck, seine Entscheide würden nicht ernst genommen. Die Gefahr, dass eine völkerrechtswidrige Volksinitiative angenommen würde, sei äusserst gering. Allenfalls sei es sinnvoller, eine Kollision mit dem Völkerrecht in Kauf zu nehmen, als eine grosse Debatte zu lancieren. Vgl. Bericht Volksrechte, SPK-SR, BBl 2010 4803 ff., 4828; siehe auch B. EHRENZELLER, Möglichkeiten und Grenzen, 85 ff.

2000 So etwa noch bei F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 441 ff.; m.w.H. BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE, Rz. 6.

werdend aber auch bei allen anderen Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit, findet zum Schutz der individuellen Selbstbestimmung eine Kontrolle politischer, in kollektiver Selbstbestimmung ergangener Entscheide am Massstab der Verfassung statt, die im Falle eines Verfassungsverstosses in einer Kassation[2001] des politischen Entscheids mündet.[2002] Für die Verfassungsrechtspflege durch die Bundesversammlung – oder präziser: die legislative Verfassungsrechtspflege – gilt dasselbe: Eine Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen schränkt die kollektive Selbstbestimmung von Initianten ein zum Schutz der politischen Rechte einzelner Bürger als Form ihrer individuellen Selbstbestimmung.[2003] Damit ist eine bedeutende Frage aufgeworfen: Weshalb dürfen politische, unmittelbar demokratisch legitimierte Entscheide, die in kollektiver Selbstbestimmung ergangen sind, aus Gründen der Machthemmung aufgehoben werden, um demokratischen, rechtsstaatlichen oder bundesstaatlichen Freiheitsrechten ein Mindestmass an Schutz zu gewährleisten?

bb) Konzepte zur Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Das Schrifttum rechtfertigt die Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen durch eine individuenbezogene und eine institutionenbezogene Funktion solcher Tätigkeiten:[2004] Im Hinblick auf das einzelne Subjekt verwirklicht die Verfassungsgerichtsbarkeit verfassungsrechtliche Freiheiten einzelner Bürger;[2005] Normen, die gegen Grundrechte verstossen, dürfen nicht zur Anwendung kommen, entsprechende Einzelakte sind aufzuheben. In ihrer institutionellen Funktion schützt die Verfassungsgerichtsbarkeit den Vorrang der Verfassung.[2006] In den Worten von Chief Justice Marshall: «If the Courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act to the legislative, the constitu- 520

[2001] SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 455, spricht dementsprechend von einer «Korrektur des Gesetzgebers» im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit.

[2002] M.w.H. zur Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen KIENER, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 15 ff.; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 968; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1929; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 1; J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 67.

[2003] Siehe auch Rz. 92 f.

[2004] HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1929; einen guten Überblick zur Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit vermittelt MÖLLERS, Bundesverfassungsgericht, 308 ff.

[2005] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11, Rz. 10.

[2006] KIENER, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Staatsrecht, § 27, Rz. 17; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 970; J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 56, 67; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 87; KÄGI, Grundordnung, 17; m.w.H. MÖLLERS, Gewaltengliederung, 138.

tion, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.»[2007]

521 Die neuere Lehre[2008] verweist stattdessen auf verschiedene, allesamt hinter dem «Vorrang der Verfassung» stehende Schutzanliegen, um die Aufhebung politischer Entscheide durch ein Verfassungsgericht zu rechtfertigen. Ihr gemäss rechtfertigt sich Verfassungsgerichtsbarkeit durch «den Schutz der Essentialia einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung».[2009] Als Hüterin demokratischer Prozesse ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz als unparteiische Schiedsrichterin im politischen Prozess lange etabliert.[2010] Als Hüterin einer föderalen Kompetenzordnung hat sich die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz seit 1874 einseitig als Garant bundesstaatlicher Einheit und Mittel der Bundesaufsicht bewährt. Vor Übergriffen auf die föderale Kompetenzordnung durch den Bund schützt hingegen einzig das Gesetzesreferendum.[2011] Und durch das Aus- und Fortbilden eines individuellen Rechtsschutzes vor Übergriffen durch staatliche Akte hat sich das Bundesgericht auch als Hüterin der Rechtsstaatlichkeit und der Grundrechte[2012] hervorgetan. Im Rahmen dieser «praktisch bedeutendsten und meistgerühmten»[2013] Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit bleiben die höchstrichterlichen Befugnisse allerdings beschränkt, da Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 190 BV). Wird die Verfassungsgerichtsbarkeit durch den Schutz einer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung gerechtfertigt, so liegt ihr Zweck letztlich stets in der Behütung individueller Selbstbestimmungsformen im liberalen Verfassungsstaat.

522 Von prominenter Stelle wird aber auch eine gleichsam republikanische Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit postuliert: Nach HABERMAS nimmt ein Verfassungsgericht das «schlummernde Selbstbestimmungsrecht» des Souveräns «vikarisch» für diesen wahr, um die demokratische (und bundesstaatliche) Legi-

---

2007 So Marbury v. Madison, 5 U.S: (1. Cranch) 137 (1803), 178; m.w.H. in der schweizerischen Literatur zum Urteil HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 1011 ff.

2008 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 6 ff.; CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 359 ff.; J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit; MÖLLERS, Gewaltengliederung, 135 ff.

2009 J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 70; siehe auch BRYDE, Verfassungsentwicklung, 326 ff.

2010 So TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11, Rz. 9; m.w.H. zur Rechtsprechung über die politischen Rechte GLASER, Politische Rechte.

2011 Der historische Grund liegt darin, dass der Ausbau des Bundesstaates im Zuge der Verfassungstotalrevision im Jahr 1874 nicht zusätzlich gebremst werden sollte durch eine gerichtliche Kontrolle der Gesetzgebung auf Stufe Bund.

2012 M.w.H. MÖLLERS, Verfassungsgerichtsbarkeit, 344 ff.

2013 MÖLLERS, Drei Gewalten, 138.

timität legislativer Akte zu sichern.[2014] Das Verfassungsgericht wird dabei als vom Souverän aus Gründen der Machteffektuierung bestelltes Organ verstanden, um in kollektiver Selbstbestimmung ergangene politische Entscheide des Gesetzgebers aufzuheben, die der kollektiven Selbstbestimmung des Verfassungsgebers zuwiderlaufen. Diese republikanische Perspektive erhebt die Verfassungsgerichtsbarkeit zur Hüterin der kollektiven Selbstbestimmung von Volk und Ständen, die aus Gründen der Machteffektuierung im Namen und im Interesse des Souveräns politische Entscheide zum Schutz individueller Freiheitsrechte aufhebt.

MÖLLERS verbindet den republikanischen und den liberalen Rechtfertigungsansatz der Verfassungsgerichtsbarkeit in einer Synthese:[2015] Die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit sei es, zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung zu vermitteln, ohne sich dabei «einlinig»[2016] auf eine Seite zu schlagen.[2017] «In der Aufhebung legislativer Entscheidungen durch ein Verfassungsgericht stossen die beiden Legitimationsmodi […] aufeinander.»[2018] Wo die Verfassung als politisches Dokument und Gegenstand der Politik verstanden werde, könne zwischen dem Verfassungsverständnis eines Gerichts und jenem des demokratischen Gesetzgebers kein hierarchisches Vorrangverhältnis zugunsten der judikativen Sichtweise bestehen.[2019] Nach MÖLLERS ist es geradezu die Grundfunktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, die Rechtfertigung staatlichen Handelns durch beide Selbstbestimmungsmodi abzusichern, wenn verschiedene Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung aufeinanderprallen.[2020] Das mit der Verfassungsrechtspflege betraute Organ agiert demzufolge als Koppelungsorgan, das rechtliche und politische Entscheide miteinander verschränkt, ohne sie ineinander aufzulösen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit mutiert zum Moderationsprozess, der im Falle eines offenen Konflikts zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung für ein Mindestmass an Machthemmung sorgt. 523

2014 HABERMAS, Faktizität, 338; m.w.H. zum schlafenden Souverän auch TUCK, Sleeping Sovereign. 249 ff.
2015 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 140.
2016 BÖCKENFÖRDE, Staat, Nation, Europa, 177.
2017 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 56 ff.
2018 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 139 ff., insb. 141.
2019 MÖLLERS, Drei Gewalten, 137.
2020 MÖLLERS, Gewaltengliederung, 139 f.; MEYER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 64 ff.

cc) Verfassungsrechtspflege als staatsleitender Moderationsprozess?

524 Ist die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesverfassung als Moderationsprozess zur Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung im Fall von aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen ausgestaltet? MÖLLERS These zur Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit öffnet einen neuen Blick auf die Verfassungsgerichtsbarkeit als Aufgabe und Tätigkeit.

525 Es erweist sich als verkürzt, das Ganze der Verfassungsrechtspflege im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung als besondere Aufgabe der Justiz oder besondere Form der Politik zu erfassen.[2021] Stattdessen ist die Verfassungsrechtspflege als Moderationsprozess zu reformulieren, der rechtliche und politische Eigenwerte im Konfliktfall miteinander verkoppelt, um ein prozedurales Mindestmass an Machthemmung zu vermitteln. Die dialektische Spannung zwischen den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden, den verschiedenen Selbstbestimmungsformen, aber auch zwischen Recht und Politik wird dabei in einem Verfahren aufrechterhalten, das einen Ausgleich der aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen organisiert, ohne ihn vorwegzunehmen. Damit erweist sich die Verfassungsrechtspflege als politische und rechtliche Leitungs- und Gestaltungsfunktion zugleich,[2022] an der verschiedene Organe «in getrennten Verfahren, aber mit je spezifischer Eignung und in gemeinsamer Verantwortung» mitwirken.[2023] Verfassungsrechtspflege ist somit der Art und Funktion nach weder rein rechtlich noch rein politisch, sondern bleibt ein rechtlich-politisches Doppelphänomen zur Bewältigung von Konflikten die eine rechtliche wie auch eine politische Seite haben und voneinander unterschieden werden müssen, ohne dass man sie wirklich trennen kann.

526 Die Moderation aufeinanderprallender Selbstbestimmungsformen im Rahmen der Verfassungsrechtspflege erfolgt stets zum Schutz individueller Selbstbestimmungsformen, zum Preis einer Relativierung von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen politischen Entscheiden und in der Hoffnung, dass die gewählte Moderationsform künftig legitim und akzeptiert bleibt. Darin liegt kein Fehler, sondern die Grundfunktion eines institutionellen Arrangements zur prozeduralen Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung vor kollektiver Selbstbestimmung. Die vorherrschende Kritik gegenüber der Verfassungsrechtspflege durch die Bundesversammlung, aber auch durch das Bundesgericht erweist sich mit

---

2021 So aber KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 160; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 5 ff.; mit Vorbehalten indes SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 445 f.

2022 LOEWENSTEIN, Verfassungslehre, 40 ff. sowie insb. 261 ff.; HESSE, Grundzüge, § 14, Rz. 564; vgl. auch SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 445 ff., insb. 455.

2023 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 507; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1930.

Blick auf diese Koppelungsfunktion der Verfassungsrechtspflege als verkürzt: Entscheidend ist nicht, ob die Bundesversammlung als politisches Organ geeignet ist, rechtliche Entscheide nach Massgabe des Rechts zu treffen.[2024] Entscheidend ist auch nicht, inwieweit sich das judikative Entscheidungsverfahren relativ zum legislativen Verfahren[2025] weniger für einen zukunftsorientierten, allgemeinverbindlichen und zustimmungsfähigen Ausgleich von Interessen eignet. Ausschlaggebend ist die Eignung einzelner Gewaltenträger zur situativen Verschränkung zuwiderlaufender rechtlicher und politischer Anliegen, um ein Mindestmass an Machthemmung zu garantieren.

Doch welches Organ eignet sich relativ am besten, in einem vermittelnden Moderationsprozess ein Mindestmass an Machthemmung zu sichern, wenn Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung aufeinanderprallen? Das Bundesgericht hat sich als «Hauptorgan der Verfassungsgerichtsbarkeit»[2026] in verschiedenen Konstellationen als geeignete und erwünschte Moderatorin erwiesen, um in Ausübung judikativer Gewalt im Rahmen der Rechtsprechungsfunktion bestmöglich zwischen aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen zu vermitteln: Im Rahmen seiner Rechtsprechung über die politischen Rechte sorgt das Bundesgericht für eine austarierte Moderation zwischen den politischen Rechten der Stimmbürger als Ausdruck individueller Selbstbestimmung sowie Wahl- oder Abstimmungsergebnissen als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung.[2027] In den seltenen Fällen[2028] föderaler Klageverfahren moderiert das Bundesgericht zwischen dem Schutz der Eigenständigkeit einzelner Kantone und kollektiver Selbstbestimmung auf Stufe Bund – wenn auch nur einseitig als Garant bundesstaatlicher Einheit.[2029] Und im Zusammenhang mit Verfassungsbeschwerdever- 527

[2024] So in Bezug auf die Gewährleistung von Kantonsverfassungen BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 51, N 47 f.; betreffend die Gültigkeit von Volksinitiativen SGK-BV, HANGARTNER/B. EHRENZELLER, Art. 173, Rz. 109; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 855; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 482 ff.

[2025] MÖLLERS, Gewaltengliederung, 142, 144; undifferenziert indes SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 455 f.

[2026] So im Titel bei BIAGGINI, Schweiz, 597.

[2027] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11, Rz. 8 f.; HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, 312 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 100 ff., 107; für eine umfassende Typologie der verschiedenen Teilgehalte von Art. 34 BV und der dazugehörigen Rechtsprechung siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, § 51 und § 52; GLASER, Politische Rechte, 423 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 34, N 9–26; für die erstmalige Aufhebung einer Volksabstimmung durch das Bundesgerichts siehe auch BGer 1C 315/2018 et al. vom 10.04.2019, E. 6 ff.

[2028] M.w.H. BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 101.

[2029] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11, Rz. 14; HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, 324 ff.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 41 ff.; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 179 ff.

fahren sowie der konkreten Normenkontrolle hat sich das Bundesgericht insgesamt als bedachte Moderatorin zwischen dem Schutz individueller Selbstbestimmung Einzelner und kantonaler Selbstbestimmung im Kollektiv erwiesen.[2030]

528 Wenn man die Verfassungsrechtspflege als rechtlich-politisches Doppelphänomen versteht, erscheinen auch die entsprechenden Befugnisse der Bundesversammlung in einem neuen Licht.[2031] Eine Kantonsverfassung wie auch eine angenommene Volksinitiative sind Ausdruck unmittelbarer Ausübung staatlicher Gewalt der Bürger. Im Rahmen der Gewährleistung einer Kantonsverfassung oder der Gültigkeitsprüfung von Volksinitiativen werden Staatsakte auf ihre Verfassungsmässigkeit hin geprüft und mitunter kassiert. Dass sich die verantwortete Deliberation der Legislative zur Suche nach einem austarierten Kompromiss, der mitunter in einer Kassation von Entscheiden mündet, die in direktdemokratischer Selbstbestimmung ergangen sind, relativ besser eignet als die Legitimationsform des Bundesgerichts, dürfte öfters der Fall sein als gemeinhin angenommen. Aus dem Blickwinkel ihrer Legitimationsform erweist sich die Bundesversammlung im Falle eines Konflikts zwischen rechtlichen und politischen Eigenwerten damit insgesamt als rechtsstaatlich mitunter bedenkliche, aber staatsrechtlich bedachte Moderatorin zur Vermittlung eines Mindestmasses an Machthemmung.[2032]

529 Zusammengefasst verdeutlicht das Beispiel der Verfassungsrechtspflege, dass die Bundesverfassung Entscheidungsprozesse einrichtet, die zwischen aufeinanderprallenden Formen demokratisch-bundesstaatlicher Selbstbestimmung im Kollektiv und dem Schutz individueller Selbstbestimmung einzelner Bürger oder Kantone vermitteln. Zudem bestätigt das Beispiel, dass die Bundesverfassung das unverzichtbare Mindestmass an Machthemmung in einer verfassungsstaatlichen Ordnung weniger durch rote Linien des Rechts garantiert als vielmehr durch ein Verfahren vermittelt, das auf Ausgleich ausgelegt ist und diesen organisiert, ohne ihn vorzuentscheiden.[2033]

2030 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 11, Rz. 10 ff.; HERTIG RANDALL, Juridiction constitutionnelle, 327 ff.; BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, IPE, Rz. 101; KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 127 ff.

2031 Siehe dazu auch Rz. 518, 561.

2032 Vgl. auch TÖNDURY, Gewährleistung der Kantonsverfassungen, 161, der Art. 51 als «Harmonisierungsklausel» bezeichnet.

2033 Nach DIGGELMANN/HERTIG RANDALL/B. SCHINDLER, Verfassung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 8, tendiert die Bundesverfassung dazu, Mindestanforderungen an den Inhalt staatlicher Gestaltung nicht durch klare materielle Vorgaben, sondern in vermittelnden Verfahren durch verschiedene Verfassungsorgane zu garantieren.

b) Sicherung hinreichender Machteffektuierung in der Bundesverfassung

Institutionalisieren die verfassungsrechtlichen Notrechtskompetenzen einen staatsleitenden Moderationsprozess zur prozeduralen Garantie eines Mindestmasses an Machteffektuierung? Neben Prozessen zur prozeduralen Absicherung eines Mindestmasses an Machthemmung einzelner Individuen oder Kantone zum Schutz ihrer individuellen Selbstbestimmung stellt sich auch die Frage nach Prozessen zum Erhalt der Freiheit durch den Staat, also der Sicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung. Nach allgemeiner Auffassung sorgen die im Begriff des Staatsnotrechts gebündelten Befugnisse verschiedener Organe für das notwendige Mindestmass an Machteffektuierung zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen. Nach GIACOMETTI besteht es «in der Kompetenz bestimmter Staatsorgane, so des Staatsoberhauptes oder der Exekutive bzw. des Parlaments, die Verfassung zum Zwecke der Abwehr von Gefahren zu durchbrechen oder zu suspendieren».[2034] Der Begriff des «Staatsnotrechts» verschleiert dabei die Unterschiede der einzelnen Befugnisse allerdings mehr, als dass er sie klärt.[2035] Denn hinter dem Sprachbild des «Notrechts» stehen drei voneinander zu unterscheidende Kompetenzen: die Befugnisse im extrakonstitutionellen Staatsnotstand, welche die Bundesverfassung bewusst nicht regelt.[2036] Sodann die Befugnisse zur Gefahrenabwehr, wenn die Gefahr im Verzug ist und die gegebenen Instrumente der Rechtsordnung nicht ausreichen. In solchen Fällen soll allen voran der Bundesrat unter bestimmten Voraussetzungen handeln können, ohne abwarten zu müssen, bis die Bundesversammlung die erforderlichen rechtlichen Grundlagen bereitgestellt hat.[2037] Schliesslich Befugnisse zur aussenpolitischen Interessenwahrung[2038]. Die Bewältigung der Coronakrise im Frühjahr 2020 hat in Bezug auf das Staatsnotrecht ausserdem grundlegende Fragen aufgeworfen, die einer vertieften Behandlung bedürfen, welche hier nicht geleistet werden kann. Uns interessiert vorliegend, ob und, falls ja, wie die Bundesverfassung die Befugnisse zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit als Moderationsprozess zur prozeduralen Absicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung ausformt. Dazu sind die allgemeine bundesverfassungs- 530

2034 GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, 505; m.w.H. statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 6 ff.; SGK-BV, SCHWEIZER/MOHLER, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 1 ff.; m.w.H. zu den Problemen und Gefahren besonderer Befugnisse in ausserordentlichen Lagen HESSE, Grundzüge, § 23, Rz. 762 ff.

2035 SGK-BV, SAXER, Art. 185, Rz. 10; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 185, N 9.

2036 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 419: «solchen Situationen ist mit echtem Notrecht zu begegnen; dieses steht neben dem ordentlichen Verfassungsrecht und bedarf eigener legitimierender Begründung»; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 13.

2037 Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 173 Abs. 1 lit. b–c BV; so auch OFK-BV, BIAGGINI, Art. 185; N 10c.

2038 Art. 184 Abs. 3 BV; Art. 173 Abs. 1 lit. a und c BV.

rechtliche Ausgestaltung solcher Kompetenzen (Abschnitt aa) und ihre Rechtfertigung (Abschnitt bb) zu analysieren. Ausserdem gilt es zu erörtern, dass und weshalb es sich dabei um einen staatsleitenden Moderationsprozess handelt (Abschnitt cc).

aa) Erhalt staatlicher Handlungsfähigkeit als verfassungsmässige Aufgabe

531 Die Bundesverfassung regelt den Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit[2039] in Situationen, die aufgrund zeitlicher oder sachlicher Dringlichkeit ein unmittelbares Tätigwerden des Staates erfordern, in der Sicherheitsverfassung[2040], der Aussenverfassung[2041] und durch entsprechende Kompetenzen von Bundesrat[2042] und Bundesversammlung[2043]. Je nach Qualität und Quantität der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit stehen zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit verschiedene Verfahren zur Verfügung, die hier im Einzelnen nicht dargestellt werden können,[2044] aber allesamt bestimmte Merkmale besitzen: Erstens dienen sie allesamt der Bewältigung einer unmittelbaren Gefährdungslage fundamentaler öffentlicher Interessen (Schutzgut) mit Mitteln, die allen anderen Handlungsinstrumenten der Rechtsordnung absolut subsidiär gegenüberstehen.[2045] Das heisst: Ihre verfassungsgemässe Ausübung setzt voraus, dass der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit ein besonderes Vorgehen verlangt, weil die ordentlichen Mittel dafür nicht ausreichen. Zweitens ist ihnen allesamt die Spannungslage zwischen der staatlichen Handlungsfähigkeit und dem Legalitätsprinzip respektive den dahinterstehenden verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden inhärent:[2046] Zum Rechtsstaatsprinzip besteht eine Spannung, weil zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit die Verbindlichkeit geltender Rechtsnormen relativiert werden muss;[2047] zum Demokratieprinzip, weil die direkten Mitwirkungs-

---

2039 Zum Begriff der staatlichen Handlungsfähigkeit B. EHRENZELLER, Handlungsfähigkeit, 712 f.; RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 74 ff.; LENDI, Staatsleitung, in: SBVR III/1, Rz. 50.

2040 Art. 57–61 BV.

2041 Art. 54–56 BV.

2042 Art. 184 Abs. 3 BV; Art. 185 Abs. 3 BV.

2043 Art. 173 Abs. 1 lit. c BV; grundlegend dazu Rz. 685 ff.; Art. 165 BV.

2044 M.w.H. Rz. 685 ff.; eine gute Übersicht zum Ganzen liefert RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 44 und passim; SGK-BV, SCHWEIZER/MOHLER, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 1 ff.

2045 SGK-BV, SAXER, Art. 185, Rz. 71 ff.; RECHSTEINER, Katastrophen, 21 ff.; GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 76.

2046 M.w.H. zum Legalitätsprinzip Rz. 634.

2047 Zum rechtsstaatlichen Problem TSCHANNEN, Staatsrecht, § 10, Rz. 3; vgl. auch SGK-BV, SAXER, Art. 184 BV, Rz. 59; vgl. auch Art. 1 BWIS: «Dieses Gesetz dient der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie

rechte des Volkes übergangen werden;[2048] und zum Bundesstaatsprinzip, weil die Mitspracherechte der Stände ausbleiben und der Bund mitunter seine Verbandskompetenzen überschreitet.[2049] Drittens erfolgt der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit jeweils zum Preis einer Missachtung von Grundrechten oder kantonaler Autonomie, deren Schutz der Verfassungsgeber in kollektiver Selbstbestimmung garantiert. Vor dem Hintergrund dieser Wesensmerkmale des Erhalts staatlicher Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen stellt sich die Frage: Weshalb ist es verfassungsmässig, dass staatliches Handeln aus Gründen der Machteffektuierung politische, unmittelbar demokratisch und bundesstaatlich legitimierte Entscheide des Verfassungsgebers, die in kollektiver Selbstbestimmung ergangen sind, ausnahmsweise nicht befolgt?

bb) Rechtfertigung des Erhalts staatlicher Handlungsfähigkeit

Die herrschende Lehre qualifiziert exekutive und legislative Befugnisse zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit als Form der Staatsleitung par excellence.[2050] Nach dem vorherrschenden Grundtenor üben staatsleitende Organe in ausserordentlichen Lagen das in der Staatsgewalt schlummernde Selbstbestimmungsrecht von Volk und Ständen in deren Namen und Interessen antizipierend[2051] aus.[2052] Sollen sich Staatsakte zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit jedoch im dialektischen Zusammenspiel beider Selbstbestimmungsformen rechtfertigen und allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleiben, so reicht eine einlinige Rechtfertigung solcher Befugnisse aus der Perspektive der kollektiven Selbstbestimmung nicht aus. In ein neues Licht rücken die Befugnisse zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen, wenn man dem Bund – analog zu den Kantonen – eine originäre und unbeschränkte Rechtsfähigkeit attestiert.[2053] Als souveränes Gebilde ist der Bund nicht nur auf die Ausrichtung seines Handelns in 532

dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung»; m.w.H. zur Grundrechtseinschränkungen im Rahmen der Notrechtskompetenzen OFK-BV, BIAGGINI, Art. 185, N 3; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184, N 44; SGK-BV, SAXER, Art. 185, Rz. 100.

2048 Zum Demokratieproblem GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 76 ff.

2049 Zum Föderalismusproblem GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 88.

2050 B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 114; SGK-BV, B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 174–187 BV, Rz. 6 ff.; vgl. auch BRÜHL-MOSER, Staatsleitung, 174; LENDI, Staatsleitung, in: SBVR/III-1, Rz. 1 ff.

2051 Zur Antizipation im Rahmen der Staatsleitung LENDI, Staatsleitung, in: SBVR/III-1, Rz. 78 f.

2052 So ausdrücklich GIACOMETTI, Das Staatsrecht der Kantone, 506; vgl. auch TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 65; B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 142 ff.; EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 261 ff.

2053 Siehe auch Rz. 426.

kollektive Selbstbestimmung, sondern auch auf die Garantie seiner individuellen Selbstbestimmung angewiesen. Die individuelle Selbstbestimmung des Bundes ist ebenfalls vor Übergriffen zu schützen und auch seine Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt im Verband sind abzusichern. Anders als die individuellen Selbstbestimmungsformen einzelner Individuen und Kantone wird jedoch nicht nur die kollektive Selbstbestimmung, sondern auch die individuelle Selbstbestimmung des Bundes durch die Bundesverfassung konstituiert und ausgeformt. Dieser Bezug zwischen dem Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit, dem Zusammenspiel der beiden Selbstbestimmungsformen und den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden kommt nicht zuletzt im Titel des Bundesgesetzes «über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen» zum Ausdruck.[2054]

cc) Erhalt staatlicher Handlungsfähigkeit als staatsleitender Moderationsprozess?

533 Institutionalisieren die verfassungsrechtlichen Befugnisse zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit einen staatsleitenden Moderationsprozess zur prozeduralen Garantie eines Mindestmasses an Machteffektuierung? Wenn man diese Frage bejaht, öffnet sich ein neuer Zugang zu solchen Staatshandlungen. Spannungslagen zwischen der staatlichen Handlungsfähigkeit und dem Legalitätsprinzip erweisen sich als offener Konflikt zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung eines souveränen Gebildes, dessen Bewältigung die Bundesverfassung in einem vermittelnden Moderationsprozess organisiert, ohne ihn zu entscheiden. Beispielhaft:[2055] Das Verfahren zum Erlass von Verordnungen zur «Wahrung der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit» sucht durch die Technik der Befristung und durch den Einbezug der Bundesversammlung nach einem austarierten Kompromiss zwischen dem Erhalt staatlicher Handlungsfähigkeit als Form individueller Selbstbestimmung und dem Respekt gegenüber kollektiver Selbstbestimmung.[2056] Das Erfordernis eines obligatorischen Gesetzesreferendums innert Jahresfrist (Art. 140 Abs. 1 lit. c BV) im Rahmen des Erlasses dringlicher Gesetzesbestimmungen ohne Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV) will ebenfalls einen austarierten Kompromiss zwischen demokratischer Selbstbestimmung im Kollektiv und der bundesverfassungsrecht-

---

2054 Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 17. Dezember 2010, AS 2011 1381.

2055 Zum Erlass von parlamentarischen Verordnungen in ausserordentlichen Umständen nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV siehe Rz. 685 ff.

2056 Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 7d RVOG; m.w.H. statt vieler BSK BV-KÜNZLI, Art. 185, N 29 ff.

lich geschützten Souveränität der Kantone herstellen.[2057] Denn ohne Unterstellung unter das obligatorische Referendum und die sich daraus ergehenden Rückkoppelungseffekte im Hinblick auf die kollektive Selbstbestimmung könnte die Bundesversammlung auf dem Weg der dringlichen Bundesgesetzgebung Verbandskompetenzen der Kantone gegen deren Willen an sich ziehen.

Summarisch bestätigt das Beispiel des Erhalts der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen die These einer prozeduralen Sicherung des notwendigen Mindestmasses an Machteffektuierung in einem Moderationsprozess. Auch solche Konflikte moderiert die Bundesverfassung nicht einlinig. Stattdessen installiert sie Verfahren, die den Konflikt zwischen Formen kollektiver Selbstbestimmung des Verfassungs- oder des Gesetzgebers und der staatlichen Handlungsfähigkeit verstanden als individuelle Selbstbestimmung souveräner Gebilde bewältigen, ohne ihn einlinig aufzulösen. 534

c) Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als staatsleitender Moderationsprozess

Die Beispiele der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Erhalts der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen haben Einsichten in bestimmte Regelungsformen der Bundesverfassung im Umgang mit aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen vermittelt. Die Bundesverfassung wirkt der Handlungsunfähigkeit des Staates durch die prozedurale Absicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung ebenso entgegen (Freiheit durch den Staat) wie dem ungehemmten Eingriff in individuelle Freiheitsbereiche durch ein Mindestmass an Machthemmung gegenüber selbstbestimmter Herrschaft im Staat (Freiheit vor dem Staat). Sodann hat die Analyse der beiden Beispiele ein bestimmtes, der Bundesverfassung zugrundeliegendes Muster zur näheren Ausgestaltung staatlicher Gewaltausübung bei aufeinanderprallenden Formen der Selbstbestimmung verdeutlicht: Die Bewältigung offener Konflikte zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung wird jeweils in Moderationsverfahren ausgeformt, welche deren Bewältigung organisieren, aber nicht vorentscheiden. Schliesslich hat sich die Moderation aufeinanderprallender Selbstbestimmungsmodi als eine auf das Staatsganze bezogene Prozedur der Mässigung, Relativierung und Koordination erwiesen – oder kurz: eine besondere Form der Staatsleitung. Der bisher bloss intuitiv verwendete Begriff der «staatsleitenden Moderation» umschreibt also eine Prüfung, ob in kollektiver Selbstbestimmung ergangene Entscheide ausnahmsweise relativiert werden müssen, weil das notwendige Mindestmass an Machthemmung oder -effektuierung einzig so aufrechterhalten wer- 535

[2057] RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 358 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 165, N 10 ff.; SGK-BV, TSCHANNEN, Art. 165, Rz. 17 ff.; BSK BV-WYTTENBACH, Art. 165, N 16 ff.

den kann, staatliches Handeln nur so auch der individuellen Selbstbestimmung gegenüber verantwortet bleibt.[2058] Als besondere Form der Staatsleitung gestaltet die Bundesverfassung die staatsleitende Moderation in institutioneller Hinsicht bewusst nicht in einer hierarchischen Zuordnung der einzelnen Gewaltenträger aus, wie das etwa innerhalb der Rechtsetzungsfunktion, aber auch der Rechtspflege- und der Rechtsumsetzungsfunktion aus Gründen der Machthemmung der Fall ist. Staatsleitende Moderation erfolgt vielmehr in der anteilsmässigen Ausübung der obersten Gewalt im Bund durch die einzelnen Gewaltenträger im Namen und im Interesse von Volk und Ständen. Es handelt sich um eine besondere Form der Selbstreflexion über das vorzunehmende Staatshandeln in einem staatsleitenden Moderationsprozess.[2059]

536 Damit bestätigt sich die aufgestellte These: Die Bundesverfassung stellt sicher, dass staatliches Handeln auch bei aufeinanderprallenden Formen von Selbstbestimmung im dialektischen Zusammenspiel von Machthemmung und Machteffektuierung gerechtfertigt bleibt. Doch lassen sich diese Erkenntnisse auf die eigentliche Frage des vorliegenden Kapitels übertragen? Gestaltet die Bundesverfassung auch die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen in einem staatsleitenden Moderationsprozess näher aus?

537 Wie dargelegt, ist eine angenommene Volksinitiative eine Ausdrucksform kollektiver Selbstbestimmung des Verfassungsgebers. Als Bestandteil des Verfassungsrechts ist sie für Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht verbindlich. In erster Linie garantiert nämlich die Rechtsform,[2060] dass staatliches Handeln durch beide Formen menschlicher Selbstbestimmung gerechtfertigt bleibt. Prallen indes verschiedene Formen der Selbstbestimmung geradezu aufeinander, erweist sich der Respekt gegenüber Vorentscheiden des Normsetzers indes nicht als hinreichende Bedingung zur Rechtfertigung staatlichen Handelns, weil es um ein «Wieviel von was» und kein «Entweder-Oder» geht. Wie die Verfassungspraxis belegt, sind solche offenen Konflikte im Kontext von Volksinitiativen nicht auszuschliessen, in jüngster Zeit sogar häufig der Fall.[2061] Doch was gilt in solchen Situationen: Verlangt die Bundesverfassung eine privilegierte Behandlung der angenommenen Volksinitiative als Ausdruck direktdemokratischer Selbstbestimmung? Oder gewährleistet ein staatsleitender Moderationsprozess, dass weder die angenommene Volksinitiative als Ausdruck kollektiver

[2058] M.w.H. dazu auch Rz. 584 f.
[2059] Sie auch Rz. 584 ff.
[2060] M.w.H. Rz. 638, 641.
[2061] Dazu grundlegend Teil II Kapitel 1.

Selbstbestimmung noch andere Formen kollektiver oder individueller Selbstbestimmung per se privilegiert werden?

Die erste These hat die unmittelbare Rechtfertigung der angenommenen Volksinitiative durch den Souverän auf ihrer Seite. Zudem spricht für sie der gewährleistete Respekt gegenüber einem etwaigen oppositionären Charakter einer angenommenen Volksinitiative, dessen Missachtung Konflikte zusätzlich befeuert, anstatt sie zu befrieden.[2062] Mindestens so gute Gründe sprechen indes auch für die zweite These: Erstens fordert das Organisationsprinzip der Gewaltengliederung eine entsprechende Ausgestaltung der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch. Prallt eine angenommene Volksinitiative als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung auf Formen individueller Selbstbestimmung einzelner Individuen, Kantone oder des Bundes, so lässt sich die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch nach der entwickelten Konzeption der Gewaltengliederung nur in einem ausbalancierenden Verfahren durch beide Legitimationsmodi rechtfertigen und gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantworten.[2063] Als Ausgleichsordnung toleriert die Bundesverfassung Relativierungen angenommener Volksinitiativen, aber auch anderer Verfassungsnormen, wo dies für ein Leben von Vielfalt in Einheit zwingend notwendig ist. Inwiefern das der Fall ist, bleibt in einem Moderationsprozess zu eruieren. Zweitens ist die staatsleitende Moderation einer angenommenen Volksinitiativen gemäss der entwickelten Konzeption von Verfassungs wegen Recht und Pflicht aller Grundfunktionsträger, welche die «Aufgabe als Hüter der Verfassung zu wirken, in getrennten Verfahren, aber mit je spezifischer Eignung und in gemeinsamer Verantwortung wahrnehmen».[2064] Sie alle haben dabei zusammen für ein Mindestmass an Machteffektuierung und Machthemmung zu sorgen und leisten dabei eigene, notwendige und komplementäre Beiträge.[2065] Allerdings bleibt die politische Gesamtverantwortung für die staatsleitende Moderation aufeinanderprallender Selbstbestimmungsformen in der als Legislativstaat konstituierten

538

[2062] So etwa zwei Initiativen, die als Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichts BGE 139 I 16 lanciert wurden: Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer» (BBl 2012 7371); die Volksinitiative ist jedoch vom Volk mit 1'966'965 «Nein» gegen 1'375'098 «Ja» und von den Ständen mit 17 3/2 Nein gegen 3 3/2 Ja am 28. Februar 2016 verworfen worden (BBl 2016 3715); ebenso wurde die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» am 10.03.2015 eingereicht und am 25.11.2018 von Volk und Ständen mit 66,2% Volksstimmen und 20 zu 6/2 Standesstimmen abgelehnt.

[2063] Vgl. Rz. 460.

[2064] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 507; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1930.

[2065] M.w.H. SGK-BV, B. EHRENZELLER, Vorbem. zu Art. 174–187, Rz. 6; vgl. auch BRÜHL-MOSER, Staatsleitung, 148 ff.

Eidgenossenschaft der Bundesversammlung übertragen, nicht Volk und Ständen. Und drittens hat sich die Bundesversammlung in der Verfassungspraxis als bedachte Moderatorin erwiesen, um in Ausübung legislativer Gewalt zwischen der angenommenen Volksinitiative und der Sicherung individueller Freiheit zu vermitteln. Mittels Härtefallklauseln sorgte sie bereits mehrfach für einen austarierten Kompromiss zwischen der neuen Verfassungsnorm und vorbestehenden, ihr zuwiderlaufenden Bestimmungen.

III. Würdigung: Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Prozess zwischen Machteffektuierung, Machthemmung und staatsleitender Moderation

539 Zusammengefasst fügt sich die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als besondere Form der Ausübung angestammter Staatsgewalt stimmig im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung ein. Verfassungsrechtliche Grundlagen von Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen ergeben sich originär aus der jeweiligen Staatsgewalt selbst. Die verschiedenen Gewaltenträger leisten in Ausübung verschiedener Formen staatlicher Gewalt eigene, notwendige und komplementäre Beiträge zur Verbundaufgabe der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen. Aus dem Blickwinkel der jeweiligen Staatsgewalt erweist sich die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen als dialektischer Prozess zwischen Machteffektuierung, Machthemmung und staatsleitender Moderation: Verschiedene Organe gestalten in Ausübung unterschiedlicher Formen von Staatsgewalt im Rahmen der drei Staatsfunktionen angenommene Volksinitiativen näher aus und koordinieren sie mit bestehenden Verfassungsnormen. Die beiden staatsorganisatorischen Grundanliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung durchdringen diesen Vorgang in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander und sorgen dafür, dass sich die nähere Ausgestaltung von Verfassungsrecht immer durch beide Formen der Selbstbestimmung legitimiert und keinen der verfassungsstaatlichen Formungsentscheide vor die beiden anderen stellt.

540 Das dialektische Zusammenspiel der beiden staatsorganisatorischen Grundanliegen gestaltet die Bundesverfassung in parallel verlaufenden Prozessen näher aus, die sämtliche Formen staatlicher Gewaltausübung umspülen – so auch die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund einer angenommenen Volksinitiative: Prozesse im Dienst der Machteffektuierung sorgen dafür, dass die Staatsaufgabe möglichst gut ausgeführt werden kann; Prozesse im Dienst der Machthemmung wirken dem Missbrauch staatlicher Macht entgegen; und staatsleitende Moderationsprozesse vermitteln in einem offenen Verfahren zwischen

aufeinanderprallenden Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Sie dienen der Prüfung, ob eine geltende Verfassungsnorm als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung ausnahmsweise relativiert werden muss, weil das notwendige Mindestmass an Machthemmung oder -effektuierung nur so aufrechterhalten werden kann, staatliches Handeln nur so auch individuellen Selbstbestimmungsformen gegenüber verantwortet bleibt. Der zuweilen mit Pathos daherkommende Ruf nach der Bundesversammlung, dem Bundesgericht oder gar dem Volk als nebeneinanderstehende «Hüterinnen und Hüter der Verfassung»[2066] gewinnt durch die staatsleitende Moderation widersprüchlicher Verfassungsnormen an Kontur: Nicht nur «Bundesversammlung und Bundesgericht», auch Bundesrat sowie Volk und Stände sind als «Hüter der Verfassung […] in getrennten Verfahren, aber mit je spezifischer Eignung und in gemeinsamer Verantwortung»[2067] um ein Mindestmass an Freiheit durch den Staat und Freiheit vor dem Staat besorgt.

D. Koordination als Aufgabe der Bundesversammlung

Welche Gestaltungskompetenzen besitzt die Bundesversammlung bei angenommenen Volksinitiativen, die anderen Verfassungsnormen widersprechen? Diese zentrale Frage der vorliegenden Arbeit gilt es nun im Lichte der gewonnenen Erkenntnisse über die Bundesversammlung als legislative Gewalt sowie der Koordination widersprüchlicher Verfassungspflichten als besondere Form der Ausübung staatlicher Gewalt zu beantworten. Ergeben sich Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausformung von Verfassungsnormen originär aus der angestammten Staatsgewalt, erübrigt sich eine Suche nach verfassungsrechtlichen Grundlagen solcher Gestaltungskompetenzen. Stattdessen sind die anteilsmässigen Befugnisse der Bundesversammlung als legislative Gewalt an der Gesamtaufgabe zu bestimmen, widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen zu koordinieren. Letztlich bleibt es eine Wertungsfrage, welche Gewaltenträger in welchem Umfang Verfassungsentwicklungs- und Koordinationskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen besitzen. Eine allgemeingültige Antwort über den Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen gibt es somit nicht und kann es nicht geben. 541

[2066] So in Bezug auf die Bundesversammlung Votum Humbel, AB N 2014 492; in Bezug auf das Bundesgericht CHIARIELLO, Richter als Verfassungsgeber, 359 ff.; J.P. MÜLLER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 70; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 40, Rz. 8.

[2067] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 507.

542 Die herrschenden Verfassungsdogmatik sucht in der Normdichte der angenommenen Volksinitiative nach zusätzlicher Orientierung für die situative Bestimmung entsprechender Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung und misst dieser dadurch eine Bedeutung zu, die sie mitunter gar nicht besitzt.[2068] Die nachfolgenden Ausführungen wollen zur verlässlich(er)en Klärung des Umfangs legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen zwei alternative Navigationspunkte herausarbeiten: die legitimationsformabhängige *Richtigkeit* und die legitimationsgradabhängige *Wichtigkeit* staatlichen Handelns. Hierzu wird analysiert, ob und wann die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen die *Legitimationsform* verlangt, durch welche die Bundesversammlung staatliche Gewaltausübung rechtfertigt (Abschnitt I). Sodann ist zu zeigen, dass und weshalb der Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen vom dafür notwendigen *Legitimationsgrad* abhängt und wie die Bundesverfassung diesen regelt (Abschnitt II). Zum Schluss gilt es zu erörtern, dass und weshalb der Anteil und der Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen angenommenen Volksinitiativen von der Wichtigkeit und der Richtigkeit staatlichen Handelns abhängen (Abschnitt III).

I. Legitimationsform der Bundesversammlung als Wegweiser der Kompetenzzuteilung

543 Wie dargelegt, gibt das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung einen Massstab der «staatsorganisatorischen Richtigkeit» vor, insoweit die Bundesverfassung die Zuweisung staatlicher Aufgaben nicht näher regelt.[2069] In der konkreten Situation ist danach zu klären, welches Organ sich relativ am besten dazu eignet, die Anliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung im Kontext der konkreten Aufgabe so miteinander zu verschränken, dass staatliches Handeln durch kollektive wie auch individuelle Selbstbestimmung gerechtfertigt bleibt und sich gegenüber allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet.[2070] Diese institutionelle «Fähigkeit» hängt von der Legitimationsform der einzelnen Gewaltenträger ab, also der Rechtfertigung staatlicher Gewalt durch Effizienz und Sachverstand (Exekutive), durch Sicherung von Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit (Judikative) oder durch verantwortete Deliberation (Legislative). In Frage steht damit, welche Legitimationsform die gewaltenträgerabhängige Richtigkeit oder «ratio» die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen konkret verlangt:

2068 Vgl. Rz. 305.

2069 Vgl. Rz. 461.

2070 Zu dieser staatsorganisatorischen Grundanforderung auch Rz. 434 sowie Rz. 460.

Die *Judikative* ist für die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch zuständig, wenn dies möglichst unabhängig nach dem Massstab von Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit erfolgen soll. Ihre Grundfunktion ist es, gesellschaftliche Konflikte in rechtliche Entscheidungsprozesse zu internalisieren und dort zu bewältigen.[2071] Die rechtliche «ratio» der Rechtmässigkeit und der Gerechtigkeit steht dabei im Zentrum. Das Vorgehen bezieht sich exklusiv auf die vorgebrachten Interessen und wirkt nicht inklusiv auf alle potenziellen Interessen, wie das die legislative Legitimationsform tut. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass es zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen der Legitimationsform der Judikative bedarf.[2072] Das Beispiel der Durchsetzungsinitiative verdeutlicht als Reaktion auf die bundesgerichtliche Konkretisierung von Art. 121 Abs. 3–6 BV jedoch, dass die justizielle Bewältigung politischer Konflikte, die mittels Volksinitiative in die Verfassung getragen wurden, solche eher verschärft als befriedet.[2073] 544

Sache der *Exekutive* ist Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen, wenn widersprüchliche Verfassungsnormen einander möglichst effizient und wissenschaftlich begründet zuzuordnen sind.[2074] Formen exekutiver Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen existieren zwar durchaus, wie die umstrittene vorübergehende Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative auf dem Verordnungsweg belegt.[2075] Auch sie sind jedoch die Ausnahme, denn im Grundsatz ist nicht die rechtsstaatlich, ökonomisch oder sonst wie «richtige» Koordination der zuwiderlaufenden Verfassungsnormen gesucht. Angenommene Volksinitiativen sind vielmehr in einer Weise mit gegenläufigen Verfassungsnormen zu koordinieren, die den dahinterstehenden politischen Konflikt auf eine zustimmungsfähige, das heisst für alle Seiten hinnehmbare Form befriedet. 545

Die *Legislative* eignet sich für die nähere Ausgestaltung und Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen relativ am besten, wenn es eines in verantworteter Deliberation getroffenen Leitentscheides bedarf. Ihr Vorgehen wirkt inklusiv, nicht exklusiv. Dass im Grundsatz die Bundesversammlung für die nähere Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen zustän- 546

2071 SEILER, Gewaltenteilung, 309, 322.

2072 Vgl. Rz. 508.

2073 Die Durchsetzungsinitiative war eine Reaktion auf einen rechtsstaatlich wünschenswerten, aber staatsrechtlich fragwürdigen Befriedungsversuch des politischen Konflikts, der mittels Art. 121 Abs. 3–6 BV in die Verfassung getragen wurde, durch das Bundesgericht. Das entsprechende Urteil (BGE 139 I 16) schürte zusätzliche Konflikte, anstatt solche zu lösen; m.w.H. dazu auch Rz. 140.

2074 SEILER, Gewaltenteilung, 323 f.

2075 M.w.H. Rz. 149.

dig ist, liegt somit primär nicht daran, dass das parlamentarische Verfahren das Befrieden von Konflikten durch Kompromissbildung geradezu institutionalisiert.[2076] Oder das Parlament «nach seiner Zusammensetzung und Arbeitsweise das geeignete Forum [ist], um den Kampf zwischen den gegensätzlichen Meinungen und Interessen, an denen die pluralistische Gesellschaft so reich ist, in aller Öffentlichkeit auszutragen».[2077] Die Bundesversammlung ist vor allem deshalb für die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zuständig, weil die verantwortete Deliberation für eine allgemeinverbindliche und zukunftsorientierte Befriedung politischer Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen sorgt, die auf möglichst breite Zustimmung und Akzeptanz stösst;[2078] weil die parlamentarische Legitimationsform wesensgemäss zwischen Mehrheiten und Minderheiten, zwischen Vielfalt und Einheit und nicht zuletzt zwischen Repräsentierten und Repräsentanten moderiert; und weil die Bundesversammlung als Koppelungsorgan zwischen Recht und Politik immer auch als Drehscheibe zwischen der direktdemokratischen Selbstbestimmung im Kollektiv und der individuellen Selbstbestimmung einzelner Bürger, Kantone sowie des Bundes agiert. Zusammengefasst liegt die Gestaltungsmacht zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen demnach immer dann bei der Bundesversammlung, wenn die staatsorganisatorische Richtigkeit der Bewältigung eines politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative eines in verantworteter Deliberation getroffenen strategisch-verbindlichen Leitentscheides bedarf, um gegenüber allen verfassungsstaatlichen Grundanliegen und den beiden dahinterstehenden Legitimationsmodi verantwortet zu bleiben.

II. Legitimationsgrad staatlichen Handelns als Wegweiser der Kompetenzzuweisung

547 Als zweiter Navigationspunkt zur situativen Zuweisung von Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen dient uns der unterschiedliche Legitimationsgrad verschiedener Handlungsformen des Staates. Der Bundesversammlung stehen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen im Grundsatz alle ihre Handlungsformen offen. Eine nähere Untersuchung der Erlassformen der Bundesversammlung und ihrer Regelung durch die Bundesverfassung (Abschnitt 1) soll Interdependenzen zwischen den legislativen Handlungsformen, ihrem vom «verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff»[2079]

[2076] Zum Gesetzgebungsverfahren als institutionalisierte Kompromissbildung SCHUPPERT, Gute Gesetzgebung, 16.

[2077] G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 74.

[2078] M.w.H. zur funktionalen Eignung des Bundesgerichts zur Verfassungskonkretisierung SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 501 ff.

[2079] Der Begriff ist entnommen bei OFK-BV, BIAGGINI, Art. 164, N 3.

der Wichtigkeit abhängigen Legitimationsgrad und dem Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen aufzeigen (Abschnitt 2).

1. Legislative Erlassformen im Allgemeinen

548 Die Bundesverfassung spricht die Handlungsformen der Bundesversammlung mit dem Oberbegriff des Beschlusses an. Sämtliche Akte der Bundesversammlung, von der Gesetzgebung (Art. 164 BV) über den Erlass von Verordnungen in ausserordentlichen Lagen (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV) bis hin zu den Wahlen[2080] (Art. 168 BV), münden in einem Beschluss, der eine Übereinstimmung beider Räte erfordert (Art. 156 Abs. 2 BV). Konkreter äussert sich die Bundesverfassung zu den «Formen der Erlasse der Bundesversammlung»[2081] in Art. 163 BV: Grundform parlamentarischer Tätigkeit ist und bleibt das Gesetz als Erlassform für die wichtigen parlamentarischen Entscheide. Für besonders wichtige Beschlüsse steht dem Parlament ausserdem die Form der Verfassung offen, auch wenn Art. 163 BV sie nicht aufführt; für Unwichtiges und Erlasse in ausserordentlichen Lagen[2082] auch die eher seltene Form der parlamentarischen Verordnung. Von den rechtsetzenden Handlungsformen der Bundesversammlung sind ihre nicht rechtsetzenden Beschlussformen abzugrenzen. Sie «ergehen in der Form des Bundesbeschlusses», wobei ein einfacher Bundesbeschluss vorliegt, wenn ein parlamentarischer Akt nicht dem Referendum untersteht (Art. 163 Abs. 2 BV). Darüber hinaus ist der soeben umrissene Verfassungsbegriff des parlamentarischen Erlasses zwar weit, aber nicht allumfassend zu verstehen.[2083] Schliesslich existieren auch parlamentarische Akte wie Vorstösse, Aufträge, Verfahrensbeschlüsse oder Wahlen, die zwar in einem parlamentarischen Beschluss im Sinne von Art. 156 Abs. 2 BV münden, aber keiner der dargelegten Erlassformen zugeordnet werden können.

549 In der Wahl ihrer Erlassformen ist die Bundesversammlung nicht frei. Die Bundesverfassung verpflichtet sie dazu, alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen mindestens in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 BV). Dieses Erfordernis der Gesetzesform konkretisiert auf Stufe Bundesverfassung den allgemeinen Teilgehalt des Legalitätsprinzips, Rechtsnormen auf einer

---

2080 M.w.H. zur «Erlassform» bei Wahlen OFK-BV, BIAGGINI, Art. 163, N 3, 12.

2081 M.w.H. zum Verfassungsbegriff des Erlasses OFK-BV, BIAGGINI, Art. 163, N 2; B. EHRENZELLER, Erlassformen, 15 ff.; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 15 ff.

2082 Art. 173 Abs. 1 lit. c BV; grundlegend zu den legislativen Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Umständen Rz. 685 ff.

2083 FEUZ, Gesetzesbegriffe, 15.

Stufe anzusiedeln, die der Wichtigkeit ihres Inhalts entspricht.[2084] Der dabei zentrale verfassungsrechtliche Schlüsselbegriff der «Wichtigkeit» ist Ausdruck bestimmter staatsorganisatorischer Anliegen, die sich aus verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden ergeben und durch Art. 164 BV ins positive Recht überführt werden:[2085] Rechtsstaatlich betrachtet sorgt das Erfordernis der Gesetzesform bei wichtigen Staatsakten für erhöhte Rechtssicherheit sowie Rechtsgleichheit und will verhindern, dass Behörden nach Belieben, also willkürlich, entscheiden.[2086] In demokratischer Hinsicht fordert diese verfassungsrechtliche Regelung gesetzespflichtiger Inhalte[2087] einen bestimmten, von der Wichtigkeit abhängigen Legitimationsgrad staatlicher Akte. Zudem hält das Erfordernis der Gesetzesform bei Wichtigkeit den Zugang zum fakultativen Referendum offen (Art. 141 BV),[2088] agiert gleichsam als Schleuse, die den Zutritt des Volkes zur Mitgestaltung im Staat steuert.

550 Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffs der Wichtigkeit spricht vieles dafür, dass die Bundesverfassung die Unterscheidung zwischen dem generell-abstraktem Rechtssatz und dem individuell-konkretem Einzelakt im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Gesetzesform nicht für entscheidend erachtet.[2089] Stattdessen erklärt sie den notwendigen Legitimationsgrad eines staatlichen Aktes respektive die Handlungsform, die diesen vermittelt, für ausschlaggebend. Eine Loslösung des Gesetzesbegriffs vom Kriterium des generell-abstrakten Rechtssatzes hat zur Konsequenz, dass der Wesenszug des bundesverfassungsrechtlichen Gesetzesbegriffs weder in der Rechtssatzstruktur noch in einem Beschluss der Bundesversammlung liegt, sondern im stabilen, möglichst bestimmten und allgemeinverbindlichen Entscheiden über wichtige staatliche Fragen. Das Gesetzgebungsverfahren verkoppelt dabei die spezialisierte Verwaltung, die «pouvoir actif» des Bundesrates sowie die «pouvoir déliberatif» der Bundesversammlung und gewährleistet den Zugang zu einem offenen Mei-

---

2084 Zum entsprechenden Teilgehalt des Legalitätsprinzips statt vieler SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 36 ff.; m.w.H. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19, Rz. 1 ff.; grundlegend zum Legalitätsprinzip auch Rz. 634 ff.

2085 Zum Erfordernis der genügenden Normstufe auch Rz. 303 sowie Rz. 635.

2086 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19, Rz. 13.

2087 M.w.H. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 45, Rz. 8 f. m.w.H. OFK BV-BIAGGINI, Art. 164, N 3 ff.; mit Vorbehalten, FEUZ, Gesetzesbegriffe, 212 ff.

2088 B. EHRENZELLER, Erlassformen, 16; G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 130.

2089 Das der Bundesverfassung zugrundeliegende Rechtssatzverständnis, gemeint ist der Unterschied zwischen der generell-abstrakten Normstruktur von Gesetzesbestimmungen und Einzelakten, ist umstritten. Für ein weites Verständnis B. EHRENZELLER, Erlassformen, 19; für ein enges Verständnis FEUZ, Gesetzesbegriffe, 50 ff.; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 45, Rz. 7; Eindeutig, wenn auch unglücklich formuliert indes Art. 22 Abs. 4 ParlG.

nungsbildungs- und Entscheidungsprozess mittels Referendum.[2090] Als Konsequenz davon bedarf es der Handlungsform des Gesetzes überall dort, wo eine staatliche Frage aufgrund ihrer Wichtigkeit im parlamentarischen Verfahren durch die daran beteiligten Akteure deliberiert werden soll und sie Zugang zu einem offenen Meinungsbildungsprozess im Rahmen einer Volksabstimmung haben muss.[2091] Aus diesen Gründen hängt die Handlungsform staatlicher Akte entscheidend von der Wichtigkeit der sich dabei stellenden Fragen ab respektive dem notwendigen Legitimationsgrad.

2. Wichtigkeit als Kriterium zur situativen Kompetenzzuweisung

Die Erkenntnisse über die Erlassformen der Bundesversammlung und ihren Bezug zum verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriff der Wichtigkeit verdeutlichen: Je wichtiger ein Staatsakt, umso höher der geforderte Legitimationsgrad und desto eher bedarf es der Erlassform des Gesetzes. Zudem offenbart sich eine institutionelle Funktion, die das Kriterium der Wichtigkeit respektive das Erfordernis der Gesetzesform im Rahmen der situativen Zuweisung von Gestaltungskompetenzen innehaben, wenn man den Gesetzesbegriff vom Kriterium des generell-abstrakten Rechtssatzes loslöst und die Bedeutung der zu regelnden Fragen ins Zentrum stellt. 551

In erster Linie hat sich das Kriterium der Wichtigkeit in der Verfassungsdogmatik als bewährter Wegweiser für die situative Zuweisung und Abgrenzung von Gestaltungskompetenzen im Verhältnis zwischen dem ordentlichen Gesetzgeber und dem Bundesrat als Verordnungsgeber etabliert.[2092] Die Literatur weist indes mit guten Gründen darauf hin, dass auch die Feinjustierung der Kompetenzzuordnung zwischen dem Gesetzgeber und Gerichten durch das Kriterium der Wichtigkeit an Kontur gewinnt:[2093] Die Entscheidungsprärogative der Rechtsetzung gelte schliesslich nicht nur gegenüber der Exekutive, sondern beziehe sich auf alle dem Recht unterworfenen Staatsorgane, so die These.[2094] Auf dieselbe Weise stiftet das Kriterium der Wichtigkeit auch Orientierung bei der situativen Zuweisung legislativer Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen. Insoweit die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen nämlich wichtige staatliche Fragen von allgemeinver- 552

2090 So B. EHRENZELLER, Erlassformen, 19; SEILER, Gewaltenteilung, 318 f.

2091 B. EHRENZELLER, Legislative Gewalt, 322; SEILER, Gewaltenteilung, 318 f.

2092 Vgl. auch BSK BV-WYTTENBACH/WYSS, Art. 164, N 6; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 2720; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 226 ff.; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 214 f.; vgl. auch BGE 141 II 169, 172, E. 3.2.

2093 BIAGGINI, Richterrecht, 326 ff.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 406 ff.; G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 112 f.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 186.

2094 BIAGGINI, Richterrecht, 326.

bindlicher Tragweite betrifft, schreibt die Bundesverfassung in Art. 164 Abs. 1 BV das Gesetz als Handlungsform zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ausdrücklich vor. Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung ist für die situative Zuweisung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen demzufolge weniger die Normdichte entscheidend als vielmehr die Normstufe. Das heisst: Die Handlungsform zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen hängt von der Wichtigkeit der dabei zu regelnden Fragen ab respektive des hierfür vorausgesetzten Legitimationsgrades. Im Einzelfall ist zu klären, ob die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen wichtige staatliche Fragen von allgemeinverbindlicher Tragweite betrifft, die im Zusammenspiel von Verwaltung, Bundesrat, Bundesversammlung zu regeln sind und Zugang zu einem offenen Meinungsbildungsprozess im Vorgang einer Volksabstimmung haben sollen.[2095]

553 Wann die nähere Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative wichtige staatliche Fragen betrifft, sodass sie von Verfassungs wegen der Gesetzesform bedarf, verlangt nach einem kniffligen Wertentscheid. Die Beurteilung der Normdichte einer Verfassungsnorm tut dies jedoch genauso.[2096] Das legitimationsgradabhängige Kriterium der Wichtigkeit hat gegenüber dem Erfordernis der genügenden Normdichte jedoch den Vorteil, dass es diesen Wertentscheid transparent offenlegt, anstatt ihn zu verschleiern. Ausserdem kann das Kriterium der Wichtigkeit auf seinen etablierten Erfahrungsspeicher als Zuweisungskriterium für Gestaltungskompetenzen zurückgreifen und dem Wertungsentscheid über den Umfang legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen durch seine Konkretisierungshilfen zusätzliche Struktur verleihen.[2097]

2095 Vgl. indes BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4: «Bei Art. 121 Abs. 3 BV handelt es sich als Ganzes ohne die erforderliche Feinabstimmung auf Gesetzesstufe deshalb um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt. Ihr Verhältnis zu den anderen Verfassungsbestimmungen und -prinzipien bedarf der Klärung. Diese kann – aus Gründen der Gewaltenteilung – zurzeit nicht durch das Bundesgericht erfolgen. Die entsprechende Verantwortung obliegt dem Gesetzgeber».

2096 Vgl. Rz. 306.

2097 Die etablierten Konkretisierungshilfen für die situative Evaluation der Wichtigkeit staatlicher Gestaltung präzisiert Art. 164 Abs. 1 lit. a–g BV; Lehre und Praxis verweisen sodann auf zusätzliche Indizien, die auf G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 119 ff., zurückgehen. Nach ihm sind Regelungen wichtig, die einen grossen Adressatenkreis oder eine grosse Anzahl von Lebenssachverhalten betreffen (I); Bestimmungen, die stark in die bisherige Rechtsstellung des Adressaten eingreifen (II); Regeln, die erhebliche finanzielle Folgen mit sich bringen (III); für die politische Willensbildung, die Behördenorganisation oder das Verfahren von Bedeutung sind (IV) oder die Akzeptabilität einer Norm, sprich der Grad der Umstrittenheit der durch sie geregelten Frage (V). Sodann könne auch der «Grad der Reversibilität einer Regelung»,

Schliesslich gilt die «Umstrittenheit in der Rechtsgemeinschaft» in Lehre und Praxis als anerkanntes Indiz für die Wichtigkeit staatlicher Akte, auch wenn Art. 164 Abs. 1 lit. a–g BV es nicht ausdrücklich erwähnt.[2098] Wenn mittels Volksinitiative ein politischer Konflikt mit dem Ziel in die Bundesverfassung getragen wird, ihn durch Verfassungsrecht zu bewältigen, sprechen gute Gründe dafür, bei der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen von einem wichtigen Staatsakt auszugehen.

III. Legislative Gestaltungskompetenzen im Spannungsfeld zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit

Vor dem Hintergrund der gewonnenen Erkenntnisse lassen sich die zwei staatsorganisatorischen Grundanliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung zu zwei neuen Navigationspunkten für die situative Zuweisung von Gestaltungskompetenzen verdichten:[2099] Art und Form staatlicher Gestaltung bestimmen sich nach der gewaltenträgerabhängigen *Richtigkeit* (Legitimationsform) und der handlungsformbezogene *Wichtigkeit* (Legitimationsgrad). 554

Die *Richtigkeit* staatlichen Handelns steht im Dienst der machteffektuierenden Ausgestaltung staatlicher Gewalt. Sie sorgt dafür, dass Gestaltungskompetenzen situativ jenen Gewaltenträger zugewiesen werden, die sich aufgrund ihrer Legitimationsform relativ am besten eignen, Staatsakte gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden und den beiden dahinterstehenden Selbstbestimmungsformen zu verantworten. 555

Die *Wichtigkeit* staatlicher Akte behält im Rahmen der situativen Zuweisung von Gestaltungskompetenzen das Anliegen einer machthemmenden Ausgestaltung staatlicher Gewaltausübung gegenwärtig. Es sorgt für Staatsakte, die gegenüber Volk und Ständen hinreichend verantwortet bleiben, indem diesen abhängig von der Bedeutung des fraglichen Staatsaktes entsprechende Mitwirkungsrechte zugesprochen werden. 556

Welches der beiden Kriterien letztlich oben aufschwingt, wieweit die «ratio», wieweit die «voluntas» staatliches Handeln leitet, lässt sich nicht verallgemei- 557

«das geltende Recht als Massstab», die Verantwortung der «Gewähr für die Richtigkeit der Regelung», die damit verbundene «Zuweisung von Regelungsbefugnissen» oder «die Bestimmung besonderer Verfahren» ausschlaggebend sein für die Wichtigkeit einer Regelung; m.w.H. SGK-BV, TSCHANNEN, Art. 164, Rz. 12 ff.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 407 f.

2098 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 164, N 6; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 230; BGE 134 I 322, 330, E. 2.6.3; grundlegend G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 111 ff.

2099 Vgl. auch SEILER, Gewaltenteilung, 325 f.

nern. Die Richtigkeit und die Wichtigkeit weisen der situativen Zuweisung von Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen im Sinne von zwei Navigationspunkten den Weg: Je wichtiger die Fragen sind, die sich bei der Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative stellen, desto eher verlangt die Bundesverfassung für einen austarierten Kompromiss zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit die Handlungsform des Gesetzes, die den Zugang zu einer Volksabstimmung offen hält. Und je eher es eine möglichst breit abgestützte und auf breite Zustimmung stossende Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen braucht, desto mehr spricht aufgrund der erforderlichen Legitimationsform für eine Zuständigkeit der Bundesversammlung. Diese Auffassung hat – bei allen Einwänden, die gegen sie erhoben werden können – verschiedene Vorteile auf ihrer Seite. Fünf davon seien hier hervorgehoben:

558 *Zum Ersten* misst eine solche Sichtweise im Unterschied zur vorherrschenden Lehre der Normstruktur einer angenommenen Volksinitiative keine Bedeutung zu, welche diese als Verfassungstext, der von einem Bürgerkollektiv ausformuliert wurde, womöglich nicht besitzt.[2100] Die nähere Ausgestaltung und Koordination einer angenommenen Volksinitiative kann nämlich auch dann Sache der Bundesversammlung sein, wenn sie – wie etwa Art. 123c BV – eine hohe Normdichte besitzt. Denn überall dort, wo der politische Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative auf eine allgemeinverbindliche und zukunftsorientierte Weise befriedet werden soll, die auf möglichst breite Zustimmung stösst, bedarf es der verantworteten Deliberation der Bundesversammlung und der Handlungsform des Gesetzes, die für einen austarierten Kompromiss zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen sorgt.

559 *Zum Zweiten* ermöglicht das Zusammenspiel von Richtigkeit und Wichtigkeit einen Zugriff auf die temporale Dimension der situativen Zuweisung von Gestaltungskompetenzen zur Ausformung von Verfassungsnormen.[2101] Je länger nämlich mit der Regelung wichtiger Fragen zugewartet wird, desto mehr verlagert sich das Gewicht vom Legitimationsgrad (Wichtigkeit) zur Legitimationsform (Richtigkeit). Wenn der Gesetzgeber also verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge nicht umsetzt, können das Bundesgericht oder der Bundesrat subsidiär zu einer vorübergehenden Regelung ermächtigt sein. Vereinzelt sieht die Bundesverfassung dies im Kontext angenommener Volksinitiativen gar ausdrücklich

[2100] Zur Bedeutung der Normdichte in der vorherrschenden Verfassungsdogmatik für die Zuweisung von Koordinationskompetenzen Rz. 305.

[2101] Ähnlich BIAGGINI, Verfassungsverwirklichung, 136 f.

vor.[2102] Ein anderes Beispiel für eine Veränderung des Verhältnisses von Richtigkeit und Wichtigkeit im Wandel der Zeit ist das gemeinhin als «Verfassungswandel»[2103] bezeichnete Phänomen. Angesprochen sind damit erweiterte Gestaltungsbefugnisse bestimmter Gewaltenträger in Situationen, in denen es der Verfassungsgeber aufgrund anderer Prioritäten – nicht aus Überzeugung – unterliess, bestehendem Regelungsbedarf nachzukommen. So geschehen etwa beim Ausbau des defizitären Grundrechtsschutzes in der Bundesverfassung 1874 durch das Bundesgericht im Namen und im Sinne des Verfassungsgebers.[2104]

Zum Dritten schliesst das Zusammenspiel von Wichtigkeit und Richtigkeit nicht aus, dass ein Staatsakt trotz Wichtigkeit seiner Richtigkeit wegen keine Gesetzesform verlangt; respektive bestimmte Gewaltenträger der Wichtigkeit wegen über Fragen entscheiden, obschon sich andere Organe mit Blick auf die Richtigkeit des Entscheids dazu womöglich besser eignen. Verschiedene angenommene Volksinitiativen erlauben zum Beispiel, dass aus Gründen der zeitlichen Richtigkeit trotz Wichtigkeit nach dem Ablauf einer bestimmten Frist für ihre nähere Ausgestaltung auf die Erlassform der Exekutivverordnung zurückgegriffen werden kann.[2105] Und im Rahmen der konkreten Koordination kollidierender Grundrechtsansprüche werden zwar offensichtlich verfassungsmässige Rechte des Einzelnen eingeschränkt (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV), seinerseits ein Indiz für das Vorliegen eines wichtigen Staatsaktes. Trotz ihrer Wichtigkeit entscheidet regelmässig ein Gericht über die situative Zuordnung kollidierender Grundrechtsansprüche, weil die Richtigkeit im Hinblick auf die fallspezifischen Gerechtigkeitsüberlegungen dabei im Vordergrund steht. Umgekehrt vermag das dialektische Zusammenspiel von Richtigkeit und Wichtigkeit auch zu erklären, weshalb mitunter hochkomplexe Fragen nicht oder nicht nur eine richtige, sondern eben auch eine genehme, weil für alle zumindest hinnehmbare Antwort verlangen. Das dem Bundesrat unterstellte Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat dürfte zwar relativ am besten dazu geeignet sein, den sachlich richtigen Entscheid über einen Atomausstieg der Schweiz zu treffen. Gleichwohl hat das 560

[2102] So bei der angenommenen Volksinitiative gegen den Bau von Zweitwohnungen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), gegen die Abzockerei (Art. 197 Ziff. 10 BV) sowie gegen Masseneinwanderung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV); vgl. auch den Grundtenor bei WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 503 ff.

[2103] Zum Begriff des Verfassungswandels vgl. Fn. 747.

[2104] BIAGGINI, Verfassungsverwirklichung, 136 f.; vgl. auch KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, 169 f.; für ein Beispiel siehe Rz. 666.

[2105] So die angenommenen Volksinitiativen gegen den Bau von Zweitwohnungen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV), gegen die Abzockerei (Art. 197 Ziff. 10 BV) sowie gegen Masseneinwanderung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV).

Volk[2106] darüber befunden – nicht, weil das Volk immer Recht hat, sondern weil aufgrund der Wichtigkeit dieser Frage ein richtiger und zugleich hinnehmbarer sowie akzeptierter Entscheid im Umgang mit dem Risiko nuklearer Katastrophen gesucht war.[2107]

561 Aus Gründen der staatsorganisatorischen Richtigkeit sind gemeinhin als rechtliche Fragen deklarierte Entscheide wie das Befinden über die Gültigkeit von Volksinitiativen[2108] oder die Genehmigung von Kantonsverfassungen[2109] Sache der Bundesversammlung, weil nicht nur ein rechtmässiger und gerechter, sondern eben auch ein breit akzeptierter Entscheid zu treffen ist, wenn in kollektiver Selbstbestimmung ergangene, politische Entscheide aufgehoben werden.[2110] Beispielhaft: Die Durchsetzungsinitiative wurde von der Bundesversammlung für teilweise ungültig erklärt; zahlreiche andere Volksinitiativen wie etwa die Selbstbestimmungsinitiative[2111] oder die Ausschaffungsinitiative[2112], die in einem offenen Konflikt zu einzelnen oder mehreren Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns standen, hingegen nicht. Die Bundesversammlung ist zum Schutz dieser Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns unbestritten weniger geeignet als das Bundesgericht. Beim Beschluss über die Gültigkeit von Volksinitiativen geht es jedoch weniger um die Garantie rechtsstaatlicher Mindeststandards als vielmehr um eine breit hinnehmbare Moderation zwischen den Anliegen der Initianten als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung und dem Schutz der Abstimmungsfreiheit einzelner Stimmbürger als Form ihrer individuellen Selbstbestimmung. Mit Blick auf die Richtigkeit staatlichen Handelns eignet sich die Bundesversammlung aufgrund ihrer Legitimationsform – der verantworteten Deliberation – hierfür relativ am besten.

562 *Zum Vierten* wirkt das Zusammenspiel von Wichtigkeit und Richtigkeit der drohenden Machtverschiebung zulasten des Verfassungsgebers entgegen.[2113] Dass der Verfassungsgeber etwas nicht regelt, heisst nämlich nicht zwingend, dass er entsprechende Befugnisse an die verfassungshandhabenden Organe delegiert. Mitunter behält sich der Verfassungsgeber Entscheide aus Gründen der Wichtigkeit vor, obschon mit Blick auf ihre Richtigkeit bevorzugt andere Organe befinden sollten. Das Bestimmen legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenom-

---

2106 Das Referendum gegen das einen Atomausstieg vorsehende EnG wurde in der Volksabstimmung vom Volk am 21.05.2017 mit 58,2 % angenommen (BBl 2017 4865).

2107 EICHENBERGER, Leistungsstaat, 66.

2108 Art. 173 Abs. 1 lit. f BV.

2109 Art. 172 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 51 Abs. 2 BV.

2110 Vgl. dazu auch Rz. 94, 518, 528.

2111 M.w.H. Fn. 535.

2112 Grundlegend dazu Teil II Kapitel 1 B.

2113 Zur Diagnose dieses Problems siehe Rz. 370 ff.

menen Volksinitiativen erfordert demnach aufgrund der legitimationsgradabhängigen Wichtigkeit stets eine Klärung, inwiefern die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen aufgrund ihrer Bedeutung «Sache des Verfassungsgebers»[2114] ist. Umgekehrt vermag das Zusammenspiel von Wichtigkeit und Richtigkeit auch zu erklären, weshalb das Legitimationsgefälle – also die Wichtigkeit – zwischen dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 BV) und dem obligatorischen Referendum (Art. 140 Abs. 1 BV) nicht allein entscheidend ist für die Frage, ob und wann ein Entscheid «Sache des Verfassungsgebers» ist. Im Einzelfall kann die legitimationsformabhängige Richtigkeit ausschlaggebend sein, obschon die Wichtigkeit der zu klärenden Fragen eigentlich die Erlassform der Verfassung verlangt. Der sukzessive Ausbau des defizitären Grundrechtsschutzes in der Bundesverfassung 1874 durch das Bundesgericht im Namen und im Sinne des Verfassungsgebers steht auch hierfür Beispiel.

Zum Fünften wird im Zusammenspiel von Wichtigkeit und Richtigkeit deutlich, 563
weshalb die Bundesverfassung der Bundesversammlung die Gesamtverantwortung überträgt, um das notwendige Mass an Machthemmung und Machteffektuierung bei der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen in einem staatsleitenden Moderationsprozess[2115] abzusichern. Auf den ersten Blick mag dieses institutionelle Arrangement vor allem mit Blick auf die Unabhängigkeit irritieren, zumal angenommene Volksinitiativen regelmässig gerade die Bundesversammlung in die Pflicht nehmen wollen. Bei näherer Betrachtung erweist es sich jedoch als bedachte Zuweisung von Befugnissen, die für einen austarierten Kompromiss zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit sorgt:

Im Hinblick auf die Richtigkeit, weil nicht die Unabhängigkeit des zuständigen 564
Organs im Vordergrund steht, sondern die Fähigkeit, aufeinanderprallende Selbstbestimmungsformen in einem staatsleitenden Moderationsprozess miteinander zu verkoppeln. Die inklusiv wirkende Legitimationsform der Bundesversammlung eignet sich dafür regelmässig besser als jene des Bundesgerichts, die zwar strukturelle Unabhängigkeit vermittelt, aber eben auch auf eine exklusive Interessenberücksichtigung ausgerichtet bleibt. De lege ferenda könnte die gewaltenträgerabhängige Richtigkeit solcher Staatsakte zusätzlich gestärkt werden durch eine spezialisierte Verfassungskommission[2116], die Fachwissen mit der deliberativen Suche nach zustimmungsfähigen Entscheiden institutionell miteinander verkoppelt.

2114 Der Begriff ist entnommen bei BIAGGINI, Verfassungsfortbildung, 135 ff.; vgl. auch BRYDE, Verfassungsentwicklung, 303; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 73.

2115 Siehe zum staatsleitenden Moderationsprozess Rz. 524, 535, 533, 584, 654 ff.

2116 Vgl. zur ähnlichen Funktion der Finanzdelegation Art. 51 ParlG; m.w.H. SGK-BV, MASTRONARDI/SCHINDLER/LOUIS, Art. 169, Rz. 57 ff.

565 *Im Hinblick auf die Wichtigkeit* erweist sich die Gesamtverantwortung der Bundesversammlung zur Koordination angenommener Volksinitiativen – gerade auch im Rahmen der staatsleitenden Moderation – als bedacht. Schliesslich geht es bei in einer Volksabstimmung über Verfassungsänderungen stets um Fragen, die «alle» betreffen, sodass sich potenziell eben auch «alle» an Formen der staatsleitenden Moderation widersprüchlicher Verfassungsnormen beteiligen können müssen. Die parlamentarische Handlungsform des Gesetzes ermöglicht dies trotz des Legitimationsgefälles zwischen dem obligatorischen und dem fakultativen Referendum, das dabei jedoch über die gewaltenträgerabhängige Richtigkeit kompensiert wird. Kurzum: Die Bundesversammlung eignet sich zur Absicherung individueller Selbstbestimmungsformen im Rahmen der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen, weil sie zwar weniger unabhängig als ein Gericht ist, aber aufeinanderprallende Selbstbestimmungsformen relativ am besten auf eine allgemeinverbindliche und breit akzeptierte Weise miteinander verkoppelt und dabei Zugang zum fakultativen Referendum vermittelt.

566 Zusammenfassend ist für den Anteil legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen nicht ausschlaggebend, ob der Verfassungsgeber das «Gesetz»[2117] als Handlungsform oder die «Gesetzgebung»[2118] als Staatsfunktion verbindlich vorgibt. Massgebend ist auch nicht, inwiefern eine angenommene Volksinitiative ohne Dazwischentreten des Gesetzgebers als staatliche Handlungsgrundlage taugt oder nicht.[2119] Ausschlaggebend ist einerseits, ob wichtige staatliche Fragen von allgemeinverbindlicher Tragweite zu klären sind, deren Regelung ihrer Bedeutung wegen den Legitimationsgrad der Gesetzesform verlangt (Wichtigkeit). Andererseits ist massgebend, ob dabei strategisch-verbindliche Leitentscheide in verantworteter Deliberation zu treffen sind, welche die institutionell-organisatorische Legitimationsform der Bundesversammlung erfordern (Richtigkeit).

2117 Art. 121a Abs. 5 BV.

2118 Art. 121 Abs. 4 BV; Art. 95 Abs. 3 BV; Art. 75b Abs. 2 BV.

2119 WALDMANN, Umsetzung, 530; HANGARTNER, Unklarheiten, 476; MUSLIU, Umsetzung, 28 ff.; BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.3; BGE 142 II 35, 38, E. 3.1 ff.; mit Vorbehalten BIAGGINI, Unmittelbare Anwendbarkeit, 581.

E. Zwischenfazit: Ausgestaltung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen

Wie gestaltet die Bundesverfassung legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen aus? Wie ist die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als Tätigkeit und Aufgabe im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung einzuordnen und welchen Organen spricht die Bundesverfassung dabei welche Befugnisse zu? Diese am Anfang des Kapitels aufgeworfenen Fragen lassen sich nun anhand der gewonnenen Erkenntnisse beantworten. In wenigen Worten ergibt sich die verfassungsrechtliche Grundlage von Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung bei angenommenen Volksinitiativen originär aus der legislativen Gewalt. Anteil und Umfang ihrer Gestaltungskompetenzen hängen vom Bedarf nach verantworteter Deliberation (Legitimationsform) und dem Erfordernis der Gesetzesform (Legitimationsgrad) ab, die es für die Bewältigung eines politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative benötigt. Das ergibt sich aus den folgenden Überlegungen. 567

Das *staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung* überführt gewisse normative Anforderungen an die Organisation des Staates, die sich aus den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat ergeben, in die Bundesverfassung. Verkürzt ordnet es eine Organisation des Staates an, durch die staatliches Handeln stets gegenüber kollektiver wie auch individueller Selbstbestimmung verantwortet bleibt. Zu diesem Zweck richtet die Bundesverfassung drei Grundfunktionen, ein in deren Rahmen verschiedene Organe in Ausübung staatlicher Gewalt die Aufgaben des Staates besorgen und rechtfertigen. Aus der Perspektive der einzelnen Staatsgewalten finden sämtliche Formen staatlichen Handelns in einer Staatsorganisation statt, die vom dialektischen Zusammenspiel von Machthemmung und Machteffektuierung umspült wird. Insoweit die Bundesverfassung die skizzierte staatliche Organisation nicht selbst näher ausgestaltet, wie etwa im Kontext der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, verpflichtet das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung dazu, staatliches Handeln im Sinne seiner normativen Grundanforderungen auszugestalten. 568

Die *Bundesversammlung* ist als Parlament des Bundes in das gewaltengliedrige Gefüge der Bundesverfassung eingebettet. Ihre Grundfunktion ist die Ausübung legislativer Gewalt, um künftiges Handeln des Staates und der darin lebenden Personen in einem parlamentarischen Verfahren mittels verbindlicher, im politischen Prozess getroffener Leitentscheide zu steuern und zu rechtfertigen. Wesenszug parlamentarischer Tätigkeit ist somit weder das Handeln im Rahmen der Gesetzgebungsfunktion noch das Gesetz. Entscheidend ist, ob die Rechtfertigung 569

einer bestimmten staatlichen Tätigkeit zwingend die verantwortete Deliberation als Legitimationsform benötigt. In ihrer Rolle als oberste Gewalt im Bund agiert die Bundesversammlung unbestritten als oberste gesetzgebende Behörde, aber eben nicht nur. Ihr bleibt auch die demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Hauptverantwortung übertragen, zwischen Vielfalt und Einheit, zwischen Mehrheiten und Minderheiten, aber auch zwischen Repräsentanten und Repräsentierten zu vermitteln. Als Moderatorin hat sie für eine staatliche Gestaltung zu sorgen, die sich durch kollektive wie durch individuelle Selbstbestimmung zugleich legitimiert und gegenüber den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet bleibt.

570 Die *Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch* fügt sich als besondere Form der Ausübung staatlicher Gewalt stimmig im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung ein. Ihre nähere Ausgestaltung richtet sich nach der allgemeinen Organisation der verschiedenen Formen staatlicher Gewaltausübung im Rahmen der drei klassischen Staatsfunktionen. Verfassungsentwicklungs- und Koordinationskompetenzen ergeben sich originär aus der jeweiligen Staatsgewalt und werden durch die allgemeine Regelung staatlichen Handelns innerhalb der drei Staatsfunktionen näher ausgestaltet. Die einzelnen Gewaltenträger leisten in Ausübung verschiedener Formen staatlicher Gewalt je eigene, notwendige und komplementäre Beiträge zur Verbundsaufgabe der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen. Das Parlament oder ein Gericht kann die Leistung des Verfassungsgebers somit nicht einfach ersetzen, umgekehrt gilt dasselbe. Zudem wurde dargelegt, dass und weshalb die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ein dialektischer Prozess zwischen Machthemmung, Machteffektuierung und staatsleitender Moderation ist. Prozesse im Dienst der Machteffektuierung stellen sicher, dass die Staatsaufgabe möglichst gut ausgeführt werden kann; Prozesse im Dienst der Machthemmung schützen Individuen, aber auch souveräne Gebilde dabei vor Missbrauch staatlicher Macht. Und staatsleitende Moderationsprozesse vermitteln bei Bedarf in einem offenen Verfahren zwischen aufeinanderprallenden Selbstbestimmungsformen. Sie sichern das unverzichtbare Mindestmass an Machteffektuierung und Machthemmung prozedural ab und operationalisieren die Prüfung, ob eine geltende Verfassungsnorm als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung ausnahmsweise relativiert werden muss, weil das notwendige Mindestmass an Machthemmung oder Machteffektuierung nur so aufrechterhalten werden kann, staatliches Handeln nur so auch der individuellen Selbstbestimmung gegenüber verantwortet bleibt.

571 Der *Anteil legislativer Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen bei angenommenen Volksinitiativen* bestimmt sich im Zusammenspiel der Wichtigkeit und der Richtigkeit solcher Staatsakte. Konkret ist zu klären, inwiefern es zur näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen der Legitimationsform der Bundesversammlung be-

darf und inwieweit des Legitimationsgrades des Gesetzes. Unbestritten ist die Koordination widersprüchlicher Verfassungspflichten nicht zwingend auf die Handlungsform des Gesetzes angewiesen. Mitunter gibt es gute Gründe, dass bevorzugt administrative und justizielle Behörden eine angenommene Volksinitiative näher ausgestalten.[2120] Aufgrund der staatspolitischen Bedeutung einer angenommenen Volksinitiative sprechen jedoch gewichtige Gründe dafür, dass es im Wesentlichen Sache der Bundesversammlung ist, widersprüchliche Verfassungsnormen infolge einer angenommenen Volksinitiative zu koordinieren: Die Legitimationsform der Bundesversammlung vermag relativ am besten für eine allgemeinverbindliche und zukunftsorientierte Befriedung politischer Konflikte hinter einer angenommenen Volksinitiative zu sorgen, die auf möglichst breite Zustimmung stösst.[2121] Dabei vermittelt die Bundesversammlung als Drehscheibe zwischen einer angenommenen Volksinitiative als Ausdruck direktdemokratischer Selbstbestimmung im Kollektiv und dem Schutz individueller Selbstbestimmung einzelner Bürger, Kantone oder des Bundes. Nicht ausschliesslich, aber oft erfordert eine Koordination angenommener Volksinitiativen aus Gründen der staatsorganisatorischen Richtigkeit demnach einen in verantworteter Deliberation getroffenen Leitentscheid des Parlaments, damit sie gegenüber allen verfassungsstaatlichen Grundanliegen und den beiden dahinterstehenden Legitimationsmodi verantwortet bleibt. Im Hinblick auf den Legitimationsgrad gibt die Bundesverfassung vor, dass es für die nähere Ausgestaltung und Koordination einer angenommenen Volksinitiative umso eher der Handlungsform des Gesetzes bedarf, je wichtiger die dabei zu klärenden Fragen sind. Die Gesetzesform vermittelt nämlich nicht nur eine verantwortete Deliberation, die auf dem Fachwissen aufbaut, das Bundesrat und Bundesverwaltung zusammengetragen haben. Vor allem sichert sie auch den Zugang zum fakultativen Referendum ab, mit dem einem Koordinationsvorschlag des Parlaments das Inkrafttreten untersagt werden kann.[2122] Im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung zur Zweitwohnungsinitiative zeigte sich diese machthemmende Wirkung des drohenden Gesetzesreferendums besonders stark.[2123] In anderen Fällen wie etwa der Ausschaffungsinitiative oder der Masseneinwanderungsinitiative verzichteten die Initianten auf den Griff zum Referendum und taten ihren Unmut über die Ausführungsgesetzgebung des Gesetzgebers stattdessen mittels neuer Volksinitiativen in derselben Sache kund.[2124]

2120 Das Beispiel der Grundrechtskollision belegt dies; m.w.H. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 71 ff., 74; grundlegend MARTIN, Grundrechtskollisionen.

2121 M.w.H. zur funktionalen Eignung des Bundesgerichts zur Verfassungskonkretisierung SEILER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 501 ff.

2122 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 164, N 3; G. MÜLLER, Inhalt und Formen, 130.

2123 Vgl. Rz. 154.

2124 So die Selbstbestimmungsinitiative (m.w.H. Fn. 535) als Reaktion auf die Umsetzung verschiedener angeblich völkerrechtswidriger Volksinitiativen sowie die Begren-

Mit anderen Worten erhöht die Gesetzesform den institutionellen Zwang, eine angenommene Volksinitiative mit gegenläufigen Verfassungsnormen in einer Weise zu koordinieren, die auf möglichst breite Zustimmung stösst. Das Gesetz wird zum Gefäss, das für einen austarierten Kompromiss zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit sorgt und den näheren Gehalt und den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative auf eine allgemeinverbindliche und möglichst stabile Weise regelt.

572 Die Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung bei angenommenen Volksinitiativen unterscheiden sich von der «Art» und vom «Umfang» her von entsprechenden Befugnissen anderer Gewaltenträger: Von der «*Art*» her sind legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen besonders, weil die verantwortete Deliberation als Legitimationsform der Bundesversammlung einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Befriedung von politischen Konflikten hinter angenommenen Volksinitiativen leistet. Ihr Beitrag lässt sich nicht einfach durch jenen des Bundesgerichts oder des Verfassungsgebers ersetzen. Vom *«Umfang»* her gehen legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen aufgrund des Anteils der Bundesversammlung an der Trägerschaft der obersten Gewalt im Legislativstaat weiter als jene des Bundesgerichts oder des Bundesrates. Die beiden anderen obersten Staatsorgane und selbst Volk und Stände leisten zwar komplementäre und notwendige Beiträge zur Ausübung der obersten Gewalt im Bund. Die politische Gesamtverantwortung für eine Regelung des näheren Gehalts einer angenommenen Volksinitiative, die sich durch beide Formen menschlicher Selbstbestimmung rechtfertigt und allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleibt, weist die Bundesverfassung indes der Bundesversammlung zu. Sie vermittelt als Moderatorin zwischen einer angenommenen Volksinitiative als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung sowie dem Schutz individueller Selbstbestimmung einzelner Individuen, Kantone sowie des Bundes. Trotz dieser Besonderheit im Hinblick auf den Umfang legislativer Gestaltungsbefugnisse hängen legislative Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausformung einer angenommenen Volksinitiative immer auch massgeblich von den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Ausübung solcher Gestaltungskompetenzen ab. Ihnen widmet sich das nachfolgende Kapitel.

zungsinitiative (M.w.H. Fn. 591) als Reaktion auf die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative (grundlegend dazu Rz. 156 ff.).

Kapitel 3 Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen

Wie sind legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auszuüben? Auf welche Weise hat sich die Bundesversammlung im Spannungsfeld kollidierender Verfassungspflichten zu verhalten, das eine angenommene Volksinitiative hervorruft? Die bestehenden Systematisierungsversuche zur näheren Regelung des normativen Kontextes angenommener Volksinitiativen liefern unzureichende Antworten auf diese bereits zu Beginn von Teil I Kapitel 3 C aufgeworfenen Fragen. Verkürzt liegen ihre Grundprobleme darin, dass sie den staatspolitischen Eigenwert einer angenommenen Volksinitiative in die Eigenlogik des Rechts internalisieren, judikative und legislative Koordinationstätigkeiten weitgehend gleichsetzen sowie unzureichend zwischen der näheren Ausgestaltung und der Koordination von Verfassungsrecht unterscheiden. Wie aber lassen sich legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf eine gegenüber allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortete Weise ausüben? 573

Die nachfolgenden Ausführungen wollen ein Konzept zur Verarbeitung und Strukturierung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene entwickeln. Nach der vorliegenden Konzeption sind die Verfahren und Handlungsinstrumente, welche der Bundesversammlung hierfür zur Verfügung stehen, die in der legislativen Gewalt originär angelegten Gestaltungskompetenzen und die direkt vom Volk gewählten Mitglieder der Bundesversammlung zwar unbestritten notwendige, aber keine hinreichenden Voraussetzungen für eine normativ legitimierte Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch die Bundesversammlung. Erst durch die verantwortete Deliberation bleibt die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auch in Bezug auf den Inhalt gegenüber allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet und durch beide Selbstbestimmungsformen gerechtfertigt. Ausgangs- und Anknüpfungspunkt des zu entwickelnden Konzepts, das die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen als reflexiven Prozess systematisieren soll, bildet daher die Legitimationsform der Bundesversammlung.[2125] Entlang der verantworteten Deliberation wird erörtert, wie im Rahmen der legislativen Gestaltung sichergestellt wird, dass Beschlüsse der Bundesversammlung sich durch beide Selbstbestimmungsformen rechtfertigen (Abschnitt A). Zudem 574

[2125] Grundlegend dazu Rz. 489 ff.

erarbeiten die nachfolgenden Ausführungen einen Handlungsmassstab, der den Weg für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene neu ausschildert (Abschnitt B).

A. Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen als reflexiver Prozess

575 Das parlamentarische Verfahren und die unmittelbar durch das Volk gewählten Abgeordneten impfen legislativer Gewaltausübung zwar demokratische und bundesstaatliche Legitimation ein. Doch bereits EICHENBERGER wies darauf hin, dass der Inhalt legislativer Gestaltung «nicht völlig aus dem Nichts geschaffen» wird: Die Rechtsstaatlichkeit fordere eine rechtmässige und gerechte Ausübung legislativer Gewalt; das Demokratieprinzip richte an den Gesetzgeber die «Forderung, einen Inhalt zu prägen, der dem obersten Volkswillen tatsächlich entspricht»; und das Bundesstaatsprinzip «soll den Inhalt des bundesstaatlichen Willens mitgestalten».[2126] Angesprochen ist damit der anerkannte Zusammenhang zwischen dem Inhalt staatlicher Gestaltung und den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden. Nach der vorliegenden Konzeption organisiert die Bundesverfassung staatliche Tätigkeiten nicht nur im Sinne dieser Formungsentscheide aus, sondern diese spuren auch gewisse Handlungsmuster vor, welche die Ausübung staatlicher Gewalt gegenüber den inhaltlichen Anliegen von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat verantworten.[2127] So anerkannt eine demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Ausübung und Rechtfertigung legislativer Gewalt im Grundsatz ist, so schwer tut sich die Verfassungsdogmatik allerdings mit ihrer Systematisierung in der notwendigen Tiefenschärfe. Das Hauptproblem dabei ist es, die Eigenart legislativer Gestaltung als politischen Prozess zu erfassen und ihre Verfassungsgebundenheit mit diesem zu verbinden, ohne das dialektische Zusammenspiel von Recht und Politik aufzulösen.[2128]

576 Die nachfolgende Systematisierung der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen will die Spannung zwischen Recht und Politik im Rahmen der verantworteten Deliberation aufrechterhalten. Dazu wird die Ausübung legislativer Gewalt respektive die verantwortete Deliberation als rechtlich-politisches Doppelphänomen reformuliert, das vom Anfang bis zum Ende von parallel verlaufenden Prozessen zur Machteffektuierung, zur Machthemmung und zur staatslei-

[2126] So EICHENBERGER, Oberste Gewalt, 132 f.
[2127] SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 43.
[2128] M.w.H. dazu auch Rz. 392, 592.

tenden Moderation «umspült»[2129] bleibt.[2130] Diese drei Prozesse gewährleisten zusammen eine Rechtfertigung des Inhalts legislativer Gestaltung im dialektischen Mit- und Gegeneinander von kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Zur dogmatischen Systematisierung der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen als reflexiver Vorgang in diesen Prozessen wollen wir zwischen drei Wesensmerkmalen legislativer Gestaltung unterscheiden, die sich allesamt aus Art. 148 Abs. 1 BV ergeben: der machteffektuierenden «Ausübung der obersten Gewalt im Bund» (Abschnitt I), ihrer machthemmenden Unterstellung unter den «Vorbehalt von Volk und Ständen» (Abschnitt II) und der staatsleitenden Ausübung legislativer Gewalt (Abschnitt III).

I. Hoheitliche «Ausübung legislativer Gewalt»

Im Grundsatz trifft die Bundesversammlung aus Gründen der Machteffektuierung hoheitlich strategisch-verbindliche Leitentscheide im Namen und im Interesse von Volk und Ständen. Darin liegt ein erstes Wesensmerkmal der Ausübung legislativer Gewalt. Die Bundesversammlung befindet als oberste Gewalt im Bund (Art. 148 Abs. 1 BV) über Bereich, Gegenstand, Form und Zeitpunkt der allgemeinverbindlichen Steuerung von künftigem Staatshandeln. Vorgaben von Volk und Ständen bleiben dabei zwar vorbehalten. Soweit die Regelungskompetenz jedoch beim Bund liegt, ist die Bundesversammlung indes nicht auf «grünes Licht» von Volk und Ständen angewiesen für die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen auf Stufe Gesetz. Denn als oberste gesetzgebende Gewalt im Bund besitzt die Bundesversammlung eine verfassungsunmittelbare Befugnis, das öffentliche Interesse zu regeln und angenommene Volksinitiativen hoheitlich näher auszugestalten. 577

Die Bundesversammlung rechtfertigt ihre Beschlüsse im Rahmen der verantworteten Deliberation, indem sie über die Tauglichkeit politischer Vorschläge zur Steuerung von staatlichem Handeln reflektiert:[2131] Zuerst erfolgt eine Reflexion über politische Vorschläge zur näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen anlässlich ihrer Vorberatung in den Kommissionen sowie aufgrund der getrennten Verhandlungen in National- und Ständerat. «Nach einer schöpferischen Pause» wird ein Entwurf «nochmals studiert, [werden] zweifelhafte Punkte geklärt und wenig überlegte oder momentan bedingte Entschlüs- 578

[2129] Nach F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, Vorwort, VII, ist die Vollziehung von Gesetzen von der Politik «umspült».

[2130] M.w.H. zu diesen Prozessen auch Rz. 460, 504.

[2131] Zur verantworteten Deliberation als Reflexionsprozess auch Rz. 484; m.w.H. zur Koordination als reflexiver Vorgang auch Rz. 407.

se der ersten Beratung» können revidiert werden.[2132] In ihrer Funktion als Zweitrat agieren somit beide Räte als «chambres de réflexion». Sodann werden in der parlamentarischen Deliberation politische Vorschläge am verfügbaren Wissen reflektiert, das in der Verwaltung zusammengetragen, in den Kommissionen verdichtet und durch Expertenmeinungen angereichert wird. Schliesslich reflektiert parlamentarische Deliberation politische Vorschläge auch an Einwänden der Regierung, der Verwaltung, von Ratsmitgliedern oder gar dem Bundesgericht[2133] und der Kritik von Experten, den Medien und der breiten Öffentlichkeit. Diese Reflexionsformen über politische Handlungsoptionen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen sorgen im Rahmen der verantworteten Deliberation zusammen für machteffektuierende Effekte, indem sie Einsicht und Vertrauen in politische Vorschläge vermitteln und schrittweise die Kenntnis darüber gewonnen wird, dass und weshalb eine bestimmte Koordinationsoption widersprüchlicher Verfassungsnormen die politisch zweckmässige ist, weil sie aller Voraussicht nach auf Akzeptanz stösst.

II. Ausübung legislativer Gewalt «unter Vorbehalt von Volk und Ständen»

579 Als Trägerin der obersten Gewalt im Bund übt die Bundesversammlung ihre Befugnisse aus Gründen der Machthemmung stets «unter Vorbehalt von Volk und Ständen» aus. Dieses zweite Wesensmerkmal legislativer Gewaltausübung hebt die Bundesverfassung in Art. 148 Abs. 1 BV ausdrücklich hervor. Als Konsequenz davon unterstehen verschiedene Akte der Bundesversammlung einer obligatorischen oder fakultativen Genehmigung von Volk und Ständen (Art. 140 f. BV). Zudem unterstreicht dieser Vorbehalt deren Möglichkeit, Einsprache gegen die Ausübung staatlicher Gewalt durch die eingesetzten Organe zu erheben und ein bestimmtes öffentliches Interesse mittels einer angenommenen Volksinitiative selbst zu regeln («recourir à la force»)[2134]. Diese Folgen des Vorbehalts von Volk und Ständen gegenüber legislativer Gestaltung erfasst die herrschende Verfassungsdogmatik durch das Zerrbild einer verfassungsgebundenen Bundesversammlung, obschon sie Mühe damit bekundet, die Bindungskraft von Verfassungsrecht im Rahmen der Ausübung legislativer Gewalt zu systematisieren, ohne dabei die Eigenlogik der Politik in jener des Rechts aufzulösen.

2132 BSK BV-THURNHERR, Art. 148, N 17; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 30, Rz. 6; BGE 133 I 178, 181, E. 3.2.

2133 So etwa bei den Warn-Dicta m.w.H. Fn. 1193.

2134 Der Begriff ist entnommen bei CONDORCET; m.w.H. Fn. 19.

In ein neues Licht rückt die Verfassungsgebundenheit der Bundesversammlung, wenn man die Eigenart berücksichtigt, wie Verfassungsnormen auf die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen einwirken. Denn: Zum einen geht es im Rahmen der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen um die Bindungsfunktion von Verfassungsrecht als handlungssteuernde Vorgabe (Handlungsmassstab[2135]), nicht um eine retrospektive Kontrolle von Staatsakten durch ein Gericht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin (Kontrollmassstab[2136]). Zum andern werden die Massstäbe von Politik und Verfassung im Rahmen der verantworteten Deliberation verschränkt, anstatt sie durch eine hierarchische Zuordnung von Rechtsrahmen und Gestaltungsspielraum zu trennen.[2137] Parlamentarische Deliberation sorgt demnach nicht nur für eine Ausübung angestammter Staatsgewalt nach Massgabe der Politik, sondern soll stets auch ihre Gebundenheit an das übergeordnete Recht, allen voran die Bundesverfassung, sichern. Verfassungsnormen entfachen ihre Bindungskraft als Handlungsmassstab für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen demnach nicht schwächer, nicht besonders, sondern anders wie als Kontrollmassstab zur Ausübung judikativer Gewalt. Doch wie? 580

Verantwortete Deliberation ist kein rechtlicher und kein politischer Vorgang, sondern immer beides zugleich. Eine andere Kraft als der Rechtszwang forciert das Parlament demzufolge zu verfassungsmässigem Handeln. Schliesslich untersteht die Bundesversammlung keiner Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern höchstens dem Referendum, seinerseits eine politische Kontrolle legislativer Akte. An Kontur gewinnt diese normative Kraft von Verfassungsnormen als Handlungsmassstab für die Bundesversammlung jedoch im Reflexionsvorgang der verantworteten Deliberation: Es gilt allgemein anerkannt, dass das Recht auch politische Behörden dazu verpflichtet, ihr Staatshandeln am positiven Recht zu reflektieren und zu prüfen, ob es damit im Einklang steht.[2138] Unbestritten ist auch, dass die Ausübung und Rechtfertigung legislativer Gewalt im Rahmen der verantworteten Deliberation entscheidend von der politischen Zustimmung abhängt, auf die sie stösst. Wenig Beachtung findet hingegen die Korrelation dieser beiden Thesen. Für den nach Zustimmung suchenden Prozess der verantworteten Deliberation sind verfassungsrechtliche Überlegungen weder ausschlaggebend noch verzichtbar: nicht ausschlaggebend, weil nach Massgabe der Politik entschieden wird; unverzichtbar, weil politische Vorschläge im Einklang mit der Bundesverfassung stehen müssen, wenn sie auf Zustimmung stossen wollen. Es 581

[2135] Zur Verfassung als Handlungsmassstab siehe auch Rz. 394.
[2136] Zur Verfassung als Kontrollmassstab siehe auch Rz. 394.
[2137] Vgl. Rz. 264 ff. sowie Rz. 270 ff.
[2138] So ausdrücklich GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 398.

ist somit der Verlust politischer Zustimmung und Akzeptanz, nicht der Rechtszwang, der legislative Gestaltung zu verfassungsmässigem Verhalten forciert.

582 Wenn man die Verhinderung von Verlust politischer Zustimmung und Akzeptanz als Wesenszug parlamentarischer Deliberation umschreibt, sucht solche – ähnlich der Kontrolle[2139] – nach machthemmenden Effekten, indem sie kritisch und bei Bedarf berichtigend auf Staatsakte einwirkt.[2140] Während aber die Kontrolle Verantwortung zwischen einem kontrollierenden und einem kontrollierten Akteur auf der Kontrollebene herstellt, erweist sich die Reflexion als Prozess zur Operationalisierung von Eigenverantwortung staatlicher Organe auf der Handlungsebene. Drohender Legitimationsverlust zwingt die Bundesversammlung dazu, die Perspektive eines anderen einzunehmen und das eigene Handeln von dort aus am Handlungsmassstab der Verfassung zu reflektieren.[2141] Es erfolgt gleichsam eine selbstgesteuerte Machthemmung durch die Einnahme anderer Perspektiven. Derartige Reflexionstätigkeiten bedürfen keines Kontrollmassstabes, sondern reflektieren das eigene Handeln an einem Handlungsmassstab – oder besser: einem Reflexionsmassstab.

583 Erst wenn man die Rechtsbindung aus der Kontrollperspektive herauslöst und auf der Handlungsebene mit Blick auf die spezifische Legitimationsform der Bundesversammlung – die verantwortete Deliberation – neu ausrichtet, zeigt sich, auf welche Weise Vorbehalte von Volk und Ständen die Bundesverfassung «binden». Drohender Legitimationsverlust in rechtlicher und politischer Hinsicht zugleich, kein Rechtszwang, forciert die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen politische Vorschläge am Massstab von Recht und Verfassung zu reflektieren und sich verfassungskonform zu verhalten.[2142] Zusammengefasst ist eine Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch die Bundesversammlung kein rechtlicher und kein politischer Vorgang, sondern immer beides zugleich, da die Eigenlogik des Rechts und jene der Politik miteinander «hybridisiert» werden, ohne sie ineinander aufzulösen.

2139 Grundlegend zur Kontrolle als Tätigkeit EICHENBERGER, Kontrolle, 132 ff.; SCHEUNER, Kontrolle, 293 ff., 299 ff.; umfassend zur Kontrolle staatlicher Machtausübung HEUSLER, Oberaufsicht, 209 ff.; m.w.H. zur Kontrolle als Grundstruktur staatlicher Entscheidungsprozesse KREBS, Kontrolle, 27 ff.; a.M. wohl TEUBNER/WILLKE, Reflexives Recht, 14.

2140 SCHEUNER, Kontrolle, 303.

2141 TEUBNER/WILLKE, Reflexives Recht, 14 umschreiben Reflexion als Tätigkeit, «sich selber in die Rolle anderer Akteure zu versetzen, um aus deren Perspektive die eigene Rolle zu sehen. In verallgemeinerter Form meint Reflexion eine Selbststeuerung».

2142 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 398; vgl. auch TEUBNER, Verfassungsfragmente, 160 ff.; MÖLLERS, Normen, 194 ff.

III. Staatsleitende Ausübung legislativer Gewalt

584 Das dritte, nicht immer offensichtliche, wenn massgeblich aber unverkennbare Wesensmerkmal der Ausübung legislativer Gewalt ist die Vornahme staatsleitender Akte im Namen und im Interesse des Volkes in Ausübung der obersten Gewalt im Bund (Art. 148 Abs. 1 BV). Solche Akte der Staatsleitung beziehen sich auf die Richtungsbestimmung des Staates als Ganzes, an der die Bundesversammlung mit einer eigenständigen, notwendigen und komplementären Organleistung in jenem Umfang mitwirkt, in der sie Trägerin der obersten Gewalt im Bund ist. Die Bundesversammlung ist in der als Legislativstaat konstituierten Eidgenossenschaft zwar nicht exklusiv für die Staatsleitung zuständig, denn es wirken auch andere Organe an dieser Gesamtaufgabe mit und selbst Volk und Ständen stehen «Zutritte zur Staatsleitung»[2143] offen. Die Bundesverfassung überträgt die politische Gesamtverantwortung der Staatsleitung allerdings der Bundesversammlung, nicht Volk und Ständen. Ihr bleibt es letztlich überantwortet, staatliches Handeln immer durch beide Formen menschlicher Selbstbestimmung zu legitimieren.

585 Sicher: Legislative Gestaltung muss im Einklang mit den Vorentscheiden des Verfassungsgebers stehen und ist an sie gebunden. Umgekehrt bleibt die Ausübung legislativer Gewalt auch stets zu einem Mindestmass an Skepsis verpflichtet, die man im Verfassungsstaat jeder Form von gesetztem Recht entgegenbringen sollte.[2144] Schliesslich rechtfertigt sich staatliches Handeln zwar immer auch, aber eben nie allein durch kollektive Selbstbestimmung. Neben den massstabsetzenden Organen haben also auch die massstabshandhabenden Organe stets darüber nachzudenken, was das konkret richtige Staatshandeln ist, das im dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung gerechtfertigt bleibt.[2145] Aus diesem Grund verpflichten die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat allen voran die Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund dazu, im Rahmen der Ausübung legislativer Gewalt für das notwendige Mindestmass an Machthemmung und Machteffektuierung zu sorgen. Hierfür wird das eigene Handeln auf der Handlungsebene zwar ebenfalls aus der Perspektive eines anderen reflektiert. In Frage steht jedoch nicht dessen Verfassungsmässigkeit, sondern ob das Mindestmass an Machthemmung oder Machteffektuierung nur gewährleistet bleibt, wenn sich die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche ratio (individuelle Selbstbestimmung) gegenüber der voluntas durchsetzt und die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen zu

---

[2143] Der Begriff ist entnommen bei TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 673 im Titel; vgl. auch B. EHRENZELLER, Volksrechte, 127 ff.

[2144] Ähnlich L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 121.

[2145] Vgl. auch J.P. MÜLLER/BIAGGINI, Demokratieabsolutismus, 246 f.

diesem Zweck auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt.

IV. Zwischenfazit und Ausblick

586 Wir haben festgestellt: Die Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen ist in mehrfacher Hinsicht ein reflexiver Prozess. Aus dem Blickwinkel ihrer Legitimationsform – der verantworteten Deliberation – handelt die Bundesversammlung stets in Ausübung legislativer Gewalt, als Trägerin der obersten Gewalt im Bund und im Namen sowie unter Vorbehalt von Volk und Ständen (Art. 148 Abs. 1 BV). Daraus ergeben sich neue Erkenntnisse über den Gegenstand (Was), das Ziel (Weshalb) und das Vorgehen (Wie) der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen im Viereck der Verfassungsgestaltung[2146].

587 Der *Koordinationsgegenstand* (Was) – die angenommene Volksinitiative und ihr normativer Kontext – bleibt im reflexiven Prozess der verantworteten Deliberation eine verbindliche Verfassungsvorgabe: Auf der Steuerungsebene erweist sich sie als rechtlich-politisches Doppelphänomen, das politische Konflikte in die Verfassung trägt (Politisierung von Recht), in der Absicht, sie mit den Mitteln des Rechts zu befrieden (Verrechtlichung von Politik). Auf der Handlungsebene adressiert eine angenommene Volksinitiative die Bundesversammlung hingegen als verbindliche Vorgabe über den Inhalt und die Form politischer Gestaltung. Die in der angenommenen Volksinitiative zum Ausdruck kommende Forderung von Volk und Ständen kommt als verbindlicher Gestaltungsauftrag für die politischen Behörden daher, der für tauglich befunden wurde.[2147] Die politisch zweckmässige, weil zustimmungsfähige Befriedung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative ist im politischen Prozess allerdings erst noch zu bestimmen. Im Rahmen der parlamentarischen Deliberation ist eine angenommene Volksinitiative daher nicht immun gegenüber Einwänden, ja erst ihre Konfrontation mit solchen ermöglicht es, sie auf eine zustimmungsfähige Weise mit gegenläufigen Verfassungsvorgaben zu koordinieren. Summarisch erweisen sich angenommene Volksinitiativen im parlamentarischen Deliberationsprozess damit sehr wohl als verbindliche Verfassungsvorgaben. Aufgrund ihres staatspolitischen Zwecks führt ihre Missachtung mit grösster Wahrscheinlichkeit – aber eben nicht zwingend[2148] – zu einem parlamentarischen Beschluss,

---

2146 Dazu eingehend Rz. 186 ff.

2147 M.w.H. zur Tauglichkeit politischer Vorschläge Rz. 487.

2148 So etwa das Beispiel der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 75b BV; die Verbindlichkeit angenommener Volksinitiativen schlägt sich auch in verschiedenen Verfahrensregelungen nieder, wie etwa einer spezifischen Eintretenspflicht (Art. 74 Abs. 3 ParlG).

der nicht auf Zustimmung stösst und einem etwaigen Referendum nicht standhält. Beispielhaft: Die weitgehende Missachtung von Art. 75b BV durch den Ständerat im Rahmen der Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative bewog den Nationalrat dazu eine referendumssichere(re) Umsetzungsvorlage auszuarbeiten.[2149] Und die Ausführungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative stiess auf das zur Verhinderung eines Referendums notwendige Mass an Akzeptanz.[2150] In beiden Fällen dürfte dafür die Reflexion über Koordinationsoptionen entscheidend gewesen sein, die seit der Annahme der Volksinitiativen stattgefunden hat.

Das *Koordinationsziel* (Weshalb) wird durch die Grundfunktion der Bundesversammlung konkretisiert, im Rahmen der verantworteten Deliberation nach zustimmungsfähigen Leitentscheiden zu suchen: Gesucht ist somit nicht die möglichst gerechte, im Einzelfall vertretbare Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen, wie sie eine justizielle Koordination von Rechtsnormen anstrebt. Der Fluchtpunkt einer legislativen Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen liegt in der zustimmungsfähigen Regelung ihres normativen Kontextes durch einen allgemeinverbindlichen Leitentscheid, der für eine möglichst stabile und allseitig hinnehmbare Befriedung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative sorgt, indem er beiden Selbstbestimmungsformen gegenüber verantwortet bleibt. 588

Die *Koordinationsweise* (Wie) gewinnt durch die Legitimationsform der Bundesversammlung ebenfalls an zusätzlicher Tiefenschärfe: Der verantworteten Deliberation kommt als reflexive Tätigkeit eine wichtige Koppelungsfunktion zu, da sie die Eigenwerte von Recht und Politik in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander verschränkt, anstatt sie durch eine hierarchische Zuordnung von Rechtsrahmen und Gestaltungsspielraum zu trennen.[2151] Dadurch bleibt die Ausübung legislativer Gewalt vom Anfang bis zum Ende gleichermassen von Recht und Politik «umspült»[2152]. Das Sprachbild der «Reflexion» operationalisiert dieses dialektische Zusammenspiel der staatsorganisatorischen Grundanliegen von Machthemmung und Machthemmung auf der Handlungsebene und durchdringt alle Formen legislativer Gewaltausübung: Erstens vermittelt legislative Reflexion machteffektuierende Effekte und besorgt die notwendige Legitimation.[2153] Zweitens vermittelt legislative Reflexion ein «rationalisierendes Element»[2154], das machthemmend auf die Ausübung von Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen einwirkt und der Verfassungsgebundenheit Rech- 589

[2149] Vgl. Rz. 153 ff.
[2150] Vgl. Rz. 143 ff.
[2151] Vgl. Rz. 264 ff., 270, 281 f.
[2152] Vgl. Fn. 2129.
[2153] CHRISTENSEN/KUDLICH, Gesetzesbindung, 504.
[2154] HEUSLER, Oberaufsicht, 351.

nung trägt. Und drittens verpflichtet parlamentarische Deliberation zur Selbstreflexion, ob staatliches Handeln einzig beiden Formen der Selbstbestimmung sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleibt, wenn die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt, um individuelle Selbstbestimmungsformen ein Minimum an Schutz zu vermitteln.

590 Zusammengefasst erweist sich die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen damit als Reflexionsvorgang der verantworteten Deliberation zur Suche nach einem zustimmungsfähigen Leitentscheid mit dem Ziel, den politischen Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative zu bewältigen. Anstatt methodischen Argumenten[2155], wie sie die herrschende Lehre vorschlägt, soll ein verfassungsrechtlicher Handlungsmassstab für zusätzliche Orientierung im Rahmen der Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch durch die Bundesversammlung sorgen.

B. Grundzüge eines verfassungsrechtlichen Handlungsmassstabes zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch

591 Gibt es und welches sind die Verfassungsnormen, welche die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen näher regeln? Sicher: Jeder Versuch, Wirkkreise der Politik durch Recht zu strukturieren, läuft Gefahr, unter dem Deckmantel juristischer Argumentation politische Entscheide zu treffen.[2156] Umgekehrt: Rechtsstaatlichkeit als Verpflichtung zu Rationalität zu interpretieren, heisst nicht, legislative Tätigkeit «einem uniformen Verrechtlichungsgebot zu unterwerfen»[2157]; erst recht nicht, wenn die Bundesverfassung ihrem Wesen nach ein rechtlich-politisches Doppelphänomen darstellt und als materiale Grundordnung des Staates verstanden werden will.[2158]

592 Auf der Suche nach Verfassungsnormen, die der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen den Weg weisen, müssen wir uns allerdings zweierlei vergegenwärtigen: Erstens grundieren die drei ver-

---

2155 M.w.H. zu den methodischen Argumenten zur Koordination widersprüchlicher Normen Teil II Kapitel 4 D. I. 2.

2156 So in Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit LEPSIUS, Massstabsetzende Gewalt, 209 ff.

2157 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 84.

2158 Vgl. Rz. 394

fassungsstaatlichen Formungsentscheide von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat nicht nur die Staatsorganisation der Eidgenossenschaft, sondern stellen auch gewisse Grundanforderungen an den Inhalt staatlicher Gestaltung. Die Bundesverfassung nimmt diese in den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden enthaltenen Handlungsmuster auf und verdichtet sie zu konkreter wirkenden Verfassungsbestimmungen. Die Grundrechte (Art. 7–34 BV), die in Art. 44 BV erwähnte «courtoisie fédéraliste»[2159] oder das demokratische Mehrheitsprinzip (Art. 142 BV) stehen hierfür Beispiel. Vorliegend ist zu klären, ob die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide auch Handlungsmuster für die nähere Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen vorspuren und welche das sind. Zweitens gilt es zu beachten, dass Verfassungsnormen ihre Bindungskraft gegenüber der Bundesversammlung anders entfalten wie als Kontrollmassstab gegenüber Gerichten.[2160] Der Ausübung legislativer Gewalt wird durch Verfassungsnormen Mass und Form verliehen, indem sie solches Staatshandeln in einem reflexiven Vorgang zugleich aktivieren und fesseln. Dabei forciert drohender Legitimationsverlust, nicht Rechtszwang, die Bundesversammlung dazu, sich an Verfassungsnormen zu halten, selbst wenn sie vor Gericht nicht durchgesetzt werden können.[2161] Zudem werden der politische und der rechtliche Eigenwert von Verfassungsnormen im Rahmen der parlamentarischen Deliberation miteinander hybridisiert. Aus diesen beiden Gründen besitzen Verfassungsnormen als Handlungsmassstab zur Ausübung legislativer Gewalt eine andersgeartete Wirkweise wie als Handlungsmassstab im Kontext der Ausübung exekutiver oder judikativer Gewalt.

Wir stellen fest: Um die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüfen zu können, reicht eine Suche nach allgemeinen Handlungsmustern in der Bundesverfassung nicht aus. Bestimmte «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» sind in der Bundesverfassung zwar explizit verankert (Art. 5 BV). Lehre und Praxis befassen sich jedoch praktisch nur mit ihrer Bedeutungsschicht als Kontrollmassstäbe. Wenn wir bestimmte Verfassungsnormen zu einem Handlungsmassstab für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenom- 593

[2159] Diesen Begriff verwenden RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 860, um das kooperative Föderalismusverständnis zu betonen und kein einliniges, sondern ein gegenseitiges Treueverhältnis der Verbände zu unterstreichen; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 23, Rz. 28; OFK BV-BIAGGINI, Art. 44, N 3; zustimmende Verwendung findet der Begriff der Bundestreue indes bei SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 44, Rz. 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 1105 ff.; EGLI, Bundestreue; differenziert BSK BV-WALDMANN/KRAEMER, Art. 44, N 8.

[2160] M.w.H. Rz. 577 ff.

[2161] L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 123, spricht in diesem Zusammenhang von «Verfassungskonventionen».

menen Volksinitiativen zusammenführen wollen, so müssen diese Grundsätze erstens aus ihrer Funktion als Prüfungsmassstab auf der Kontrollebene herausgelöst und als handlungssteuernde Vorgaben für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene neu ausgerichtet werden. Zweitens sind entsprechende Handlungsmaximen für die Ausübung legislativer Gewalt bei angenommenen Volksinitiativen zu den verfassungsstaatlichen Formungsanliegen und den dahinterstehenden Legitimationsmodi der kollektiven und der individuellen Selbstbestimmung in Bezug zu setzen. Und drittens bedarf es unterschiedlicher Handlungsmaximen: solchen, welche die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen stützen und effektuieren (Machteffektuierung). Sie nennen wir *Ausgleichsmaximen*. Sodann Vorgaben, welche die Bundesversammlung im Kontext angenommener Volksinitiativen zu handeln im Sinne des Verfassungsgebers verpflichten (Machthemmung). Sie sollen hier *Bindungsmaximen* heissen. Schliesslich Bestimmungen, die der staatsleitenden Moderation bei angenommenen Volksinitiativen Mass und Form verleihen. Sie bezeichnen wir als *Moderationspflichten*. Ausgleichsmaximen, Bindungsmaximen und Moderationspflichten regieren die Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene als «verbindliche Reflexionsgebote»[2162] mit, indem sie im Rahmen der parlamentarischen Deliberation zu bestimmten Einwänden gegenüber möglichen Handlungsoptionen verpflichten, die sich in der Geschichte für die Rechtfertigung des Inhalts von Beschlüssen der Bundesversammlung als unverzichtbar herausgestellt haben. Um der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen den Weg neu oder genauer auszuschildern, wagen die nachfolgenden Ausführungen den Versuch, einen Kreis von Verfassungsnormen als Ausgleichsmaximen (Abschnitt I), als Bindungsmaximen (Abschnitt II) und als Moderationspflichten (Abschnitt III) in einem Handlungsmassstab zusammenzuführen und für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen neu auszurichten.

I. Ausgleichsmaximen: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat

594 Was sind Ausgleichsmaximen und auf welche Weise regeln sie die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen? Das Sprachbild der «Ausgleichsmaxime» bezieht sich auf das erste Wesensmerkmal legislativer Gewaltausübung: die hoheitliche Gestaltung in kollektiver Selbstbe-

[2162] Die Lehre spricht auch von staatlichen Handlungs- oder Rechtsetzungsmaximen vgl. statt vieler EICHENBERGER, Partialrevision, 211.

stimmung.[2163] Gesucht sind also Verfassungsvorgaben, die dem Vorgehen in Situationen Mass und Form verleihen, in denen die Koordinationsoffenheit zwischen Verfassungsnormen eine mehr oder minder bewusste Steuerungsform staatlichen Handelns darstellt und der Verfassungsgeber die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen keinen Vorbehalten unterwirft im Wissen darum, dass andere Organe sich dafür besser eignen als er selbst.

595 Der Zweck von Ausgleichsmaximen ist es, den Inhalt legislativer Gestaltung in nicht näher geregelten Bereichen gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden zu verantworten und im dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung zu legitimieren. Ausgleichsmaximen verleihen der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene Mass und Form, indem sie als prozedurale Reflexionsgebote zu bestimmten Einwänden im Deliberationsvorgang verpflichten, wenn gegenläufige Verfassungsnormen einander erst auf der Handlungsebene näher zugeordnet werden sollen.[2164] Ausgleichsmaximen können weder vor Gericht durchgesetzt werden noch führt ihre Verletzung zur Nichtigkeit parlamentarischer Akte. Sie zu missachten, schwächt jedoch die Zustimmung und Akzeptanz gegenüber legislativen Entscheiden erheblich. Als handlungssteuernde Vorgaben wirken Ausgleichsmaximen somit primär als geschichtliche Erfahrungsspeicher, die sich als massgebend und nützlich erwiesen haben, um zustimmungsfähige und referendumssichere Akte der Bundesversammlung auszuarbeiten. Diese Aspekte zusammen definieren in wenigen Worten den Charakter von Ausgleichsmaximen. Im weiteren Verlauf gilt es darzulegen, dass und wie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) staatlichem Handeln Mass und Form verleiht (Abschnitt 1). Im Anschluss ist das Verhältnismässigkeitsprinzip aus seiner klassischen Dogmatik herauszulösen (Abschnitt 2) und auf der Handlungsebene als Ausgleichsmaxime für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen neu auszurichten (Abschnitt 3).

1. Verhältnismässigkeitsprinzip als «Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns»

596 Lehre und Praxis verweisen zur Bewältigung des besonderen Steuerungsproblems widersprüchlicher Verfassungspflichten regelmässig auf den «Zauberwürfel»[2165] der Verhältnismässigkeit.[2166] Die Idee des Grundsatzes der Verhältnis-

[2163] Näher dazu Rz. 577 ff.

[2164] So in Bezug auf Art. 5a BV BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, N 36; Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2485.

[2165] So M. MÜLLER, Verhältnismässigkeitsprinzip, im Untertitel sowie 107 ff.

[2166] In der Lehre HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 94 ff.; HANGARTNER, Unklarheiten, 473; für die Praxis Rz. 133, 137.

mässigkeit ist alt, staatspolitische Maximen angemessenen und massvollen Staatshandelns lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen.[2167] Als Massstab rechtlicher Kontrolle gewann die Verhältnismässigkeit im Polizei(verwaltungs)-recht des 19. Jahrhunderts an Kontur,[2168] sein Grundanliegen war und ist es, «den Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates» zu schützen.[2169] Anders formuliert: Der Staat «soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen».[2170] Im Sinne dieser Forderungen haben Lehre und Praxis die heute[2171] etablierten Teilgehalte des Verhältnismässigkeitsprinzips entwickelt: die Eignung, die Erforderlichkeit und die Zumutbarkeit.[2172] Eine staatliche Massnahme muss «geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen» (Eignung).[2173] Sie darf «in materieller, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht gegenläufige Anliegen nicht schärfer einschränken, als dies für die Erreichung des Ziels nötig ist» (Erforderlichkeit).[2174] Und die «geeignete und erforderliche Massnahme» muss «in einem vernünftigen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen» (Zumutbarkeit).[2175] Heute verankert Art. 5 Abs. 2 BV das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns im positiven Verfassungsrecht und adressiert alles staatliche Handeln, unabhängig von Bereich, Organ und Verband.[2176] Nach gesicherter Auffassung entfaltet das Verhältnismässigkeitsprinzip daher im Grundsatz auch gegenüber parlamentarischer Gestaltung seine Steuerungskraft.[2177] Eine nähere Analyse von Lehre und Praxis offenbart jedoch Unterschiede im Hinblick auf die

---

2167 MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 6 unter Verweis auf Aristoteles und Platon.

2168 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 397; MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 11; ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 10 ff.; zu den unterschiedlichen Entwicklungsrichtungen in Deutschland und der Schweiz H. HUBER, Verhältnismässigkeit, 4 ff.

2169 BGE 102 Ia 243, 249, E. 5c.

2170 F. FLEINER, Institutionen, 404.

2171 Zur anfänglichen Skepsis des Bundesgerichts BGE 104 Ib 412, 426, E. 6c; relativierend auch M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 32 ff.

2172 HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 235 ff.; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 398; H. HUBER, Verhältnismässigkeit, 27 f.; ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 13–17; in der allgemeinen Literatur des Verwaltungsrechts HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 521 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 21, Rz. 2 ff.

2173 M.w.H. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 21, Rz. 4 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 522 ff.

2174 M.w.H. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 21, Rz. 6 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 527 ff.

2175 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 133 f.; statt vieler BGE 140 II 194, 199, E. 5.8.2; BGE 132 I 49, 62, E. 7.2.

2176 M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 60; zur Entstehungsgeschichte von Art. 5 Abs. 2 BV HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 6 ff.

2177 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 134; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 399.

Wirkweise des Verhältnismässigkeitsprinzips als Kontrollmassstab für die Judikative sowie als Handlungsmassstab für die administrativen und die politischen Behörden.

In seiner Bedeutungsschicht als *Kontrollmassstab*[2178] erachtet das Bundesgericht Art. 5 Abs. 2 BV zwar nicht als ein «verfassungsmässiges Recht, sondern lediglich als Verfassungsgrundsatz», «dessen Einhaltung [es] im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch ausserhalb eines Grundrechtseingriffs als Verletzung von Bundesrecht prüfen» kann.[2179] Im Grundsatz kontrolliert das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit eines angefochtenen Aktes «mit freier Kognition, sofern […] die Zulässigkeit der Anwendung von Bundesverwaltungsrecht in Frage steht».[2180] Aus «Rücksicht auf die föderalistische Staatsstruktur» prüft es allerdings «bei der Anwendung kantonalen Rechts die Frage der Verhältnismässigkeit nur auf allfällige Grundrechtsverletzungen [und] nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots».[2181] B. SCHINDLER vergleicht das Verhältnismässigkeitsprinzip in seiner Funktion als Kontrollmassstab daher mit einem Sieb, das je nach Kontext verschieden eng geflochten ist.[2182] 597

Die Bedeutungsschicht des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit als *Handlungsmassstab*[2183] besitzt geringere Tiefenschärfe wie jene als Kontrollmassstab.[2184] Welche der gesetzgeberischen Handlungsoptionen verhältnismässig ist, bleibt nach der vorherrschenden Auffassung eine politische Wertungsfrage.[2185] Würde die Verfassung staatliches Handeln durchwegs zu einem verhältnismässigen 598

2178 Zur Verfassung als Kontrollmassstab allgemein Rz. 396.

2179 BGE 140 II 194, 199 f., E. 5.8.2.

2180 BGE 140 II 194, 199 f., E. 5.8.2.

2181 BGE 134 I 153, 158, E. 4.2.2.

2182 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 400; m.w.H. zur variierenden Bindungsintensität des Verhältnismässigkeitsprinzips auch MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 42 ff.

2183 Zur Verfassung als Handlungsmassstab allgemein Rz. 396.

2184 Zum Verhältnismässigkeitsprinzip als Handlungsmassstab für den Gesetzgeber H. HUBER, Verhältnismässigkeit, 24; zum Verhältnismässigkeitsprinzip als Handlungsmassstab für die rechtsanwendenden Organe HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 357 ff.; zum Verhältnismässigkeitsprinzip als allgemeinem Rechtsgrundsatz auch MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 25 ff.

2185 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 51; LEPSIUS, Massstabsetzende Gewalt, 205 ff., erteilt dem Verhältnismässigkeitsprinzip als handlungssteuernde Vorgabe für den politischen Prozess denn auch eine Absage, weil sich die Regeln der politischen Gestaltung auf der Handlungsebene von jenen der nachträglichen Rechtmässigkeitskontrolle von Staatsakten anhand des Massstabs der Verhältnismässigkeit auf der Kontrollebene unterscheiden.

Verhalten verpflichten, so hätte das eine erhebliche Einschränkung politischer Handlungsspielräume zur Folge, die sich mit der Konzeption der Bundesverfassung nicht vereinbaren liesse.[2186] Gemäss dem vorherrschenden Grundtenor korrespondieren im Kontext des Verhältnismässigkeitsprinzips daher eingeschränkte richterliche Kontrollbefugnisse mit weitläufigen Prognose-, Einschätzungs- und Beurteilungskompetenzen auf der Handlungsebene.[2187] Für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene ergeht aus einem klassischen Verständnis des Verhältnismässigkeitsprinzips somit eine gewisse Ambivalenz: Art. 5 Abs. 2 BV gibt als Handlungsmaximen zwar vor, «wann, in welchem Masse und auf welche Art und Weise der Staat seine Rechte ausüben und seine Aufgaben erfüllen darf»[2188]. Umgekehrt bleibt es dem Verfassungsgeber vorbehalten, auf der Steuerungsebene unverhältnismässige Vorgaben zu erlassen, die auch auf der Handlungsebene keiner Abwägung zugänglich sind.[2189] Will man nicht Gefahr laufen, Vorentscheide des Verfassungsgebers auf der Handlungsebene zu überspielen, so erweist sich das Verhältnismässigkeitsprinzip demnach als wenig ergiebige Vorgabe für die Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene.

2. Verhältnismässigkeitsprinzip als residuale Ausgleichsmaxime staatlicher Gewaltausübung

599 In einem neuen Licht erscheint der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wenn man ihn in Bezug zur Funktion der Bundesverfassung als Ausgleichsordnung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung setzt.[2190] Vor diesem Hintergrund erweist sich das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip zunächst einmal als Ausdruck und Präzisierung von Handlungsmustern des Ausgleichs, des Kompromisses und der Konkordanz, die in allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden enthalten sind. Unbestritten stellt dieses Verfassungsprinzip sodann bestimmte materielle Anforderungen an rechtsstaatliches Handeln, indem es zu einem Ausgleich von Mittel und Zweck

---

2186 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 21a; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49; a.M. BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 67; wohl auch M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 63 ff.

2187 Vgl. MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 45 ff.; siehe auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, VdS 2020, Bd. I, Rz. 27; grundlegend MESSERSCHMIDT, Gesetzgebungsermessen, 926 ff.

2188 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 132.

2189 So BGE 138 II 281, 2995, E. 6.2 in Bezug auf Art. 78 Abs. 5 BV; nach OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 21b, darf eine Volksinitiative darf im Grundsatz unverhältnismässig sein; «ob sie es sein will und ist, erfordert eine Beurteilung im konkreten Fall»; vgl. auch TSCHANNEN, Mehr Volk, 138 f.

2190 Vgl. Rz. 432 ff.

staatlicher Akte verpflichtet, aber eben nicht nur. Als Bestandteil und Konkretisierung einer Ausgleichsordnung bleibt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch imprägniert vom Ausgleich «von unten nach oben»[2191] im dezentralen Bundesstaat sowie dem Grundmuster der Konkordanzdemokratie, wonach keiner alles gewinnen, aber auch niemand alles verlieren soll.[2192] Kurzum: Das Verhältnismässigkeitsprinzip steht im Dienst aller drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide. Es verwirklicht demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Anliegen durch ein dialektisches Mit- und Gegeneinander machteffektuierender und -hemmender Effekte, indem es dem Rechtsstaats-, dem Demokratie- und Bundesstaatsprinzip enthaltene Handlungsmuster aufnimmt und sie zu einer normativen Anordnung verdichtet, die direkter auf die Ausübung staatlicher Gewalt einwirkt als die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide selbst.[2193]

Vor dem Hintergrund dieser «Brückenfunktion» des Verhältnismässigkeitsprinzips und seinem Bezug zum Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung, das in den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden ausgestaltet ist, offenbart sich ein tieferliegendes Grundanliegen von Art. 5 Abs. 2 BV: Gegenläufige, von Verfassungs wegen geschützte Interessen sind aus Gründen der Machteffektuierung und -hemmung durch einen Vergleich des Zwecks und der Mittel staatlicher Massnahmen zu relationieren, wenn keine konkretere Handlungsvorgaben existieren.[2194] Eine Fortsetzung kollektiver Selbstbestimmung in hoheitlicher Ausübung von Staatsgewalt auf der Handlungsebene muss «geeignet» sein, um das angestrebte Ziel zu erreichen, «erforderlich» sein, weil keine besseren Handlungsoptionen dafür existieren, und «zumutbar» bleiben, indem sie der individuellen Selbstbestimmung das notwendige Mass an Respekt zollt, das eine Rechtfertigung staatlichen Handelns im Zusammenspiel der beiden Selbstbestimmungsformen voraussetzt. Darin liegt das Grundanliegen des Verhältnismässigkeitsprinzips als Relationierungsgebot – oder präziser: als Ausgleichsmaxime. Diese Lesart bettet die Forderung, den Zweck und die Mittel staatlicher Massnahmen zu relationieren, wenn keine konkreteren Vorgaben existieren, in den Referenzrahmen ein, der vorangehend entwickelt wurde,[2195] und setzt das Verhältnismässigkeitsprinzip in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden. Eine solche Lesart von Art. 5 Abs. 2 BV hat, aller möglichen Einwände zum Trotz, verschiedene Vorteile: 600

[2191] Vgl. Rz. 423.

[2192] Vgl. Rz. 414, siehe auch Rz. 468.

[2193] Vgl. zur entsprechenden Wirkweise des Grundsatzes der Gewaltengliederung als Organisationsprinzip der Bundesverfassung Rz. 448.

[2194] LEPSIUS, Massstabsetzende Gewalt, 205.

[2195] M.w.H. dazu Rz. 433 ff. und Rz. 575 ff.

601 *Zum Ersten* liefert dieses Verständnis des Verhältnismässigkeitsprinzips als Ausgleichsmaxime eine klare Antwort über den Charakter des Verhältnismässigkeitsprinzips. In Erinnerung rufend, dass staatliches Handeln auch in Bereichen hoheitlicher Gestaltung gegenüber beiden Legitimationsmodi zu verantworten ist, erweist sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zumindest auf der Handlungsebene als reines Relationierungsgebot, nicht als materieller Massstab.[2196] Damit sei nicht behauptet, dass die Bundesverfassung residuale Schutzpositionen überhaupt nicht vor Übergriffen abschirmt.[2197] Gesagt sein will bloss, dass die Garantie eines solchen Schutzes nicht die Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips oder anderer Ausgleichsmaximen ist. Denn als reine Gebote der Relationierung von Verfassungsnormen und -interessen stehen sie stets unter dem Vorbehalt anderslautender Vorentscheide des Verfassungsgebers. Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung rechtfertigt es der Grundsatz der Verhältnismässigkeit somit nicht, Vorentscheide des Verfassungsgebers aus Nachsicht gegenüber anderen Verfassungsnormen zu relativieren – Unverhältnismässigkeit hin oder her.[2198] Ausgleichsmaximen besitzen einzig eine Harmonisierungsfunktion[2199] respektive eine Ausgleichsfunktion. Sie regeln die Koordination gegenläufiger Verfassungsinteressen oder -normen bloss insoweit, als das zuständige Organ nach Treu und Glauben davon ausgehen darf und muss, dass eine ausgleichende Zuordnung der Regelungsabsicht des Verfassungsgebers entspricht.

602 *Zum Zweiten* lässt sich das freigelegte Grundanliegen des Verhältnismässigkeitsprinzips, im Rahmen der kollektiven Selbstbestimmung individuellen Selbstbestimmungsformen das notwendige Mass an Respekt zu vermitteln, aus der gerichtsorientierten Dogmatik auf der Kontrollebene herauslösen und auf der Handlungsebene als Ausgleichsmaxime für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen neu ausrichten. Art. 5 Abs. 2 BV wirkt dann – ähnlich wie auch das staatsorganisatorische Residualprinzip der Gewaltengliederung[2200] – bloss noch als verfassungsrechtliche Grundlage für Handlungsmuster des Ausgleichs, wenn solche nicht bereits anderweitig konkretisiert werden. Im Vordergrund stehen auf der Handlungsebene indes konkreter wirkende Ausgleichsmaximen, welche das notwendige Mass an Respekt gegenüber individueller Selbst-

---

2196 Vgl. LEPSIUS, Massstabsetzende Gewalt, 205; m.w.H. zu Über- und Untermassverbot MERTEN, Verhältnismässigkeit, Rz. 81 ff., grundlegend dazu LERCHE, Übermass.

2197 M.w.H. dazu Rz. 654 ff.

2198 So aber M. MÜLLER, Verhältnismässigkeitsprinzip, 66 ff., insb. 69 ff.; ebenso HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 97 ff., obschon er weiter hinten die Eignung des Verhältnismässigkeitsprinzip als Auslöser einer Normkorrektur verneint (Rz. 402 ff., insb. 420 ff.); PERRIN, Conflits, 51 ff.; kritisch indes OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 21b.

2199 Vgl. dazu auch Rz. 334 f., 353 ff. und Rz. 375 ff.

2200 Vgl. Rz. 461.

bestimmung im Rahmen der kollektiven Selbstbestimmung abhängig von den betroffenen Interessen näher regeln.[2201] Aus diesem Grund wollen wir zwischen diagonalen (Abschnitt a), horizontalen (Abschnitt b), vertikalen (Abschnitt c) und transnationalen (Abschnitt d) Interessenkonstellationen unterscheiden und nach konkreteren Verfassungsvorgaben forschen, die sich als Ausgleichsmaximen für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene neu ausrichten lassen.

a) Diagonale Ebene: Verhältnismässigkeitsprinzip

Als Relationierungsgebot zwischen öffentlichen und privaten Interessen auf der diagonalen Ebene ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit weit anerkannt.[2202] Bereits der Passus «und verhältnismässig sein» in Art. 5 Abs. 2 BV tönt an, dass es staatlichem Handeln noch um etwas anderes geht als das öffentliche Interesse[2203]. Etwas konkreter äussert sich die Bundesverfassung zum Ausgleich von öffentlichen und privaten Interessen dann in Art. 36 BV: Einschränkungen von Grundrechten zugunsten des öffentlichen Interesses oder Grundrechte Dritter (Abs. 2) müssen verhältnismässig sein (Abs. 3). Es wird also «eine Abwägung von individuellen und Gemeinschaftsinteressen verlangt».[2204] 603

Die Dogmatik des Verhältnismässigkeitsprinzips auf der diagonalen Ebene entwickelte sich in erster Linie aus der Kontrollperspektive eines Gerichts,[2205] wo sich vor dem Hintergrund der Legitimationsform der Judikative – die Sicherung von Rechtsschutz und Gerechtigkeit im Einzelfall – eine Schutzrichtung zugunsten privater Interessen weitgehend als sinnvoll erweist.[2206] Nicht so auf der Handlungsebene: Die Auffassung, das Verhältnismässigkeitsprinzip enthalte keine handlungssteuernden Vorgaben für den politischen Prozess, weil dieser dem Wesen nach anderen Regeln folge als eine nachträgliche Rechtmässigkeitskon- 604

[2201] Zur Forderung einer differenzierenden Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips von Art. 5 Abs. 2 BV SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 50 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 21a.

[2202] Vgl. HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 185; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 131; SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 36, Rz. 37 ff.

[2203] M.w.H. zum Verfassungsbegriff des öffentlichen Interesses SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 42 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 61 ff.; grundlegend WYSS, Öffentliche Interessen.

[2204] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 131.

[2205] OESCH, Typisierung, 275; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 164; B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 398; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 21, Rz. 2.

[2206] M.w.H. zur Schutzrichtung des Verhältnismässigkeitsprinzips HOFSTETTER, Verhältnismässigkeitsprinzip, Rz. 455 ff.; OESCH, Typisierung, 200 ff.; ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 18 f.

trolle von Staatsakten,[2207] hat den Zweck und wohl auch die Systematik von Art. 5 Abs. 2 BV auf ihrer Seite. Schliesslich ist es ureigene Aufgabe der Politik, einen Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen zu finden. In erster Linie entscheiden schliesslich die gesetzgebenden Behörden in kollektiver Selbstbestimmung darüber, welche Massnahmen mit Blick auf das Ziel geeignet sowie erforderlich sind und der individuellen Selbstbestimmung betroffener Individuen das notwendige Mass an Respekt zollen – zumindest «solange das Gesetz nicht Interessen verfolgt, die verfassungsrechtlich nicht zulässig oder geradezu willkürlich sind».[2208] Diese Sichtweise verkennt allerdings, dass es bei einem Ausgleich öffentlicher und privater Interessen in Ausübung legislativer Gewalt nie nur um Recht oder Politik geht, sondern jeweils um beides zusammen.[2209]

aa) Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausgleichsmaxime

605 In einem neuen Licht erscheint das Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausgleichsmaxime auf der diagonalen Ebene vor dem Hintergrund des symbiotischen Zusammenspiels von kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Um im Rahmen der kollektiven Selbstbestimmung für hinreichend Rücksicht gegenüber individueller Selbstbestimmung einzelner Individuen zu sorgen, spricht das Verhältnismässigkeitsprinzip als Relationierungsgebot öffentlicher und privater Interessen wesensgemäss zwei Anliegen an, ohne dabei eines strukturell zu bevorzugen. Dass der Verfassungsgeber auf der Steuerungsebene vom Gedanken der verhältnismässigen Koordination öffentlicher und privater Interessen abkehren kann, wie er das etwa in Art. 121 Abs. 3–6 BV tut, erweist sich auf der Handlungsebene weniger als Fehler denn vielmehr als eine Relationierung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zugunsten demokratischer Entscheide, zulasten von rechtsstaatlichem Schutz individueller Selbstbestimmung. Die Gebundenheit auf der Handlungsebene an Entscheide, die der Verfassungs- oder der Gesetzgeber in kollektiver Selbstbestimmung traf, ist somit bereits im Verhältnismässigkeitsprinzip selbst angelegt.[2210] Wo öffentliche und private Interessen einander auf der Handlungsebene indes erst noch zuzuordnen sind und die Koordination keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterliegt, verpflichtet das Verhältnismässigkeitsprinzip dazu, die kollektive Selbstbestimmung auf eine gegenüber verfassungsrechtlich geschützten Formen individueller Freiheitsausübung verantwortete Weise vorzunehmen, die auch für durchsetzungsschwache Interessen Privater hinnehmbar ist. Schliesslich missachtet eine Ausübung legis-

[2207] LEPSIUS, Massstabsetzende Gewalt, 205 ff.
[2208] BGE 138 I 378, 394, E. 8.3.
[2209] Vgl. Rz. 392, 583.
[2210] Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit Rz. 640 ff.

lativer Gewalt ohne den notwendigen Respekt gegenüber individueller Selbstbestimmung einen der beiden staatlichen Legitimationsmodi, die staatliches Handeln nur im Zusammenspiel zu rechtfertigen vermögen.

Als Ausgleichsmaxime auf der diagonalen Ebene ergeben sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip konkrete Handlungsvorgaben: Im Rahmen der hoheitlichen Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen verpflichtet das Verhältnismässigkeitsprinzip als verbindliches Reflexionsgebot, die betroffenen privaten Interessen zu ermitteln, zu berücksichtigen und zu begründen, weshalb eine bestimmte Handlungsoption eine taugliche Lösung darstellt, die geeignet sowie erforderlich ist und voraussichtlich auf Akzeptanz stösst, da sie den betroffenen Interessen Privater zugemutet werden kann.[2211] Auf der Kontrollebene widerspiegelt sich dieser im Verhältnismässigkeitsprinzip angelegte Respekt auf beide Seiten in einer reduzierten Prüfungsdichte des Bundesgerichts wenn es kantonaler Erlasse auf ihre Verhältnismässigkeit hin kontrolliert.[2212] 606

bb) Verhältnismässigkeitsprinzip als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

Als Ausgleichsmaxime auf der diagonalen Ebene normiert das Verhältnismässigkeitsprinzip auch konkrete Anweisungen für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen: Angenommene Volksinitiativen sind – andere Vorentscheide des Verfassungsgebers vorbehalten – auf eine zumutbare Art und Weise mit verfassungsrechtlich geschützten Interessen einzelner Individuen zu koordinieren. Das Koordinationsziel präzisiert demnach die Forderung nach einer Koordination, die den betroffenen Individuen einer staatlichen Massnahme zugemutet werden kann. Als Koordinationstechnik dient weder die Hierarchisierung noch die Harmonisierung, sondern im Rahmen der verantworteten Deliberation ist zu bestimmen, welche staatlichen Massnahmen geeignet sowie erforderlich sind zur Verwirklichung des öffentlichen Interesses und den davon betroffenen Privaten auch zugemutet werden können. Eine entsprechende Koordination zwischen angenommenen Volksinitiativen und Verfassungsnormen zum Schutz privater – allen voran durchsetzungsschwacher – Interessen fordert nicht die Einheit der Verfassung oder das Prinzip der praktischen Konkordanz, sondern das Verhältnismässigkeitsprinzip. Es verlangt als Ausgleichsmaximen demnach eine nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen, die für die davon Betroffenen zumutbar ist, solange die dafür notwendige Mitberücksichtigung privater Interessen im Einklang mit den entsprechenden Vorentscheiden des Verfassungsgebers steht. Beispielhaft: Mit der Annahme der 607

[2211] Wohl gl. M. BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 71; M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 63 ff.
[2212] Siehe auch Rz. 597.

Ausschaffungsinitiative haben Volk und Stände einen Gegenentwurf, der in Härtefällen eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorsah, ausdrücklich abgelehnt. Ein Verweis auf die Ausgleichsmaxime der Verhältnismässigkeit hilft hier also nicht weiter, weil der Verfassungsgeber die für betroffene Individuen zumutbare Ausgestaltung von Art. 121 Abs. 3–6 BV unter seinen Vorbehalt stellte.[2213]

b) Horizontale Ebene: Herstellung praktischer Konkordanz

608 Fragen der Koordination wirft nicht nur das Verhältnis von Staat und Privaten auf, sondern auch einander symmetrisch gegenüberstehende Verfassungsinteressen. So überantwortet Art. 2 BV es der Eidgenossenschaft, die Unabhängigkeit nach aussen zu behaupten und für Ruhe und Ordnung im Innern zu sorgen (Abs. 1).[2214] In welchem Verhältnis diese zwei Verfassungsziele zueinanderstehen und was zu tun ist, wenn sie sich zuwiderlaufen, lässt die Bundesverfassung offen. Nur vereinzelt gibt sie eine vage Stossrichtung der Koordination an, so etwa dass ein «auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen anderseits» zu suchen ist.[2215] Weitgehend bleibt es indes Sache der Bundesbehörden, allen voran der Bundesversammlung, von Fall zu Fall für einen Ausgleich zwischen verschiedenen verfassungsrechtlichen Zielvorgaben auf der horizontalen Ebene zu sorgen.[2216]

609 Im Allgemeinen koordiniert eine «Rechtsetzungsdemokratie»[2217] verschiedene, einander symmetrisch gegenüberstehende öffentliche oder private Interessen auf der Handlungsebene durch das in Art. 142 BV verankerte Mehrheitsprinzip.[2218] Es sorgt für eine einvernehmliche Zuordnung gegenläufiger öffentlicher Interessen, der wenigstens die Mehrheit zustimmt. Mindestens so wichtig für eine austarierte Koordination gegenläufiger öffentlicher oder privater Interessen im Rahmen der Rechtsetzung sind in einem als Konkordanzdemokratie organisierten Staat indes die zu referendumssicheren Kompromissen forcierenden Mitwirkungsrechte des Volkes und das Gesetzgebungsverfahren, das auf eine möglichst

---

2213 Wie noch zu zeigen sein wird, bleiben Vorbehalte des Verfassungsgebers jedoch nicht das letzte Wort; vgl. Rz. 652 f. sowie Rz. 654 ff.

2214 SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 2 BV, Rz. 18.

2215 Nach SGK-BV, VALLENDER, Art. 73, Rz. 38, ist Art. 73 BV als «Relationsgrundsatz vergleichbar mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz», der im Rahmen von Interessenabwägungen zu berücksichtigen ist; ebenso BGer 1A.115/2003; 24.03.2002, E. 3.2.

2216 So in Bezug auf Art. 73 BV SGK-BV, VALLENDER, Art. 73, Rz. 32 f.

2217 M.w.H. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 439 ff.

2218 M.w.H. SGK-BV, KLEY, Art. 142, Rz. 7 ff.; J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 149 ff.

hohe Wert- und Interessenberücksichtigung ausgerichtet ist.[2219] Zusammen sorgen sie dafür, dass im politischen Prozess niemand alles gewinnen, aber auch keiner alles verlieren kann.[2220] Zumindest im Rahmen der Rechtsetzung heisst demnach Mehrheitsprinzip immer auch Minderheitsprinzip.[2221] Der verfassungsstaatliche Formungsentscheid der Demokratie spurt allerdings nicht bloss eine Staatsorganisation vor, in der keiner alles gewinnt, aber auch niemand alles verliert, sondern mit ihr auch entsprechende Handlungsmuster. Die demokratische Rechtfertigung staatlicher Gewalt darf in rechtlich nicht durchnormierten Sphären keinesfalls auf die institutionell-organisatorische oder personelle Legitimation reduziert werden, sondern bleibt auch demokratischen Anforderungen gegenüber dem Inhalt und dem Vorgehen verpflichtet. In solchen Bereichen fordert die Art und Weise, wie die Bundesverfassung die Schweiz als Demokratie ausgestaltet, dass sich die Suche nach Konkordanz auf der Handlungsebene, schwächer werdend, fortsetzt. Mit TSCHANNEN ist es die allgemeine Obliegenheit einer Demokratie, organ-, stufen- und bereichsunabhängig «aus der Vielheit der politischen Positionen immer wieder praktische Widerspruchslosigkeit entstehen zu lassen; bruchstückhafte, begrenzte, in die Zeit offene Einheit auf Zeit».[2222]

Gegenläufige öffentliche Interessen sind demnach auch auf der Handlungsebene auf eine für die Mehrheit wie die betroffenen Minderheiten hinnehmbare Art und Weise zu koordinieren. Oder kurz: Es ist praktische Konkordanz herzustellen. Die Chiffre der «praktischen Konkordanz» hat sich vor allem in Deutschland, aber auch in der Schweiz als Auslegungsmaxime für Grundrechtskonflikte etabliert. Von dort aus hat sie ihren Anwendungsbereich im Windschatten des Verhältnismässigkeitsprinzips auf die gesamte Verfassung ausgedehnt.[2223] Heute gilt die praktische Konkordanz als allgemeine Maxime zur Zuordnung entgegengesetzter Verfassungsgebote.[2224] 610

aa) Praktische Konkordanz als Ausgleichsmaxime

Vor dem Hintergrund des symbiotischen Zusammenspiels zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung offenbart sich das Prinzip der praktischen Konkordanz als Gefäss, das ein im verfassungsstaatlichen Formungsentscheid der Demokratie enthaltenes Handlungsmuster aufnimmt und es auf der Handlungsebene zu einer konkreteren Ausgleichsmaxime für die Ausübung legislati- 611

[2219] Auch, aber nicht nur durch das Vernehmlassungsverfahren (Art. 147 BV).

[2220] LINDER/MUELLER, Demokratie, 378 f.

[2221] RHINOW, Demokratie, 255.

[2222] TSCHANNEN, Staatsrecht, § 15, Rz. 677.

[2223] Siehe Rz. 349; vgl. in Bezug auf Grundrechtskollisionen auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 196.

[2224] Vgl. Rz. 348 f.

ver Gewalt auf der horizontalen Ebene verdichtet. Löst man das Sprachbild der praktischen Konkordanz nämlich aus seinem methodischen Korsett heraus und setzt es in Bezug zur Staatsorganisation als Konkordanzdemokratie, zeigt sich ein gewichtiger Unterschied zwischen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit und dem Prinzip der praktischen Konkordanz: Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung unterscheiden sich das Prinzip der Verhältnismässigkeit und jenes der praktischen Konkordanz weniger durch die Ausgleichsquantität als vielmehr durch den Ausgleichsgegenstand. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit relationiert öffentliche und private Interessen, die sich asymmetrisch gegenüberstehen. Die praktische Konkordanz koordiniert verschiedene öffentliche oder private Interessen, die einander symmetrisch gegenüberstehen. Nimmt man den Ruf nach praktischer Konkordanz beim Wort, geht es also nicht darum, den «beiden Gütern» Grenzen zu ziehen, «damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können».[2225] Gesucht ist vielmehr ein Kompromiss,[2226] dem nicht nur die Mehrheit zustimmt, sondern den die Minderheiten auch akzeptieren. Mit anderen Worten: Die Herstellung praktischer Konkordanz strebt als Ausgleichsmaxime kompromisslos nach zustimmungs- und akzeptanzmaximierenden Kompromissen.

612 Wir stellen fest: Als Ausgleichsmaxime relationiert das Prinzip der praktischen Konkordanz zwei einander symmetrisch gegenüberstehende, verfassungsrechtlich geschützte Interessen, ohne eines davon strukturell zu bevorzugen. Dem Verfassungsgeber bleibt es demnach vorbehalten, auf der Steuerungsebene auf verbindliche Weise konkordanzresistente Bereiche abzustecken. Auch dass bei der Herstellung von praktischer Konkordanz geltende Verfassungsnormen nur bedingt – etwa im Kontext von Art. 75b BV – und vereinzelt gar nicht – etwa bei bestimmten Grundrechtskollisionen[2227] – verwirklicht werden, ist kein Fehler, sondern eine im Demokratieprinzip vorgespurte Koordination gegenläufiger Verfassungsinteressen auf der horizontalen Ebene, wonach niemand alles gewinnt, aber auch keiner alles verliert. Die Gebundenheit an Entscheide auf der Handlungsebene, die in kollektiver Selbstbestimmung durch den Verfassungs- oder den Gesetzgeber ergangen sind, ist der praktischen Konkordanz als Ausgleichsmaxime somit inhärent.[2228] Wo sich symmetrisch gegenüberstehende öffentliche oder private Interessen einander auf der Handlungsebene hingegen erst noch zuzuordnen sind und deren Koordination keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterliegt, verpflichtet das Prinzip der praktischen Konkordanz als Aus-

---

2225 HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 72.

2226 Wohl auch TSCHANNEN, Staatsrecht, § 15, Rz. 677; WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 183.

2227 Siehe etwa BGE 129 I 173, 184, E. 5.1.

2228 Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit Rz. 640 ff.

druck und Präzisierung der Konkordanzdemokratie zur Mitberücksichtigung anderer Verfassungsgebote, wenn die Zustimmung gegenüber der in Frage stehenden Massnahme des Staates dadurch erhöht werden kann. Adressat der praktischen Konkordanz als Ausgleichsmaxime sind in erster Linie legislative Behörden, entsprechende Handlungsvorgaben können aber auch im Bereich des administrativen Verwaltungsermessens sowie der judikativen Gestaltung im Rahmen der Rechtsfortbildung fortwirken.

Aus dem Prinzip der praktischen Konkordanz als Ausgleichsmaxime auf der horizontalen Ebene ergeben sich konkrete Handlungsvorgaben: Im Rahmen der hoheitlichen Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen verpflichtet praktische Konkordanz als verbindliches Reflexionsgebot zur Klärung, ob die Möglichkeit und der Bedarf besteht, parallel gegenläufige Verfassungsinteressen mitzuberücksichtigen, um die Zustimmungsfähigkeit gegenüber einer Koordination gesamthaft zu erhöhen. Entgegen der vorherrschenden Auffassung läuft es dem Prinzip der praktischen Konkordanz auch nicht zuwider, gegenläufige Interessen auf eine Weise zu koordinieren, die eines der fraglichen Verfassungsziele vollkommen zurückstellt. Wenn immer möglich, ist zwar auf die Koordinationstechnik der Konkordanz zurückzugreifen, die nach optimaler Zustimmung sucht. Wo nur ein einziges Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks existiert, dürfte die vollkommene Verdrängung eines öffentlichen Interesses durch ein anderes ausnahmsweise zustimmungsfähig und akzeptiert bleiben. Beispiel hierfür stehen Grundrechtskollisionen wie jene im Kontext eines Schwangerschaftsabbruchs[2229] oder der Wahl des Bestattungsortes[2230], bei denen man sich für eines der betroffenen Grundrechte entscheiden muss. 613

bb) Praktische Konkordanz als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

Das Prinzip der praktischen Konkordanz gibt als Ausgleichsmaxime auf der horizontalen Ebene auch konkrete Anweisungen für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen vor: Andere Vorentscheide des Verfassungsgebers vorbehalten, sind angenommene Volksinitiativen, die anderen öffentlichen Interessen zuwiderlaufen, auf eine Art mit diesen zu koordinieren, die nicht nur auf Zustimmung der Mehrheit, sondern auch auf Akzeptanz der Minderheiten stösst. Das Koordinationsziel präzisiert das Prinzip der praktischen Konkordanz durch die Forderung nach grösstmöglicher Zustimmung und Akzeptanz gegenüber einer Koordination. Als Koordinationstechnik dient nicht die Hierarchisierung, nicht die Harmonisierung, sondern im Rahmen 614

[2229] BVerfGE 39, 1 (43), 88, 203 (255 f.).
[2230] Siehe etwa BGE 129 I 173, 184, E. 5.1.

der verantworteten Deliberation ist zu klären, inwieweit durch eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsgebote die Zustimmung und Akzeptanz gegenüber einer bestimmten Koordinationsform maximiert werden kann. Eine entsprechende Koordination zwischen angenommenen Volksinitiativen und anderen verfassungsrechtlich geschützten, öffentlichen Interessen verlangt kein methodisches Argument, sondern ein sich aus dem verfassungsstaatlichen Formungsentscheid für eine Konkordanzdemokratie ergebendes Handlungsmuster der praktischen Konkordanz. Es findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 5 Abs. 2 BV, da die Bundesverfassung keine präzisiere Ausgleichsmaxime enthält.

615 Beispielhaft: Im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung zur Rothenthurminitiative[2231] wurde zur Sicherung von Zustimmung und Akzeptanz eine Gestaltung und Nutzung geschützter Moore unter restriktiven Voraussetzungen für zulässig erklärt (Art. 23d NHG). Das stand und steht im Einklang mit der angenommenen Volksinitiative, zumal ihr Wortlaut «Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen», explizit vom entsprechenden Bauverbot ausnimmt.[2232] Wo eine angenommene Volksinitiative indes anderen verfassungsrechtlich geschützten öffentlichen Interessen zuwiderläuft, aber – wie Art. 75b Abs. 1 BV – zumindest in einem gewissen Ausmass konkordanzresistent ausgestaltet ist, um gegen den Willen der politischen Behörden steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einzuwirken, hilft das Prinzip der praktischen Konkordanz als Ausgleichsmaxime hingegen nicht weiter, denn in diesen Fällen hat der Verfassungsgeber die Koordination angenommener Volksinitiativen seinen Vorbehalten unterstellt.

c) Vertikale Ebene: Grundsatz der Subsidiarität

616 Das Austarieren von verfassungsrechtlich geschützten Interessen zwischen Bund und Kantonen präzisiert die Bundesverfassung durch den Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5a BV). Dieses primär aus der Theologie[2233] stammende, sich dort

---

2231 Vgl. zur Rothenturminitiative Fn. 397.

2232 Vgl. Art. 78 Abs. 5 BV resp. Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV.

2233 Vgl. Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2457, statt vieler Papst Pius XI., Quadragesimo Anno, Rz. 79: «Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen; zugleich ist es überaus nachteilig und verwirrt die ganze Gesellschaftsordnung. Jedwede Gesellschaftstätigkeit ist ja ihrem Wesen und Begriff nach subsidiär; sie soll die Glieder des Sozialkörpers unterstützen, darf sie aber niemals zerschlagen

auf das Verhältnis zwischen Staat und Familie beziehende Prinzip verlangt, dass der Bund seine Befugnisse gegenüber den Kantonen möglichst schonend ausübt (Art. 5a BV; Art. 43a BV).[2234] Als Steuerungsmassstab regiert das Subsidiaritätsprinzip die Zuweisung staatlicher Aufgaben im Verband mit, ohne selbst Bundeskompetenzen zu begründen. Als Kontrollmassstab ist Art. 5a BV nach allgemeiner Auffassung nicht justiziabel. Wie sich aus dem Verfassungswortlaut ergibt, regelt der Grundsatz der Subsidiarität neben der «Zuweisung»[2235] staatlicher Aufgaben jedoch auch deren «Erfüllung»[2236] auf der Handlungsebene. In dieser Bedeutungsschicht – die hier im Vordergrund steht – präzisiert das Subsidiaritätsprinzip den durch die Bundesverfassung angestrebten Ausgleich zwischen kollektiver Selbstbestimmung des Bundes und der individuellen Selbstbestimmung einzelner Kantone im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt durch die Vorgaben, die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren (Art. 47 Abs. 1 BV), «den kantonalen Besonderheiten Rechnung» zu tragen (Art. 46 Abs. 3 BV)[2237] und ihnen «ausreichend eigene Aufgaben», «Organisationsautonomie» und «Finanzierungsquellen» zu belassen (Art. 47 Abs. 2 BV).[2238]

aa) Subsidiaritätsprinzip als Ausgleichsmaxime

Vor dem Hintergrund des symbiotischen Zusammenspiels zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung zeigt sich, dass das Subsidiaritätsprinzip ein im verfassungsstaatlichen Formungsentscheid der Bundesstaatlichkeit enthaltenes Handlungsmuster aufnimmt und es auf der Handlungsebene zu einer konkreteren Ausgleichsmaxime für die Ausübung legislativer Gewalt auf der vertikalen Ebene verdichtet. Das Subsidiaritätsprinzip spricht als Ausgleichsmaxime zunächst einmal stets zwei zu relationierende Anliegen an, um im Rahmen der kol- 617

oder aufsaugen»; m.w.H. zur ideengeschichtlichen Entwicklung des Subsidiaritätsgedankens RIKLIN, Sinn der Verfassung, 157 f.

2234 M.w.H. zum Subsidiaritätsprinzip als Maxime der Kompetenzwahrnehmung B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 56; BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, N 21; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht § 5 Rz. 608.

2235 SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 17 ff.; BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, N 21; B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 54.

2236 SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 22 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 608 ff.; BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, N 21; B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 56; mit Vorbehalten H. KOLLER, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: FS Hangartner, 688 f.

2237 SGK-BV, EGLI, Art. 46, Rz. 27 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 46, N 11 ff.; in Bezug auf Art. 46 Abs. 3 BV von einem «Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips» sprechen BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46, N 39.

2238 SGK-BV, EGLI, Art. 47, Rz. 4 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 46, N 1 ff.; BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 47, N 1 ff.

lektiven Selbstbestimmung des Bundes für hinreichend Rücksicht gegenüber individueller Selbstbestimmung einzelner Kantone zu sorgen. Dass der Verfassungsgeber bei der Zuweisung von Aufgaben auf der Steuerungsebene vom Subsidiaritätsgedanken abkehren kann, erweist sich dabei weniger als Fehler[2239] denn vielmehr als notwendiger Ausgleich zwischen Demokratie- und Bundesstaatsprinzip zugunsten bundesstaatlicher Einheit, zulasten der Souveränität der Kantone. Auf die Bindung an Entscheide, die auf der Steuerungsebene in kollektiver Selbstbestimmung ergangen sind – sei es vom Verfassungs- oder vom Gesetzgeber – ist ein Bundesstaat angewiesen, darum ist dieser Gedanke dem Subsidiaritätsprinzip inhärent.[2240] Wo Interessen der Kantone und des Bundes einander auf der Handlungsebene indes erst noch zuzuordnen sind und deren Koordination keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterliegt, verpflichtet das Subsidiaritätsprinzip als Ausdruck und Präzisierung einer dezentralen Bundesstaatlichkeit dazu, die kollektive Selbstbestimmung auf Stufe Bund und die individuelle Selbstbestimmung einzelner Kantone zugunsten Letzterer zu relationieren. Gewissermassen wird dazu angehalten, die «Vielfalt in der Einheit» zugunsten der Vielfalt zu «leben».[2241]

618 Für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene ergeben sich aus dem Subsidiaritätsprinzip als Ausgleichsmaxime auf der vertikalen Ebene konkrete Handlungsvorgaben: Im Rahmen der hoheitlichen Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen verpflichtet die Bundesverfassung durch ein verbindliches Reflexionsgebot[2242], «Bedarf und Notwendigkeit einer Bundeslösung»[2243] zu rechtfertigen. Das Subsidiaritätsprinzip verlangt – andere Vorgaben des Verfassungsgebers vorbehalten – wenn immer möglich eine Relationierung gegenläufiger Interessen zwischen Bund und Kantonen zugunsten Letzterer, zulasten Ersterer.[2244] Auf der Handlungsebene adressiert das Subsidia-

---

2239 Zur entsprechenden Kritik am Grundsatz der Subsidiarität siehe SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 9; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 600 ff.; differenzierend OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5a, N 13.

2240 Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit Rz. 640 ff.

2241 So der Wortlaut der Präambel; zum Akzent zugunsten der Vielfalt auch BIAGGINI, Schweiz, IPE, Rz. 102.

2242 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 608 ff., 616; B. EHRENZELLER/K. EHRENZELLER, Complexité, 56, H. KOLLER, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: FS Hangartner, 675 ff. und 680 ff.; das Subsidiaritätsprinzip verpflichtet auch die Kantone zu einer die kommunale Autonomie schonenden Kompetenzzuteilung und -wahrnehmung, Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2458; BSK BV-BIAGGINI, Art. 43a, N 12; SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 22 ff.

2243 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 617; ebenso SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 9.

2244 RICHLI, Zweck, 276, spricht von einer «Enthoheitung».

ritätsprinzip hierbei in erster Linie die rechtsetzenden Behörden, jedoch kann sich ein solcher Ausgleich im Bereich des administrativen Verwaltungsermessens oder judikativer Gestaltungsbefugnisse im Rahmen der Rechtsfortbildung auch, schwächer werdend, fortsetzen.[2245] Auf der Kontrollebene widerspiegelt sich diese schonende Relationierung zwischen Interessen des Bundes und der Kantone in einer reduzierten Prüfungsdichte des Bundesgerichts aus föderalistischen Gründen.[2246]

bb) Subsidiaritätsprinzip als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

Als Ausgleichsmaxime auf der vertikalen Ebene gibt das Subsidiaritätsprinzip auch konkrete Anweisungen für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen vor: Das Koordinationsziel präzisiert Art. 5a BV durch die Forderung, kantonale Anliegen bei der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen zu schonen. Als Koordinationstechnik dient die Suche nach einem Ausgleich im Rahmen der verantworteten Deliberation, der taugt, weil er den Gestaltungsbefugnissen der Kantone grösstmöglichen Respekt zollt. Zu einer entsprechenden Koordination verpflichtet nicht die Herstellung praktischer Konkordanz oder die Einheit der Verfassung, nicht das Verhältnismässigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 2 BV oder ein von Verfassungs wegen geschütztes Interesse der Kantone selbst.[2247] Vielmehr ordnet das Subsidiaritätsprinzip einen entsprechenden Ausgleich zwischen kollektiver Selbstbestimmung des Bundes und individueller Selbstbestimmung der Kantone an. Nicht weiter hilft das Subsidiaritätsprinzip als Ausgleichsmaxime indes dort, wo der Verfassungsgeber die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen seinen Vorbehalten unterstellt. 619

Beispielhaft: Im Falle einer Annahme der Volksinitiative für «mehr bezahlbare Wohnungen»[2248] hätte der Bund in Zusammenarbeit mit den Kantonen dafür zu sorgen gehabt, dass gesamtschweizerisch mindestens 10 Prozent der neu gebau- 620

[2245] SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 5a, Rz. 21; vgl. auch H. KOLLER, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: FS Hangartner, 694, 696; mit Vorbehalten BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, N 29 ff.; Botschaft NFA, BBl 2002 2291 ff., 2458.

[2246] Vgl. etwa BGE 134 I 153, 158, E. 4.2.2.

[2247] So aber die Botschaft ZWG, BBl 2014 2287 ff., 2322, in Bezug auf den Heimatschutz nach Art. 78 BV.

[2248] Die Volksinitiative «Mehr bezahlbare Wohnungen» wurde am 18.08.2015 eingereicht, ist am 15.11.2016 zustande gekommen (BBl 2016 8357) und will in Art. 108 Abs. 1 sowie 5–8 BV und Art. 197 Ziff. 12 BV einen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag zur Förderung des Angebots an preisgünstigen Mietwohnungen verankern.

ten Wohnungen im Eigentum des Staates sind. Mit Blick auf die Ausgleichsmaxime des Subsidiaritätsprinzips wären die kantonalen Interessen dabei bestmöglich zu schonen, insbesondere jene von Kantonen, in denen ein zumindest ausreichendes Angebot an preisgünstigen Mietwohnungen existiert. Die Volksinitiative über ein Verhüllungsverbot[2249] belässt dem Gesetzgeber zwar bloss einen eng abgesteckten Gestaltungsspielraum. Soweit jedoch ein solcher besteht, wäre dieser mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip auf eine für die Kantone möglichst schonende Weise auszunutzen, zumal die Regelung des öffentlichen Raums Sache der Kantone ist.[2250]

d) Transnationale Ebene: Beachtungsgebot des Völkerrechts

621 Das «Ineinandergreifen der Ordnungssysteme von Völkerrecht und Landesrecht»[2251] zählt zu den «schwierigsten und umstrittensten» juristischen Problemfeldern der Gegenwart.[2252] Ihnen kann man sich aus unterschiedlichen Perspektiven nähern.[2253] Verfassungsrechtlich betrachtet – diese Perspektive soll hier im Vordergrund stehen, wohl wissend, dass man ihr vorliegend nicht systematisch gerecht werden kann – gibt die Bundesverfassung durch den Passus «Bund und Kantone beachten das Völkerrecht» in Art. 5 Abs. 4 BV eine Antwort auf die Frage der landesrechtlichen Stellung des Völkerrechts,[2254] ohne sie klar zu beantworten. Die herrschende Dogmatik verortet hinter Art. 5 Abs. 4 BV ein Kon-

[2249] Die Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» wurde am 15.09.2017 eingereicht, ist am 11.10.2017 zustande gekommen (BBl 2017 6447) und will in Art. 10a BV und Art. Art. 197 Ziff. 12 BV ein Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum und an öffentlich zugänglichen Orten sowie der Zwang zu solchem verankern. Eine Abstimmung über die entsprechende Verfassungsänderung steht zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieser Arbeit noch aus.

[2250] Vgl. Botschaft Verhüllungsverbotsinitiative, BBl 2019 2913 ff., 2930.

[2251] Die Formulierung lehnt sich an bei THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 17 ff.

[2252] So OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 26; einen historischen Überblick vermittelt KLEY, Geschichte, 331 ff., 365 ff.; vgl. auch PERRIN, Conflits, 22 ff.

[2253] Vgl. zu den völkerrechtlichen und den staatsrechtlichen Lagern in der Schweiz KLEY, Geschichte, 339 ff.

[2254] Vgl. dazu allgemein COTTIER/HERTIG RANDALL, Völkerrecht, 1 ff.

zept, das zwischen der Geltung[2255], der Anwendbarkeit[2256], dem Rang[2257] und der Durchsetzbarkeit[2258] völkerrechtlicher Normen im Landesrecht unterscheidet.[2259]

Der eigenständige normative Gehalt von Art. 5 Abs. 4 BV bleibt allerdings diffus:[2260] Dass staatliches Handeln innerhalb der Schranken des Völkerrechts erfolgen muss, ordnet bereits das Legalitätsprinzip an, zumal es sich auch bei Völkerrecht um «Recht» im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV handelt.[2261] Die justizielle Durchsetzbarkeit völkerrechtlicher Ansprüche regelt Art. 190 BV konkreter als das Beachtungsgebot selbst.[2262] Der Vorrang des Völkerrechts gilt zwar als «grundsätzlich»[2263] anerkannt, als Kollisionsnorm will Art. 5 Abs. 4 indes gerade nicht verstanden werden.[2264] Ferner bezieht sich der Verfassungsbegriff «Völkerrecht» in Art. 5 Abs. 4 BV auf unterschiedliche plurale Gebilde von Völkerrechtsnormen, die von der Art und Beschaffenheit her verschieden sind und in verschiedenen Bereichen auf unterschiedliche Weise Steuerungskraft entfalten.[2265] Die Bundesverfassung trägt dem durch eine Kaskade verschiedener Legitimationsgrade Rechnung, beginnend bei mittels Bundesratsbeschluss abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen von beschränkter Tragweite, endend beim fakultativen Referendum über völkerrechtliche Verträge (Art. 141 Abs. 1 lit. d BV). 622

2255 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 18 ff.

2256 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 24 ff.

2257 SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5, Rz. 71 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 84 ff.; vgl. auch die Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5370.

2258 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 28a f.

2259 Vgl. in der Lehre SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5, Rz. 65 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 28 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 77 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 3607 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rz. 4 ff.; COTTIER/HERTIG RANDALL, Völkerrecht, 1 ff.; in der Praxis Bericht VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2284 ff.; siehe auch die Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5368 ff.

2260 Grundlegend zur Auslegung von Art. 5 Abs. 4 BV NOBS, Volksinitiative, 223 ff.

2261 In der Lehre gilt das Völkerrecht als Bestandteil des «Rechts» nach Art. 5 Abs. 1 BV als gesichert: siehe dazu SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 20; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 132; m.w.H. zur Schweiz als monistischer Staat FASSBENDER, Völkerrecht und Landesrecht, 442 ff.; vgl. auch THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 19 ff.; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 134.

2262 Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 190, N 29 f., 39 ff.; SGK-BV, HANGARTNER/LOOSER, Art. 190, Rz. 23, 33 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rz. 27 ff.

2263 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 20.

2264 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 73; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 27.

2265 Von einer «primitiven Rechtsordnung» (KELSEN, Reine Rechtslehre, 558 ff.) kann im Hinblick auf das Völkerrecht demnach keine Rede sein; zum Pluralismus im Völkerrecht KRISCH, Pluralism, 6 ff.; PETERS, Supremacy Lost, 195 ff.

623 Die Bedeutung der allgemeinen Verfassungspflicht, Völkerrecht zu beachten, erweist sich für die Koordination von verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben zugleich unbestritten und mit Vorbehalten behaftet: *Unbestritten*, da im Grundsatz alle staatlichen Organe und Verbände dazu verpflichtet sind, Spannungen zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der Ausübung ihrer Gestaltungskompetenzen entgegenzuwirken.[2266] Völkerrechtliche Vorgaben sind beim Erlass von nationalem Recht zu beachten, sich nachträglich ergebende Konflikte zu völkerrechtlichen Vorgaben sind im Sinne einer Schadensbegrenzung abzumildern und Ermessensspielräume völkerrechtskonform auszuüben.[2267] *Mit Vorbehalten behaftet* ist die Bedeutung von Art. 5 Abs. 4 BV, weil die Bestimmung nach anerkannter Auffassung weder dem Gesetzgeber noch dem Verfassungsgeber verbietet, bewusst gegen das Völkerrecht zu verstossen – pacta sunt servanda[2268] hin oder her.[2269] Denn auch wenn das Bundesgericht diese Auffassung[2270] in mehrfacher und zuweilen kritisierter Weise relativiert hat,[2271] und selbst wenn man GIACOMETTIS Aussage, «Völkerrecht bricht noch nicht Landesrecht»[2272] heute ablehnt, lässt die Bundesverfassung das Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht – anders als jenes zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht – bewusst offen.[2273] Die weitverbreitete Vorstellung einer in Art. 5 Abs. 4 BV grundierten Dichotomie zwischen dem Grundsatz maximaler Völkerrechtskonformität und landesrechtlichen Ausnahmevorbehalten, wie sie allen voran die «Schubert-Praxis» suggeriert, vermittelt gesamthaft ein unscharfes Bild der Koordination völkerrechtlicher und landesrechtlicher Vorgaben – speziell im Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht.

2266 SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5, Rz. 89 ff.

2267 SGK-BV, B. SCHINDLER/TSCHUMI, Art. 5, Rz. 90 ff.; vgl. auch Art. 141 Abs. 2 lit. a^{bis} ParlG, wonach der Bundesrat in seiner Botschaft die «Nutzung des Handlungsspielraums der Schweiz bei der Übernahme von internationalem Recht» zu begründen und zu kommentieren hat.

2268 Art. 27 WVK.

2269 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 9, Rz. 33 f.

2270 Zur sog. «Schubert-Praxis» BGE 94 I 669, 678, E. 6a: «[…] der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d.h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden»; vgl. auch BGE 99 Ib 39.

2271 Vgl. etwa BGE 142 II 35, 40, E. 3.3; BGE 139 I 16, 27 f., E. 4.3.4; m.w.H. auch Rz. 676.

2272 Zitiert bei THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: VdS, § 11, Rz. 27.

2273 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 135.

aa) Art. 5 Abs. 4 BV als Ausgleichsmaxime

Das Verständnis von der Bundesverfassung als dialektische Ausgleichsordnung zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung lässt sich auf das transnationale Ordnungsgefüge übertragen,[2274] wenn dieses von der dialektischen Idee der staatlichen Freiheit durch Völkerrecht und der staatlichen Freiheit vor Völkerrecht beherrscht wird:[2275] Völkerrechtliche Vorgaben lassen sich als Ausdruck exekutivgetriebener Selbstbestimmung im Kollektiv von zwei oder mehreren Staaten reformulieren. Als Völkerrechtssubjekte besitzen Staaten zudem Rechte auf gleiche Partizipation in der Staatengemeinschaft sowie Ansprüche auf Schutz vor Übergriffen durch die Staatengemeinschaft, deren Kulminationspunkt das Interventionsverbot nach Art. 2 Abs. 7 UN-Charta manifestiert. Kurzum: ein Recht auf individuelle Selbstbestimmung.[2276] Die Ausübung und Rechtfertigung staatlicher Gewalt auf der transnationalen Ebene findet demzufolge in einem dialektischen Mit- und Gegeneinander von völkerrechtlichen Vorgaben als Ausdruck bi- oder multilateraler Selbstbestimmung im Kollektiv und der individuellen Selbstbestimmung einzelner Staaten statt. 624

Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung ergibt sich aus Art. 5 Abs. 4 BV demnach keine einlinige Beachtungspflicht zugunsten der notwendigen Einheit in der völkerrechtlichen Vielfalt, sondern ein Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme, Treue und Kooperation auf der transnationalen Ebene. Art. 5 Abs. 4 BV verpflichtet im Rahmen der hoheitlichen Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene somit als verbindliches Reflexionsgebot zur Begründung, ob, aus welchen Gründen und in welchem Ausmass neben der neuen Verfassungsnorm parallel völkerrechtliche Vorgaben mitzuberücksichtigen sind, wobei verschiedene Koordinationsformen möglich sind. Eine Verkoppelung landesrechtlicher und völkerrechtlicher Rechtskreise kann durch eine weitreichende Berücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben durch die Legislative oder die Judikative erfolgen, wenn es etwa darum geht, einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR antizipierend entgegenzuwirken. Umgekehrt kann aus demokratischen Gründen auch eine möglichst schonende Mitberücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben angezeigt sein.[2277] 625

[2274] M.w.H. dazu Rz. 425 ff.

[2275] SGK-BV, B. EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 18, umschreibt dieses dialektische Mit- und Gegeneinander von nationaler Souveränität und der Notwendigkeit internationaler Zusammenarbeit als «Paarung von Unabhängigkeit und Sicherheit».

[2276] Vgl. MÖLLERS, Gewaltengliederung, 218 ff.; zur individuellen Selbstbestimmung generell auch Rz. 426.

[2277] Siehe dazu Rz. 597.

626 Diese Sichtweise offenbart, dass das völkerrechtliche Beachtungsgebot in Art. 5 Abs. 4 BV ebenfalls Handlungsmuster aufnimmt, die in den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden enthalten sind, und diese in eine konkretere Ausgleichsmaxime für die Ausübung legislativer Gewalt auf der transnationalen Ebene überführt. Um sowohl die bi- oder multinationale Selbstbestimmung im Kollektiv wie auch die individuelle Selbstbestimmung einzelner Staaten hinreichend zu respektieren, spricht Art. 5 Abs. 4 BV als Ausgleichsmaxime immer zwei zu relationierende Anliegen an. Dass völkerrechtliche Vorgaben zu beachten sind, selbst wenn sie die Gestaltungsspielräume souveräner Staaten schmälern, ist eine Relationierung zugunsten transnationaler Rechtsstandards, zulasten der Selbstbestimmung von Staaten. Dass es Gesetz- und Verfassungsgeber auf der Steuerungsebene vorbehalten bleibt, bewusst gegen völkerrechtliche Vorgaben zu verstossen und die damit verbundenen Sanktionen in Kauf zu nehmen, ist ebenfalls kein Fehler. Vielmehr erfolgt eine Zuordnung verschiedener Rechtskreise auf der Handlungsebene zugunsten staatlicher Selbstbestimmung, zulasten der bi- oder multilateralen Selbstbestimmung im Kollektiv auf der Völkerrechtsebene. In beiden Fällen stützt Art. 5 Abs. 4 BV die Gebundenheit an Entscheide auf der Handlungsebene, die auf der Steuerungsebene ergangen sind.[2278] Wo transnationale und staatliche Interessen einander auf der Handlungsebene indes erst noch zuzuordnen sind und deren Koordination keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterliegt, verpflichtet das verfassungsrechtliche Beachtungsgebot des Völkerrechts dazu, die kollektive Selbstbestimmung auf der transnationalen Ebene und die individuelle Selbstbestimmung des Staates auf der Handlungsebene miteinander zu verkoppeln, ohne sie ineinander aufzulösen.

bb) Art. 5 Abs. 4 BV als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

627 Das Beachtungsgebot des Völkerrechts normiert als Ausgleichsmaxime auf der transnationalen Ebene auch konkrete Anweisungen für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen:[2279] Angenommene Volksinitiativen und völkerrechtliche Vorgaben sind, andere Vorentscheide des Verfassungsgebers vorbehalten, in einer Weise miteinander zu koordinieren, welche die künftige Zusammenarbeit im transnationalen Verhältnis nicht unnötig beeinträchtigt, den gegenseitigen Respekt aufrechterhält. Das Koordinationsziel wird dabei durch das Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Treue und Kooperation auf der transnationalen Ebene präzisiert. Als Koordinationstechnik dient die verantwortete Deliberation, in deren Rahmen zu bestimmen ist, welche

---

[2278] Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit Rz. 640 ff.

[2279] Zum Konflikt zwischen Völkerrecht und Volksinitiativen im Allgemeinen: REICH, Konflikt, 980 ff.; BAUMANN, Umsetzung, 259 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 106 ff.

Koordinationsoption den gegenseitigen Respekt im transnationalen Verhältnis wahrt, der eine künftige Zusammenarbeit voraussetzt. All das ergibt sich aus Art. 5 Abs. 4 BV, nicht aus der Chiffre der völkerrechtskonformen Auslegung.

Beispielhaft: Die Alpenschutzinitiative ordnet einen alpenquerenden Gütertransitverkehr von Grenze zu Grenze auf der Schiene an, der verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen mit der EU zuwiderläuft.[2280] Die entsprechende Verfassungsnorm erklärt Ausnahmen allerdings ausdrücklich für zulässig, wenn sie unumgänglich sind und näher durch das Gesetz bestimmt werden (Art. 84 Abs. 2 BV). Damit belässt die Verfassungsnorm – wenn auch nur in einem sehr eng abgesteckten Bereich – Raum für die Mitberücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben zur gegenseitigen Rücksichtnahme, Treue und Kooperation auf der transnationalen Ebene. Wo eine angenommene Volksinitiative die politischen Behörden indes zu einem aussenpolitischen Kurswechsel zwingt und sich via Verfassung Zutritt zur Aussenpolitik verschafft, wie dies etwa bei Art. 121a BV, der schliesslich abgelehnten Selbstbestimmungsinitiative[2281], oder der Begrenzungsinitiative[2282] der Fall war beziehungsweise ist, hilft Art. 5 Abs. 4 BV als Ausgleichsmaxime nicht weiter. In solchen Fällen stellt sich die Frage nach einer gegenseitigen Rücksichtnahme, Treue und Kooperation auf der transnationalen Ebene nicht gleichermassen. Vielmehr geht es hier, wie noch zu zeigen sein wird,[2283] um die Sicherung der staatlichen Handlungsfähigkeit gegen aussen respektive den Schutz staatlicher Selbstbestimmung im Innern. Unzulässig ist ein Rückgriff auf Art. 5 Abs. 4 BV als Ausgleichsmaxime ferner, wenn angenommene Volksinitiativen auf der diagonalen Ebene individuellen Selbstbestimmungsformen keine Beachtung schenken wie etwa im Fall von Art. 121 Abs. 3–6 BV. Denn soweit der Verfassungsgeber die Koordination einer angenommenen Volksinitiative seinen Vorbehalten unterstellt hat, helfen Ausgleichsmaximen unabhängig von der betroffenen Ebene nicht weiter. 628

3. Ausgleichsmaximen als Wegweiser zur hoheitlichen Ausübung legislativer Gewalt

Was sind Ausgleichsmaximen und zu welchem Zweck regeln sie die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen? Vor dem Hintergrund der gewonnenen Erkenntnisse lassen sich diese Fragen nun beantworten. Ausgleichsmaximen verpflichten im Rahmen der Fortsetzung kollektiver Selbstbestimmung auf der Handlungsebene zu Respekt gegenüber indi- 629

[2280] Botschaft Alpenschutzinitiative, BBl 1992 II 877 ff., 903 ff.
[2281] M.w.H. Fn. 568.
[2282] Für weitere Informationen zur Begrenzungsinitiative siehe Fn. 591.
[2283] M.w.H. dazu Rz. 674 ff. sowie Rz. 684 ff.

viduellen Selbstbestimmungsformen, insoweit die hoheitliche Ausübung staatlicher Gewalt keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterstellt ist. Art. 5 Abs. 2 BV überführt die in allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden enthaltene Suche nach Ausgleich, Kompromiss und Konkordanz in ein konkreter wirkendes Verfassungsprinzip: den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

a) Ausgleichsmaximen als Prüfsteine legislativer Gewaltausübung

630 Als Richtwerte für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene haben Ausgleichsmaximen gegenüber den methodischen Argumenten wie der Einheit der Verfassung, der völkerrechtskonformen Auslegung oder der Herstellung praktischer Konkordanz mehrere Vorteile: Erstens stützen sie die Forderungen nach Ausgleich und Konkordanz auf verfassungsrechtlichen Grundlagen ab. Zweitens wirken Ausgleichsmaximen einer Übersystematisierung durch überladene methodische Argumente entgegen,[2284] in deren Windschatten gegenläufige Verfassungspflichten einander mittels verschiedenster Koordinationstechniken zugeordnet werden. Koordination hat sich als von den betroffenen Interessen abhängige Tätigkeit erwiesen, die zwar nicht durchwegs gleichgeartet ist, aber auf unterschiedlichen Ebenen nach bestimmten Mustern erfolgt. Drittens bleibt das herausgearbeitete Verständnis von Ausgleichsmaximen nicht in alternativen Koordinationsstrukturen verhaftet, sondern beantwortet die Frage, wann und in welchem Umfang ein Ausgleich zwischen angenommenen Volksinitiativen und anderen Verfassungspflichten angezeigt ist:[2285] Nämlich soweit der zuständige Gewaltenträger nach Treu und Glauben davon ausgehen darf und muss, dass der Verfassungsgeber ihn aus Gründen der Machteffektuierung dazu ermächtigte. Im Hinblick auf das Koordinationsziel stellen Ausgleichsmaximen statt einer Alternativität von Hierarchisierung und Harmonisierung unterschiedliche, von den betroffenen Interessen abhängige Koordinationsziele wie die Zumutbarkeit, die Zustimmungsfähigkeit, den grösstmöglichen Respekt gegenüber kantonalen Interessen im bundesstaatlichen oder transnationalen Interessen im transnationalen Verhältnis in den Vordergrund. Viertens tragen die verschiedenen Ausgleichsmaximen auf unterschiedlichen Ebenen der graduellen Struktur normativer Kontexte der Verfassung besser Rechnung.[2286] Und fünftens besitzen Ausgleichsmaximen einen klaren Anwendungsbereich: Konstellationen, in denen der Verfassungsgeber die nähere Ausgestaltung von Verfassungsnormen zur Machteffektuierung keinen Vorbehalten unterwirft, im Wissen darum, dass andere Organe sich dafür besser eignen als er selbst. Nicht zu rechtfertigen vermögen Ausgleichsmaximen als reine Relationierungsgebote hingegen eine Abkehr von

[2284] Zur entsprechenden Kritik siehe Rz. 375 ff.
[2285] Vgl. zur entsprechenden Kritik Rz. 379.
[2286] Vgl. zur entsprechenden Kritik Rz. 363.

Vorentscheiden des Verfassungsgebers aus Nachsicht gegenüber anderen Verfassungsnormen.[2287]

b) Ausgleichsmaximen und angenommene Volksinitiativen

631 Für die nähere Regelung des normativen Kontextes einer angenommenen Volksinitiative durch die Bundesversammlung auf der Handlungsebene sind Ausgleichsmaximen einerseits wichtig, andererseits nicht ausschlaggebend: wichtig, weil zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiativen regelmässig Raum zur Bewältigung des damit in die Verfassung getragenen politischen Konflikts belassen. So hat der Gesetzgeber die in Art. 121 Abs. 3 BV genannten Tatbestände näher zu umschreiben und kann sie um weitere Tatbestände ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV). Er entscheidet auch, in welchem Erlass und auf welche Weise er den Anteil von Zweitwohnungen in Gemeinden auf höchstens 20% beschränkt (Art. 75b BV). Nicht ausschlaggebend sind Ausgleichsmaximen im Rahmen der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen hingegen, weil solche die hoheitliche Gestaltung der eingesetzten Organe nicht ausschliesslich, aber überwiegend einem Vorbehalt unterstellen wollen. Norm- und Koordinationsoffenheiten angenommener Volksinitiativen sind regelmässig nicht Ausdruck einer bewussten Steuerungsform staatlichen Handelns. Vielmehr soll durch verbindliche Gestaltungsaufträge auf die repräsentativen Organe entgegen ihrem Willen eingewirkt werden. Zu diesem Zweck diktiert die angenommene Volksinitiative und nicht Ausgleichsmaximen den Handlungsmassstab zur Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen. So spricht bei Art. 121 Abs. 3–6 BV neben dem Wortlaut vor allem auch die Normbiografie gegen eine Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, das verfolgte öffentliche Interesse – die automatische Wegweisung strafrechtlich verurteilter Ausländerinnen und Ausländer respektive das endgültige Tätigkeitverbot – mit Rücksicht auf die Interessen der davon Betroffenen auszugestalten. Schliesslich haben Versuche, im Rahmen der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen parallel gegenläufige Verfassungsanliegen mitzuberücksichtigen, in der Verfassungspraxis bereits mehrfach zusätzliche politische Konflikte ausgelöst, anstatt solche zu befrieden.[2288]

[2287] Etwa durch die Einführung von Härtefallklauseln; vgl. zur Koordination mittels Härtefallklausel auch Rz. 143 ff.; 755.

[2288] Vgl. Rz. 139 f.; siehe auch die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» und dazu auch Fn. 590.

II. Bindungsmaximen: Das Legalitätsprinzip als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat

632 Was sind Bindungsmaximen und auf welche Weise regeln sie die Ausübung legislativer Gewalt bei angenommenen Volksinitiativen? Das Sprachbild der «Bindungsmaxime» bezieht sich auf das zweite Wesensmerkmal der Ausübung legislativer Gewalt. Es regelt die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen, insoweit der Verfassungsgeber die Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen gewissen Vorgaben unterworfen hat. Angesprochen sind also Konstellationen, in denen die Koordinationsoffenheit keine bewusste Steuerungsform staatlichen Handelns darstellt, sondern die Regelung des normativen Kontextes unter Vorbehalten des Verfassungsgebers steht. Anders formuliert: Bindungsmaximen sichern das notwendige Mass an Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers im Wissen darum, dass staatliches Handeln ohne Rücksicht auf Formen kollektiver Selbstbestimmung nicht legitim bleibt.

633 Der Zweck von Bindungsmaximen ist es, staatliche Gestaltung in Bezug auf den Inhalt zu Respekt gegenüber Vorentscheiden des Rechtsetzers als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung zu verpflichten und sie so gegenüber allen verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden zu verantworten. Anstatt sich auf das Zerrbild eines klaren Grenzverlaufs zwischen Handlungsoptionen, die den Regelungsabsichten des Verfassungsgebers entsprechen, und solchen, die das nicht tun, zu stützen, ordnen Bindungsmaximen eine normgebundene Reflexion im Rahmen der verantworteten Deliberation an. Sie verpflichtet normativ zu einer am positiven Recht reflektierten und damit im Einklang stehenden Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen. Verkürzt ordnen Bindungsmaximen auf der Handlungsebene demnach eine Klärung an, wo eindeutig Gestaltungsspielraum besteht, wo unklar ist, wieweit eine nähere Ausgestaltung von Verfassungsrecht zulässig ist, und welche Handlungsoptionen der Verfassungsgeber offensichtlich nicht beabsichtigt hat. In institutioneller Hinsicht verlangen Bindungsmaximen ausserdem eine Prüfung der Wirkung möglicher Handlungsoptionen auf die Gestaltungskompetenzen des Verfassungsgebers und eine Verwerfung von Koordinationsformen, die das Gestaltungsprimat des Verfassungsgebers nicht respektieren. Um konkrete Bindungsmaximen für die Bundesversammlung bei angenommenen Volksinitiativen herauszuarbeiten, ist das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) aus der tradierten Verwaltungsrechtsdogmatik herauszulösen (Abschnitt 1) und als Bindungsmaxime für die Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene neu auszurichten (Abschnitt 2 und 3).

1. Legalitätsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns

Das Legalitätsprinzip (auch Gesetzesmässigkeitsprinzip[2289]) ist in Art. 5 Abs. 1 BV verankert. Es konstituiert die Herrschaft des Rechts im Staat, «a government of laws and not of men»[2290]. Eine Rechtsherrschaft verlangt erstens für jegliche Ausübung staatlicher Gewalt eine rechtliche Basis (Grundlage) und limitiert solche zweitens durch verbindliche Rechtsvorgaben (Schranken).[2291] Diese Doppelfunktion des Legalitätsprinzips ist weniger als «Paradoxie»[2292] denn als Dialektik zu verstehen. Die umfassende Bedeutung des Legalitätsprinzips für alles staatliche Handeln unabhängig von Organ, Verband und Bereich gilt heute als unbestritten,[2293] auch im Bereich des Politischen und selbst dort, wo der Staat in Privatrechtsform auftritt oder Private mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betraut.[2294] Mit dem umfassenden Geltungsanspruch des Legalitätsprinzips nicht zu verwechseln ist das Erfordernis einer absoluten Durchnormierung staatlicher Tätigkeit. Denn: Das Legalitätsprinzip ist als «principe à géométrie variable»[2295] zu verstehen, das eine bereichsabhängige[2296] Optimierung der Durchnormierung staatlichen Handelns verlangt, keine Maximierung.[2297] 634

Die Bedeutungsschicht des Legalitätsprinzips als Kontrollmassstab ist breit anerkannt, seine Rolle als Handlungsmassstab im Grundsatz klar. So besitzt das Le- 635

2289 So etwa B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 393 ff.; im Kontext der Bundesverfassung ist der Begriff des Legalitätsprinzips zu präferieren.

2290 Art. 30 Constitution of Massachusetts (1780): «In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.»; vgl. auch Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch), 137, 1063 (1803).

2291 Statt vieler, REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, VdS 2020, Bd. I, Rz. 10 ff.

2292 REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, VdS 2020, Bd. I, Rz. 10.

2293 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 17, 28; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 413 ff.

2294 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 6; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 17; MAHON, Petit Comm., Art. 5, N 5.

2295 So der Titel bei MORAND, Légalité.

2296 Vgl. etwa die unterschiedlichen Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV, nach Art. 127 Abs. 1 BV sowie nach Art. 164 Abs. 1 BV; m.w.H. zur differenzierenden Kasuistik des Bundesgerichts SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 41.

2297 SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 29; die erhöhten Anforderungen an eine rechtliche Grundlage im Bereich der Steuern (Art. 127 Abs. 1 BV) wie auch die weitgehend geringe Regelungsdichte der Bundesverfassung sind Ausdruck des bereichsabhängigen Legalitätsprinzips.

galitätsprinzip laut dem Bundesgericht zwar nicht den Status eines verfassungsmässigen Rechts des Einzelnen,[2298] trotzdem kann eine Verletzung durch ordentliche Rechtsmittel von Privaten wie Behörden gerügt werden.[2299] Zudem hat die Dogmatik des Verwaltungsrechts verschiedene Teilgehalte des Legalitätsprinzips herausgebildet, welche die Anforderungen an eine «Grundlage» des Rechts als Kontrollmassstab für die Gerichte und als Handlungsmassstab für die Verwaltung konkretisieren. Konkret verlangt das Legalitätsprinzip, dass sich staatliches Handeln jeweils auf einen generell-abstrakten Rechtssatz von ausreichender Bestimmtheit abstützt, der auf einer hinreichenden Normstufe angesiedelt und genügend kundgemacht worden ist (auch Vorbehalt des Gesetzes[2300]).[2301] Weitaus weniger Beachtung findet in der Literatur die andere Seite des Legalitätsprinzips: das Recht als Schranke staatlicher Gewalt (auch Vorrang des Gesetzes[2302]). Zuweilen wird das Axiom der form-, organ- und bereichsunabhängigen Rechtsbindung gar ausdrücklich als zu vernachlässigende «Selbstverständlichkeit»[2303] bezeichnet.

636 Die skizzierte Ausformung des Legalitätsprinzips, die primär im Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und der Verwaltung entwickelt wurde, lässt sich nicht ohne weiteres auf das Verhältnis zwischen Verfassungsgeber und Bundesversammlung übertragen. Dass Art. 5 Abs. 1 BV auch den Gesetzgeber adressiert,

---

2298 BGE 140 I 381, 386, E. 4.4.

2299 BGE 140 I 257, 267, E. 6.3.1.

2300 Zum Vorbehalt des Gesetzes als Bestandteil des Legalitätsprinzips HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 338 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19 Rz. 14; SGK-BV, B. SCHINDLER Art. 5, Rz. 33; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 8; vgl. auch Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 132; BGE 139 I 16, 26, E. 4.2.3; BGE 139 II 243, 252, E. 10; BGE 135 I 169, 173, E. 5.4.1; BGE 132 I 49 58 f., E. 6.2. Als Charakterisierung des Legalitätsprinzips gilt der Vorbehalt des Gesetzes oder des Gesetzgebers heute jedoch gemeinhin als überholt. Die Figur des Vorbehalt des Gesetzes oder des Gesetzgebers steht zum einen in der Kritik, weil es keine originären, der Zustimmung des Parlaments entzogene, Kompetenzen der Exekutive in dem Sinne mehr gibt, wie das noch in der deutschen konstitutionellen Monarchie der Fall war. Vielmehr gilt das Prinzip der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns heute umfassend. Zum anderen werden damit zwei Problemkreise angesprochen: nämlich einerseits das allgemeine Erfordernis eines generell-abstrakten Rechtssatzes als Grundlage für staatliches Handeln; andererseits das Erfordernis der Gesetzesform; m.w.H. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19, Rz. 9; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 83.

2301 Vgl. Rz. 303 ff.

2302 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 12; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 51 ff.

2303 So ausdrücklich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19 Rz. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 325 f.

gilt zwar als unbestritten.[2304] Schliesslich verleiht Verfassungsrecht auch legislativer Gestaltung in rechtsstaatlicher, demokratischer und bundesstaatlicher Hinsicht Mass und Form.[2305] Der feine, aber entscheidende Unterschied von Verfassung und Gesetz im Hinblick auf den Vorbehalt des Rechtssatzes bleibt indes meist verkannt. Wie dargelegt, unterstellt die Bundesverfassung die Bundesversammlung dem Vorrang, aber nicht dem Vorbehalt der Verfassung.[2306] Die Ausübung legislativer Gewalt ist demnach, anders als Verwaltungshandeln, keinem Erfordernis einer rechtlichen Grundlage unterworfen, wenn man bundesstaatliche Aspekte ausklammert.[2307] Soll das Legalitätsprinzip für die Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene zusätzliche Erkenntnisse liefern, so ist es aus der verwaltungsrechtlichen Dogmatik herauszulösen und für die Ausübung legislativer Gewalt neu auszurichten.

2. Legalitätsprinzip als Bindungsmaxime staatlicher Gewaltausübung

Ein neuer Blick auf das Legalitätsprinzip öffnet sich, wenn man dessen anerkannte Funktion in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden setzt. Das Legalitätsprinzip und seine Teilgehalte sind ohne Zweifel ein «unabdingbarer Bestandteil eines Rechtsstaates»[2308], aber eben nicht nur. Rechtsnormen entfalten auch im Dienst der Demokratie machteffektuierende und machthemmende Effekte: Sie wirken als Mittler demokratischer Legitimation und Bedingung für die Ausübung staatlicher Gewalt durch eingesetzte Organe im Namen und Interesse des Volkes machteffektuierend; sie erzeugen machthemmende Effekte durch eine gegenüber dem Volk verantwortete, demokratische Selbstkontrolle staatlicher Gewalt. Und nicht zuletzt steht das Legalitätsprinzip als Mittler von Legitimation und Massstab der Verantwortung auch im Dienst des Bundesstaates. Es sorgt für das bundesstaatlich notwendige Mass an Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, indem «Bundesrecht […] entgegenstehendem kantonalen Recht» vorgeht (Art. 49 Abs. 1 BV) und die Kantone im Vollzugsföderalismus Bundesrecht «nach Massgabe von Verfassung und Gesetz» umzu- 637

[2304] SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 17, 28; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 6; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 33.

[2305] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 132, «so bindet nicht nur der Verfassungsgeber den Gesetzgeber, vielmehr wird auch eine Selbstbindung des Gesetzgebers statuiert und damit eine allseitige Verbindlichkeit der Gesetze, bis diese im dafür vorgesehenen Verfahren abgeändert werden».

[2306] Vgl. auch Rz. 500; in Bezug auf den Gesetzgeber auch SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 37.

[2307] Vgl. Rz. 500 ff.

[2308] BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 35.

setzen haben (Art. 46 Abs. 1 BV).[2309] Kurzum: Das Legalitätsprinzip steht im Dienst aller verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden. Es verwirklicht parallel demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Anliegen, indem es Handlungsmuster, die in dem Demokratie-[2310], dem Rechtsstaats-, und dem Bundesstaatsprinzip[2311] enthalten sind, aufnimmt und sie zu einer normativen Anordnung verdichtet, die direkter auf die Ausübung staatlicher Gewalt einwirkt als die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide selbst.

638 Vor dem Hintergrund dieser «Brückenfunktion» des Legalitätsprinzips und seinem Bezug zum Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung offenbart sich ein tieferliegendes Grundanliegen, das der dialektischen Idee des Legalitätsprinzips seit jeher enthalten ist: das Effektuieren und Hemmen kollektiver Selbstbestimmung durch Rechtsnormen. Recht dient kollektiver Selbstbestimmung als Grundlage, verleiht ihr als Schranke Mass und Form und verpflichtet aus demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Gründen zu Respekt gegenüber Entscheiden, die in kollektiver Selbstbestimmung ergangen sind. Diese tieferliegende Bedeutungsschicht des Legalitätsprinzips erinnert daran, dass staatliches Handeln sich immer nur, aber eben auch nie allein durch kollektive Selbstbestimmung rechtfertigt.

639 Den notwendigen Bedarf an Respekt gegenüber in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Staatsakten sichert die Bundesverfassung doppelt ab: in institutioneller Hinsicht durch eine hierarchische Zuordnung von Organen und Verbänden sowie deren Handlungsformen; in materieller Hinsicht durch den Vorrang von Vorentscheiden entlang des hierarchischen Arrangements staatlicher Entscheidungsträger. Die dargelegte Lesart des Legalitätsprinzips ist im Grundsatz nicht neu. Sie bettet die Forderung, staatliches Handeln auf Grundlagen und innerhalb der Schranken des Rechts vorzunehmen, bloss in den entwickelten Referenzrahmen ein und setzt sie in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden. Mit Blick auf das freigelegte Grundanliegen von Art. 5 Abs. 1 BV – die Effektuierung und Hemmung kollektiver Selbstbestimmung – lassen sich zwei tradierte Teilgehalte des Legalitätsprinzips aus der Dogmatik des Verwaltungsrechts herauslösen und als konkrete Bindungsmaximen für die Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene neu ausrichten: der Vorrang der Ver-

---

2309 SGK-BV, EGLI, Art. 46, Rz. 14 ff., insb. 17; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 46, N 7; m.w.H. B. SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit, 171 ff.

2310 BGE 141 II 169,171, E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 333; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19 Rz. 12; SGK-BV, B. SCHINDLER, Art. 5, Rz. 36.

2311 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 46, N 7; SGK-BV, TSCHANNEN, Art. 164, Rz. 27; SGK-BV, EGLI, Art. 46, Rz. 17; BSK BV-WALDMANN/BORTER, Art. 46, N 20; FEUZ, Gesetzesbegriffe, 179; G. MÜLLER, Delegation, 32; siehe auch BGE 138 IV 40, 43, E. 2.2.4.

fassung respektive des Rechts (Abschnitt a) und das Erfordernis einer genügenden Normstufe respektive der Verfassungsform (Abschnitt b).[2312]

a) Verfassungsgebundenheit als Bindungsmaxime

F. FLEINER zählt den «Vorrang und die Unverbrüchlichkeit des Verfassungsgesetzes» zu den «grundlegenden politischen Vorstellungen der Schweiz».[2313] Allerdings wird der Begriff des «Verfassungsvorrangs»[2314] unterschiedlich verwendet:[2315] Zum Teil bezeichnet die Verfassungsdogmatik damit die Stellung der Bundesverfassung als höchstes Gesetz im Staat; zum Teil wird mit dem Vorrang der Verfassung die derogatorische Kraft von Verfassungsnormen gegenüber infrakonstitutionellem Recht zur Auflösung von Konflikten zwischen Verfassungsrecht und infrakonstitutionellem Recht angesprochen;[2316] und zum Teil umschreibt der Vorrang der Verfassung eine Pflicht zu Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers auf der Handlungs- und der Kontrollebene. Mit Blick auf das Grundanliegen des Legalitätsprinzips – die Sicherung kollektiver Selbstbestimmungsformen – interessiert vor allem die letzte Bedeutungsschicht des Verfassungsvorrangs: Im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt auf der Handlungsebene soll es verboten bleiben, vorrangiges Verfassungsrecht zu verletzen (Verfassungswidrigkeitsverbot) oder gar abzuändern (Parallelität der Formen).[2317] Um begrifflichen Unschärfen auszuweichen, wollen wir diesbezüglich von der «Verfassungsgebundenheit» sprechen. Doch welche konkreten Ansprüche stellt die Forderung nach Verfassungsgebundenheit aus welchen Gründen an die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene? 640

Die Verfassungsgebundenheit operationalisiert als Bindungsmaxime den Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers. Im Rechtsstaat sorgt sie für 641

2312 So in Bezug auf die Ausübung judikativer Gewalt BIAGGINI, Richterrecht, 289 ff.

2313 F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 21.

2314 Siehe für die unterschiedliche Verwendung des Begriffs in der Lehre TSCHANNEN, Staatsrecht, § 8, Rz. 1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1; AUBERT, Constitution, 40; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 9, 108; MÖLLERS, Verfassunggebende Gewalt, 234.

2315 GRABENWARTER, Die Verfassung in der Hierarchie der Rechtsordnung, in: Verfassungstheorie, § 11, Rz. 22; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 14.

2316 TSCHANNEN, Staatsrecht, § 8, Rz. 1 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 12; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 55 ff.; JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 12 ff.

2317 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 12; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 51; Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 132; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 19, Rz. 3, sprechen von der «materiellen Rechtmässigkeit»; m.w.H. zum Verbot der Durchbrechung von Verfassungsrecht auf der Handlungsebene F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 399; siehe auch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 8 ff.; LERCHE, Stil und Methode, 347.

Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und Stabilität staatlichen Handelns;[2318] im Bundesstaat sichert sie das notwendige Mass an Einheit in der Vielfalt des kantonalen Staatshandelns und trägt zur Verwirklichung des Vollzugsföderalismus bei;[2319] und in der Demokratie verbietet die Verfassungsgebundenheit, Vorentscheide des Verfassungsgebers als «Produkt» direktdemokratischer Selbstbestimmung im Kollektiv auf der Handlungsebene zu überspielen oder zu durchbrechen.[2320] Als Ausdruck und Abbild von Stabilitätsanforderungen, die sich aus den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden ergeben, verlangt die Verfassungsgebundenheit deshalb in materieller Hinsicht Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers, in institutioneller Hinsicht eine Parallelität der Formen. Verfassungsrecht soll also nur auf jener Steuerungsebene geändert werden können, auf der es auch erlassen worden ist, niemals auf der Handlungsebene im Rahmen seiner Anwendung.[2321]

642 Auf der Handlungsebene lassen sich diese Forderungen nach Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers zu einer konkreten Bindungsmaxime für die Ausübung legislativer Gewalt verdichten: Die Verfassungsgebundenheit verpflichtet zu Respekt gegenüber in kollektiver Selbstbestimmung getroffenen Entscheiden des Verfassungsgebers, wenn auf der Handlungsebene legislative Gewalt ausgeübt wird. Legislative Gestaltung, die Vorentscheide des Verfassungsgebers missachtet, läuft jeweils Formen kollektiver Selbstbestimmung zuwider und übergeht damit einen der beiden staatlichen Legitimationsmodi. Ein solches Verständnis der Verfassungsgebundenheit verpflichtet im Rahmen der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen zu einem Verhalten im Sinne der Vorbehalte von Volk und Ständen. Sodann weist die Bindungsmaxime der Verfassungsgebundenheit den tradierten Auslegungselementen des Wortlauts, der Systematik und der Entstehungsgeschichte einen verfassungsdogmatischen Ort zu.[2322] Ihr gemäss haben die legislativen Behörden zudem möglichst genau zu ermitteln, was der Verfassungsgeber vorentschieden hat, wo er Koordinationsspielraum belassen hat und welche Wirkung mögliche Handlungsoptionen auf die Gestaltungskompetenzen des Verfassungsgebers haben. Die dabei gewonnenen Ergebnisse bilden im Reflexionsvorgang der verantworteten Deliberation keinen Einwand, sondern verbindliche Vorgaben.

2318 SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 81.

2319 SGK-BV, EGLI, Art. 46, Rz. 14 ff., insb. 17; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 46, N 7; differenziert zum Verhältnis von Einheit und Vielfalt in bundesstaatlicher Hinsicht auf der Handlungsebene auch B. SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit, 184 ff.

2320 So auch BIAGGINI, Richterrecht, 291 ff.; zum Verbot der Durchbrechung von Verfassungsrecht auf der Handlungsebene auch F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 399; m.w.H. JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 8 ff.; LERCHE, Stil und Methode, 347.

2321 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 5, N 12; BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 51.

2322 BIAGGINI, Richterrecht, 485.

b) Erfordernis der Verfassungsform als Bindungsmaxime

643 Das Erfordernis der genügenden Normstufe oder Rechtsform ist ebenfalls ein anerkannter Teilgehalt des Legalitätsprinzips. Er besitzt auf der Handlungsebene im Rahmen der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen eine andere Funktion wie im Kontext der Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch die Verwaltung und den Bundesrat. Es ist zwar ohne Zweifel Sache des Gesetzgebers, generell-abstrakte Rechtssätze zu erlassen, die hinreichend bestimmt und auf einer ihrer Bedeutung entsprechenden Normstufe angesiedelt sind. Doch als oberste gesetzgebende Behörde entscheidet die Bundesversammlung – verfassungsrechtliche Gestaltungsaufträge vorbehalten – selbst, ob, wann und wie sie legislative Gewalt auf der Handlungsebene ausübt. Anders formuliert: Die Bundesversammlung ist, wie wir dargetan haben,[2323] an die Verfassung gebunden, doch sie untersteht keinem Vorbehalt der Verfassung – selbst wenn diese These den Wortlaut von Art. 148 Abs. 1 BV gegen sich hat.

644 Eine neue Bedeutungsschicht des Erfordernisses der genügenden Normstufe offenbart sich hingegen, wenn man dieses Kriterium mit dem dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung in Bezug setzt. Die Forderung, Rechtsform und Bedeutung von Staatsakten so miteinander zu verknüpfen, dass ein gewisser Legitimationsgrad staatlichen Handelns gewährleistet bleibt, lässt sich zu einer konkreten Bindungsmaxime verdichten für die Feinjustierung zwischen konkurrierenden Gestaltungskompetenzen von Verfassungsgeber und verfassungshandhabenden Organen.[2324] Schliesslich verlangt die Bundesverfassung neben Respekt gegenüber den Vorentscheiden des Verfassungsgebers auch Rücksicht auf dessen politische Gestaltungsprimate, wenn er nichts vorentschieden hat.[2325]

645 Als Bindungsmaxime verpflichtet das Erfordernis der Verfassungsform, BIAGGINI spricht von der «Sache des Verfassungsgebers»[2326], auf der Handlungsebene zur Reflexion über die Wichtigkeit[2327] von Staatsakten: Was ist derart grundlegend, wesentlich, wichtig, dass es kollektiver Selbstbestimmung durch die Bundesversammlung auf der Handlungsebene – Ausnahmen vorbehalten – aus demokratischen und bundesstaatlichen Überlegungen entzogen bleiben muss,

---

2323 Rz. 500.

2324 M.w.H. Rz. 551 ff.

2325 BIAGGINI, Verfassungsfortbildung, 135 ff.; vgl. auch JESTAEDT, Grundrechtsentfaltung, 156; HESSE, Grundzüge, § 2, Rz. 73; BRYDE, Verfassungsentwicklung, 303; gleich für den Schutz von Gestaltungskompetenzen des Gesetzgebers vor Übergriffen von unten GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 406 f.; 354 ff., BIAGGINI, Richterrecht, 330 ff.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 185 ff.

2326 BIAGGINI, Verfassungsfortbildung, 135 ff.

2327 Ausführlich zum Schlüsselbegriff der Wichtigkeit und seiner Funktion Rz. 549 ff.

obschon keine Regelungsabsicht auf der Steuerungsebene ersichtlich ist?[2328] Die Bindungsmaxime der Verfassungsform ordnet im Rahmen der verantworteten Deliberation eine Klärung an, welche Wirkung mögliche Handlungsoptionen auf die Gestaltungskompetenzen des Verfassungsgebers haben. Anhand des Wortlauts, der Normbiografie und des Zwecks der angenommenen Volksinitiative ist möglichst verlässlich zu bestimmen, wie der Verfassungsgeber den normativen Kontext einer angenommenen Volksinitiative hätte regeln wollen, obschon er dies nicht getan hat. Und ob nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden kann und soll, dass der Verfassungsgeber eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsnormen gegenüber Lösungen vorzieht, die den neuen Gestaltungsauftrag unbeachtet anderer Verfassungsvorgaben und unter Inkaufnahme einer Verletzung völkerrechtlicher Bestimmungen erfüllen.

646 Zum einen weist das Erfordernis der Verfassungsform als Bindungsmaxime dadurch dem Ruf nach Reflexion über die eigene Stellung gegenüber anderen Gewaltenträgern einen verfassungsdogmatischen Ort zu. Es schützt Gestaltungskompetenzen des Verfassungsgebers gegenüber Eingriffen von unten und operationalisiert den Ruf nach verfassungsrechtlicher Selbstzucht jener Organe, die Verfassungsnormen anwenden.[2329] Zum andern operationalisiert das Erfordernis der Verfassungsform das Verbot, Koordinationsoffenheit auf der Handlungsebene automatisch als Ermächtigung zur möglichst harmonisierenden Integration neuer Verfassungsnormen zu deuten. Dieser institutionelle Respekt gegenüber Gestaltungsbefugnissen des Verfassungsgebers ist aus demokratischen und, mehr noch, aus föderalistischen Gründen umso wichtiger, je geringer die Regelungsdichte von Verfassungsnormen ist.

3. Bindungsmaximen als Wegweiser zur Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen unter Vorbehalt von Volk und Ständen

647 Was sind Bindungsmaximen und zu welchem Zweck regeln sie die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen? Anhand der herausgearbeiteten Erkenntnisse lassen sich diese Fragen nun beantworten. Bindungsmaximen sorgen für eine Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen, die in Bezug auf den Inhalt im Einklang mit den Vorentscheiden des Verfassungsgebers steht. Art. 5 Abs. 1 BV kommt dabei vor allem eine Brückenfunktion zu. Gewissermassen nimmt das Legalitätsprinzip die Forderung nach Respekt gegenüber kollektiver Selbstbestimmung aus den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden auf und überführt sie in ein konkreteres Verfas-

[2328] Die Frage wird mit BIAGGINI, Richterrecht, 321, aufgeworfen; vgl. auch BSK BV-BELSER, Einleitung, N 57.

[2329] Siehe auch Rz. 262.

sungsprinzip. Nähere Anhaltspunkte für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene ergeben sich aus einer legislativorientierten Neuausrichtung zweier Teilgehalte des Legalitätsprinzips: der Verfassungsgebundenheit sowie des Erfordernisses der Verfassungsform.

Die beiden Bindungsmaximen vermitteln im Vergleich zu den methodischen Argumenten, allen voran den Derogationssätzen, aber auch dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte oder dem Willen des Verfassungsgebers zusätzliche Einsichten, wie Verfassungsnormen zu koordinieren sind: Erstens weisen sie den Forderungen nach staatlichem Handeln im Sinne der Vorentscheide des Verfassungsgebers einen dogmatischen Ort in der Verfassung zu. Zweitens stellen Bindungsmaximen das Ausmass der Derogation als Koordinationsmittel in den Vordergrund und tragen damit der graduellen Struktur normativer Kontexte von Verfassungsnormen Rechnung, anstatt in der Dichotomie zwischen Hierarchisierung und Harmonisierung zu verhaften. Und drittens liefern Bindungsmaximen eine orientierungsstiftende Antwort auf die Frage, wann und in welchem Umfang die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch nicht nach Konkordanz und Ausgleich strebt: nämlich soweit nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden muss, dass der Verfassungsgeber das nicht wollte! 648

a) Bindungsmaximen und angenommene Volksinitiativen

Bindungsmaximen tragen der Tatsache Rechnung, dass eine Bewältigung von politischen Konflikten hinter angenommenen Volksinitiativen durch Verfassungsrecht nur gelingen kann, wenn die solche Normen als Ausdruck direktdemokratischer Selbstbestimmung im Kollektiv respektiert werden. Andernfalls wird der politische Konflikt nicht befriedet, sondern verschärft. Aus diesem Grund verpflichten Bindungsmaximen, zu ermitteln, was der Verfassungsgeber mit der angenommenen Volksinitiative vorentschieden hat. Der Einwand, das Volk sei sich der Konsequenzen der Annahmen einer Volksinitiative nicht bewusst gewesen, mag zutreffen. Als Argument gegen eine umfassende Verwirklichung der neuen Verfassungsnorm überzeugt es hingegen nicht. Denn neben dem Bundesrat und der Bundesversammlung in ihrer Beratungsfunktion hat sich in der Verfassungspraxis auch die öffentliche Debatte als durchaus geeignet erwiesen, drohende Widersprüche mit der bestehenden Verfassung zu erkennen und die Stimmbürger darüber zu informieren. Zumindest im Grundsatz erfolgt das, was der Verfassungsgeber mit der Annahme einer Volksinitiative vorentschieden hat, bewusster als gemeinhin angenommen: So verpflichtet Art. 75b Abs. 1 BV die gesetzgebenden Behörden – aber auch die übrigen Staatsorgane – unmissverständlich dazu, den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent zu beschränken. Und Art. 121a BV fordert eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung von Ausländerinnen und 649

Ausländern mittels Höchstzahlen und Kontingenten. Die Verfassungsgebundenheit verpflichtet als Bindungsmaxime dazu, diese Vorgaben im Rahmen der Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene zu befolgen.

650 Unklarheit herrscht im Kontext einer angenommenen Volksinitiative indes über die tauglichste Alternative zur Bewältigung des politischen Konflikts, der durch sie in die Verfassung getragen worden ist. Schliesslich entscheidet der Verfassungsgeber im Kontext angenommener Volksinitiativen nicht über politische Konflikte, sondern beschliesst, solche durch Verfassungsrecht zu bewältigen. Aus Gründen der Machteffektuierung und der Machthemmung überlässt es die Bundesverfassung nicht dem Verfassungsgeber, eine breit hinnehmbare Befriedung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative zu suchen. Das Erfordernis der Verfassungsform verlangt jedoch einer Klärung, was zur Bewältigung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative im Rahmen der Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene nicht zur Disposition steht, selbst wenn keine entsprechenden Regelungsabsichten auf der Steuerungsebene ersichtlich sind. Dadurch trägt es den Regelungsabsichten einer angenommenen Volksinitiative besser Rechnung als die Suche eines «eindeutigen Vorrangs»[2330] oder einer harmonischen Integration der Bestimmung aufgrund ihres Erlasses im Teilrevisionsverfahren.[2331]

651 Zusammengefasst verpflichten verfassungsrechtliche Bindungsmaximen dazu, Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene auszuhalten, wo solche in Kauf genommen werden, um nach Lösungen für politische Konflikte zu suchen. Im Grundsatz kann nur so eine möglichst stabile Befriedung des politischen Konflikts gelingen, der hinter einer angenommenen Volksinitiative steht. Zu klären ist nicht die Tatsache der derogatorischen Kraft angenommener Volksinitiativen gegenüber vorbestehenden Verfassungsnormen, sie ist aufgrund der kundgetanen Absicht zur Verfassungsänderung unbestritten. In Frage steht das Ausmass, in welchem vorbestehende Verfassungsnormen zu relativieren sind. Die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ist dafür um die angenommene Volksinitiative herum zu organisieren, nicht um andere Verfassungsgrundsätze wie etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip.

b) Bindungsmaximen als das letzte Wort?

652 Als Ausdruck von Widerspruch gegenüber bestimmten Formen staatlicher Gestaltung bleibt die angenommene Volksinitiative eine Verfassungsnorm, die einer parallelen Mitberücksichtigung anderer Verfassungsnormen weitgehend

[2330] BGE 139 I 16, 25, E. 4.2.2.

[2331] So etwa REICH, Konflikt, 1006; IMARK, Aufhebung, 108.

abgeneigt ist und sich um gegenläufige Bestimmungen in völkerrechtlichen Ordnungsgefügen wenig kümmert. Mit der näheren Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen betraute Organe können sich somit nicht einfach unter Verweis auf gegenläufige völkerrechtliche Vorgaben, das Verhältnismässigkeitsprinzip oder Grundrechte aus der Verantwortung stehlen, unbequemen Vorgaben des Verfassungsgebers nachzukommen. Denn: Verfassungs- oder völkerrechtliche Vorgaben sind nun mal keine Schranken der Verfassungsrevision und rechtfertigen eine schematische Konformisierung angenommener Volksinitiativen gegenüber anderen Verfassungsnormen nicht. Die Volksinitiative bleibt nur dann ein wirksames «instrument of government», wenn sie streng und unentrinnbar durch die Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers eingefasst ist.[2332] Umgekehrt würde dem Schutz von Vorentscheiden des Verfassungsgebers auf der Handlungs- und der Kontrollebene aber auch eine überhöhte Bedeutung zugemessen, wenn man von vornherein ausschlösse, dass andere Verfassungsgebote sich in Ausnahmefällen gegen das Legalitätsprinzip durchsetzen könnte.

653 Sind kollektive und individuelle Selbstbestimmung nur zusammen in der Lage, staatliches Handeln zu rechtfertigen, so verpflichtet das Legalitätsprinzip zwar zu Respekt gegenüber kollektiver Selbstbestimmung. Allerdings tut das Legalitätsprinzip dies nicht einlinig im Dienst der kollektiven Selbstbestimmung, sondern stets unter Rücksicht auf Formen individueller Selbstbestimmung. Das heisst: Das Legalitätsprinzip, die Verfassungsgebundenheit und das Erfordernis der Verfassungsform sind als Bindungsmaximen «nicht das letzte Wort»[2333] im Rahmen der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen, da sie selbst gewisse Räume zur Abkehr von Vorentscheiden des Verfassungsgebers belassen. Dabei handelt es sich weniger um staatliches Handeln *contra legem sed intra ius* als vielmehr um eine Sicherung des notwendigen Mindestmasses an individueller Selbstbestimmung zwecks Erhalts des dialektischen Zusammenspiels von kollektiver und individueller Selbstbestimmung: sei es durch eine nachholende Interessenberücksichtigung, um die Hinnehmbarkeit von Staatsakten seitens der Betroffenen zu sichern; oder sei es zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen.[2334] Wann dies allenfalls der Fall sein könnte, ist im Rahmen eines staatsleitenden Moderationsprozesses mithilfe von Moderationspflichten zu prüfen, die Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen sind.

2332 Vgl. TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 471, der eine Demokratie der Staatsleitung, nicht der Rechtsetzung fordert.

2333 BIAGGINI, Richterrecht, 311.

2334 Grundlegend dazu sogleich in Rz. 654 ff; zur nachholenden Interessenberücksichtigung und zum Legalitätsprinzip auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 333 f.; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 784.

III. Moderationspflichten: Das Gleichheitsgebot als Ausprägung von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat

654 Was sind Moderationspflichten und auf welche Weise regeln sie die Ausübung legislativer Gewalt bei angenommenen Volksinitiativen? Das Sprachbild der «Moderationspflicht» bezieht sich auf das dritte Wesensmerkmal der Ausübung legislativer Gewalt: die Absicherung des notwendigen Mindestmasses an Machthemmung oder -effektuierung im Rahmen eines staatsleitenden Moderationsprozesses in Ausübung der obersten Gewalt im Bund namens und im Interesse von Volk und Ständen.[2335] Moderationspflichten operationalisieren die Selbstreflexion eines Organs auf der Handlungsebene darüber, ob das Mindestmass an Machthemmung oder Machteffektuierung nur gewährleistet bleibt, wenn sich die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche ratio (individuelle Selbstbestimmung) gegenüber der voluntas durchsetzt und die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt. Anders formuliert: Moderationspflichten wollen das notwendige Mindestmass an Respekt gegenüber Formen individueller Selbstbestimmung sicherstellen, weil sich staatliches Handeln immer nur – aber auch nie allein – durch individuelle Selbstbestimmung rechtfertigt. Gewissermassen vermitteln sie in verfassungsrechtlich geregelten Bereichen das unverzichtbare Minimum an Verfassungsdynamik, ohne das eine Verfassungsordnung nicht auskommt.

655 Moderationspflichten sollen der Relativierung geltender Rechtsnormen auf der Handlungsebene keinesfalls Tür und Tor öffnen, sondern offenlegen, wie voraussetzungsreich ein solches Vorgehen ist. Denn: Das Abweichen von geltendem Verfassungsrecht ist auf der Handlungsebene verboten – und muss dies auch sein! Denn nur so vermögen Verfassungsnormen ihrer demokratischen, rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Funktion nachzukommen.[2336] Umgekehrt: Spannungen zwischen Verfassungsgebundenheit, Gerechtigkeit und staatlicher Handlungsfähigkeit sind einem Verfassungsstaat inhärent; offene Konflikte zwischen diesen Polen können nicht ausgeschlossen werden. Die vorliegende Konzeption wendet sich solchen Situationen zu, anstatt sich vor ihnen zu verschliessen oder sie durch dogmatische Konstrukte zu verschleiern und damit in genau jenen Konstellationen zu versagen, in denen eine Verfassung am meisten gebraucht würde. Das setzt erstens Kriterien zur Beurteilung voraus, wann und unter welchen Bedingungen jene absoluten Ausnamefälle vorliegen, in denen es verfassungsmässig ist, geltende Verfassungsnormen auf der Handlungsebene zu

[2335] M.w.H. dazu Rz. 584 ff., siehe auch Rz. 535 ff.
[2336] M.w.H. Rz. 637 ff.

relativieren oder zu suspendieren. Zweitens ist eine solche Konzeption auf ein Bewusstsein für die damit einhergehende Missbrauchsgefahr angewiesen. Und drittens schlägt staatsleitende Moderation nur dann nicht selbst in verfassungswidriges Staatshandeln um, wenn eine Kultur grösstmöglicher Zurückhaltung gegenüber dieser Gestaltungsform vorherrscht.

656 Moderationspflichten sorgen auf der Handlungsebene einerseits als *Auslöser* eines staatsleitenden Moderationsverfahrens für zusätzliche Orientierung. In dieser Funktion verpflichten sie gleichsam als prozedurale Minimumprinzipien zur Reflexion darüber, ob, wann und weshalb eine Relativierung oder Suspension geltender Verfassungs- oder anderer Rechtsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise verfassungsmässig sein könnte, weil bestimmten Formen individueller Selbstbestimmung einzig dadurch das notwendige Mindestmass an Respekt entgegnet wird. Andererseits sorgen Moderationspflichten auf der Handlungsebene als *Moderator* innerhalb des staatsleitenden Moderationsprozesses für zusätzliche Rationalität. In dieser Funktion verkoppeln sie rechtsverbindliche Verfassungsvorgaben als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung und die Garantie des notwendigen Mindestmasses an individueller Selbstbestimmung so miteinander, dass individuelle Selbstbestimmungsformen das notwendige Mindestmass an Respekt erfahren, aber die kollektive Selbstbestimmung dabei gegenwärtig bleibt und ihren eigenen und komplementären Anteil zur Rechtfertigung einer staatsleitenden Moderation beiträgt. Als handlungssteuernde Vorgaben können Moderationspflichten nicht vor Gericht durchgesetzt werden. Sie erinnern an bestimmte Voraussetzungen staatlicher Gewaltausübung, deren Missachtung in der Vergangenheit zu illegitimen Staatsakten geführt hat und führen wird, weil sie Formen individueller Selbstbestimmung vollkommen unberücksichtigt lassen. Moderationspflichten werden also befolgt, weil es der Sinn für das Mass, die Freiheit und den gesellschaftlichen Frieden gebietet.

657 Die nachfolgenden Ausführungen suchen nach Moderationspflichten, die der Bundesversammlung im Rahmen der staatsleitenden Moderation bei angenommenen Volksinitiativen den Weg weisen. Hierfür ist darzutun, dass und weshalb dem in Art. 8 Abs. 1 BV zum Ausdruck gebrachten Gleichheitsgebot im Kontext der staatsleitenden Moderation eine Schlüsselfunktion zukommt (Abschnitt 1). Im Anschluss ist das Gleichheitsgebot aus seiner klassischen Dogmatik herauszulösen (Abschnitt 2) und für die staatsleitende Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene neu auszurichten (Abschnitt 3).

1. Gleichheitsgebot als Idee staatlicher Gerechtigkeit

658 Die dialektische Idee der «égalité»[2337] ist der Bundesverfassung seit Beginn enthalten. Sie gewährt gleiche Teilhaberechte «an» der Staatsgewalt und gleiche Freiheiten «vor» der Staatsgewalt.[2338] Art. 4 aBV brachte diese Janusköpfigkeit des Gleichheitsgebots noch explizit im Verfassungstext zum Ausdruck.[2339] Lange unterstrich die ausdrückliche «Abschaffung politischer Vorrechte»[2340] das *Recht auf gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt*, das beim Inkrafttreten von Art. 4 aBV gar im Vordergrund stand.[2341] Die Abschaffung politischer Vorrechte rückte im Verlauf der Zeit jedoch aus dem Fokus, wurde für selbstverständlich erachtet, ist der heutigen Bundesverfassung nicht mehr enthalten und gerät mehr und mehr in Vergessenheit.[2342] Dem heutigen Art. 8 BV ist die Idee der gleichen Teilhabe an der Staatsgewalt zwar unbestritten noch inhärent, schliesslich hat die heutige Bestimmung den Gehalt von Art. 4 aBV umfassend übernommen.[2343] Für die gleiche Teilhabe an der Staatsgewalt weitaus relevanter sind heute indes «die gleichen politischen Rechte und Pflichten» aller Stimmbürger (Art. 136 BV) und ihre grundrechtliche Absicherung (Art. 34 BV; Art. 25 UNO-Pakt II).[2344] Die andere Seite des Gleichheitsgebots – die gleiche Freiheit vor dem Staat – bringt die Bundesverfassung damals wie heute deutlich durch den Passus «alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich» zum Ausdruck (Art. 8 Abs. 1 BV). Als *Rechtsgleichheit vor dem Staat* unterwirft sie staatliches Handeln einem umfassenden Verbot der Differenzierung ohne sachliche Gründe sowie einer Differenzierungs-

---

2337 Art. 1 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen von 1789: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits».

2338 Zur Differenzierung zwischen Gleichbehandlung und gleichberechtigter Teilhabe ZIPPELIUS, Gleichheitssatz, 8 ff.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 3.

2339 «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen» (Art. 4 aBV).

2340 M.w.H. OESCH, Typisierung, 14 ff.

2341 So BGE 124 I 55, 62, E. 5a; F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 18: «Die Demokratie besitzt in der Schweiz ihre festeste Stütze in der alle Schichten der Gesellschaft gleichmässig durchdringenden Vorstellung von der Gleichheit aller Bürger»; CARONI, Demokratie, 22 ff.

2342 AUBERT, Bundesstaatsrecht II, Rz. 1778; vgl. auch OESCH, Typisierung, 18; vgl. zur historischen Entwicklung von Art. 8 BV auch BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 1 ff.

2343 SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 18; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 8, N 1.

2344 Vgl. auch SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 25; m.w.H. zum Unterschied zwischen Volk und Stimmbürgerinnen CARONI, Demokratie, 9 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 264 ff.; zu den Voraussetzungen des Stimmrechts statt vieler HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 2, Rz. 53 ff.

pflicht, wenn dafür ernste sachliche Gründe existieren.[2345] Anders formuliert: Das Gebot der Rechtsgleichheit ist verletzt, «wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird».[2346]

Die vorherrschende Dogmatik zum Gebot der Rechtsgleichheit verläuft parallel zu jener des Willkürverbots.[2347] Das erstaunt nicht, zumal beide Grundsätze einst zum Schutzbereich von Art. 4 aBV zählten und letztlich – wie sich sogleich zeigen wird – auf einem gemeinsamen Grundanliegen beruhen.[2348] Im Grundsatz ist der Schutzbereich des Willkürverbots (Art. 9 BV) und des Gebots rechtsgleicher Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) klar: Das Willkürverbot verbietet staatliches Handeln ohne ernsthafte sachliche Gründe in einem individuellen Sachverhalt. Die Rechtsgleichheit untersagt, zwischen mehreren Sachverhalten ohne ernsthafte sachliche Gründe zu differenzieren.[2349] Das Willkürverbot steht dem Gebot der rechtsgleichen Behandlung zudem subsidiär gegenüber. Das heisst: Ungleichbehandlung von Gleichem oder Gleichbehandlung von Verschiedenem ist nicht zwingend willkürlich, wenn sachlich unbegründet;[2350] und eine gleich willkürliche Behandlung aller Betroffener verstösst nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, sehr wohl aber gegen das Willkürverbot.[2351] 659

Die Verfassungsdogmatik verortet die Gemeinsamkeiten der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots denn auch weniger in ihren jeweiligen Schutzbereichen als vielmehr in ihrer Wirkweise als Kontrollmassstab staatlichen Handelns für 660

[2345] KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 9; Grundlegend, ALTWICKER, Gleichheit, 49 ff. und passim.

[2346] Statt vieler BGE 140 I 77, 80, E. 5.1.

[2347] BGE 129 I 346, 357, E. 6, weist darauf hin, dass die beiden Grundrechte «étroitement liées» sind; ebenso AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel II, Rz. 1139; OESCH, Typisierung, 65.

[2348] Vgl. zur Situation in Liechtenstein, wo das Willkürverbot ebenfalls durch die Feder des Höchstgerichts entstand und noch heute aus dem Gleichheitsgebot Art. 31 Abs. 1 Satz 1 LV abgeleitet wird, VOGT, Willkürverbot, in: Grundrechtspraxis LI, Rz. 2; StGH 1998/45, Erw. 4.1.

[2349] KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 67 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 814; G. MÜLLER, Gleichheitssatz, 43.

[2350] G. MÜLLER, Gleichheitssatz, 43; VOGT, Willkürverbot, in: Grundrechtspraxis LI, Rz. 45 ff.

[2351] HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 609.

die Justiz: Beide richten sich an alle staatlichen Organe[2352], auf allen Stufen[2353] in sämtlichen Bereichen[2354].[2355] Beiden Geboten bleibt nach der vorherrschenden Auffassung eine Einschränkung nach Art. 36 BV verwehrt.[2356] Hier wie dort wird zwischen unterschiedlichen Ausformungen der Grundsätze als Kontrollmassstab im Rahmen der Rechtsanwendung[2357] und der Rechtsetzung[2358] differenziert. Nicht zuletzt – und das ist vorliegend von besonderem Interesse – kann, so wird behauptet, sowohl das Gebot der Rechtsgleichheit[2359] wie auch das Willkürverbot[2360] das Legalitätsprinzip im Einzelfall ausnahmsweise suspendieren. Überwiegen besonders gewichtige öffentliche oder private Interessen an einer rechtswidrigen Gleich- oder Ungleichbehandlung, vermag die Egalität ein Abweichen von der Legalität zu rechtfertigen;[2361] zur Verhinderung willkürlicher Staatsakte

---

2352 Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1883 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 19 ff.; ebenso bereits früh das Bundesgericht BGE 6 172.

2353 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1841; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 25 ff.

2354 BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 21 ff.

2355 In Bezug auf das Willkürverbot: UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 259 ff.; THÜRER, Willkürverbot, 440.

2356 In Bezug auf die Rechtsgleichheit differenzierend OESCH, Typisierung, 76 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 13 ff.; in Bezug auf das Willkürverbot UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 305 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 33, Rz. 31; THÜRER, Willkürverbot, 452 f.; kritisch hingegen: OESCH, Typisierung, 313 ff.

2357 M.w.H. zum Willkürverbot in der Rechtsanwendung BGE 141 I 211, 214 f., E. 3.2; BGE 141 I 49, 53, E. 3.4; m.w.H. zu unterschiedlichen Verletzungsformen des Willkürverbots im Rahmen der Rechtsanwendung UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 31 f.; für Beispiele siehe BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9, N 13; THÜRER, Willkürverbot, 450 f.; SGK-BV, ROHNER, Art. 9, Rz. 22; vgl. auch VOGT, Willkürverbot, in: Grundrechtspraxis LI, Rz. 30; m.w.H. zur Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung BGE 136 I 345, 347, E. 5; vgl. zuletzt auch BGE 140 I 201, 210, E. 6.5.1; m.w.H. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1855; für ein allgemeines Prüfungsschema siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 13 ff.

2358 M.w.H. zum Willkürverbot in der Rechtsetzung BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9, N 12; SGK-BV, ROHNER, Art. 9, Rz. 21; vgl. auch VOGT, Willkürverbot, in: Grundrechtspraxis LI, Rz. 26; m.w.H. zur Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 184; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35, Rz. 29 ff.

2359 TSCHANNEN, Gleichheit, 81 f.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 386 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 439.

2360 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 378 ff.; BIAGGINI, Richterrecht, 439; THÜRER, Willkürverbot. 521; HÄFELIN, Lückenfüllung, 104 ff.

2361 Zur Gleichbehandlung im Unrecht BGE 135 IV 191, 194, E. 3.3; BGE 123 II 248, 253 f., E. 3c.; m.w.H. OFK-BV, BIAGGINI, Art. 8, N 14; SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 45; für Praxisbeispiele siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 35,

kann die Legitimität sich nach dem vorherrschenden Grundtenor gegenüber der Legalität durchsetzen.[2362] In der Praxis sind solche Fälle von «Gleichheit im Unrecht»[2363] (Rechtsgleichheit) respektive der Sicherung von einem «Mindestmass an Gerechtigkeit»[2364] (Willkürverbot) entgegen dem geltenden Recht die absolute Ausnahme.[2365] Denn das Bundesgericht auferlegt sich aus demokratischen[2366] oder bundesstaatlichen[2367] Gründen eine Zurückhaltung, die Egalität[2368] oder die Legitimität gegenüber der Legalität durchzusetzen.

Jenseits der soeben nachgezeichneten Bedeutungsschichten auf der Kontrollebene gelten das Gebot der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot als Grundprinzipien des Rechtsstaates, die sich heute wie ein roter Faden durch die gesamte Rechtsordnung ziehen.[2369] Konkretere Vorgaben, ob überhaupt und – falls ja – wann geltende Rechtsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert werden dürfen, ergeben sich aus diesen Grundprinzipien hin- 661

Rz. 61 ff.; vgl. zum Ganzen auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Verwaltungsrecht, § 23, Rz. 18 ff.; mit Kritik TSCHANNEN, Gleichheit, 59 ff.

2362 THÜRER, Willkürverbot, 521.

2363 So etwa der Titel bei TSCHANNEN, Gleichheit, 57 ff.

2364 Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 144: «Das Willkürverbot ist eine unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaates; es sichert dem Einzelnen im Umgang mit den Behörden ein «Mindestmass an Gerechtigkeit»; UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 265.

2365 BGE 135 IV 191, 195, E. 3.3; vgl. für das Vorgehen der Verwaltung auf der Handlungsebene auch BGE 126 V 390, 392, E. 6a.

2366 In Bezug auf die Rechtsgleichheit WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, VdS, § 41, Rz. 20 f.; primär in Bezug auf die Gleichbehandlung im Rahmen der Rechtsetzung OFK-BV, BIAGGINI, Art. 8, N 11; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 763 ff.; in Bezug auf das Willkürverbot UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 430 ff., 585; vgl. auch SGK-BV, ROHNER, Art. 9, Rz. 27 ff.

2367 Im Hinblick auf die Rechtsgleichheit OESCH, Typisierung, 63 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1844; vgl. statt vieler BGE 125 I 276, 278, E. 3d; im Hinblick auf das Willkürverbot UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 430 ff.; vgl. statt vieler BGE 118 Ia 129 ff.; BGE 122 III 316 ff.

2368 Im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit erachtet das Bundesgericht eine Abkehr vom Legalitätsprinzip zum Schutz der Rechtsgleichheit bloss für zulässig, wenn eine ständige rechtswidrige Praxis einer rechtsanwendenden Behörde vorliegt, die Behörde zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht von dieser Praxis abzuweichen gedenke (BGE 136 I 65, 78, E. 5.6) und einem solchen Vorgehen keine gewichtigen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE 99 Ib 377, 384, E. 5c).

2369 BSK BV-WALDMANN, Art. 8, N 12; G. MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 12; bereits früh das Bundesgericht BGE 6 I 171, 173, E. 1: «Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit […] bestimmt […] sich dadurch, dass dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist. Als solches ist dieser Grundsatz […] als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen».

gegen nicht. Soll das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot also für die Ausübung legislativer Gewalt auf der Handlungsebene zusätzliche Erkenntnisse liefern, so ist es aus seiner tradierten, entlang der Justizfunktion entwickelten Dogmatik herauszulösen und für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen zur näheren Ausformung von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene neu auszurichten.

2. Gleichheitsgebot als residuale Moderationspflicht staatlicher Gewaltausübung

662 In einem neuen Licht erscheint das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot vor dem Hintergrund einer These von THÜRER über das mit ihm verwandte Willkürverbot:[2370] Die Idee des Willkürverbots durchdringe das Legalitätsprinzip, indem es besonders stossenden Folgen des Legalitätsprinzips entgegenwirke, so wie auch das ungeeignete, da sinn- und zwecklose Massnahmen verbietende Verhältnismässigkeitsprinzip. Das Willkürverbot stehe, so THÜRER, gleichsam hinter den heute in Art. 5 BV verankerten Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns.[2371] Dasselbe lässt sich auch für das Gleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV behaupten: Heute garantiert primär das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) rechtsgleiches Staatshandeln; das einst aus Art. 4 aBV[2372] abgeleitete Prinzip von Treu und Glauben sorgt nun gestützt auf eine eigenständige Verfassungsgrundlage[2373] für Stabilität im Verhältnis Staat-Bürger; und eine sachlich begründete Differenzierung staatlichen Handelns vermittelt das Verhältnismässigkeitsprinzip in Art. 5 Abs. 2 BV.[2374] Wir stellen fest: Das Willkürverbot und das Gleichheitsgebot verlieren umso mehr an Bedeutung, je stärker ihre Anliegen durch andere Rechtsvorgaben ausgeformt werden. Im Sinne verfassungsstaatlicher Residualprinzipien entfalten sie ihre normative Kraft bloss noch dort, wo Bundesverfassung und Gesetz diese Handlungsmuster nicht bereits näher ausgeformt haben. Letztlich ist ihnen also dasselbe Schicksal beschieden wie dem einstmals in Art. 4 aBV verankerten und heute selbstverständlichen Verbot politischer Vorrechte zur Teilhabe an der Staatsgewalt.

663 Für das vorliegende Erkenntnisinteresse liegt der eigentliche Clou an THÜRERS These darin, dass sie einen Bezug zwischen dem Gleichheitsgebot und den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden herstellt und die Sicht auf eine

---

2370 THÜRER, Willkürverbot, 447 f.

2371 THÜRER, Willkürverbot, 447.

2372 M.w.H. G. MÜLLER, Kommentar zu Art. 4 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 59 ff.

2373 Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 9 BV.

2374 Von der Gleichbehandlung als Fluchtpunkt spricht auch ALTWICKER, Gleichheit, 33 ff., unter Verweis auf von Bogdandy.

tieferliegende Schicht der dialektischen Idee des Gleichheitsgebots freilegt: Im «Verfassungsuntergrund» offenbart sich ein Grundanliegen, das sowohl dem Gebot rechtsgleicher Behandlung (Art. 8 BV), der politischen Gleichheit (Art. 136 BV) wie auch dem Willkürverbot (Art. 9 BV) seit jeher enthalten ist: die Sicherung residualer Schutzpositionen (individuelle Selbstbestimmung) einzelner Rechtssubjekte gegenüber Formen kollektiver Selbstbestimmung. Das in Art. 8 Abs. 1 BV verankerte Gleichheitsprinzip überführt die in den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden angelegte Forderung, ein Mindestmass an Freiheit durch den Staat und vor dem Staat zu garantieren, in ein konkreteres Verfassungsprinzip; es statuiert ein umfassendes, subsidiäres und absolutes Verbot, die individuelle Selbstbestimmung im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt nicht zu berücksichtigen. Schliesslich rechtfertigt sich staatliches Handeln zwar nie ausschliesslich, aber eben immer auch durch individuelle Selbstbestimmung. Mit anderen Worten ist das Gleichheitsgebot nicht nur ein Egalisierungsgebot.[2375] In seiner Bedeutungsschicht als Residualprinzip im Verfassungsstaat verpflichtet es auch zu einem Mindestmass an Differenzierung trotz geltendem Rechtssatz; es normiert eine Ausgleichspflicht – oder besser: eine Moderationspflicht. Die dargelegte Lesart des Gleichheitsgebots als Moderationspflicht setzt die Forderung, ein Mindestmass an individueller Selbstbestimmung zu schützen, in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden sowie dem dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Eine solche Lesart von Art. 8 Abs. 1 BV hat, aller möglichen Einwände zum Trotz, verschiedene Vorteile:

664 *Zum Ersten* verdeutlicht sie den besonderen Charakter von Moderationspflichten: Das Gleichheitsgebot garantiert in seiner Funktion als Moderationspflicht residuale Schutzpositionen nicht durch eine absolute Mauer des Rechts, sondern vermittelt einen Anspruch auf ein Mindestmass an Moderation zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung in einem staatsleitenden Moderationsverfahren. Damit erweist sich das Gleichheitsgebot als Moderationspflicht gleichsam als ein Recht auf Waffengleichheit[2376] im umfassenden Sinne. Es wirkt als prozedurales, nicht als materielles Minimumprinzip, indem es gewisse Mindestanforderungen an den Inhalt staatlicher Gestaltung auf der Handlungsebene stellt, ohne dabei den Inhalt selbst näher zu bestimmen. Zumindest der Struktur nach besitzt eine Moderationspflicht somit gewisse Ähnlichkeiten gegenüber dem Instrument der Volksinitiative. Hier wie dort geht es um ein Mittel zum Kampf

[2375] M.w.H. SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 30.

[2376] Der Begriff der Waffengleichheit wird vor allem im Kontext der verfahrensgrundrechtlichen Präzisierung des Gleichheitsgebots verwendet: vgl. SGK-BV, SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 36; m.w.H. THURNHERR, Verfahrensgrundrechte, Rz. 204 f.; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 24, Rz. 67.

um den Erhalt individueller Selbstbestimmung durch den oder vor dem Staat: Die Volksinitiative hält einen Kanal für «legale Revolutionen» zum Schutz der individuellen Selbstbestimmung auf der Makroebene offen,[2377] wohingegen Moderationspflichten ein «formalisiertes Widerstandsrecht»[2378] des Individuums gegen dessen vollständige Degradierung zum reinen Objekt des Staates auf der Mikroebene sicherstellen.

665 *Zum Zweiten* gewinnt die Wirkweise von Moderationspflichten Konturen, wenn man das Gleichheitsgebot als solche reformuliert: Moderationspflichten strukturieren die staatsleitende Moderation auf der Handlungsebene als Auslöser und Moderator: Als *Auslöser* eines staatsleitenden Moderationsprozesses verpflichtet das Gleichheitsgebot im Rahmen der verantworteten Deliberation zur Reflexion darüber, ob das Mindestmass an Machthemmung oder Machteffektuierung auf der Handlungsebene nur gewährleistet bleibt, wenn sich die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche ratio (individuelle Selbstbestimmung) gegenüber der voluntas durchsetzt und die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt. Als *Moderator* verkoppelt das Gleichheitsgebot verbindliche Rechtsvorgaben (kollektive Selbstbestimmung) mit residualen Schutzpositionen zur gleichen Teilhabe an der Staatsgewalt und gleicher Freiheit vor der Staatsgewalt (individuelle Selbstbestimmung) in einem staatsleitenden Moderationsprozess. Das Resultat solcher staatsleitenden Moderation bleibt dadurch stets durch beide Selbstbestimmungsformen gerechtfertigt. Denn auch wenn dabei am Ende eine der beiden Selbstbestimmungsformen oben aufschwimmt, trägt die andere Selbstbestimmungsform ebenfalls ihren komplementären und unverzichtbaren Anteil zur Rechtfertigung der staatsleitenden Moderation im konkreten Fall bei.

666 Beispielhaft: Im berühmten Entscheid zum Frauenstimmrecht im Kanton Appenzell-Innerrhoden hatte das Bundesgericht sich mit dem Verhältnis des Gleichheitssatzes (Art. 4 Abs. 2 BV) und des verfassungsrechtlichen Schutzes der kantonalen Organisationsautonomie (Art. 74 Abs. 4 aBV) in Sachen Stimmrecht zu befassen.[2379] Dabei qualifizierte es Art. 74 Abs. 4 aBV nicht als echten Vorbehalt und sah sich dazu ermächtigt, eine der Sache nach harmonisierende Koordination dieser widersprüchlichen Verfassungsnormen vorzunehmen.[2380] Vor dem Hintergrund der vorangehenden Ausführungen lässt sich das Vorgehen des Bundesgerichts aber auch wie folgt deuten: Das bundesverfassungsrechtliche Gleichheits-

[2377] Vgl. Rz. 52 ff.
[2378] THÜRER, Willkürverbot, 430.
[2379] BGE 116 Ia 359, 370, E. 6c.
[2380] BGE 116 Ia 359, 373, E. 8.

gebot vermittelte der Beschwerdeführerin ein Recht zum Kampf um den Erhalt ihrer individuellen Selbstbestimmung durch politische Rechte im besagten Kanton. Das Bundesgericht hatte als Moderatorin zwischen verschiedenen Selbstbestimmungsformen zu vermitteln. Konkret ging es um den Entscheid gegen ein kantonales Frauenstimmrecht als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung eines Kantons,[2381] den Art. 74 Abs. 4 aBV schützt – seinerseits ein Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung auf Stufe Bund, der vom Verfassungsgeber im Jahr 1981 anlässlich des Inkrafttretens bewusst nicht zurückgenommen wurde. Ihm stand die Garantie der individuellen Selbstbestimmung der Beschwerdeführerin gegenüber, die Art. 4 Abs. 2 aBV absichert. Weil im vorliegenden Fall verschiedene Selbstbestimmungsformen frontal aufeinanderprallen, kommt es weder nur auf den kantonalen Entscheid gegen ein Frauenstimmrecht und die in Art. 74 Abs. 4 aBV geschützte Organisationsautonomie der Kantone (kollektive Selbstbestimmung) noch allein auf den Gleichbehandlungsanspruch der Beschwerdeführerin nach Art. 4 Abs. 2 aBV (individuelle Selbstbestimmung) an, sondern auf beides zusammen. Es bedurfte daher einer staatsleitenden Moderation der aufeinanderprallenden Verfassungsnormen durch das Bundesgericht. Auch wenn am Ende die individuelle Selbstbestimmung oben aufschwamm, trug die Mitberücksichtigung der kollektiven Selbstbestimmungsform des besagten Kantons ihren eigenen und komplementären Anteil zur Rechtfertigung dieser staatsleitenden Moderation bei und wurde mit dem Gleichbehandlungsanspruch der Beschwerdeführerin verwoben. Als staatsrechtlich bedacht erweist sich dieses Urteil somit nicht, weil es Frauen politische Rechte zuspricht – so begrüssenswert dies auch ist.[2382] Staatsrechtlich bedacht ist dieses Urteil, weil es einen durch beide Legitimationsmodi gerechtfertigten Kompromiss zwischen kantonaler Selbstbestimmung im Kollektiv und der Garantie individueller Selbstbestimmung hergestellt hat.

667 *Zum Dritten* kann das freigelegte Grundanliegen des Gleichheitsgebots, ein Minimum an Rücksicht gegenüber individuellen Selbstbestimmungsformen sicherzustellen, aus seiner gerichtsorientierten Dogmatik auf der Kontrollebene herausgelöst und als Moderationspflicht für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene neu ausgerichtet werden. Art. 8 Abs. 1 BV wirkt im Sinne eines Residualprinzips bloss noch dort als verfassungsrechtliche Grundlage zum Schutz eines Minimums an Rücksicht gegenüber individueller

[2381] Analog zum Bund sind auch die Kantone im Rahmen der Ausgestaltung, Ausübung und Rechtfertigung staatlichen Handelns auf die Garantie ihrer individuellen Selbstbestimmung als souveränes Gebilde und die Ausrichtung ihres Handelns in kollektive Selbstbestimmung gleichermassen angewiesen. Und im Bundesstaat ist ihre individuelle Selbstbestimmung als Rechtssubjekt vor Übergriffen zu schützen sowie ihre Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt im Verband sicherzustellen; vgl. dazu auch Rz. 426.

[2382] BGE 116 Ia 359, 373, E. 8.

Selbstbestimmung, wenn dieses Handlungsmuster nicht bereits anderweitig konkretisiert wurde. In den Vordergrund rücken stattdessen konkreter wirkende Moderationspflichten, die das prozedurale Minimumprinzip zum Schutz individueller Selbstbestimmung auf verschiedenen Ebenen konkretisieren. Die nachfolgenden Ausführungen greifen drei solche Moderationspflichten heraus, die den Weg für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen im Rahmen der staatsleitenden Moderation neu ausschildern sollen: das Willkürverbot als Moderationspflicht zum Schutz der Freiheit vor dem Staat und Garant eines Mindestmasses an Machthemmung auf der diagonalen Ebene (Abschnitt a); den ordre public als Moderationspflicht zum Schutz der Freiheit vor der Staatengemeinschaft und Garant eines Mindestmasses an Machthemmung (Abschnitt b); und schliesslich die subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Garant eines Mindestmasses an Machteffektuierung zum Schutz der Freiheit durch den Staat in ausserordentlichen Lagen (Abschnitt c).

a) Willkürverbot: Freiheit vor dem Staat auf der diagonalen Ebene

668 Um residuale Schutzpositionen von Menschen durch Moderationspflichten vor dem Staat abzusichern, liegt ein Verweis auf die Menschenwürde (Art. 7 BV), den Kerngehalt der Grundrechte (Art. 36. Abs. 4 BV)[2383] oder die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts[2384] nahe. Denn sie alle garantieren Menschen minimale Freiheiten vor dem Staat. Die nachfolgenden Ausführungen wollen erörtern, was die Rechtsdogmatik unter dem Willkürverbot versteht (Abschnitt aa), weshalb dieses sich mindestens so gut als Moderationspflicht zum Schutz eines Mindestmasses individueller Selbstbestimmung einzelner Individuen eignet (Abschnitt bb) und welche Erkenntnisse sich daraus für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen ergeben (Abschnitt cc).

aa) Willkürverbot als Figur der Rechtsdogmatik

669 Nach gesicherter Auffassung wirkt das Willkürverbot (Art. 9 BV) «staatlicher Machtakkumulation»[2385] entgegen und vermittelt Einzelnen Schutz vor «Reser-

[2383] Interessanterweise ist nach Art. 36 Abs. 4 BV «der Kerngehalt der Grundrechte» unantastbar. Mit Blick auf diesen Wortlaut spricht einiges dafür, dass es weniger um verschiedene Kerngehalte geht als vielmehr um ein bestimmtes Grundanliegen, das allen Grundrechten inhärent ist: ein minimaler Schutz individueller Selbstbestimmungsformen.

[2384] Zum zwingenden Völkerrecht als materielle Schranke der Verfassungstotalrevision und -teilrevision Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV; vgl. auch Rz. 83, 92 f.

[2385] UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 408 ff.

vaten staatlicher Willkür»[2386]. Ein nicht in jeder Hinsicht befriedigendes Gesetz gilt aus Gründen der Rechtssicherheit im Grundsatz so, wie es ausgelegt werden kann und muss.[2387] Im Ausnahmefall vermag das Willkürverbot gleichsam als Fenster[2388] der Legitimität indes die normative Kraft von Rechtsnormen auf der Handlungs- oder Kontrollebene zu relativieren.[2389] Der vorherrschende Grundtenor qualifiziert das Willkürverbot deshalb als materielles Minimumprinzip, das staatlichem Handeln zur Garantie residualer Schutzpositionen eine absolute Grenze durch eine trennscharfe Linie des Rechts zieht.

bb) Willkürverbot als Moderationspflicht

In einem neuen Licht erscheint das Willkürverbot, wenn man es als prozedurales Minimumprinzip[2390] zur Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung vor dem Staat gegenüber individueller Selbstbestimmung einzelner Individuen reformuliert. Dann vermittelt die Willkürbeschwerde dem Individuum ein «formalisiertes Widerstandsrecht»[2391], um sich auf der Mikroebene willkürlichen Staatsakten mit Mitteln des Rechts zu widersetzen. Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung garantiert das Willkürverbot somit kein Mindestmass an Widerspruchslosigkeit *im* Recht,[2392] sondern ein prozedurales Recht *auf* Widerspruch.[2393] Das unverzichtbare Mindestmass an Respekt gegenüber individueller Selbstbestimmung im Verfassungsstaat, wird durch das Willkürverbot aslo in einem vermittelnden Verfahren garantiert, weshalb es der Art und Funktion nach ein prozedurales und kein materielles Minimumprinzip ist. Die zu einer ewigen Suche verdammte Bestimmung materieller Minimalgarantien erübrigt sich. Das Massstabsproblem des Willkürverbots aufgrund seines Bezugs zu einem übergeordneten Massstab der «Gerechtigkeit» löst sich durch den Verweis auf die tieferliegende Schicht der verfassungsstaatlichen Formungsentscheide und die darin angelegte normative Forderung nach einem Mindestmass an Respekt gegenüber 670

2386 G. MÜLLER, Reservate, 109 ff.

2387 THÜRER, Willkürverbot. 520.

2388 RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 113.

2389 Grundlegend UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 394; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 378 ff.; vgl. auch BIAGGINI, Richterrecht, 422 ff.; THÜRER, Willkürverbot, 520; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 121 ff.

2390 Vgl. Rz. 92 ff. zur Wirkweise von Revisionsschranken als prozedurale Minimumprinzipien.

2391 THÜRER, Willkürverbot, 430.

2392 So aber UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 361 ff.; G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 215; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356 f.; RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 34 f.; THÜRER, Willkürverbot, 520; CANARIS, Systemdenken, 116 ff.

2393 Zur Differenzierung zwischen einem Recht auf Widerspruch und Recht im Widerspruch Rz. 9, 55.

individueller Selbstbestimmung ebenfalls auf. Nicht zuletzt entkräftet der Rückgriff auf eine Legitimationsschicht im Verfassungsuntergrund auch den Einwand, das Willkürverbot vermöge staatliches Handeln entgegen einer angenommenen Volksinitiative nicht zu rechtfertigen wegen der Gleichrangigkeit der hinzugefügten Verfassungsnorm als Relativierungsobjekt und des Willkürverbots als Relativierungsgrund.[2394]

671 Auf der Handlungsebene ergeben sich aus dem Willkürverbot als Moderationspflicht auf der diagonalen Ebene konkrete Vorgaben für die Ausübung staatsleitender Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung: Als *Auslöser* eines staatsleitenden Moderationsprozesses verpflichtet das Willkürverbot dazu, im Rahmen der verantworteten Deliberation zu klären, ob das notwendige Mindestmass an Machthemmung zum Schutz individueller Selbstbestimmungsformen einzelner Individuen auf der Handlungsebene nur durch eine Relativierung oder Suspension der normativen Kraft von Verfassungsnormen sichergestellt werden kann. Das Verständnis als Moderationspflicht definiert die mit dem Willkürverbot verbundenen Sprachhülsen der «Gerechtigkeit»[2395], der «Sinn- und Zwecklosigkeit»[2396] von Staatsakten, der «Widersprüchlichkeit des Rechts in sich»[2397] und der «Verletzung unumstrittener Rechtsgrundsätze»[2398] zwar nicht näher, aber vermag sie in einem Verfahren zu operationalisieren:[2399] «Offensichtlich unhaltbar» oder in «stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken» zuwiderlaufend sind jene Staatsakte, die der individuellen Freiheitsausübung nicht das notwendige Mindestmass an Respekt entgegenbringen, welche die Legitimation staatli-

---

2394 So aber GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 371; UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 327, spricht sich indes dafür aus, einzelne Verfassungsnormen wie etwa Art. 12 aBV nicht anzuwenden, wo dies im Ergebnis willkürlich wäre; vgl. auch BGE 115 Ia 127 ff., 133, E. 3dd: «La jurisprudence du Tribunal fédéral n'exclut pas qu'une interprétation contemporaine puisse mettre en évidence une évolution du sens donné à une règle constitutionnelle, notamment en raison d'une transformation du contexte historique. Cependant, la signification attribuée à l'Art. 12 Cst. n'a pas changé».

2395 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 380; BGE 141 I 211, 214 f., E. 3.2; BGE 141 I 49, 53, E. 3.4.

2396 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 384; BGE 131 I 1, 6, E. 4.2; vgl. auch BGE 143 I 65, 72, E. 6.2 f.; BGE 143 I 1, 8, E. 3.3; BGE 136 I 241, 250, E. 3.1.

2397 G. MÜLLER/UHLMANN, Rechtsetzungslehre, Rz. 215; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 356 f.; RHINOW, Rechtsetzung und Methode, 34 f.; THÜRER, Willkürverbot, 520; CANARIS, Systemdenken, 116 ff.

2398 GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 385.

2399 M.w.H. zum sachlichen Schutzbereich des Willkürverbots BGE 131 I 1, 6, E. 4.2; vgl. auch BGE 143 I 65, 72, E. 6.2 f.; BGE 143 I 1, 8, E. 3.3; BGE 136 I 241, 250, E. 3.1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 1977; für Beispiele siehe BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9, N 12; ausführlich auch schon THÜRER, Willkürverbot, 478; siehe auch VOGT, Willkürverbot, in: Grundrechtspraxis LI, Rz. 25.

chen Handelns im Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung voraussetzt. Ob dies der Fall ist, bleibt durch die Bundesversammlung in einem staatsleitenden Moderationsverfahren zu prüfen.[2400] Als *Moderator* zwischen demokratischen Mehrheitsentscheiden[2401] und der Sicherung grundrechtlich geschützter Freiheitsausübung Einzelner im Rahmen der staatsleitenden Moderation eignet sich das Willkürverbot besser als etwa die Menschenwürde, weil es das dialektische Zusammenspiel zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung aufrechterhält. Als prozedurales Minimumprinzip rechtfertigt es residuale Schutzpositionen nicht einlinig vom Modus der individuellen Selbstbestimmung her, sondern verschränkt rechtliche Entscheidungsvorgaben (kollektive Selbstbestimmung) mit der Härte davon Betroffener (individuelle Selbstbestimmung) in einem staatsleitenden Moderationsprozess.[2402] Ob sich das Willkürverbot als Moderationspflicht auch auf der Kontrollebene eignet und inwiefern es diesfalls die Prüfungsdichte des Bundesgerichts einschränkt,[2403] kann hier nicht vertieft werden, wäre aber durchaus prüfenswert.

cc) Das Willkürverbot als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

Wir stellen fest: «Das Willkürverbot richtet sich bereits gegen die Schaffung von Reservaten staatlicher Willkür – nicht erst gegen das muntere Treiben der darin 672

[2400] Ähnlich UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 424.

[2401] M.w.H. zum Willkürentscheid gegen die demokratische Mehrheit UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 585.

[2402] Nach UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 424, mildert das Willkürverbot die Härte von Entscheiden für davon betroffene Individuen im Sinne eines Kompromisses ab, welche zwei verschiedene Sphären zugleich betreffen.

[2403] Aus der Perspektive der gewonnenen Erkenntnisse erscheint die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Prüfungsdichte beim Willkürverbot prima vista als zwar rechtsstaatlich bedenklich, aber staatsrechtlich bedacht. Schliesslich gewährt sie dem Einzelnen Zugang zu einem Verfahren, das zwischen seinem subjektiven Interesse nach rechtsstaatlichem Schutz und der im Recht zum Ausdruck gebrachten kollektiven Selbstbestimmung vermittelt. Dass das Bundesgericht dem Schutz individueller Selbstbestimmung dabei regelmässig weniger Gewicht beimisst als der kollektiven Selbstbestimmung kann als im Grundsatz austarierter Kompromiss zwischen dem Schutz individueller Selbstbestimmung und dem durch das Legalitätsprinzip geschützten Respekt gegenüber kollektiver Selbstbestimmung verstanden werden. Als problematisch erweist sich indes die Rechtsprechungspraxis hinsichtlich der Beschwerdelegitimation und der Beschwerdeanforderungen einer Willkürbeschwerde, weil dadurch der Kanal legalen Widerstands durch verfahrensrechtliche Argumente abgewürgt wird, sodass es am unverzichtbaren Mindestmass an Respekt gegenüber individueller Selbstbestimmung mangelt.

geschützten Spezies.»[2404] Das gilt auch im Rahmen der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen. Wo eine hinzugefügte Verfassungsnorm dem Einzelnen Zugang zu Verfahren verweigert, in denen dieser sich um Schutz seiner individuellen Selbstbestimmung vor staatlicher Gewalt bemühen kann, hat die Bundesversammlung als gesetzgebende Gewalt und Hüterin der Verfassung die hinzugefügte Verfassungsnorm auf der Handlungsebene soweit – und nicht weiter – zu relativieren, dass der Einzelne nicht von vornherein zum blossen Objekt der Mehrheit degradiert wird.

673 Beispielhaft: Auch wenn der Gesetzgeber sich dem Vorentscheid des Verfassungsgebers mit dem Erlass einer Härtefallklausel im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung von Art. 121 Abs. 3–6 BV klar widersetzte, zumal eine Verhältnismässigkeitsprüfung im direkten Gegenentwurf ausdrücklich verworfen wurde, hat die Bundesversammlung mit Blick auf den hier entwickelten Handlungsmassstab verfassungsmässig gehandelt. Nicht weil die Härtefallklausel mit dem Vorentscheid des Verfassungsgebers im Einklang steht; auch nicht, weil die angenommene Volksinitiative Raum für eine entsprechende Ausformung belässt. Vielmehr, weil es Recht und Pflicht der Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund ist, in einem staatsleitenden Moderationsprozess zu prüfen, ob das notwendige Mindestmass an Schutz individueller Freiheitsausübung nur gewährleistet bleibt, wenn Art. 121 Abs. 3 BV auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert wird. Und weil die Bundesversammlung als Moderatorin im Verfassungsstaat Betroffenen solcher staatlichen Massnahmen durch Härtefallklauseln oder andere Mittel Zugang zu einem Verfahren sicherstellen muss, in dem diese um den Schutz ihrer individuellen Freiheitsausübung kämpfen können. Eine Verfassung, die ihre Gewissheit im Verfassungstext zum Ausdruck bringt, «dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen»,[2405] nimmt eine solche Relativierung geltender Verfassungsnormen hin.

b) Ordre public: Freiheit vor dem Staatenverbund im Mehrebenensystem

674 Im Rahmen der näheren Ausgestaltung von Verfassungsnormen kann sich auch die Frage nach einer prozeduralen Sicherung residualer Schutzpositionen souveräner Gebilde stellen. Schliesslich verlangt mithin auch deren individuelle Selbstbestimmung Schutz vor Übergriffen und es gilt auch deren Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen der Ausübung staatlicher Gewalt im Verband sicherzustellen.[2406] Nach der vorherrschenden Auffassung stehen dem Bund auf der transnationalen Ebene zum Schutz seiner individuellen Selbstbestimmung als

[2404] UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 410; vgl. auch G. MÜLLER, Reservate.
[2405] So die Präambel.
[2406] Ebenso MÖLLERS, Gewaltengliederung, 219 ff.

souveränes Gebilde trotz völkerrechtlicher Vorgaben folgende rechtliche Handlungsoptionen offen:[2407] Erstens kann er den betroffenen völkerrechtlichen Vertrag kündigen, sofern dieser das zulässt.[2408] In diesem Fall hätte der Bundesrat die Bundesversammlung über die Kündigung in Kenntnis zu setzen, je nach Bedeutung des Staatsvertrags wäre gar ein Staatsvertragsreferendum angezeigt.[2409] Zweitens kann die Eidgenossenschaft eine Anpassung des völkerrechtlichen Vertrages anstreben. In der Praxis erweist sich dies vor allem bei multilateralen Abkommen jedoch als äusserst voraussetzungsreich.[2410] Drittens besteht die Möglichkeit einer innerstaatlichen Revision der Verfassungsbestimmung, wie dies etwa die RASA-Initiative[2411] im Hinblick auf Art. 121a BV beabsichtigte. Grundvoraussetzung dieser Strategie ist ein entsprechender innenpolitischer Wille. Und viertens kann die Schweiz den Widerspruch zum Völkerrecht in Kauf nehmen und die damit verbundenen politischen Konsequenzen tragen (z.B. Suspendierung oder Kündigung durch die andere Vertragspartei, Retorsionen, Repressalien).[2412]

675 Die ersten drei Handlungsoptionen stossen im Kontext einer angenommenen Volksinitiative, die völkerrechtlichen Vorgaben zuwiderläuft, de facto meist auf erhebliche Schwierigkeiten. Die Bundesversammlung steht auf der Handlungsebene daher regelmässig vor folgender Alternative: Entweder sie nimmt die politischen Konsequenzen einer Vertragsverletzung in Kauf oder sie entzieht sich zumindest teilweise der Steuerungskraft der angenommenen Volksinitiative und setzt sich damit dem Legitimationsverlust aus, der mit der Missachtung verfassungsrechtlicher Gestaltungsaufträge einhergeht. Die nachfolgenden Ausführungen wollen darlegen, wie Lehre und Praxis mit dieser Alternativität umgehen (Abschnitt aa), «dass» und «weshalb» sich der ordre public als Moderationspflicht zur Sicherung eines Mindestmasses an individueller Selbstbestimmung souveräner Gebilde im Staatenverbund eignet (Abschnitt bb) und welche Erkenntnisse sich daraus für den Umgang mit angenommenen Volksinitiativen ergeben (Abschnitt cc).

aa) Ordre public als Figur der Rechtsdogmatik

676 Im Spannungsfeld zwischen gegenläufigen Bestimmungen des Völker- und des Verfassungsrechts suchen Lehre und Praxis primär in der Dichotomie zwischen

---

2407 M.w.H. Rz. 159.

2408 NOBS, Volksinitiative, 355 f.; vgl. auch KAYSER, Grundrechte als Schranke, 184.

2409 BOILLET/LAMMERS, Mise en œuvre, 526 ff.; REICH, Konflikt, 1013.

2410 Vg. Rz. 179; siehe auch KUNZ, Masseneinwanderung, 356 ff.; NOBS, Volksinitiative, 357.

2411 M.w.H. Fn. 545.

2412 Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5874.

dem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts und verfassungsrechtlichen Ausnahmevorbehalten nach Orientierung. Auf der *innerstaatlichen Ebene* hat sich in Bezug auf die Nichtanwendung völkerrechtlicher Vorgaben im Ausnahmefall folgender Grundtenor etabliert: «Wo Grundprinzipien und Kerngehalte der Grundrechte tangiert sind», hält es der Bundesrat für zulässig, dass der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts suspendiert bleibt.[2413] Diese Auffassung stösst auch in der Lehre auf Anerkennung.[2414] Das Bundesgericht erachtet hingegen den Konflikt zwischen «Völkerrecht und Verfassungsrecht, einschliesslich den Grundrechten, in Art. 190 BV ausdrücklich geregelt».[2415] «Im Falle einer auslegungsweise nicht überwindbaren Normenkollision» zwischen einer angenommenen Volksinitiative und Bestimmungen der EMRK[2416] oder des FZA[2417] erachtet sich das Bundesgericht daher unter Verweis auf Art. 190 BV[2418] sowie Art. 27 WVK[2419] «an die Bundesgesetze und das Völkerrecht gebunden».[2420]

677 Auf der *transnationalen Ebene* wird im Hinblick auf die Nichtanwendung völkerrechtlicher Vorgaben durch innerstaatliche Organe im Ausnahmefall stärker differenziert: Einmal lassen sich im internationalen Ordnungsgefüge Tendenzen regionaler Ausnahmevorbehalte erkennen: Wenn der EGMR vorrangbeanspruchende UNO-Resolutionen auf ihre Konformität mit der EMKR hin modifiziert, indem er nach Spielräumen sucht, bis er sie findet, so handelt es sich der Sache nach um den Schutz bestimmter Grundanliegen der EMRK, auch wenn der Gerichtshof das Vorgehen als «Integration systémique» bezeichnet.[2421] In der Rechtsprechung des EuGH lässt sich in derselben Sache ein ähnliches Vorgehen beobachten.[2422] Sodann zeigt die Rechtsprechung des EGMR auch eine gewisse Toleranz gegenüber der «Eigenständigkeit ihrer Mitgliedsstaaten»: Die etablierte Figur des «margin of appreciation» zollt individueller Selbstbestimmung souve-

---

2413 Botschaft EWR, BBl 1992 IV 92; Bericht Völkerrecht-Landesrecht, BBl 2010 2309 f., 2340; Botschaft Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355 ff., 5368.

2414 THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, VdS, § 11, Rz. 31; NOBS, Volksinitiative, 379 ff., spricht von «Fundamentalnormen der Bundesverfassung».

2415 BGE 133 II 450, 460, E. 6; vgl. auch LAMMERS, Démocratie directe, 74 ff.

2416 BGE 139 I 16, 28, E. 4.3.4.

2417 BGE 142 II 35, 40, E. 3.3.

2418 BGE 139 I 16, 31, E. 5.3.

2419 BGE 139 I 16, 29, E. 5.2; BGE 142 II 35, 39, E. 3.2.

2420 BGE 139 I 16, 28, E. 4.3.4; ebenso in Bezug auf das FZA BGE 142 II 35, 40, E. 3.3.

2421 Urteil (EGMR) vom 21.06.2016, 5809/08, Al Dulimi and Montana Management Inc. gegen Schweiz, Rz. 139 ff.; vgl. auch Urteil (EGMR) vom 12.11.2012, 10593/08, Nada gegen Schweiz, Rz. 168 ff.; m.w.H. auch DIGGELMANN, Targeted Sanctions, 326 ff.

2422 Vgl. Urteil (EuGH) vom 3.09.2018, Rs. C 402/05 P und C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi und Al Barakaat International Foundation, Rz. 281 ff.

räner Staaten Respekt in Bereichen, in denen kein «europäischer Konsens» existiert.[2423] Schliesslich anerkennt die Strassburger Rechtsprechung Gestaltungsautonomie der Mitgliedsstaaten trotz «wachsendem europäischen Konsens»[2424] in moralisch und ethisch sensiblen Bereichen wie der Abtreibung[2425], der Ehe für homosexuelle Paare[2426] oder der Sterbehilfe[2427]. DIGGELMANN verleiten diese Varianzen in der Völkerrechtspraxis dazu, im Hinblick auf die Begründung von Ausnahmevorbehalten gegenüber völkerrechtlichen Vorgaben zwischen zwei Ansätzen zu differenzieren: Der selbstreferentielle Ansatz stellt, ähnlich dem Solange-Urteil[2428] des deutschen Bundesverfassungsgerichts, einen intern geltenden Rechtsstandard unter Verweis auf diesen sicher. Der fremdreferentielle Ansatz leitet residuale Schutzpositionen hingegen aus dem völkerrechtlichen Vertrag selbst ab.[2429]

Wir stellen fest: Unabhängig von der Ebene wird eine innerstaatliche Nichtanwendung völkerrechtlicher Vorgaben zum Schutz der staatlichen Souveränität im Ausnahmefall für zulässig erachtet. Wann dies der Fall ist und auf welche Bereiche staatlicher Souveränität sich solche Schutzmassnahmen beziehen, bleibt in der vorherrschenden Dogmatik jedoch weithin unklar. Zuweilen wird das Mindestmass an Schutz nationaler Interessen mit dem Sprachbild des «ordre public» zu präzisieren versucht, der das nationalstaatliche Rechtsgefühl im Sinne eines «Rettungsankers» vor unerträglichen Verletzungen im transnationalen Gefüge 678

[2423] Siehe statt vieler Urteil (EGMR) vom 1.07.2014, Nr. 11/43835, S.A.S. gegen Frankreich, Rz. 128 ff.; Urteil (EGMR) vom 18.03.2011, Nr. 30814/06, Lautsi et al./Italien, Rz. 76; m.w.H. GRABENWARTER/PABEL, EMRK, § 18, Rz. 20.

[2424] Von einem «emerging European consent» spricht etwa das Urteil (EGMR) vom 22.06.2010, Nr. 04/30141, Schalk und Kopf gegen Österreich, Rz. 105.

[2425] Urteil (EGMR) vom 10.12.2010, Nr. 25579/05, EGMR, A, B und C gegen Irland, Rz. 239 ff.

[2426] Urteil (EGMR) vom 22.06.2010, Nr. 04/30141, Schalk und Kopf gegen Österreich, Rz. 105.

[2427] Urteil (EGMR) vom 3.11.2011, Nr. 57813/00, S.H. et al. gegen Österreich, Rz. 95 ff.

[2428] BVerfGE 73 (339): «Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG sind somit unzulässig».

[2429] DIGGELMANN, Targeted sanctions, 326 ff.; KRISCH, Beyond Constitutionalism, 165 ff.

schützt.[2430] Der ordre public ist zwar ein Relikt aus Zeiten eines schwach ausgebauten internationalen Ordnungsgefüges und wurde vor allem im internationalen Privatrecht ausgeformt,[2431] allerdings wird auch jenseits des internationalen Privatrechts, vor allem im Straf- und im Auslieferungsrecht,[2432] auf diese rechtsdogmatische Figur zurückgegriffen. Welche Grundwerte und -interessen den «ordre public» der schweizerischen Rechtsordnung umfassen, bleibt dabei unklar.[2433] Ob der Verfassungsgeber zum Schutz des schweizerischen Rechtsgefühls bewusst einen Verstoss gegen völkerrechtliche Vorgaben in Kauf nimmt oder eine völkerrechtskonforme Ausgestaltung von Verfassungsrecht anstrebt, vermag somit auch die rechtsdogmatische Figur des ordre public nicht zu beantworten.[2434] Zusammengefasst verstellt die Dichotomie zwischen völkerrechtsharmonisierender Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative als Grundsatz und dem bewussten Verstoss völkerrechtlicher Vorgaben durch solche als Ausnahme den Blick auf das Problem einer völkerrechtswidrigen Volksinitiative somit mehr, als dass sie Orientierung stiftet. Denn: Angenommene Volksinitiativen weichen nicht bewusst von völkerrechtlichen Verträgen ab, doch immer wieder nehmen sie Völkerrechtsverstösse als Nebeneffekte in Kauf, um steuernd auf bestimmte Inhalte der Innen- oder der Aussenpolitik einzuwirken.

bb) Ordre public als Moderationspflicht

679 In einem neuen Licht erscheint die rechtsdogmatische Figur des ordre public, wenn man sie in Bezug setzt zur dialektischen Idee der staatlichen Freiheit durch Völkerrecht und der staatlichen Freiheit vor Völkerrecht und sie als Moderationspflicht reformuliert.[2435] Als Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung gegenüber individueller Selbstbestimmung souveräner Gebilde spannt der «ordre public» demnach kein Fangnetz aus einem Bündel von Fundamentalnormen. Stattdessen garantiert er als prozedurales Minimumprinzip das unverzichtbare Mindestmass an Respekt gegenüber individueller Selbstbestimmung souveräner Gebilde im transnationalen Rechtsgefüge in einem staatsleitenden Verfahren. Als Moderationspflicht definiert der ordre public damit zwar nicht näher, welche Grundwerte und -interessen der schweizerischen Rechtsordnung ihn ausmachen.

2430 WEYENETH, ordre public, 123.

2431 WEYENETH, ordre public, 1.

2432 So UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 485; WEYENETH, ordre public, 101 ff., 401 ff., spricht sich zudem mit guten Gründen für einen schweizerischen ordre public im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe in Steuersachen aus.

2433 Für einen abstrakten Versuch im Hinblick auf grenzüberschreitende Amtshilfe in Steuersachen WEYENETH, ordre public, 406 ff.

2434 NOBS, Volksinitiative, 362 ff., 366.

2435 M.w.H. Rz. 624 ff.

Dafür operationalisiert diese Sichtweise die Beurteilung seiner Verletzung in einem staatsleitenden Moderationsprozess und setzt den ordre public in Bezug zu den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden. Der schweizerische «ordre public» ist somit dann auf unerträgliche Weise verletzt, wenn völkerrechtliche Vorgaben zu Staatsakten verpflichten, die der staatlichen Selbstbestimmung der Schweiz nicht das notwendige Mindestmass an Respekt entgegenbringen, das es für die Legitimation staatlichen Handelns im Zusammenspiel von bi- oder multilateraler Selbstbestimmung im Kollektiv und staatlicher Selbstbestimmung benötigt. Zusätzliche positivrechtliche Konturen erhalten die Essentialia staatlicher Selbstbestimmung der Schweiz durch die Hilfskriterien, die Art. 5 BüV als «Werte der Bundesverfassung» aufzählt.[2436] Ob und wann der staatlichen Selbstbestimmung der Schweiz nicht mehr das notwendige Mindestmass an Respekt entgegengebracht ist, bleibt durch das zuständige Organ in einem staatsleitenden Moderationsverfahren zu ermitteln, das in einem Entscheid mündet, dem vertraut werden kann, weil er mit dem verfügbaren Wissen und mit der Intelligenz anderer konfrontiert worden ist und sich dabei als tauglich erwiesen hat.

Auf der Handlungsebene ergeben sich aus dem ordre public als Moderationspflicht auf der vertikalen Ebene konkrete Vorgaben für die Ausübung staatsleitender Gestaltungskompetenzen durch die Bundesversammlung: Als *Auslöser* eines staatsleitenden Moderationsverfahrens verpflichtet der ordre public im Rahmen der verantworteten Deliberation zur Klärung, ob innerstaatliche Behörden eine geltende völkerrechtliche Vorgabe ausnahmsweise nicht anzuwenden haben, weil der individuellen Selbstbestimmung einzelner Staaten einzig dadurch hinreichend Respekt gezollt werden kann. Zudem verschränkt die Moderationspflicht des ordre public auf der Handlungsebene gleichsam als *Moderator* völkerrechtliche Entscheidungsvorgaben (kollektive Selbstbestimmung) und deren Hinnehmbarkeit für betroffene Staaten (individueller Selbstbestimmung) in einem staatsleitenden Moderationsprozess.[2437] 680

[2436] Es sind dies «die rechtsstaatlichen Prinzipien sowie die freiheitlich demokratische Grundordnung der Schweiz; die Grundrechte wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sowie die Pflicht zum Militär- oder zivilen Ersatzdienst und zum Schulbesuch».

[2437] M.w.H. zur individuellen Selbstbestimmung des Bundes als souveränes Gebilde siehe Fn. 2381.

cc) Ordre public als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

681 Inwieweit sich ein solches prozedurales Verständnis des ordre public generell als Kompass zur Navigation im rauen, transnationalen Gewässer eignet, soll hier nicht erörtert werden. Doch zumindest bei angenommenen Volksinitiativen dürfte diese Moderationspflicht im Umgang mit Konflikten zwischen angenommenen Volksinitiativen und der Pflicht, Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4 BV), für mehr Orientierung sorgen als die Dichotomie zwischen dem Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts und einem bewussten Verstoss gegen Völkerrecht als zulässige Ausnahme. Nach weitverbreiteter Auffassung zählen angenommene Volksinitiativen zwar nicht zum ordre public der schweizerischen Verfassungsordnung.[2438] Umgekehrt hat es sich bisher als äusserst ungeeignete Strategie erwiesen, den politischen Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative vorschnell auf die völkerrechtliche Ebene zu verlagern und zu hoffen, dass er sich dort auflöst. Schliesslich ist eine angenommene Volksinitiative nicht irgendeine Form staatlicher Selbstbestimmung, sondern trägt politische Konflikte in die Verfassung in der Absicht, sie mit den Mitteln des Rechts zu befrieden. Und nicht zuletzt ist die Befriedung politischer Konflikte auch ureigener Zweck des völkerrechtlicher Ordnungsgefüges.[2439]

682 Wenn man den ordre public als Moderationspflicht auf der transnationalen Ebene reformuliert, ergeben sich daraus für die Ausübung legislativer Befugnisse bei angenommenen Volksinitiativen folgende Handlungsvorgaben: Erstens macht der ordre public als Handlungsvorgabe für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen transparent, dass es um den Erhalt einer tieferliegenden Legitimationsschicht der Bundesverfassung geht und welche Interessen dabei abzuwägen sind: der drohende politische Konflikt, der aus einer Völkerrechtsverletzung resultiert, und der Fortbestand oder die Verschärfung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative. Zweitens löst der ordre public als Moderationspflicht auf der Handlungsebene ein staatsleitendes Moderationsverfahren aus zur Prüfung, ob ein mittels Volksinitiative in die Verfassung getragener politischer Konflikt einzig durch eine situative Relativierung der Steuerungskraft völkerrechtlicher Vorgaben befriedet werden kann. Drittens operationalisiert die Moderationspflicht des ordre public die Wahrung nationaler Gestaltungsspielräume und Autonomiebereiche im Rahmen einer zunehmenden Vereinheitlichung transnationaler Rechtsstandards durch ein dreistufiges Vorgehen innerhalb des staatsleitenden Modera-

[2438] So BAUMANN, Umsetzung, 269.

[2439] BLUNTSCHLI, Völkerrecht, 286, konstatierte in Bezug auf das Völkerrecht bereits im Jahr 1872: «Der wahre, dem Ideal entsprechende Rechtszustand ist der Friede, nicht der Krieg»; vgl. auch HÄBERLE, Kultur des Friedens, 164 ff.

tionsverfahrens.[2440] Zuerst ist zu klären, ob der ordre public eines souveränen Gebildes gefährdet ist (*Gefährdungslage*) und sich die Bedrohung mangels Alternativen einzig durch eine Suspension von durch das Legalitätsprinzip geschützten Rechtsvorgaben auf der Handlungsebene abwenden lässt (*Subsidiarität*). Dann ist im betroffenen völkerrechtlichen Vertrag nach Klauseln zu suchen, die zu Respekt gegenüber abweichenden Regeln von Vertragsstaaten verpflichten (*transnationale Rücksicht*).[2441] Im Sinne eines solchen Türöffners könnte etwa das dem Vertrag über die EU enthaltene Subsidiaritätsprinzip dienen (Art. 5 Abs. 3 EUV), im Kontext der EMRK neben der «margin of appreciation» auch die Tendenz zu Respekt gegenüber demokratischen Entscheiden in ethisch oder moralisch besonders sensiblen Bereichen. Bestehen keine solchen Vorgaben auf der transnationalen Ebene, stellt sich die Frage, inwieweit sich aus der eigenen Rechtsordnung Vorgaben zum Schutz der eigenen Identität als Verfassungsstaat ergeben (*residuale Autonomie*), über die Art. 5 BüV gewisse Anhaltspunkte vorgibt.[2442]

Beispielhaft: Die Volksinitiative über ein Verhüllungsverbot[2443] will die Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum und an Orten, die öffentlich zugänglich sind oder an denen für jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden, auf Stufe Bundesverfassung verbieten. Zudem soll niemand aufgrund seines Geschlechts gezwungen werden dürfen, sein Gesicht zu verhüllen.[2444] Ein solches Verbot schränkt Grundrechte, die durch die Bundesverfassung wie auch die EMRK geschützt sind,[2445] in einer für eine liberale Gesellschaftsordnung äusserst fragwürdigen Weise ein. Im Falle einer Annahme nimmt der Verfassungsgeber dies jedoch in Kauf, zumal er darüber sehr wohl informiert war.[2446] Das massgebliche Problemfeld liegt daher nicht in der Einschränkung grundrechtlicher Schutzbereiche,[2447] sondern vielmehr im Trade-off zwischen den Konsequenzen einer Relativierung dieser völker- und verfassungsrechtlichen Ansprüche und dem erwarteten Legitimationsverlust im Innern im Falle einer 683

[2440] Vgl. auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 6 ff.

[2441] DIGGELMANN, Targeted sanctions, 328 ff., spricht in diesem Zusammenhang von verschiedenen «fremdreferenziellen Lösungen».

[2442] In dem Sinne die «Solange-Praxis» des deutschen BVerfGE, m.w.H. Fn. 2428.

[2443] M.w.H. zur Verhüllungsverbotsinitiative Fn. 2249.

[2444] Art. 10a Abs. 1 und 2 E-BV.

[2445] So die persönliche Freiheit in Art. 10 BV/Art. 8 EMRK; die Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 15 BV/Art. 9 EMRK und das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV/Art. 14 EMRK.

[2446] Der Bundesrat weist in seiner Rolle als Berater des Verfassungsgebers mit der Botschaft Verhüllungsverbotsinitiative, BBl 2019 2913 ff., 2939 ff., genau darauf hin.

[2447] Vgl. Rz. 171.

Missachtung von angenommenen Volksinitiativen.[2448] Ein solcher Trade-Off wirft die Frage auf, ob eine Gefährdungslage vorliegt, die einzig mit der Suspension von geltendem Recht überwunden werden kann. Auf der Handlungsebene existiert auf der transnationalen Ebene ein völkerrechtlicher Türöffner zur Rücksichtnahme auf Rechtsnormen, die vorgeben, die religiöse Homogenität im Staat schützen zu wollen. Demzufolge müsste dem Verhüllungsverbot auf der innerstaatlichen Handlungsebene zum Durchbruch verholfen werden, da es zwar Grundrechtsansprüche in einer fragwürdigen Weise einschränkt, aber vom EGMR anerkannte ethisch oder kulturell sensible Bereiche eines Staates betrifft, die es zu bewahren gilt.[2449]

c) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit: Freiheit durch den Staat in ausserordentlichen Umständen

684 Neben der Garantie residualer Schutzpositionen vor dem Staat, also der Garantie eines Mindestmasses an Machthemmung, stellt sich auch die Frage nach einer Moderationspflicht, welche die Vermittlung eines Mindestmasses an Machteffektuierung zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen strukturiert. Relativ zu den Volksinitiativen, die zur Abstimmung gebracht werden, sind angenommene Volksinitiativen zwar die Ausnahme, dass solche Verfassungsnormen eine ausserordentliche Lage hervorrufen, kann jedoch nicht ernsthaft behauptet werden. Eine angenommene Volksinitiative ist nicht vergleichbar mit Naturkatastrophen, Epidemien[2450] oder einem Krieg. Umgekehrt: Das Brexit-Referendum im Jahr 2016 und das Referendum über die Sezession Kataloniens im Jahr 2017 haben in Erinnerung gerufen,[2451] dass eine Verfassungsordnung – auch jene der Schweiz – nicht vor der Gefahr gefeit ist, an Volksentscheiden Schaden zu nehmen oder, schlimmer noch, daran zu zerbrechen. Es kann demnach nicht ausgeschlossen werden, dass eine angenommene Volksinitiative den Staat in eine ausserordentliche Lage «hineinsteuert», sich erst

---

2448 Vgl. zum Trade-Off zwischen nationalen und internationalen Ordnungsgefüge auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 25, 27.

2449 Urteil (EGMR) vom 1.07.2014, Nr. 11/43835, S.A.S. gegen Frankreich, Rz. 128 ff.; ebenso Urteil (EGMR) vom 11.12.2017, Nr. 37798/13, Blcacemi und Oussar gegen Belgien.

2450 Vgl. die Corona-Epidemie, infolge derer der Bundesrat die ausserordentliche Lage ausrief; siehe dazu die Änderungen der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 16. März 2020. Interessanterweise berief sich der Bundesrat für die ausserordentliche Lage exklusiv auf Art. 7 EpG und verwies lediglich in der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13.03.2020 – als er noch keine ausserordentliche Lage ausgerufen hatte – auf die Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV.

2451 Vgl. MAISSEN, Katalonien, in: NZZ am Sonntag vom 5. November 2017.

mit der Zeit verdeutlicht, dass ein neuer verfassungsrechtlicher Gestaltungsauftrag unverzichtbare Abläufe oder Infrastrukturen zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben gefährdet und die staatliche Handlungsfähigkeit in Frage stellt.[2452] Die nachfolgenden Ausführungen erörtern daher zunächst die anerkannten Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung in ausserordentlichen Lagen (Abschnitt aa) und legen dar, worin deren Eigenart liegt (Abschnitt bb). Angemerkt sei dabei, dass die Bewältigung der Coronapandemie im Frühjahr 2020 in Bezug auf die Ausübung von Notrechtskompetenzen grundlegende Fragen aufgeworfen hat, die einer vertieften Behandlung bedürfen, die hier jedoch nicht vorgenommen werden kann. Im Anschluss wird aufgezeigt, was unter der «subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» zu verstehen ist, weshalb es sich dabei um eine Moderationspflicht zur Sicherung der staatlichen Handlungsfähigkeit handelt (Abschnitt cc) und welche Erkenntnisse sich daraus für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen ergeben (Abschnitt dd).

aa) Legislative Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Situationen

Wie bereits zuvor erläutert,[2453] ermächtigt die Bundesverfassung neben dem Bundesrat[2454] auch die Bundesversammlung dazu, zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit Verordnungen oder einfache Bundesbeschlüsse zu erlassen, wenn es die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz erfordert (Art. 173 Abs. 1 lit. a–c BV). Gemäss den Materialien der Bundesverfassung muss die Ausübung exekutiver Gestaltungskompetenzen zur Sicherung der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen «notwendig, zeitlich dringlich, durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt und verhältnismässig sein […] und sie müssen die Grundsätze insbesondere der Rechtsgleichheit und von Treu und Glauben respektieren».[2455] Für die Ausübung legislativer Gewalt in ausserordentlichen Lagen gilt nach allgemeiner Auffassung dasselbe.[2456] 685

Legislative Gestaltung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV setzt ohne Zweifel eine Betroffenheit elementarer Rechtsgüter voraus, schliesslich verweist der Norm- 686

[2452] Vgl. zur Selbstblockade aussenpolitischer Handlungsfähigkeit auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 23 f.; zum Ausnahmezustand aufgrund schwerer Versorgungskrisen bereits HESSE, Grundzüge, § 23, Rz. 720, 723 ff., sowie Rz. 762 ff. zu den damit verbundenen Problemen und Gefahren.

[2453] Rz. 530 ff., insb. Rz. 533 ff.

[2454] Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 184 Abs. 3 BV.

[2455] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 418 f.

[2456] BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, N 49; SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 68 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 173, N 13.

wortlaut entsprechende Gestaltungsbefugnisse ausdrücklich auf «Massnahmen zur Wahrung der inneren» (lit. c) sowie der «äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit oder der Neutralität der Schweiz» (lit. a).[2457] Unbestritten gilt auch hier das Erfordernis fehlender Handlungsalternativen respektive der absoluten Subsidiarität (sachliche Dringlichkeit).[2458] Der Verfassungstext spricht diesbezüglich von «ausserordentlichen Umständen». Die Literatur setzt diesen Passus mit dem Begriff der «ausserordentlichen Lage» gleich, also einer unvorhergesehenen Situation mit vorübergehendem Charakter, «in der in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen»[2459] Ein Grossteil der Lehre setzt für die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Lagen – analog zu den entsprechenden Befugnissen des Bundesrates – daher auch eine zeitliche Dringlichkeit voraus.[2460] RECHSTEINER weist hingegen mit guten Gründen darauf hin, dass die zeitliche Dringlichkeit bei parlamentarischen Akten in ausserordentlichen Umständen nicht ausschlaggebend sei.[2461] Uneins ist sich die Verfassungsdogmatik zudem vor allem darüber, ob und wieweit bei ausserordentlichen Umständen gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. c BV Massnahmen zulässig sind, die auf der Handlungsebene geltende Rechtsvorgaben ausnahmsweise relativieren oder suspendieren:[2462] Teils wird auch im Falle ausserordentlicher Umstände eine pauschale Wahrung der Verfassung gefordert;[2463] teils bloss ein Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte kantonale Verbandskompetenzen für zulässig erachtet;[2464] teils eine umfassende Bindung an die Bundesverfassung als unzweckmässig qualifiziert.[2465] Eine Relativierung oder Suspension geltender Verfassungs- oder anderer Rechtsnormen in ausserordentlichen Lagen ist in der Verfassungsdogma-

---

2457 Es fällt auf, dass der Passus «Unabhängigkeit oder der Neutralität der Schweiz» bei den Notrechtskompetenzen des Bundesrates fehlt. Stattdessen spricht die Verfassung von der «Wahrung der Interessen des Landes» (Art. 184 Abs. 3 BV).

2458 RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 534; TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 216 ff.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 165, N 2; SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 61.

2459 So der Sicherheitspolitischer Bericht 2016, BBl 2016, 7763, 7889, der auf Katastrophen und Notlagen, die das ganze Land schwer in Mitleidenschaft ziehen, oder bewaffneten Konflikten als Beispiele verweist; ebenso RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 997 f.

2460 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 173, N 13; SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 62; BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, N 52 ff.; TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 213; GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 95 f.

2461 RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 536 ff.

2462 Bejahend SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 71; verneinend OFK-BV, BIAGGINI, Art. 173, N 15.

2463 BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, N 59.

2464 OFK-BV, BIAGGINI, Art. 173, N 15; SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 71.

2465 SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 71; RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 1004 ff.

tik demnach anerkannt, aber auch umstritten: *anerkannt*, weil eine Blockade der staatlichen Handlungsfähigkeit zum Preis einer Relativierung oder Suspension von geltenden Verfassungsnormen verhindert wird; *umstritten*, weil Gestaltungskompetenzen zur Sicherung der staatlichen Handlungsfähigkeit nicht dazu ermächtigen, «sich über bestehende Gesetze oder Verfassungsnormen hinwegzusetzen»[2466]. Insgesamt erweisen sich die anerkannten Prüfsteine der Verfassungsmässigkeit staatlichen Handelns in ausserordentlichen Lagen somit als wenig ergiebig für die Ausübung legislativer Koordinationskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene.

bb) Eigenart legislativer Gestaltungskompetenzen in «ausserordentlichen Umständen»

687 Die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat, Bundesstaat sowie der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen lässt sich – wie bereits zuvor dargelegt[2467] – als Sicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung umschreiben. Im Vordergrund steht dabei die Legitimationsform (Richtigkeit) der einzelnen Gewaltenträger, nicht der Legitimationsgrad staatlicher Handlungsformen (Wichtigkeit).[2468] Wenn die Handlungsfähigkeit des Bundes in ausserordentlichen Lagen entsprechend dem Organisationsprinzip der Gewaltengliederung durch das ergänzende organ- und funktionsadäquate Zusammenwirken von Parlament, Regierung, Justiz, aber auch Volk und Ständen zu erhalten und zu schützen ist, dürfen die legislativen Gestaltungsbefugnisse in ausserordentlichen Situationen nicht einfach mit jenen des Bundesrates gleichgesetzt werden.

688 In Ausübung ihrer Befugnisse nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV leistet die Bundesversammlung einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit.[2469] Die zeitliche Dringlichkeit ist bei parlamentarischen Akten in ausserordentlichen Umständen nicht ausschlaggebend;[2470] aus diesem Grund spricht die Bundesverfassung in Art. 173 Abs. 1 lit. c

---

2466 BIAGGINI, Standortbestimmung, 29.

2467 Rz. 533.

2468 M.w.H. Rz. 554 ff., insb. Rz. 560.

2469 Gl. M. RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 536 ff.; a.M. wohl OFK-BV, BIAGGINI, Art. 173, N 13; SGK-BV, SAXER, Art. 173, Rz. 62; BSK BV-MERKER/CONRADIN, Art. 173, N 52 ff.; TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 213; GÄCHTER, Demokratie und Dringlichkeit, 95 f.

2470 Es fällt auf, dass im Zusammenhang mit parlamentarischen Gestaltungsbefugnissen in ausserordentlichen Lagen weder der Verfassungswortlaut noch die Botschaft (Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 399 f.) das Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit erwähnt; siehe auch RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 536 ff.

BV auch nicht von einer vorübergehenden[2471] «Lage», sondern von länger andauernden «Umständen». Eine gewisse Unvorhersehbarkeit wird im Kontext legislativer Gestaltung in ausserordentlichen Umständen also nicht vorausgesetzt, wie die Verordnung der Bundesversammlung über das Verbot der Gruppierung Al-Qaïda und verwandter Organisationen vom 23. Dezember 2011 zeigt. Ein ausserordentlicher Umstand nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV verlangt aus institutionellen Gründen auch keine effiziente und sachrichtige Bewältigung der ausserordentlichen Lage. Gesucht sind sowohl für die Betroffenen akzeptable wie auch auf möglichst breite Zustimmung stossende Vorkehren zur Verhinderung, dass in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. In Ausübung ihrer Gestaltungskompetenzen nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV agiert die Bundesversammlung demnach als «Drehscheibe»[2472] zwischen demokratisch-bundesstaatlichen Entscheiden, dem Schutz Betroffener und der Bewältigung der ausserordentlichen Umstände.

689 Der eigene und komplementäre Beitrag der Bundesversammlung zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen rückt auch die Handlungsformen in ein neues Licht, die ihr dafür zur Verfügung stehen. Für das Treffen strategisch-verbindlicher Leitentscheide in ausserordentlichen Umständen installiert die Bundesverfassung nämlich verschiedene Kanäle, die sich in erster Linie durch andersartige Legitimationsgrade unterscheiden, weniger durch ihre jeweilige Verfahrensdauer: Den höchsten Legitimationsgrad jenseits einer formellen Verfassungsrevision vermittelt das Gesetzgebungsverfahren bei (sachlicher) Dringlichkeit im Falle einer fehlenden Verfassungsgrundlage. Es mündet – wenn auch erst nach einem Jahr – im obligatorischen Referendum von Volk und Ständen (Art. 165 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. c BV). Damit können «verfassungsändernde oder verfassungssuspendierende Gesetze»[2473] zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen erlassen werden. Wenn die zeitliche Dringlichkeit im Kontext legislativer Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Umständen nicht ausschlaggebend ist, spricht sodann vieles dafür,[2474] dass der Bundesversammlung das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auch in ausserordentlichen Lagen offensteht. Sein Legitimationsgrad ist geringfügig tiefer, weil darin getroffene Entscheide dem Volk nicht zwingend und den Ständen per se nicht zur Abstimmung vorgelegt werden. Wiederum geringer ist der Legitimationsgrad des Verfahrens der Gesetzgebung

2471 RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 998.

2472 Der Begriff ist entnommen bei B. EHRENZELLER, Volksrechte, 128.

2473 Der Begriff ist entnommen bei SGK-BV, TSCHANNEN, Art. 165, Rz. 17.

2474 Sowohl Art. 165 BV wie auch Art. 173 Abs. 1 lit. c BV sind als «Kann-Vorschriften» formuliert, was darauf hindeutet, dass in ausserordentlichen Lagen nicht zwingend auf diese Handlungsformen zurückgegriffen werden muss.

bei Dringlichkeit nach Art. 165 Abs. 2 BV.[2475] Es läuft zwar weitgehend gleich ab wie das ordentliche Gesetzgebungsverfahren, allerdings ist die Beschlussfassung anders geregelt, zumal es den institutionellen Kooperationszwang zwischen der Bundesversammlung und dem Volk im Rahmen der Gesetzgebung vorübergehend suspendiert.[2476] Dadurch kann die Bundesversammlung allgemeinverbindliche Leitentscheide im Namen und im Interesse des Volkes, aber vorübergehend ohne dessen Zustimmung treffen. Am geringsten ist der Legitimationsgrad schliesslich im Rahmen der legislativen Verordnungsbefugnisse in ausserordentlichen Lagen (Art. 173 Abs. 1 lit. c BV): Hier entfallen die demokratischen und bundesstaatlichen Mitwirkungsrechte und das vorparlamentarische Verfahren komplett, was beschleunigend wirkt und es der Bundesversammlung ermöglicht, den Bundesrat in ausserordentlichen Lagen wie beispielsweise im Krieg oder in einer Epidemie gegen seinen Willen in die Pflicht zu nehmen.

690 Zusammengefasst ist es Recht und Pflicht der Bundesversammlung, für den Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Umständen zu sorgen, wenn eine angenommene Volksinitiative eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit oder der Neutralität der Schweiz herbeiführt. Die angedachte Kompetenz der Bundesversammlung[2477] im Falle eines Konflikts zwischen einer angenommenen Volksinitiative und Völkerrecht hätte entsprechende Befugnisse zwar transparent gemacht, wäre de lege ferenda durchaus wünschenswert und brächte eine gewisse Klarstellung.[2478] Sie besässe jedoch bloss einen deklaratorischen Charakter, da entsprechende Staatsleitungsbefugnisse die Bundesversammlung als Trägerin der obersten Gewalt im Bund von Grund auf besitzt.

2475 Vor der Gesamtabstimmung wird über die Dringlichkeitsklausel abgestimmt (Art. 77 Abs. 1 ParlG), für welche die Verfassung ein qualifiziertes Mehr der Ratsmitglieder verlangt, keine blosse Mehrheit der Stimmenden (Art. 159 Abs. 2 lit. a BV). Stimmen beide Räte einer Dringlichkeitsklausel zu, so bleiben die demokratischen und bundesstaatlichen Mitwirkungsrechte suspendiert; eine Einbusse an unmittelbarer demokratischer Legitimation wird zugunsten der Richtigkeit des Entscheids in Kauf genommen.

2476 So auch RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 543; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, Rz. 1191, weisen darauf hin, dass es sich bei in diesem Verfahren erlassenen «Gesetzen» aus demokratisch-bundesstaatlicher Perspektive um Verordnungen handelt.

2477 Siehe dazu Fn. 1999.

2478 Nicht zuzustimmen ist indes NOBS, Volksinitiative, 369, der entsprechende Befugnisse aus Art. 5 Abs. 4 BV ableitet.

cc) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Moderationspflicht

691 In einem neuen Licht erscheint die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen in ausserordentlichen Umständen, wenn man solches Staatshandeln in einem staatsleitenden Moderationsprozess zur Sicherung eines Mindestmasses an Machteffektuierung erfasst.[2479] Damit einhergehende Spannungslagen zwischen der staatlichen Handlungsfähigkeit und verfassungsrechtlichen Vorgaben erweisen sich als offene Konflikte zwischen kollektiver Selbstbestimmung des Verfassungsgebers und individueller Selbstbestimmung des Bundes als souveränes Gebilde, deren Bewältigung die Bundesverfassung in einem vermittelnden Moderationsprozess organisiert, ohne sie zu entscheiden. Um zu klären, wie die staatliche Handlungsfähigkeit erhalten werden kann, ohne dass entweder die individuelle Selbstbestimmung eines Staates als souveränes Gebilde oder aber dessen demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Selbstbestimmung im Kollektiv zugrunde geht,[2480] bietet sich nach dem vorliegenden Dafürhalten das Kriterium der «subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» als Moderationspflicht an.[2481]

692 Die «subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» löst als Moderationspflicht einen staatsleitenden Reflexionsprozess darüber aus, ob in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. Zudem verbindet die subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Moderator den Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers (kollektive Selbstbestimmung) und den Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit (individuellen Selbstbestimmung des Bundes) in einem Stoffgemisch, sodass weder die Freiheit und die Rechte des Volkes noch die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes im staatsleitenden Moderationsprozess zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit vollkommen unbeachtet bleiben. Zu diesem Zweck wird auf die Technik der Suspension kollektiver Selbstbestimmung auf der Handlungsebene zurückgegriffen. Aufgrund ihres vorübergehenden Charakters verpflichtet diese Technik dazu, staatliches Handeln in ausserordentlichen Situationen schnellstmöglich wieder in einen ordentlichen Zustand zu

[2479] M.w.H. Rz. 530 ff.

[2480] Die Literatur verweist dabei regelmässig auf das Prinzip der Verhältnismässigkeit: so etwa RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 586; SGK-BV, SCHWEIZER/MOHLER, Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 19 ff.; TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 67, 498 ff.

[2481] M.w.H. zum Willkürentscheid gegen die demokratische Mehrheit UHLMANN, Willkürverbot, Rz. 585.

überführen.[2482] «Subsidiär» ist die Suspension demnach nicht nur gegenüber anderen Mitteln, sondern auch in temporaler Hinsicht.

693 Den Entscheid, ob, wann und wie der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit eine Suspension verfassungsrechtlicher Vorgaben auf der Handlungsebene bedarf, überantwortet die Moderationspflicht der «subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» der Bundesversammlung. Vier Hilfskriterien vermitteln diesem kniffligen Wertentscheid jedoch zusätzliche Konturen: erstens die *Systemrelevanz* der Bedrohung, also inwiefern sie sich auf unverzichtbare Abläufe zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben bezieht oder überkantonale Dysfunktionalitäten staatlichen Handelns erzeugt;[2483] zweitens die *Intensität* der Bedrohung, die einen Rückgriff auf die «subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» als Ultima Ratio rechtfertigt; drittens wird im Hinblick auf die *Dauer* für eine subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit eine anhaltende Bedrohung der staatlichen Handlungsfähigkeit vorausgesetzt, die über eine punktuelle zeitliche Bedrohung hinausgeht; und viertens die *Reversibilität* der drohenden Handlungsunfähigkeit des Staates, also wieweit die staatliche Handlungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr oder nur noch ungenügend wiederhergestellt werden kann.

694 Ob sich das Kriterium der «subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit» auf der Kontrollebene auch als Prüfstein für Akte der Bundesversammlung, die gestützt auf Art. 173 Abs. 1 lit. c BV ergangen sind, eignet und inwiefern es dabei die Prüfungsdichte des Bundesgerichts einschränkt, kann hier nicht vertieft werden, wäre aber durchaus prüfenswert.

dd) Subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Handlungsvorgabe für die nähere Ausgestaltung angenommener Volksinitiativen

695 Auf der Handlungsebene sorgt das prozedurale Minimumprinzip der subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit als Moderationspflicht für zusätzliche Orientierung, wenn eine angenommene Volksinitiative eine Lage hervorruft, in der in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. Denn angenommene Volksinitiativen können nach der hier vertretenen Ansicht die politischen Behörden zwar dazu verpflichten, den Kurs zu wechseln oder hart am Wind zu segeln. Widerspruch gegen Formen politischer Gestaltung zu erheben, ist geradezu Zweck einer

---

[2482] M.w.H. TRÜMPLER, Notrecht, Rz. 83; BSK BV-KÜNZLI, Art. 184, N 29 ff.

[2483] Vgl. auch die positivrechtliche Umschreibung einer ausserordentlichen Lage in Art. 7 EpG: «Wenn es eine ausserordentliche Lage erfordert, kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen».

Volksinitiative.[2484] Es wäre jedoch eine widersinnige Verkehrung des verfassungsrechtlichen Zwecks der Volksinitiative, wenn das Schiff damit unter Inkaufnahme seines Untergangs in den offenen Sturm manövriert werden könnte. Dass eine angenommene Volksinitiative die Schweiz in einen bewaffneten Konflikt manövriert, ist unwahrscheinlich,[2485] Verfassungsbestimmungen können auch keine Naturkatastrophen geschweige denn Epidemien herbeiführen. In einer multipolaren Weltordnung, in der Wirtschaft, Technologie und Information zunehmend nicht mehr entlang von Nationalstaaten miteinander vernetzt werden, sind aber auch ausserordentliche Lagen jenseits der klassischen Dichotomie von Krieg und zivilen Katastrophen denkbar. Die Verordnung über die Anerkennung ausländischer Handelsplätze für den Handel mit Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz[2486], aber auch die Verordnung zur Rekapitalisierung der UBS AG[2487] zeigen, dass die Verfassungspraxis bei einer virulenten Gefahr für den schweizerischen Wirtschaftsstandort bereits mehrfach von einer ausserordentlichen Lage ausging – ähnliche Gefährdungen anderer systemrelevanter Infrastrukturen können nicht ausgeschlossen werden. In solchen Kontexten können Volksinitiativen, die einen Rückgewinn politischer Mitbestimmung in transnationalen Politikbereichen anstreben, durchaus Gefährdungen hervorrufen, aufgrund derer in systemrelevanten Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. Hier bleibt es Recht und Pflicht der Bundesversammlung als oberste Gewalt im Bund, die hinzugefügte Verfassungsnorm so weit – und nicht weiter – zu relativieren, dass die staatliche Handlungsfähigkeit erhalten bleibt. Schliesslich überträgt die Bundesverfassung die politische Gesamtverantwortung der Staatsleitung der Bundesversammlung, nicht dem Bundesrat; Volk und Stände besitzen zwar «Zutritte zur Staatsleitung»[2488], aber keine entsprechende subsidiäre Generalkompetenz.

696 Beispielhaft: Der neue Art. 121a BV navigierte den Bundesrat zwar in unruhige politische Gewässer. Dass und weshalb der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit damals zwingend eine subsidiäre Suspension der angenommenen Volksinitiative infolge sachlicher Dringlichkeit erfordert, stand jedoch zu keinem Zeitpunkt zur Debatte. Der Bundesrat ging vielmehr lange selbst davon aus, man

[2484] Grundlegend zum Instrument der Volksinitiative als Recht auf Widerspruch Rz. 52 ff., insb. Rz. 55, siehe auch Rz. 124 ff.

[2485] Vgl. Sicherheitspolitischer Bericht 2016, BBl 2016, 7763, 7889.

[2486] Verordnung über die Anerkennung ausländischer Handelsplätze für den Handel mit Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz vom 30.11.2018, SR 958.2, AS 2018 4239.

[2487] Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15.10.2008, SR 611.055, AS 2008 4741.

[2488] Der Begriff ist entnommen bei TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 673 im Titel; vgl. auch B. EHRENZELLER, Volksrechte, 127 ff.

könne die Handlungsfähigkeit nach aussen auf dem Verhandlungsweg mit der EU erhalten.[2489] Das Vorgehen der gesetzgebenden Organe im Rahmen der näheren Ausgestaltung von Art. 121a BV ist demzufolge nicht verfassungswidrig, weil die neue Verfassungsnorm auf der Handlungsebene nahezu vollständig unbeachtet blieb. Verfassungswidrig verhielten sich die gesetzgebenden Organe, weil weder aufgrund der Intensität noch wegen des zeitlichen Ausmasses eine Situation vorlag, in der die ordentlichen Abläufe des Staates in zahlreichen Bereichen nicht mehr genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. Umgekehrt kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Volksinitiative, die direkt oder unter gewissen Bedingungen die Kündigung der bilateralen Verträge mit der EU verlangt, wie etwa die Begrenzungsinitiative, einen vertragslosen Zustand mit einem wichtigen Handelspartner der Schweiz erzeugt,[2490] der die gesamte schweizerische Wirtschaft (Systemrelevanz) über einen längeren Zeitraum (Dauer) derart beeinträchtigt, dass der Bund seine ordentlichen Aufgaben in verschiedenen Bereichen nur durch eine Suspension dieser Verfassungsbestimmung auf der Handlungsebene weiterhin wahrnehmen könnte (Intensität). Und dieser vertragslose Zustand irreversible Situationen schaffen würde, aufgrund derer der Bund in zahlreichen Bereichen anhaltend nicht mehr in der Lage sein dürfte, die anstehenden Aufgaben zu bewältigen. Anders formuliert: Mittels angenommener Volksinitiative können die Behörden zwar dazu verpflichtet werden, völkerrechtliche Verträge zu kündigen. Eine direktdemokratische Mitwirkung an der Staatsleitung bleibt jedoch auch dann auf den Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit und nicht deren Blockade ausgerichtet, wenn sie die Kündigung völkerrechtlicher Verträge fordert.

3. Moderationspflichten als Wegweiser zur staatsleitenden Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen

Was sind Moderationspflichten und wie regeln sie die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen? Wir haben festgestellt, dass Moderationspflichten als prozedurale Minimumprinzipien das notwendige Mindestmass an Skepsis garantieren, die man im Verfassungsstaat jeder Manifestation kollektiver Selbstbestimmung entgegenbringen sollte – auch jener des Verfassungsgebers.[2491] Moderationspflichten wollen der Relativierung angenommener Volksinitiativen auf keinen Fall Tür und Tor öffnen. Vielmehr regeln sie jene absoluten Ausnahmefälle, in denen kollektive Selbstbestimmungsformen des Verfassungsgebers so nicht hingenommen werden können, weil es zu staat- 697

[2489] M.w.H. Rz. 159.

[2490] Botschaft Begrenzungsinitiative, BBl 2019 5027 ff., 5057; für weitere Informationen zur Begrenzungsinitiative siehe auch Fn. 591.

[2491] Ähnlich L. WILDHABER, Kommentar zu Art. 118 aBV, in: Komm. BV 1874, Rz. 121.

lichem Handeln ohne jegliche Rücksicht auf Formen individueller Selbstbestimmung führen würde. In solchen Konstellationen berechtigen und verpflichten Moderationspflichten dazu, das notwendige Mindestmass an Machthemmung oder Machteffektuierung in einem staatsleitenden Moderationsprozess zu vermitteln. Als geschichtliche Erfahrungsspeicher erinnern sie an bestimmte Voraussetzungen staatlichen Handelns, die zu befolgen sind, weil es der Sinn für das Mass, die Freiheit und den gesellschaftlichen Frieden gebietet.

a) Moderationspflichten als Prüfsteine legislativer Gewaltausübung zur staatsleitenden Moderation

698 Moderationspflichten schützen das notwendige Mindestmass an individueller Selbstbestimmung, ohne das eine Rechtfertigung staatlicher Gewaltausübung im dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung nicht auskommt. Als Wegweiser zur staatsleitenden Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen sind solche prozeduralen Minimumprinzipien einerseits äusserst unbestimmt, andererseits von Mehrwert: *Äusserst unbestimmt*, weil Moderationspflichten keine trennscharfen Kriterien vorgeben, wann die Relativierung oder Suspension geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene genau zulässig ist und wann nicht. Gerade im Kontext solcher absoluten Ausnahmekonstellationen bleiben Kriterien dieser Art nämlich zu einer ewigen Suche verdammt und verstellt den Blick auf das Problem mehr, als sie Einsicht in dieses vermitteln. *Von Mehrwert* sind Moderationspflichten, weil sie anstelle von trennscharfen Linien des Rechts – die es letztlich nicht gibt – klare Suchrichtungen für die Entwicklung von Koordinationslösungen vorgeben.

699 *Zum Ersten* sorgen Moderationspflichten für neue Orientierung, indem sie auf die drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheide und die dahinterstehenden Legitimationsmodi kollektiver und individueller Selbstbestimmung zurückgreifen, anstatt angenommene Volksinitiativen im Windschatten methodischer Chiffren umzuformen, bis sie im Einklang mit bestimmten Verfassungsgrundsätzen oder der Gerechtigkeit als solcher stehen.

700 *Zum Zweiten* präzisieren Moderationspflichten das Koordinationsziel: Sie verlangen weder ein Maximum noch ein Optimum an Konkordanz, Widerspruchslosigkeit oder Völkerrechtskonformität, sondern haben sich als prozedurale Minimumprinzipien erwiesen. Das heisst: Sie verpflichten im Rahmen eines staatsleitenden Moderationsprozesses zur Prüfung, ob das notwendige Mindestmass an Machthemmung oder -effektuierung auf der Handlungsebene nur aufrechterhalten werden kann und staatliches Handeln einzig dann beiden Formen der Selbstbestimmung sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleibt, wenn die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungs- oder anderen Rechtsnormen auf der Hand-

lungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt. Letztlich bleibt es dem Organ auf der Handlungsebene – allen voran der Bundesversammlung – überantwortet, ob, wann und wie das notwendige Mindestmass an Respekt gegenüber individuellen Selbstbestimmungsformen ein staatsleitendes Moderationsverfahren verlangt, das in einem Entscheid mündet, dem vertraut werden kann, weil er mit dem verfügbaren Wissen und mit der Intelligenz anderer konfrontiert worden ist und sich dabei als tauglich erwiesen hat.

Zum Dritten treten verfassungsrechtliche Moderationspflichten mit einer eindeutigen Stossrichtung an die Stelle mehrdeutiger methodischer Argumente[2492] und sorgen auf der Handlungsebene für eine klare Rollenverteilung zwischen dem Gleichheitsgebot und anderen Moderationspflichten sowie dem Verhältnismässigkeitsprinzip und anderen Ausgleichsmaximen: Das Verhältnismässigkeitsprinzip vermag sich als Ausgleichsmaxime nicht gegen geltendes Verfassungsrecht durchzusetzen. Das Gleichheitsgebot garantiert residuale Schutzpositionen zwar nicht durch eine trennscharfe Linie materieller Mindestgarantien, dafür gewährleistet es Rechtssubjekten ein Recht, das zu einem Mindestmass an Moderation zwischen kollektiver und individueller Selbstbestimmung in einem staatsleitenden Moderationsverfahren verpflichtet. 701

Zum Vierten installieren Moderationspflichten auf der Handlungsebene einen doppelten Schutzwall, um der virulenten Gefahr entgrenzter Staatsmacht unter dem Deckmantel staatsleitender Moderation entgegenzutreten: Einmal, indem sie als Auslöser staatsleitender Moderationsprozesse bloss unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zu einem vermittelnden Verfahren gewähren. Koordinationstechniken der Relativierung und der Suspension einzelner Verfassungsnormen zum Schutz der individuellen Selbstbestimmung müssen die absolute Ausnahme bleiben. Sie sind nur als Ultima Ratio zulässig, wenn alle anderen Koordinationsformen fehlschlagen. Sodann, indem Moderationspflichten dafür sorgen, dass die individuelle Selbstbestimmung am Ende oben aufschwingen kann, aber das nicht zwingend tut und der staatsleitende Moderationsprozess ebenso gut im Schutz der Vorentscheide des Rechtsetzers münden kann. Die bundesgerichtliche Praxis zur Gleichbehandlung im Unrecht veranschaulicht dies.[2493] Doch – und das ist entscheidend – auch wenn am Ende eine der beiden Selbstbestimmungsformen oben aufschwimmt, trägt die andere Selbstbestimmungsform jeweils ihren komplementären und unverzichtbaren Anteil zur Rechtfertigung der staatsleitenden Moderation im konkreten Fall bei. 702

Zum Fünften besitzt der Schutz eines Mindestmasses an individueller Selbstbestimmung durch prozedurale Minimumprinzipien unterschiedliche Stossrichtun- 703

[2492] Vgl. die Argumente in Teil II Kapitel 4 D. II.

[2493] Vgl. Fn. 2361.

gen, zumal es dafür teils eines Mindestmasses an Machthemmung, teils eines Mindestmasses an Machteffektuierung bedarf. Auf der diagonalen Ebene gewährleistet das Willkürverbot als Moderationspflicht ein Mindestmass an Freiheit vor dem Staat einzelner Individuen. Der «ordre public» sichert als Moderationspflicht auf der transnationalen Ebene ein Mindestmass staatlicher Souveränität gegenüber der Staatengemeinschaft prozedural ab. Wenn es darum geht, die staatliche Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen zu erhalten, stellen sich hingegen Fragen des Schutzes individueller Selbstbestimmung des Bundes durch die Sicherung eines unverzichtbaren Masses an Machteffektuierung. Für zusätzliche Orientierung sorgt dabei die Moderationspflicht der subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit. Nicht näher eingegangen wurde auf Moderationspflichten zum Schutz eines Mindestmasses an individueller Selbstbestimmung einzelner Kantone gegenüber dem Bund auf der vertikalen Ebene. Inwiefern sich die Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 BV)[2494] dafür im Kontext einer Teilrevision der Bundesverfassung auf Behördeninitiative hin als Prüfstein eignet, wäre durchaus prüfenswert. Ebenso nicht behandelt wurde die Frage, inwiefern politische Rechte als Moderationspflicht reformuliert werden können zum Schutz eines unverzichtbaren Masses an Machteffektuierung der individuellen Selbstbestimmung von Stimmbürgern. Es wäre jedoch klärenswert, ob das Verständnis von Art. 34 BV als Moderationspflicht für die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den politischen Rechten eine Erklärungsleistung erbringt.[2495]

b) Moderationspflichten und angenommene Volksinitiativen

704 Gewiss: Die Missachtung einer angenommenen Volksinitiative dürfte den dahinterstehenden politischen Konflikt verschärfen, anstatt ihn zu befrieden. Umgekehrt ist eine Rechtfertigung staatlicher Gestaltung unter vollkommener Missachtung individueller Selbstbestimmungsformen gemäss der hier entwickelten Konzeption nicht möglich. Und vor allem wäre es eine widersinnige Verkehrung des Zwecks der Volksinitiative, wenn man annähme, dass die Bundesverfassung im Verfahren der Teilrevision aufgrund der weitgehenden Schrankenlosigkeit gegenüber allen vorgebrachten «neuen Gedanken, Funktionen, Aufgaben und Institutionen unempfindlich und verfügbar»[2496] ist. Schliesslich vermitteln Volksinitiativen dem Volk zwar Zutritte zur Staatsleitung, aber keine entsprechende subsidiäre Generalkompetenz. In Konstellationen, in denen Volksinitiativen als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung frontal mit Formen individueller Selbst-

[2494] SGK-BV, EGLI, Art. 47, Rz. 12; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 47, N 3 f. BSK BV-BELSER/MASSÜGER, Art. 47, N 10 f.

[2495] Für die erstmalige Aufhebung einer Volksabstimmung durch das Bundesgericht siehe auch BGer 1C 315/2018 et al. vom 10.04.2019, E. 6 ff.

[2496] EICHENBERGER, Partialrevision, 215.

bestimmung aufeinanderprallen, lösen Moderationspflichten deshalb einen staatsleitenden Moderationsprozess aus, der nach einer bestmöglichen Bewältigung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative sucht und dabei ein Mindestmass an Rücksicht gegenüber Formen individueller Selbstbestimmung einzelner Rechtssubjekte sicherstellt. Anders formuliert: Moderationspflichten treten durch Volksinitiativen hervorgerufenen «Widersprüchlichkeiten» entgegen, an denen die Staatsrechtsordnung «Schaden nimmt oder letztlich zerbricht».[2497] Sie gewährleisten jenes Mindestmass an Verfassungsdynamik, ohne die eine Verfassung nicht auskommt.

705 Wenn man sich vergegenwärtigt, wie die Verfassungspraxis angenommene Volksinitiativen näher ausgestaltet, spielt die staatsleitende Moderation dabei eine wichtige Rolle, obschon kaum davon die Rede ist: So ging es im Rahmen der Ausführungsgesetzgebungen zur Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV), zur Verwahrungsinitiative (Art. 123a BV), zur Unverjährbarkeitsinitiative (Art. 123b BV) oder zur Pädophileninitiative (Art. 123c BV) primär nicht darum, wie diese neuen Verfassungsnormen im Einklang mit den jeweiligen Vorentscheiden des Verfassungsgebers näher ausgestaltet werden können. Vielmehr geht es um die Frage, inwieweit und weshalb die neuen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene zu relativieren sind, um den Betroffenen Zugang zu einem Verfahren offenzuhalten, in dem sie um den Schutz ihrer individuellen Freiheitsausübung kämpfen können. Die Härtefallklauseln, mit denen die Bundesversammlung solche Konflikte löste, sind Resultat einer staatsleitenden Moderation und verschränken die angenommene Volksinitiative als Ausdruck kollektiver Selbstbestimmung mit der Zumutbarkeit daraus folgender Staatshandlungen für die Betroffenen (individuelle Selbstbestimmung).

706 Moderationspflichten rücken aber auch die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV und einen möglichen Umgang mit der schliesslich abgelehnten Selbstbestimmungsinitiative oder der Begrenzungsinitiative in ein neues Licht: In den strittigen Punkten geht es bei diesen Volksinitiativen nicht um die nähere Ausgestaltung einer Volksinitiative im Sinne der Vorentscheide des Verfassungsgebers. In Frage steht vielmehr, ob es Gründe gibt und welche das sind, um der neuen Verfassungsnorm zwecks Erhalts der staatlichen Handlungsfähigkeit auf der Handlungsebene nicht umfassend nachzukommen. Der ordre public und die subsidiäre Suspension bei sachlicher Dringlichkeit zeigen zusammen, dass es in solchen Konstellationen weniger um ein «Entweder-oder» als vielmehr um einen Trade-off geht: In welchem Verhältnis stehen die Konsequenzen eines Völkerrechtsverstosses zur erwarteten Verschärfung des politischen Konflikts, der hinter einer angenommenen Volksinitiative steht, wenn dieser auf der Handlungs-

[2497] EICHENBERGER, Partialrevision, 215.

ebene partiell nicht nachgekommen wird? Und inwiefern kann der politische Konflikt nur durch eine Inkaufnahme der Konsequenzen von Völkerrechtsverletzungen befriedet werden (ordre public)? Respektive wann ruft eine angenommene Volksinitiative eine Situation hervor, in der die ordentlichen Abläufe im Staat in zahlreichen Bereichen nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen, und muss deshalb soweit – und nicht weiter – relativiert werden, dass die staatliche Handlungsfähigkeit aufrechterhalten werden kann?

C. Zwischenfazit: Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen

707 Wie sind legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auszuüben? Wie hat sich die Bundesversammlung in einem Spannungsfeld kollidierender Verfassungspflichten zu verhalten, das eine angenommene Volksinitiative hervorruft? Diese beiden zentralen Fragen lassen sich anhand der gewonnenen Erkenntnisse nun beantworten: In wenigen Worten erfolgt die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen in verantworteter Deliberation. Als Legitimationsform der Bundesversammlung ist sie ein von Recht und Politik gleichermassen umspülter Reflexionsprozess, der den Inhalt legislativer Gestaltung gegenüber den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat verantwortet. Neben den verfahrensrechtlichen und organisatorischen Vorgaben verleiht ein verfassungsrechtlicher Handlungsmassstab aus Ausgleichsmaximen, Bindungsmaximen und Moderationspflichten der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen Mass und Form. Das ergibt sich aus den folgenden Überlegungen:

708 Ausgangs- und Anknüpfungspunkt des entwickelten Konzepts zur Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen bildet die Legitimationsform, mit der die Bundesversammlung die Ausübung staatlicher Gewalt rechtfertigt: die verantwortete Deliberation zur machteffektuierenden, machthemmenden und staatsleitenden Ausübung der obersten Gewalt im Bund. Sie stiftet zunächst einmal neue Erkenntnisse über das Koordinationsziel und die Koordinationsweise einer angenommenen Volksinitiative: Zum *Koordinationsziel* wird die möglichst stabile und allseitig zustimmungsfähige Befriedung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative. Die *Koordinationsweise* gewinnt durch die verantwortete Deliberation ebenfalls an zusätzlicher Tiefenschärfe. Reformuliert als Reflexionsprozess umfasst die verantwortete Deliberation nämlich mehrere, parallel verlaufende Prozessarten:

Einmal stützt und effektuiert Reflexion die Ausübung der obersten Gewalt durch die Bundesverfassung, indem sie die Tauglichkeit politischer Vorschläge zur Steuerung staatlichen Handelns am verfügbaren Wissen verschiedener Akteure reflektiert (*Machteffektuierung*). Sodann hemmt und fesselt Reflexion die Ausübung legislativer Gewalt und zwingt die Bundesversammlung durch drohenden Legitimationsverlust dazu, auf der Handlungsebene die Perspektive eines anderen einzunehmen und das eigene Handeln von dort aus am Handlungsmassstab der Verfassung zu reflektieren (*Machthemmung*). Schliesslich ist im Rahmen der verantworteten Deliberation darüber zu reflektieren, ob staatliches Handeln einzig beiden Formen der Selbstbestimmung sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleibt, wenn die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt (*staatsleitende Moderation*).

Die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch bleibt als Form legislativer Gestaltung ein vielschichtiger Vorgang, der nicht auf eindeutige Ergebnisse ausgerichtet ist, sondern auf eine verfassungsmässige Zuordnung gegenläufiger Verfassungsgebote. Innerhalb der parallel verlaufenden Reflexionsprozesse zur Machteffektuierung, zur Machthemmung und zur staatsleitenden Moderation weisen Ausgleichsmaximen, Bindungsmaximen und Moderationspflichten als verfassungsrechtliche Navigationspunkte der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen den Weg und stiften prozedurale Rationalität: *Ausgleichsmaximen* verantworten die Ausübung legislativer Gewalt in Bezug auf den Inhalt gegenüber den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden in Bereichen, die keinen Vorbehalten des Verfassungsgebers unterstehen. *Bindungsmaximen* sorgen im Rahmen legislativer Gestaltung für das notwendige Mass an Respekt gegenüber Vorbehalten des Verfassungsgebers. *Moderationspflichten* gewährleisten Rechtssubjekten ein Mindestmass an Schutz vor demokratischen Entscheiden und strukturieren den staatsleitenden Moderationsprozess zur Klärung, ob der Erhalt der verfassungsstaatlichen Ordnung voraussetzt, dass sich die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche ratio gegenüber der voluntas durchsetzt und die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen dazu auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleiben muss. Gleichsam als geschichtliche Erfahrungsspeicher erinnern diese Navigationspunkte im Rahmen der parlamentarischen Deliberation an bestimmte Anliegen, die sich in der Geschichte als massgebend herausgestellt haben, damit Akte der Bundesversammlung auf Zustimmung stossen, dagegen kein Referendum erhoben wird und auch in der Zukunft akzeptiert bleiben. 709

Kapitel 4 Zusammenfassung und Ausblick

710 Weder das Bild von der Gesetzgebung als Reparaturwerkstatt der Verfassungsgebung noch jenes einer mechanischen Abfüllanlage vorgegebener Gestaltungsspielräume illustriert die Ausübung von Gestaltungsbefugnissen der Bundesversammlung bei angenommenen Volksinitiativen adäquat. Das Vorgehen gleicht eher dem Navigieren auf hoher See bei Nacht: Solange man sich von der Küste entfernt, orientiert man sich an den Vorentscheiden des Verfassungsgebers, die wie Leuchttürme zunächst kräftig und weit strahlen, aber irgendwann eben auch kaum mehr sichtbar sind. Mehr und mehr ist der Kurs daher anhand von Kompass – den Auslegungselementen – und Koordinatensystem – der Verfassung – zu bestimmen. Die Sterne – die verfassungsstaatlichen Formungsentscheide und die sich daraus ergebenden Anforderungen für staatliche Gestaltung – stiften als Fluchtpunkte Orientierung. In einer ähnlichen Weise ist auch im Rahmen der näheren Ausgestaltung einer angenommenen Volksinitiative ein Kurs zu finden, «auf dem immer neu in neuen Situationen Freiheit und Ordnung sich einen, um Willkür und Anarchie einzuschränken».[2498] Doch auf welche Weise gestaltet die Bundesverfassung legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen aus und wie sind solche auszuüben? Diese am Anfang von Teil III aufgeworfenen Fragen vermögen die gewonnenen Erkenntnisse zu beantworten.

711 Als dialektische Ausgleichsordnung konstituiert die Bundesverfassung ein demokratisch, rechtsstaatlich und bundesstaatlich abgestütztes Fundament, das «eine grundsätzlich dauernde rechtliche Ordnung»[2499] in einem dialektischen Zusammenspiel von kollektiver und individueller Selbstbestimmung gewährleistet. Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch ist als reflexiver Prozess Ausdruck und Präzisierung dieses verfassungsrechtlichen Arrangements. Der Art und Sache nach handelt es sich um eine besondere Form der Ausübung angestammter Staatsgewalt, die im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung in parallel verlaufenden Prozessen zur Machthemmung, zur Machteffektuierung und zur staatsleitenden Moderation ausgestaltet ist:[2500] Prozesse im Dienst der Machteffektuierung sorgen dafür, dass die Staatsaufgabe, Verfassungsrecht im Widerspruch zu koordinieren, möglichst gut ausgeführt werden kann; Prozesse zur Machthemmung verhindern Alleingänge im Rahmen der näheren Ausgestaltung von Verfassungsrecht und vermitteln Schutz vor Missbrauch staatlicher Macht. Staatsleitende Moderationsprozesse sorgen in einem offenen Verfahren

[2498] JASPERS, Humanismus, 35.
[2499] Grundlegend KÄGI, Grundordnung, 52.
[2500] Vgl. Rz. 539 ff.

für einen Ausgleich zwischen aufeinanderprallenden Formen kollektiver und individueller Selbstbestimmung. Dazu wird geprüft, ob die Ausübung von Staatsgewalt einzig beiden Formen der Selbstbestimmung sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gegenüber verantwortet bleibt, wenn die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleibt.

712 Die Bundesversammlung sucht und trifft verbindliche Leitentscheide über die zustimmungsfähige Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen. Anteil und Umfang ihrer Gestaltungskompetenzen hängen generell wie auch bei der näheren Ausgestaltung und Koordination angenommener Volksinitiativen von zwei Aspekten ab:[2501] ob dabei erstens wichtige staatliche Entscheide von allgemeinverbindlicher Tragweite zu treffen sind, deren Regelung ihrer Bedeutung wegen den Legitimationsgrad der Gesetzesform verlangt (*Wichtigkeit*); und ob im Rahmen der anstehenden Koordination zweitens strategisch-verbindliche Leitentscheide in verantworteter Deliberation zu treffen sind, welche die institutionell-organisatorische Legitimationsform der Bundesversammlung erfordern (*Richtigkeit*). Zudem offenbaren die gewonnenen Erkenntnisse die Eigenart legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen in Bezug auf ihre *Art* und ihren *Umfang*: Von der *Art* her sind legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen besonders, weil die verantwortete Deliberation als Legitimationsform der Bundesversammlung einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zur Bewältigung von politischen Konflikten leistet, die mittels Volksinitiative zu diesem Zweck in die Verfassung getragen wurden. Vom *Umfang* her gehen legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen weiter als jene des Bundesgerichts oder des Bundesrates aufgrund des Anteils der Bundesversammlung an der Trägerschaft der obersten Gewalt im Bund. Denn die Bundesverfassung überträgt der Bundesversammlung die demokratische, rechtsstaatliche und bundesstaatliche Hauptverantwortung zur Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch aufgrund von angenommenen Volksinitiativen. Sie hat als Moderatorin für eine staatliche Gestaltung zu sorgen, die sich durch kollektive und durch individuelle Selbstbestimmung zugleich legitimiert und gegenüber den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat verantwortet bleibt. Aufgrund ihres Anteils an der Trägerschaft der obersten Gewalt im Bund ist es somit im Wesentlichen Sache der Bundesversammlung, politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen auf möglichst zustimmungsfähige Weise zu befrieden.

[2501] Vgl. auch Rz. 554.

713 Das entwickelte Konzept zur dogmatischen Systematisierung der Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen versteht die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch als reflexiven Prozess, der zu einem erhöhten Grad an prozeduraler Rationalität sorgt. Um herauszufinden, ob eine bestimmte Koordination als zustimmungsfähige Regelung des normativen Kontextes taugt, werden kühne Hypothesen über die Zuordnung von Verfassungsnormen aufgestellt und der schärfsten Kritik ausgesetzt. Den diagnostizierten Systematisierungsdefiziten und Internalisierungstendenzen in der vorherrschenden Dogmatik tritt der entwickelte Ansatz zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen entgegen, indem er die Legitimationsform der Bundesversammlung – die verantwortete Deliberation – als reflexiven Vorgang zur machteffektuierenden, machthemmenden und staatsleitenden Ausübung legislativer Staatsgewalt als Ausgangspunkt ins Zentrum stellt und darin rechtliche und politische Massstäbe miteinander verkoppelt, ohne sie ineinander aufzulösen.

714 Aus der Perspektive der Legitimationsform der Bundesversammlung rückt im Kontext der näheren Ausgestaltung und Koordination von angenommenen Volksinitiativen als *Koordinationsziel* die möglichst stabile und allseitig zustimmungsfähige Befriedung des politischen Konflikts, der mittels Volksinitiative zu diesem Zweck in die Verfassung getragen wurde, ins Zentrum – wobei es der auf die Bewältigung des Konflikts bezogene Wille, nicht die Volksinitiative an sich, es ist, der die Befriedung leistet. Die *Koordinationsweise* offenbart sich als vom Anfang bis zum Ende von parallel verlaufenden Prozessen umspülter Reflexionsvorgang, der den Inhalt legislativer Gestaltung im dialektischen Mit- und Gegeneinander von kollektiver und individueller Selbstbestimmung rechtfertigt und gegenüber allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden verantwortet: Reflexion erklärt dabei einmal die evolutive Entwicklung angenommener Volksinitiativen aus Gründen der Machteffektuierung auf der Handlungsebene. Sie sucht nach einer zustimmungsfähigen Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch die Reflexion von Koordinationsvorschlägen am bestehenden Wissen und an Einwänden anderer. Reflexion erklärt sodann, wie eine angenommene Volksinitiative als Vorbehalt von Volk und Ständen ihre machthemmende Steuerungskraft auf der Handlungsebene entfaltet. Eine Handlungsoption, die Vorentscheide des Verfassungsgebers missachtet, wird von Volk und Ständen, aber auch der Öffentlichkeit nämlich kaum akzeptiert. Drohender Legitimationsverlust, den das Instrument des Referendums zusätzlich verstärkt, zwingt demzufolge zur Reflexion möglicher Handlungsoptionen an den Vorentscheiden des Verfassungsgebers. Reflexion erklärt schliesslich, auf welche Weise angenommene Volksinitiativen einer staatsleitenden Moderation bedürfen; ob und weshalb der Erhalt der verfassungsstaatlichen Ordnung voraussetzt, dass sich die demokratische, rechtsstaatliche oder bundesstaatliche ratio gegenüber

der voluntas durchsetzt und die normative Kraft von in kollektiver Selbstbestimmung ergangenen Verfassungsnormen deswegen auf der Handlungsebene ausnahmsweise relativiert oder suspendiert bleiben muss. Innerhalb dieser verschiedenen Reflexionsprozesse vermitteln Ausgleichsmaximen, Bindungsmaximen und Koordinationsmaximen der verantworteten Deliberation als handlungssteuernde Verfassungsvorgaben prozedurale Rationalität.

Um die gewonnenen Erkenntnisse über die legislativen Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen der Verfassungspraxis zugänglicher zu machen, ist das Phänomen «Verfassungsrecht im Widerspruch» zum Schluss nach bestimmten Typen zu ordnen. 715

IV. Teil

Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch: eine Typologie

«Für die Forschung will der idealtypische Begriff das Zurechnungsurteil schulen: er ist keine Hypothese, aber er will der Hypothesenbildung die Richtung weisen. Er ist nicht eine Darstellung des Wirklichen, aber er will der Darstellung eindeutige Ausdrucksmittel verleihen.»[2502]

MAX WEBER

[2502] WEBER, Objektivität, 64 f.

Vorbemerkungen

Folge des entwickelten Konzepts zum Umgang mit Steuerungsproblemen, die widersprüchliche Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen, ist, dass weder «der» Widerspruch an sich noch «das» korrekte Koordinationsvorgehen existiert. Aus diesem Grund ist die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch durch eine empirisch-induktive Bildung von Typen anhand von Motiven zu ordnen, die hinter der Einräumung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen stehen. Die herauszuarbeitenden Koordinationsformen bilden keine Kategorien mit klaren Grenzen, sondern umschreiben Zonen mit einem klaren Kern und überlappenden Grenzverläufen, oder eben: Typen. Denn die vorliegende Koordinationstypologie beabsichtigt, Formen der Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen zu beschreiben und zu systematisieren. Mit B. SCHINDLER bemisst sich die Tauglichkeit einer Typologie «nicht daran, ob sie logisch richtig oder falsch ist, sondern ob sie sich als Entscheidungshilfe oder Lösungsreservoir im Rechtsalltag bewährt».[2503] Das heisst: Koordinationstypen liefern keine abschliessenden Antworten auf die Fragen, wie gegenläufige Verfassungspflichten miteinander zu koordinieren sind. Stattdessen sollen sie der Suche nach entsprechenden Antworten die Richtung weisen und helfen, dabei die richtigen Fragen zu stellen. Damit bleibt die vorliegende Koordinationstypologie auch offen für weniger typische Fälle, Mischformen und Neubildungen. 716

Als Kriterium zur Unterscheidung der verschiedenen Koordinationstypen stellt die vorliegende Typologie nicht auf die Normstruktur[2504] oder den Normzweck[2505] der fraglichen Verfassungsnormen ab. Ausschlaggebend ist der Koordinationszweck,[2506] also die Absicht, die mit der Einräumung und der Ausübung von Koordinationskompetenzen verfolgt wird. Erhebt man den Koordinationszweck zum wesentlichen Unterscheidungskriterium einer Typologie, stellt sich die Frage, wie dieser bestimmt wird. Bevorzugt ergibt sich der Koordinationszweck aus einer entsprechenden Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, die sich in den zu koordinierenden Verfassungsnormen manifestiert. Weitaus häufiger dürfte eine verlässliche Klärung des Koordinationszwecks von Verfassungs- 717

2503 B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 418.

2504 Grundlegend zur Normstruktur als Kriterium der Kompetenzzuweisen Rz. 303 ff.; zur Kritik dazu siehe Rz. 558.

2505 EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

2506 Zu den Vor- und Nachteilen einer Typologie nach dem Zweck staatlicher Gestaltung vgl. auch B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 420 f.; SCHMIDT-ASSMANN, Ordnungsidee, 206.

normen jedoch mit einer doppelten Schwierigkeit konfrontiert sein: Erstens tut der Verfassungsgeber seine Koordinationsabsicht regelmässig nicht kund; zweitens ist einer angenommenen Volksinitiative das Paradox inhärent, zur Befriedung politischer Konflikte notfalls ihre eigene Relativierung in Kauf zu nehmen. Das Ermitteln des Koordinationszwecks wandelt sich damit selbst umso mehr zum Wertentscheid, je weniger Anhaltspunkte über den Koordinationszweck vorliegen. Die vorliegende Typologie muss sich daher dem Vorwurf aussetzen, auf ein Kriterium abzustellen, dem selbst eine gewisse Unbestimmtheit anhaftet. Denselben Einwand müssen sich indes auch andere Kriterien wie die Normdichte oder der Normzweck einer angenommenen Volksinitiative gefallen lassen. Der Koordinationszweck besitzt als Unterscheidungskriterium verschiedener Typen hingegen den grossen Vorteil, das Handlungsmotiv der mit der Koordination beauftragten Organe darzutun.[2507]

718 Die nachfolgenden Ausführungen entwickeln fünf Koordinationstypen und untersuchen diese auf zwei Ebenen: der Steuerungsebene und der Handlungsebene.[2508] Auf der Steuerungsebene wird erklärt, wie und weshalb der Verfassungsgeber verfassungshandhabenden Organen, allen voran der Bundesversammlung, Koordinationskompetenzen einräumt. Auf der Handlungsebene werden die typenabhängigen Anforderungen der Bundesverfassung an die Zuweisung (institutionelle Perspektive) und Ausübung (prozedurale Perspektive[2509]) von Koordinationskompetenzen dargelegt. Die Wirkung von Verfassungsnormen als Kontrollmassstab sei hier, obschon durch Art. 190 BV entscheidend relativiert, nicht bestritten. Geht man jedoch davon aus, dass das Bundesgericht Verfassungsnormen vor allem durch judikative Formen der Rechtsetzung näher ausgestaltet,[2510] so findet auch die Ausübung judikativer Gestaltungskompetenzen zur Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen zunächst auf der Handlungsebene statt, nicht auf der Kontrollebene. Im Wissen um diese allgemeinen Aspekte der vorliegenden Koordinationstypologie gilt es nun, die ausgleichsoffene Koordination (Kapitel 1), die ausgleichsresistente Koordination (Kapitel 2), die freiheitssichernde Koordination (Kapitel 3), die vielfaltserhaltende Koordination (Kapitel 4) und die aktionsbewahrende Koordination (Kapitel 5) im Einzelnen näher zu erörtern.

2507 So in Bezug auf das Verwaltungsermessen B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 421.

2508 M.w.H. zu den unterschiedlichen Wirkebenen von Verfassungsnormen Rz. 396.

2509 M.w.H. zur prozeduralen Funktion von Verfassungsvorgaben auch Rz. 92.

2510 Dazu ausführlich Rz. 508.

Kapitel 1 Ausgleichsoffene Koordination

Die ausgleichsoffene Koordination bezweckt eine nähere Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen in Konstellationen, in denen die Koordinationsoffenheit eine bewusste Steuerungsform staatlichen Handelns darstellt. Der Terminus «ausgleichsoffene Koordination» hebt den Bedarf an zusätzlicher Gestaltung hervor, weil zwei Verfassungsnormen bisher mehr oder weniger «bewusst» nicht näher koordiniert worden sind. 719

A. Steuerungsebene

Hinter einer ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen steckt die Steuerungsabsicht des Verfassungsgebers, die Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen zu flexibilisieren. Aus Gründen der Machteffektuierung verzichtet der Verfassungsgeber auf eine dirigierende Einflussnahme auf die nähere Ausgestaltung und Zuordnung von Verfassungsnormen, damit geeignetere Organe eine zeitgemässe, für die Betroffenen akzeptable und auf Zustimmung stossende Koordination von Verfassungsnormen vornehmen können. 720

Auf der Steuerungsebene bestehen rechtsetzungstechnisch verschiedene Möglichkeiten, die Absicht einer ausgleichsoffenen Koordination kundzutun: Der Verfassungsgeber kann eine nähere Koordination durch andere Organe ausdrücklich anordnen, indem er ihnen gewisse Ziele vorgibt;[2511] etwa, dass ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit sowie ihrer Beanspruchung durch den Menschen anzustreben ist (Art. 73 BV). Sodann kann sich die Absicht einer ausgleichsoffenen Koordination in «Stichwortnormen»[2512] manifestieren, die bloss eine bestimmte Steuerungsrichtung andeuten, ohne konkreter zu werden. Archetypus solcher Stichwortnormen sind Grundrechtsbestimmungen. Beispielhaft: Die verfassungshandhabenden Behörden, allen voran das Bundesgericht, sollen regeln, was die «Glaubens- und Gewissensfreiheit» im Sinne des Art. 15 Abs. 1 BV beinhaltet, was das «Recht auf persönliche Freiheit» nach Art. 10 Abs. 2 BV besagt und wie diese beiden Grundrechtsansprüche zu koordinieren sind, wenn sie in einem konkreten Fall miteinander kollidieren.[2513] Schliesslich kann eine Regelungsabsicht zur ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen auch aus dem Schweigen 721

[2511] Siehe Art. 121 Abs. 4 BV; Art. 121a Abs. 5 BV; Art. 95 Abs. 3 BV; Art. 75b Abs. 2 BV.

[2512] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

[2513] M.w.H. zum Stichwortcharakter von Grundrechten H. HUBER, Konkretisierung, 200.

des Verfassungsgebers ergehen. Denn bloss weil es an näheren Regelungen des normativen Kontextes von Verfassungsnormen fehlt, darf nicht automatisch von einer Regelungsabsicht zur ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen auf der Steuerungsebene ausgegangen werden.[2514] Der Verfassungsbegriff des zwingenden Völkerrechts ist zum Beispiel an normativer Unbestimmtheit kaum zu überbieten, trotzdem wird wohl keinem anderer Verfassungspassus so klar eine Regelungsabsicht attestiert, bestimmte Verfassungsgehalte bedingungslos zu schützen.[2515] Die wichtigste Frage im Rahmen der ausgleichsoffenen Koordination auf der Steuerungsebene bleibt demnach jene nach der Regelungsabsicht des Verfassungsgebers. Konkret: Soll die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen aus Gründen der Sachrichtigkeit anderen Organen überlassen werden und falls ja, welchen und wieweit? Und inwiefern besitzt eine angenommene Volksinitiative «Rezeptionsbereitschaft»[2516] für Weisungsgehalte anderer Verfassungsnormen?

722 Der Typus der ausgleichsoffenen Koordination bezieht sich in erster Linie auf den Umgang mit Grundrechtskollisionen oder eine austarierte Zuordnung gegenläufiger Verfassungsziele, die einander auf der Steuerungsebene mehr oder minder bewusst nicht näher zugeordnet wurden. In angenommenen Volksinitiativen manifestiert sich, wenn man ihren staatspolitischen Zweck berücksichtigt, hingegen in weitaus geringerem Masse als gemeinhin angenommen eine Regelungsabsicht zur ausgleichsoffenen Koordination mit anderen Verfassungsbestimmungen. Ein solches Vorgehen ist bei angenommenen Volksinitiativen bloss insoweit von Bedeutung, als solche Normen nach einer Flexibilisierung der näheren Regelung ihres normativen Kontextes aus Gründen der Sachrichtigkeit suchen, was solche Bestimmungen regelmässig nicht oder nur in geringem Umfang tun. Denn in erster Linie wollen angenommene Volksinitiativen wesentliche Entscheide durch «ausgemessene Normierungen»[2517] auf Verfassungsstufe vorwegnehmen, um so gegen den Willen der eingesetzten Gewaltenträger steuernd auf den Inhalt staatlichen Handelns einzuwirken.

[2514] In BGE 139 I 16, 27, E. 4.3.4 betont das Bundesgericht der Sache nach zu Recht, dass ein Regelungsdefizit auf der Steuerungsebene nicht automatisch eine Verdichtungsbefugnis der rechtsanwendenden Organe oder der Bundesversammlung begründet.

[2515] Nach allgemeiner Auffassung geht das zwingende Völkerrecht entgegenstehendem Landesrecht unisono vor. Vgl. dazu Rz. 83, 92 f.; siehe statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4, Rz. 16; SGK-BV, ZIEGLER/ODENDAHL, Völkerrecht-Landesrecht, Rz. 51; GLASER, Zwingendes Völkerrecht, 203 ff.

[2516] Zur Rezeptionsbereitschaft von Verfassungsnormen im Allgemeinen TEUBNER, Verfassungsfragmente, 235; VOLKMANN, Grundzüge, 109, spricht von der «Aufnahmefähigkeit».

[2517] EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

Beispielhaft: Die angenommene Rothenthurminitiative verbietet als imperative, aber weiterzuentwickelnde Verfassungsnorm den Bau von Anlagen und die Bodenveränderungen in Mooren sowie Moorlandschaften von besonderer Bedeutung und von nationaler Bedeutung und läuft damit anderen durch die Verfassung geschützten öffentlichen Interessen zuwider.[2518] Der heutige Art. 78 Abs. 5 BV belässt jedoch in einem eng abgesteckten Bereich ausdrücklich Raum für eine parallele Berücksichtigung anderer Verfassungsinteressen auf der horizontalen Ebene. Eine ausgleichsoffene Koordination steht hier demnach soweit im Einklang mit den Regelungsabsichten des Verfassungsgebers, als sie der Gestaltung und Nutzung geschützter Moore dient (Art. 23d NHG). Ansonsten bleibt ein Ausgleich zwischen Art. 78 Abs. 5 BV und anderen verfassungsrechtlich geschützten Interessen unzulässig, die dem Moorschutz auf der horizontalen Ebene symmetrisch gegenüberstehen. Ähnliches gilt auch im Kontext der Ausschaffungsinitiative: Sie ermächtigt den Gesetzgeber zwar, die in Art. 121 Abs. 3 BV genannten Tatbestände näher zu umschreiben und sie um weitere Tatbestände zu ergänzen (Art. 121 Abs. 4 BV). Der Verfassungsgeber hat eine für die betroffenen Individuen zumutbare Konkretisierung dieser Tatbestände mit der Ablehnung des Gegenentwurfs zur Ausschaffungsinitiative jedoch unter seinen Vorbehalt gestellt. Auf der Steuerungsebene existiert somit keine Regelungsabsicht, Grundrechtsinteressen im Rahmen einer ausgleichsoffenen Koordination mitzuberücksichtigen, die der angenommenen Volksinitiative asymmetrisch zuwiderlaufen. 723

B. Handlungsebene

Auf der Handlungsebene liegt der Wesenszug der ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen darin, dass die konkrete Zuordnung von Verfassungsnormen keinem Vorbehalt von Volk und Ständen unterstehen, sodass Verfassungsbestimmungen in Ausübung hoheitlicher Gewalt und kollektiver Selbstbestimmung näher auszugestalten und zu koordinieren sind. Eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsgebote ist hier nicht nur zulässig, sondern aufgrund der normativen Kraft der zu koordinierenden Bestimmungen von Verfassungs wegen auch geboten. Institutionelle und prozedurale Verfassungsvorgaben weisen der Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene den Weg. 724

[2518] Konkret der Eigentumsgarantie und dem Militärunterricht als Sache des Bundes.

I. Institutionelle Perspektive

725 Gestaltungskompetenzen zur ausgleichsoffenen Koordination ergeben sich auf der Handlungsebene originär aus der angestammten Staatsgewalt. Für die situative Zuweisung solcher Gestaltungskompetenzen nimmt die ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen aus Gründen der Sachrichtigkeit Abstriche in Bezug auf den Legitimationsgrad (Wichtigkeit) hin und kompensiert diese über die Legitimationsform (Richtigkeit) des zuständigen Gewaltenträgers. Gesucht ist daher ein Organ, das widersprüchliche Verfassungsnormen auf der Handlungsebene einander möglichst sachgemäss zuordnet.

726 Die Bundesverfassung erklärt die nähere Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen mittels eines Gesetzgebungsauftrags zwar regelmässig ausdrücklich zur Sache der Bundesversammlung.[2519] Aufgrund der originären Koordinationskompetenzen der Legislative setzt eine ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen durch die Bundesversammlung allerdings nicht zwingend einen verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrag voraus. Die Bundesversammlung ist vielmehr überall dort für die ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen zuständig, wo es einer allgemeinverbindlichen Zuordnung gegenläufiger Verfassungsnormen für die Zukunft bedarf und sich daher ihre Legitimationsform – die verantwortete Deliberation – und die ihr zur Verfügung stehende Handlungsform des Gesetzes dazu relativ am besten eignen.

727 Da und dort ist die ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen aber auch Sache anderer Gewaltenträger. Zum einen kann die Bundesversammlung ihrerseits Befugnisse zur ausgleichsoffenen Koordination delegieren, indem sie Raum für Verwaltungsermessen oder judikative Verfassungsentwicklung belässt. Zum andern eignen sich andere Organe aufgrund ihrer Legitimationsform, mit der sie staatliche Akte rechtfertigen, mitunter besser zur ausgleichsoffenen Koordination als die Bundesversammlung. Wenn kollidierende Grundrechtsansprüche einander im konkreten Einzelfall in einem retrospektiven Verfahren nach den Massstäben der Rechtmässigkeit und Gerechtigkeit zuzuordnen sind, ist die ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen bevorzugt Sache des Bundesgerichts.[2520] Ist eine ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen aus Gründen der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit zeitlich und sachlich dringlich, so darf, ja muss, der Bundesrat Verfassungsnormen vorüber-

[2519] So wird die Bundesversammlung in den Art. 74 ff. BV an verschiedener Stelle explizit dazu ermächtigt, die in Art. 73 BV vorgegebenen Verfassungsziele einander inhaltlich näher zuzuordnen.

[2520] Zum Umgang mit Grundrechtskollisionen BGE 123 I 152, 157 f., E. 3b; BGE 125 I 21, 32 f., E. 3dd; BGE 127 I 164, 171 f., E. 3c; BGE 129 I 173, 184, E. 5.1; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, 71 ff., 74; grundlegend MARTIN, Grundrechtskollisionen.

gehend mittels einer gesetzesvertretenden Verordnung koordinieren, insofern die Bundesverfassung ihn dazu ermächtigt. Die gesetzesvertretende Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften steht hierfür als vorübergehende Konkretisierung von Art. 95 Abs. 3 BV Beispiel.[2521]

II. Prozedurale Perspektive

Ob, wann und wie auf der Handlungsebene eine ausgleichsoffene Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen vorzunehmen ist, entscheidet – ausdrückliche verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge vorbehalten – das dafür zuständige Organ selbst. Neben institutionell-organisatorischen Vorgaben vermitteln der ausgleichsoffenen Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene dabei verfassungsrechtliche Ausgleichsmaximen Mass und Form.[2522] Sie verpflichten im Koordinationsvorgang zu bestimmten Einwänden gegenüber möglichen Koordinationsoptionen. Abhängig von den konkret betroffenen Interessen einer ausgleichsoffenen Koordination erfolgt durch Ausgleichsmaximen eine andersartige Feinjustierung des Koordinationsziels und der Koordinationsweise: 728

Stehen Interessen des Staates und solche Privater einander gegenüber (*diagonale Ebene*), konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip in seiner Bedeutungsschicht als Ausgleichsmaxime die ausgleichsoffene Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 3 BV).[2523] Das Koordinationsziel wird hierbei durch die Forderung nach einer gegenüber privaten Interessen zumutbaren Zuordnung der betroffenen Verfassungsbestimmungen präzisiert. Als Koordinationstechnik dient weder die Hierarchisierung noch die Harmonisierung. Stattdessen sind die von der Koordination betroffenen privaten Interessen zu ermitteln, zu berücksichtigen und es ist zu begründen, weshalb die vorgenommene Koordination eine taugliche Lösung darstellt, da sie sowohl dem öffentlichen Interesse entspricht als auch den betroffenen Interessen Privater zugemutet werden kann.[2524] 729

Die aus ihrem methodischen Korsett herausgelöste und am verfassungsstaatlichen Formungsentscheid für eine Konkordanzdemokratie neu ausgerichtete Ausgleichsmaxime der praktischen Konkordanz vermittelt der ausgleichsoffenen Koordination von einander symmetrisch gegenüberstehenden öffentlichen oder privaten Interessen (*horizontale Ebene*) zusätzliche Orientierung. Das Koordinationsziel präzisiert die Ausgleichsmaxime der praktischen Konkordanz durch 730

2521 M.w.H. Fn. 599; MUSLIU, Umsetzung, 186 ff.; SGK-BV, HÄUSERMANN, Art. 95, Rz. 62.

2522 Grundlegend zu Ausgleichsmaximen Teil III Kapitel 3 B. I.

2523 Grundlegend zum Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausgleichsmaxime Rz. 605 f.

2524 Wohl gl. M. BSK BV-EPINEY, Art. 5, N 71; M. MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 63 ff.

die Forderung nach grösstmöglicher Zustimmung und Akzeptanz von Koordinationsoptionen. Als Koordinationstechnik dient eine Analyse, ob die parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsinteressen einen positiven Effekt auf die Zustimmung und Akzeptanz gegenüber der konkreten Zuordnung von Verfassungsnormen haben könnte, weil sie für die Minderheiten dadurch hinnehmbar(er) wird. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage findet die praktische Konkordanz als Ausgleichsmaxime in Art. 5 Abs. 2 BV.[2525]

731 Auf der *vertikalen Ebene*, also zwischen Interessen des Bundes und der Kantone, präzisiert das Subsidiaritätsprinzip in seiner Bedeutungsschicht als Ausgleichsmaxime (Art. 5a BV) den Respekt gegenüber der Souveränität einzelner Kantone.[2526] Das Koordinationsziel präzisiert diese Ausgleichsmaxime durch die Forderung nach einer gegenüber kantonalen Anliegen möglichst schonenden Zuordnung gegenläufiger Verfassungsnormen. Als Koordinationstechnik dient die Suche nach einem Ausgleich, der den Gestaltungsbefugnissen der Kantone grösstmöglichen Respekt zollt.

732 Auf der *transnationalen Ebene* verpflichtet das Beachtungsgebot des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4 BV) in seiner Bedeutungsschicht als Ausgleichsmaxime zur Klärung, inwiefern der gegenseitige Respekt für die künftige Zusammenarbeit zwischen Staaten auf der transnationalen Ebene verlangt, dass völkerrechtliche Vorgaben eine parallele Mitberücksichtigung erfahren.[2527] Dabei existieren unterschiedliche Stossrichtungen: Die Koordination von völkerrechtlichen Vorgaben und Verfassungsnormen kann durch eine weitreichende Berücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben erfolgen, so etwa im Rahmen eines antizipierenden Entgegenwirkens gegenüber allfälligen Verurteilungen der Schweiz durch den EGMR. Aus demokratischen oder föderalistischen Gründen kann aber auch eine möglichst schonende Mitberücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben angezeigt sein.

733 Ihre Grenze findet die ausgleichsoffene Koordination auf der Handlungsebene in Vorgaben oder Vorbehalten des Verfassungsgebers über die nähere Zuordnung von Verfassungsnormen. Eine Abkehr von Vorentscheiden des Verfassungsgebers zur parallelen Mitberücksichtigung anderer Verfassungsnormen vermögen Ausgleichsmaximen als reine Relationierungsgebote nicht zu rechtfertigen. Im Kontext angenommener Volksinitiativen stösst die ausgleichsoffene Koordination demnach viel schneller an ihre Grenzen als gemeinhin angenommen. Denn solche Verfassungsbestimmungen wollen steuernd auf die Gestaltung der einge-

[2525] Grundlegend zur praktischen Konkordanz als Ausgleichsmaxime Rz. 611 ff.
[2526] Grundlegend zum Subsidiaritätsprinzip als Ausgleichsmaxime Rz. 617 f.
[2527] M.w.H. Rz. 624 ff.

setzten Organe einwirken, indem sie diese bestimmten Verfassungsvorbehalten unterstellen.

734 Beispielhaft: Die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der angenommenen Rothenthurminitiative (Art. 78 Abs. 5 BV) und anderen verfassungsrechtlich geschützten Interessen, die dem Moorschutz auf der horizontalen Ebene symmetrisch gegenüberstehen, steht nur insoweit im Einklang mit den Vorentscheiden des Verfassungsgebers, wie sie der Gestaltung und Nutzung geschützter Moore dient. Die Volksinitiative über ein Verhüllungsverbot[2528] belässt dem Gesetzgeber zwar einen eng abgesteckten Raum, um das Verbot der Gesichtsverhüllung im öffentlichen Raum für gewisse – aber eben nicht für alle – Betroffenen zumutbar auszugestalten. Im Falle einer Annahme dieser Volksinitiative liefe eine für betroffene Individuen zumutbare Ausgestaltung dieser Volksinitiative jedoch weitgehend den Vorbehalten des Verfassungsgebers entgegen, der Ausnahmen ausschliesslich aus «Gründen der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums» zulässt, nicht aber für den Tourismus, politische Veranstaltungen oder Werbeaktivitäten (Abs. 3).[2529] Wo eine angenommene Volksinitiative anderen verfassungsrechtlich geschützten öffentlichen Interessen zuwiderläuft, aber – wie Art. 75b Abs. 1 BV oder Art. 121 Abs. 3 BV – zumindest in einem gewissen Ausmass ausgleichsresistent ausgestaltet ist, um gegen den Willen der politischen Behörden steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einzuwirken, hilft die ausgleichsoffene Koordination hingegen nicht weiter.

[2528] M.w.H. zur Verhüllungsverbotsinitiative Fn. 2249.

[2529] Vgl. Botschaft Verhüllungsverbotsinitiative, BBl 2019 2913 ff., 2934 f.

Kapitel 2 Ausgleichsresistente Koordination

735 Die ausgleichsresistente Koordination bezweckt eine nähere Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen nach den Vorgaben des Verfassungsgebers. Das Sprachbild der «ausgleichsresistenten Koordination» bezieht sich auf die Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, die nähere Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen – zumindest in einem bestimmten Umfang – verbindlich selbst zu regeln, um dadurch steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einzuwirken.

A. Steuerungsebene

736 Die ausgleichsresistente Koordination beruht auf einer Steuerungsabsicht des Verfassungsgebers, die nähere Zuordnung von Verfassungsnormen zu stabilisieren. Der Verfassungsgeber regelt den normativen Kontext von Verfassungsnormen hier selbst, weil er es den eingesetzten Organen nicht zutraut, gegenläufige Verfassungsnormen in seinem Interesse zu koordinieren. Rechtsetzungstechnisch wird die Regelungsabsicht einer ausgleichsresistenten Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen auf der Steuerungsebene primär durch durchnormierte normative Kontexte sowie «ausgemessene Normierungen»[2530] kundgetan. Paradoxerweise ergeben sich aus dem Normtext, der Normstruktur und dem Normkontext der zu koordinierenden Bestimmungen indes regelmässig keine oder nur schwache Anhaltspunkte über die Regelungsabsicht einer ausgleichsresistenten Koordination, obschon eine möglichst stabile Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen anvisiert wird. Steuerungsabsichten zur ausgleichsresistenten Koordination korrelieren auch nicht negativ mit der Norm- und Koordinationsoffenheit widersprüchlicher Verfassungsnormen; der an normativer Unbestimmtheit kaum zu überbietende Verfassungsbegriff des zwingenden Völkerrechts belegt dies.[2531] Eine zentrale Rolle im Rahmen der Evaluation von Regelungsabsichten zur ausgleichsresistenten Koordination auf der Steuerungsebene besitzt indes die Normbiografie der zu koordinierenden Normen. Denn eine ausgleichsresistente Koordination verlangen vor allem Verfassungsnormen, die zu einem bestimmten Zeitpunkt aus symbolischen Gründen auf Stufe Bundesverfassung angesiedelt wurden, der Art und Sache nach zuweilen verfassungsförmiges Verwaltungsrecht darstellen und Ausnahmen von anderen Verfassungsnormen statuieren. Das Verhältnis der Rechtsgleichheit von Mann und

[2530] Der Begriff ist entnommen bei EICHENBERGER, Partialrevision, 219.

[2531] M.w.H. zum Vorrang des zwingenden Völkerrechts Fn. 2515.

Frau (Art. 8 Abs. 3 BV) und ihrer Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Militärdienstpflicht (Art. 59 Abs. 1–3 BV)[2532], aber auch das einstmalige Schächtverbot (Art. 25[bis] aBV) oder das Minarettbauverbot (Art. 72 Abs. 3 BV)[2533] stehen hierfür Beispiel. Zusammengefasst bleibt auf der Steuerungsebene im Kontext der ausgleichsresistenten Koordination die wichtigste Frage jene nach den Regelungsabsichten des Verfassungsgebers. Konkret: Soll die Sachrichtigkeit bei der Zuordnung von Verfassungsnormen vernachlässigt werden, weil der Verfassungsgeber ihren normativen Kontext verbindlich selbst regeln wollte, um steuernd auf bestimmte Inhalte staatlicher Gestaltung einzuwirken?

Aus der Normbiografie einer angenommenen Volksinitiative ergibt sich – Ausnahmen vorbehalten – auf der Steuerungsebene eine weitreichende Absicht zur ausgleichsresistenten Koordination. Schliesslich will der Verfassungsgeber mit solchen Bestimmungen die eingesetzten Gewaltenträger in die Pflicht nehmen und steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einwirken («recourir à la force»[2534]). Zu diesem Zweck wird via Verfassung verbindlich eine neue oder andere Regelung von Bereichen vorgegeben, ohne geltende Verfassungsvorgaben ausser Kraft zu setzen. Die Frage, ob eine angenommene Volksinitiative als jüngere Bestimmung vorbestehenden Verfassungsnormen vorgeht (lex posterior derogat legi priori), verstellt dabei den Blick mehr, als dass sie klärend wirkt. In Frage steht regelmässig weniger die Tatsache als vielmehr das erforderliche Ausmass einer ausgleichsresistenten Koordination angenommener Volksinitiativen und anderer Verfassungsnormen. Denn die Normbiografie einer zu Verfassungsrecht gewordenen Volksinitiative ist von Opposition und Widerspruch geprägt, nicht von Konkordanz und Ausgleich. 737

Beispielhaft: Die Zweitwohnungsinitiative[2535] verpflichtet allen voran die gesetzgebenden Behörden unmissverständlich dazu, den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent zu beschränken. Den Artikel als imperative, aber weiterzuentwickelnde Verfassungsnorm[2536] zu umschreiben, leitet fehl, weil damit eine Steuerungsabsicht zur ausgleichsoffenen Koordination suggeriert wird. Als Volksinitiative, die gegen den Willen der politischen Behörden steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einwirken 738

2532 Im Vordergrund stehen jeweils weniger sachliche Gründen als vielmehr ein Verweis auf eine entsprechende Tradition; vgl. zuletzt Urteil BGer 2C 1051/2016 vom 24.08.2017, E. 3.3 f.; OFK-BV, BIAGGINI, Art. 59, N 6; SGK-BV, MEYER, Art. 59, Rz. 4; BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICKER, Art. 59, N 6.

2533 M.w.H. Teil II Kapitel 1 A.

2534 Der Begriff ist bei CONDORCET entnommen, m.w.H. Fn. 19.

2535 Grundlegend Teil II Kapitel 1 C.

2536 So der Titel bei WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm.

will, erfordert Art. 75b Abs. 1 BV nämlich vielmehr eine ausgleichsresistente Koordination mit gegenläufigen Verfassungsnormen, soweit dies zur Erreichung des Ziels – den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent zu beschränken – notwendig ist.

B. Handlungsebene

739 Auf der Handlungsebene liegt der Wesenszug einer ausgleichsresistenten Koordination von Verfassungsnormen in der stabilen Regelung normativer Kontexte mittels Vorgaben des Verfassungsgebers, durch welche die nähere Zuordnung von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene streng und unentrinnbar eingefasst bleibt. Angestrebt wird weder ein Ausgleich noch eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsnormen, sondern das Vorgehen der eingesetzten Gewaltenträger auf der Handlungsebene soll stabilisiert werden. Die Vorentscheide des Verfassungsgebers über die nähere Ausgestaltung und Zuordnung von Verfassungsnormen sind in die Wirklichkeit oder zumindest näher an diese heranzuführen und Verfassungsnormen einander in dessen Sinne zuzuordnen. Institutionelle und prozedurale Verfassungsvorgaben weisen der Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur ausgleichsresistenten Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene den Weg.

I. Institutionelle Perspektive

740 Gestaltungskompetenzen zur ausgleichsresistenten Koordination von Verfassungsnormen ergeben sich auf der Handlungsebene zwar originär aus der legislativen, der exekutiven und der judikativen Gewalt. Zur Stabilisierung der näheren Ausgestaltung und Koordination von Verfassungsnormen nimmt die ausgleichsresistente Koordination bei der situativen Zuweisung entsprechender Gestaltungskompetenzen Abstriche in Bezug auf die Sachrichtigkeit der Koordination in Kauf (Legitimationsform) und kompensiert diese über den Legitimationsgrad der Verfassung als Handlungsform zur Koordination von Verfassungsbestimmungen. Auf der Handlungsebene bleiben deswegen alle Organe im selben Ausmass dazu verpflichtet, den normativen Kontext von Verfassungsnormen nach den Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers zu regeln. Kurzum: Im Rahmen der ausgleichsresistenten Koordination von Verfassungsnormen «verfasst» die Bundesverfassung die Regelung des normativen Kontextes nicht bloss, sondern ordnet eine ganz bestimmte Zuordnung von Verfassungsnormen an. Die verschiedenen Legitimationsformen der einzelnen Gewaltenträger und die Art und Weise, wie Verfassungsnormen ihnen gegenüber ihre Bindungskraft entfal-

ten,[2537] spielen im Rahmen der ausgleichsresistenten Koordination auf der Handlungsebene derweil eine untergeordnete(re) Rolle.

II. Prozedurale Perspektive

Der Verfassungsgeber ordnet an, ob, wann und wie auf der Handlungsebene eine ausgleichsresistente Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen vorzunehmen ist. Neben institutionell-organisatorischen Vorgaben vermitteln der ausgleichsresistenten Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene zwei verfassungsrechtliche Bindungsmaximen[2538] zusätzliche Orientierung: die Verfassungsgebundenheit und das Erfordernis der Verfassungsform. Verkürzt regieren diese beiden Teilgehalte des Legalitätsprinzips den Koordinationsvorgang unabhängig von Form, Bereich, Ebenen und Adressat mit, indem sie Staatsorgane auf der Handlungsebene zu Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers und dessen politischen Gestaltungsprimate verpflichten. 741

Die Bindungsmaxime der *Verfassungsgebundenheit* verpflichtet auf der Handlungsebene zur möglichst genauen Klärung folgender Fragen:[2539] Wo belässt der Verfassungsgeber Koordinationsspielraum und wo ist die Koordinationsform unklar? Welche Koordinationsformen hat der Verfassungsgeber nicht beabsichtigt und sind zu verwerfen, weil sie mangels Respekt gegenüber Vorentscheiden des Verfassungsgebers erwartungsgemäss nicht auf Zustimmung stossen werden? Gemäss der Bindungsmaxime des *Erfordernisses der Verfassungsform* ist im Rahmen der ausgleichsresistenten Koordination auf der Handlungsebene zudem möglichst verlässlich zu bestimmen, welchen Legitimationsgrad eine bestimmte Koordination von Verfassungsnormen aufgrund ihrer «Wichtigkeit» voraussetzt und welche Handlungsform dies erfordert.[2540] Konkret: Was steht im Rahmen der Ausübung von Koordinationskompetenzen auf der Handlungsebene nicht zur Disposition, selbst wenn keine entsprechende Regelungsabsicht auf der Steuerungsebene ersichtlich ist, weil die Bewältigung des politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative nur dann gelingen kann? Insoweit eine Verfassungsnorm demnach in Kauf nimmt, dass sie eine bereits geregelte Sache anders regelt, ohne die bestehende Vorgabe ausser Kraft zu setzen, verpflichten Bindungsmaximen dazu, solche Widersprüche auf der Handlungsebene auszuhalten. 742

[2537] Zur Bindungskraft von Verfassungsnormen Rz. 580 ff.
[2538] Grundsätzlich zu Bindungsmaximen Teil III Kapitel 3 B. II.
[2539] Grundlegend zur Verfassungsgebundenheit als Bindungsmaxime Rz. 640 ff.
[2540] Grundlegend zum Erfordernis der Verfassungsform als Bindungsmaxime Rz. 643 f.

743 Auf der Handlungsebene besteht Bedarf an ausgleichsresistenter Koordination, soweit der Verfassungsgeber die nähere Zuordnung von Verfassungsnormen selbst geregelt hat, um auf diese Weise steuernd auf die staatliche Gestaltung durch andere Organe einzuwirken. Dass verfassungsförmiges Verwaltungsrecht denselben Sacherhalt präziser regelt als vorbestehende Verfassungsnormen, steht ausser Frage; ebenso, dass angenommene Volksinitiativen eine Änderungsabsicht gegenüber der geltenden Rechtslage zum Ausdruck bringen. Zu ermitteln ist vielmehr der Umfang der Ausgleichsresistenz solcher Verfassungsbestimmungen respektive – negativ umschrieben – inwieweit eine ausgleichsoffene Koordination unzulässig bleibt. Ihre Grenze findet die ausgleichsresistente Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen auf der Handlungsebene dort, wo Vorentscheide des Verfassungsgebers und Bindungsmaximen nicht das letzte Wort sind und die Garantie residualer Schutzpositionen trotz geltendem Rechtssatz ein Mindestmass an Differenzierung erfordert.[2541]

744 Beispielhaft: Die Koordination der angenommenen Zweitwohnungsinitiative[2542] mittels Suche eines harten Kerns, jenseits dessen auf der Handlungsebene beliebig vorgegangen werden kann, wird der Regelungsabsicht von Art. 75b BV nicht gerecht. Schliesslich nahm diese Verfassungsnorm eine weitreichende Relativierung vorbestehender Verfassungsvorgaben auf der Handlungsebene in Kauf, um steuernd auf den Inhalt staatlicher Gestaltung einzuwirken. Solche Verfassungsbestimmungen über die Mittel, die Verfahren und den Inhalt staatlicher Gestaltung sind keine losen Gestaltungsaufträge, sondern verbindliche Anordnungen über die Art und Weise staatlicher Gewaltausübung. Sie stehen auf der Handlungsebene nicht zur Disposition, soweit das für die mittels solcher Verfassungsvorgaben gesuchten Steuerungseffekte notwendig ist. Die Koordination einer angenommenen Volksinitiative wie Art. 75b BV und anderer Verfassungsnormen steht auf der Handlungsebene demnach nur im Einklang mit den Vorentscheiden des Verfassungsgebers, wenn der Ausgleichsresistenz dieser neuen Verfassungsnorm so lange Rechnung getragen wird, bis das vorgegebene Ziel erreicht ist: den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens 20 Prozent zu beschränken.

[2541] M.w.H. Rz. 652 f.; siehe auch Teil IV Kapitel 3; Teil IV Kapitel 4 und Teil IV Kapitel 5.

[2542] Grundlegend Teil II Kapitel 1 C.

Kapitel 3 Freiheitssichernde Koordination

Die freiheitssichernde Koordination bezweckt eine staatsleitende Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen, die das notwendige Mindestmass an Freiheit einzelner Bürgerinnen und Bürgern vor dem Staat absichert, durch das sich ein Verfassungsstaat vom reinen Machtstaat abgrenzt. Das Sprachbild der «freiheitssichernden Koordination» hebt hervor, dass mitunter trotz einer näheren Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen in einem staatsleitenden Moderationsprozess zu prüfen ist, inwiefern das notwendige Minimum an Schutz individueller Freiheitsrechte nur garantiert bleibt, wenn Regelungsabsichten des Verfassungsgebers auf der Handlungsebene relativiert oder suspendiert werden. Damit steht die freiheitssichernde Koordination der ausgleichsoffenen und der ausgleichsresistenten Koordination als absoluter Ausnahmefall gegenüber. 745

A. Steuerungsebene

Die freiheitssichernde Koordination beruht auf einer Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, einzelne Rechtssubjekte nicht wehrlos demokratischen Mehrheitsentscheiden auszusetzen. Sie wirkt weder flexibilisierend noch stabilisierend, sondern freiheitssichernd. Genau genommen geht es dabei weniger um eine Regelungsabsicht als vielmehr um das tieferliegende Bewusstsein, dass eine verfassungsstaatliche Ordnung ihre Akzeptanz und Kontinuität nur behält, wenn sie dem Individuum ein Fundament residualer Schutzpositionen vor dem Staat garantiert. Ebenjenes Bewusstsein strömt von den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden[2543] ausgehend durch die gesamte Bundesverfassung hindurch und erinnert daran, dass Individuen keinesfalls zum reinen Objekt demokratischer Mehrheitsentscheide degradiert werden dürfen. Auf der Steuerungsebene manifestiert sich dieses Bewusstsein zum einen in verfassungsmässigen Rechten wie dem Willkürverbot (Art. 9 BV) oder dem Gleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), die Individuen ein «formalisiertes Widerstandsrecht»[2544] garantieren, um sich unerträglichen Staatsakten mit den Mitteln des Rechts zu widersetzen (Mikroebene). Zum andern toleriert auf der Steuerungsebene das Legalitätsprinzip an die Notwendigkeit eines unverzichtbaren Minimalschutzes von Individuen 746

[2543] M.w.H. Rz. 409 ff.
[2544] THÜRER, Willkürverbot, 430.

vor dem Staat, indem es zum Erhalt individueller Freiheiten Raum für eine nachholende Interessenberücksichtigung belässt (Makroebene).[2545]

747 Der Typus der freiheitssichernden Koordination bezieht sich auf den Umgang mit Situationen, in denen auf der Steuerungsebene zwar mehr oder minder klare Regelungsabsichten des Verfassungsgebers bestimmbar sind, es jedoch trotz geltendem Rechtssatz eines Mindestmasses an Differenzierung bedarf, weil einzelne Individuen ansonsten zum reinen Objekt demokratischer Mehrheitsentscheide verkämen. Dass sich die Legitimität oder die Egalität im Rahmen einer freiheitssichernden Koordination von Verfassungsnormen nur im absoluten Ausnahmefall gegenüber der Legalität durchzusetzen vermögen, verdeutlicht die bundesgerichtliche Praxis zur Gleichbehandlung im Unrecht und zum Willkürverbot.[2546] Im Zusammenhang mit einer angenommenen Volksinitiative wird die Bedeutung der freiheitssichernden Koordination gemeinhin unterschätzt. Gewiss: Politische Konflikte hinter einer angenommenen Volksinitiative lassen sich durch die Verfassung – wenn überhaupt – nur bewältigen, wenn die Regelungsabsichten des Verfassungsgebers befolgt werden. Umgekehrt: Volksinitiativen sind ein Mittel zum Erhalt der verfassungsstaatlichen Ordnung und ihrer Akzeptanz, nicht ihrer Schädigung.[2547] Die Bewältigung eines politischen Konflikts hinter einer angenommenen Volksinitiative gelingt daher auch nur, wenn die damit betrauten Organe, allen voran die Bundesversammlung, dabei ein Mindestmass an Freiheit der einzelnen Individuen vor dem Staat garantieren – Vorentscheide des Verfassungsgebers hin oder her.

748 Beispielhaft: Mit der Ausschaffungsinitiative[2548] wollte der Verfassungsgeber den Ermessensspielraum rechtsanwendender Behörden im Rahmen des Widerrufs von Aufenthaltsbewilligungen strafrechtlich verurteilter Ausländer abschaffen.[2549] Zu diesem Zweck normiert die neue Verfassungsnorm einen imperativen «Ausweisungsautomatismus»[2550] (Art. 121 Abs. 5 BV) und nennt verschiedene Tatbestände (Art. 121 Abs. 3 BV), die diese Rechtsfolge auslösen. Ausserdem hat der Verfassungsgeber mit der Ablehnung des Gegenentwurfs zur Volksinitiative eine für die betroffenen Individuen zumutbare und mit völkerrechtlichen Vorgaben vereinbare Konkretisierung dieser Tatbestände unter seinen Vorbehalt gestellt. Auf der Steuerungsebene existiert jedoch nicht bloss die in der neuen Verfassungsnorm zum Ausdruck gebrachte Regelungsabsicht, sondern auch das

---

2545 M.w.H. zur nachholenden Interessenberücksichtigung B. SCHINDLER, Verwaltungsermessen, Rz. 333 f.; TSCHANNEN, Stimmrecht, Rz. 784.

2546 M.w.H. dazu Fn. 2361, 2365.

2547 M.w.H. Rz. 54 f. sowie Rz. 125.

2548 Grundlegend Teil II Kapitel 1 B.

2549 Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5127, 5106.

2550 BGE 139 I 16, 26, E. 4.3.2.

aus dem Willkürverbot, der Rechtsgleichheit und dem Legalitätsprinzip strömende Bewusstsein, dass es in einem Verfassungsstaat mitunter trotz geltendem Rechtssatz eines Mindestmasses an Differenzierung bedarf, da einzelne Individuen andernfalls zum reinen Objekt demokratischer Mehrheitsentscheide verkämen.

B. Handlungsebene

Wesenszug des Typus der freiheitssichernden Koordination auf der Handlungsebene ist die Reflexion über die Notwendigkeit und die erforderlichen Massnahmen, um residuale Schutzpositionen einzelner Individuen vor dem Staat abzusichern. Damit steht die freiheitssichernde Koordination zunächst einmal sämtlichen anderen Optionen der Zuordnung von Verfassungsnormen als Ultima Ratio subsidiär gegenüber. Sodann weist die freiheitssichernde Koordination auf der Handlungsebene aus, dass Vorentscheide des Verfassungsgebers verfassungsrechtlich geschützte Freiheiten einzelner Individuen nicht bloss einschränken, sondern frontal mit solchen aufeinanderprallen. Schliesslich hat eine freiheitssichernde Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene in einem staatsleitenden Moderationsprozess ein Mindestmass an individueller Freiheit vor dem Staat unter grösstmöglicher Rücksicht auf die Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers zu gewährleisten. Mit anderen Worten werden residuale Schutzpositionen Einzelner vor dem Staat prozedural in einem Verfahren vermittelt, bei dem die individuelle Freiheitsausübung am Ende oben aufschwingen kann, aber nicht zwingend muss. Denn die freiheitssichernde Koordination sucht keinen Ausgleich, keine Zuordnung nach den Vorgaben des Verfassungsgebers, sondern will politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen unter Rücksicht auf residuale Schutzpositionen der einzelnen Bürger vor dem Staat befrieden. Dabei geht es weder nur um die Verwirklichung der angenommenen Volksinitiative noch allein um den Schutz individueller Freiheiten vor demokratischen Mehrheitsentscheiden, sondern eben um beides zusammen. Institutionelle und prozedurale Verfassungsvorgaben weisen der Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur freiheitssichernden Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene den Weg. 749

I. Institutionelle Perspektive

Gestaltungskompetenzen zur freiheitssichernden Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene ergeben sich originär aus der legislativen, der exekutiven und der judikativen Gewalt. Solche Befugnisse sind Ausdruck der anteilsmässigen Ausübung der obersten Gewalt im Bund im Namen und im Inte- 750

resse von Volk und Ständen, weshalb ihre Ausübung nicht auf grünes Licht des Verfassungsgebers angewiesen ist. Bei der Zuweisung entsprechender Gestaltungskompetenzen nimmt die freiheitssichernde Koordination von Verfassungsnormen Abstriche in Bezug auf den Legitimationsgrad (Wichtigkeit) hin und kompensiert diese über die Legitimationsform (Richtigkeit) des zuständigen Gewaltenträgers. Verlangt wird demnach ein Organ, das Verfassungsnormen auf der Handlungsebene mittels staatsleitender Moderation in einer Weise zu koordinieren vermag, die ein Mindestmass an Rücksicht auf Formen individueller Freiheitsausübung unter grösstmöglichem Respekt vor den Vorentscheiden des Verfassungsgebers gewährleistet.

751 Die bundesgerichtliche Praxis zum Willkürverbot und zur Gleichbehandlung im Unrecht hat sich als staatsrechtlich insgesamt bedacht herausgestellt, um für eine freiheitssichernde Koordination zwischen dem Legalitätsprinzip und dem Willkürverbot in einem retrospektiven Verfahren zur individuellen Streitbeilegung im Einzelfall zu sorgen.[2551]

752 Soll die freiheitssichernde Koordination von Verfassungsnormen hingegen individueller Freiheitsausübung von Menschen ein Minimum an Schutz vor dem Staat in einer allgemeinverbindlichen und zukunftsgerichteten Weise sicherstellen, erfordert es dafür die parlamentarische Legitimationsform staatlichen Handelns. Die Bundesversammlung hat in solchen Fällen als Drehscheibe zwischen der angenommenen Volksinitiative und dem Schutz der Betroffenen zu vermitteln und in verantworteter Deliberation nach einem zustimmungsfähigen Kompromiss zu suchen, dem die Mehrheit zustimmt und der von den Betroffenen hingenommen werden kann. Die Befugnisse wie auch die Verantwortung der Bundesversammlung gehen im Rahmen der freiheitssichernden Koordination weiter als jene des Bundesrates aufgrund ihres Anteils an der Trägerschaft der obersten Gewalt im Bund respektive der rechtlichen und politischen Gesamtverantwortung, die ihr die Bundesverfassung im Legislativstaat zuweist. Zudem kann durch die parlamentarische Handlungsform des Gesetzes im Rahmen einer freiheitssichernden Koordination auf der Handlungsebene die Suspension des handlungsformabhängigen Legitimationsgrads abgeschwächt werden, indem die angenommene Volksinitiative und der Schutz residualer Schutzpositionen Einzelner vor dem Staat auf eine Weise miteinander verkoppelt werden, die einen Zugang zum fakultativen Volksreferendum offenhält.

[2551] M.w.H. dazu Fn. 2361; 2365.

II. Prozedurale Perspektive

753 Wann auf der Handlungsebene eine freiheitssichernde Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen wie vorzunehmen ist, entscheidet das zuständige Organ, nicht der Verfassungsgeber. Schliesslich vermitteln Volksinitiativen dem Volk zwar Zutritte, aber keine subsidiäre Generalkompetenz zur Staatsleitung. In seiner Bedeutungsschicht als Moderationspflicht unterwirft das Willkürverbot (Art. 9 BV) die Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur freiheitssichernden Koordination auf der Handlungsebene allerdings strengen Vorgaben.[2552] Als Auslöser eines staatsleitenden Moderationsprozesses verpflichtet diese Moderationspflicht auf der Handlungsebene zur Reflexion darüber, ob die Absicherung eines Mindestmasses individueller Freiheitsausübung vor dem Staat einzig durch eine Relativierung geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene gelingt. Das ist der Fall, wenn Betroffenen der Kampf um den Erhalt individueller Freiheitsrechte mit rechtlichen Instrumenten nicht bloss im Einzelfall, sondern strukturell verunmöglicht wird. Kommt die Bundesversammlung oder ein anderes für die freiheitssichernde Koordination von Verfassungsnormen zuständiges Organ im Rahmen einer Gesamtwürdigung zum Schluss, dass die Betroffenen von Rechtsvorgaben mangels Rechten zum Kampf um den Erhalt ihrer Freiheiten vor dem Staat zu reinen Objekten von Mehrheitsentscheiden degradiert werden, so sind diese Rechtsvorgaben auf der Handlungsebene in einem staatsleitenden Moderationsprozess so mit den Schutzpositionen der Betroffenen zu verschränken, dass diese sich weiterhin mit den Mitteln des Recht gegen willkürliche Staatsakte wehren können. Die freiheitssichernde Koordination gewährleistet Individuen residuale Schutzpositionen vor dem Staat auf der Handlungsebene somit nicht durch einen legalen Schutzwall, sondern durch ein prozedurales Recht, mit dem sie um den Erhalt ihrer Freiheitsrechte in rechtlichen Verfahren kämpfen können. Demzufolge kann der Schutz individueller Freiheitsausübung im Rahmen der freiheitssichernden Koordination von Verfassungsnormen am Ende oben aufschwingen, aber tut das nicht zwingend. Ebenso kann der staatsleitende Moderationsprozess – wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichbehandlung im Unrecht zeigt[2553] – im Schutz der Vorentscheide des Rechtsetzers münden. Doch selbst wenn am Ende die angenommene Volksinitiative kompromisslos befolgt wird, leistet das Verfassungsinteresse an der Vermittlung residualer Schutzgarantien einen komplementären und unverzichtbaren Beitrag zur Rechtfertigung der staatsleitenden Moderation dieser Anliegen im konkreten Fall.

[2552] Grundlegen Rz. 670 ff.
[2553] M.w.H. dazu Fn. 2361.

754 Ein Bedarf an freiheitssichernder Koordination auf der Handlungsebene kann aus zeitlichen Gründen entstehen, wenn Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers aufgrund einer seit ihrem Erlass stattgefundenen geistigen, sozialen und politischen Entwicklung nicht mehr standhalten («Verfassungswandel»[2554]). Genau genommen wird dabei der Verfassungsmassstab nicht angepasst, sondern auf der Handlungsebene infolge eines gesellschaftlichen Wertewandels zur Sicherung individueller Freiheitsrechte nicht im ursprünglichen Sinne angewandt. Eine derartige freiheitssichernde Koordination des Legalitätsprinzips sowie Garantien individueller Freiheitsausübung setzt dafür erstens einen Wandel von gesellschaftlichen Vorstellungen in der Zeit voraus, aufgrund dessen ein einstmals für hinreichend erachtetes Mass an individueller Freiheitsausübung heutigen Massstäben nicht mehr standhält. Was einst als austarierter Kompromiss galt, ist das mitunter heute nicht mehr, man denke etwa an den fehlenden Zugang zu politischen Rechten für Frauen im Jahr 1990 im Kanton Appenzell-Innerrhoden. Zweitens bedarf es Manifestationen im rechtlichen Ordnungsgefüge, die diesen Wandel bestätigen.[2555] Und drittens ist ein überwiegendes Interesse an der Gewähr entsprechender Rechte zur individuellen Freiheitsausübung im konkreten Fall vonnöten. Für eine freiheitssichernde Koordination in zeitlicher Hinsicht eignet sich das Bundesgericht relativ gesehen am besten, weil dabei vor allem die individuelle Betroffenheit und konkrete Interessen im Vordergrund stehen.

755 Bedarf an freiheitssichernder Koordination kann aber auch entstehen, wenn angenommene Volksinitiativen eine prozedurale Absicherung residualer Schutzpositionen Einzelner vor dem Staat verunmöglichen. Beispielhaft: Auf der Handlungsebene verpflichtete die Ausschaffungsinitiative zum Erlass eines Gesetzes, das den Ermessensspielraum rechtsanwendender Behörden im Rahmen des Widerrufs von Aufenthaltsbewilligungen strafrechtlich verurteilter Ausländer abschafft und einen Ausweisungsautomatismus einführt.[2556] Obwohl der Verfassungsgeber den Gegenentwurf ablehnte, der eine eingeschränkte Verhältnismässigkeitsprüfung vorsah, führte der Gesetzgeber eine Härtefallklausel ein, durch die in Ausnahmefällen entgegen Art. 121 Abs. 5 BV ein verhältnismässiges und völkerrechtskonformes Staatshandeln im Einzelfall möglich bleiben soll. Tatsächlich ging es dabei weniger um eine parallele Mitberücksichtigung anderer Verfassungsnormen im Rahmen einer ausgleichsoffenen Koordination als vielmehr um eine freiheitssichernde Koordination der angenommenen Ausschaf-

---

2554 Zum Begriff des Verfassungswandels vgl. Fn. 747.

2555 BGE 116 Ia 359 ff.; vgl. auch die Praxis des Bundesgerichts zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte statt vieler BGE 121 I 367, 370, E. 2a; m.w.H. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, Rz. 229; J.P. MÜLLER, Einleitung zu den Grundrechten, in: Komm. BV 1874, Rz. 10 ff.

2556 Botschaft Ausschaffungsinitiative, BBl 2009 5097 ff., 5127, 5106.

fungsinitiative und der verfassungsrechtlichen Absicherung residualer Schutzpositionen der Betroffenen dieses Ausweisungsautomatismus vor dem Staat. Härtefallklauseln[2557] auf Gesetzesstufe haben sich in der Verfassungspraxis als geeignetes Koordinationsinstrument erwiesen, um das notwendige Mindestmass an Machthemmung gegenüber individueller Freiheitsausübung unter grösstmöglicher Rücksicht auf angenommene Volksinitiativen abzusichern, wie die Ausführungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative[2558], aber auch zur Verwahrungsinitiative[2559], zur Unverjährbarkeitsinitiative[2560] oder zur Pädophileninitiative[2561] zeigt. Nicht nur, weil sie den Betroffenen Individuen die Möglichkeit geben, in einem rechtlichen Verfahren um den Erhalt ihrer Freiheitsrechte mit den Mitteln des Rechts zu kämpfen; auch, weil die Handlungsform des Gesetzes durch den Zugang zum fakultativen Referendum der Wichtigkeit einer Bewältigung politischer Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen mittels Härtefallklauseln Rechnung trägt,[2562] auch wenn die freiheitssichernde Koordination als staatsleitender Akt die Richtigkeit solcher Staatsakte in den Vordergrund stellt.

[2557] Zur Koordination mittels Härtefallklausel vgl. auch Rz. 145.
[2558] Grundlegend Teil II Kapitel 1 B.
[2559] M.w.H. zur Verwahrungsinitiative auch Fn. 469.
[2560] M.w.H. zur Unverjährbarkeitsinitiative auch Fn. 470.
[2561] M.w.H. zur Pädophileninitiative auch Fn. 471.
[2562] Vgl. dazu Rz. 562.

Kapitel 4 Vielfaltserhaltende Koordination

756 Die vielfaltserhaltende Koordination bezweckt eine staatsleitende Moderation zur Sicherung eines Mindestmasses an Machthemmung, damit souveräne Gebilde nicht wehrlos der ungehemmten Macht von im Verbund getroffenen Entscheiden ausgesetzt sind, wenn Normen verschiedener Rechtssphären aufeinanderprallen. Das Sprachbild der «vielfaltserhaltenden Koordination» betont, dass mithin trotz einer abschliessenden Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen in einem staatsleitenden Moderationsprozess zu prüfen ist, ob die Selbstbestimmung souveräner Gebilde im Verbund nur fortbesteht, wenn die Regelungsabsichten hinter einheitsstiftenden Rechtsvorgaben zwecks Erhalts der «Vielfalt in der Einheit»[2563] suspendiert oder relativiert werden. Damit steht die vielfaltserhaltende Koordination der ausgleichsoffenen und der ausgleichsresistenten Koordination als absoluter Ausnahmefall gegenüber. Von der freiheitsvermittelnden Koordination unterscheidet sie sich primär durch das Subjekt, dessen Freiheit zu erhalten ist: Massgeblich ist nicht die Freiheit einzelner Individuen, sondern die Freiheit souveräner Gebilde.

A. Steuerungsebene

757 Die vielfaltserhaltende Koordination beruht auf der Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, residuale Autonomiebereiche souveräner Gebilde wie Nationalstaaten oder Kantone abzusichern, die zur gemeinsamen Machteffektuierung auf Gestaltungshoheit in bestimmten Bereichen verzichten. Genau genommen geht es dabei weniger um eine Regelungsabsicht als vielmehr um ein tieferliegendes Bewusstsein, dass im Verbund getroffene Entscheide nur akzeptiert bleiben, wenn sie gewisse Autonomiebereiche souveräner Gebilde respektieren. Dieses Bewusstsein strömt von den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden[2564] ausgehend durch die gesamte Bundesverfassung hindurch und erinnert daran, dass Vielfalt in Einheit vom Respekt gegenüber der Vielfalt lebt. Auf der Steuerungsebene manifestiert sich dieses Bewusstsein auf der Makroebene in der Organisation der Eidgenossenschaft als dezentralen Bundesstaat mit einer geteilten Souveränität von Bund und Kantonen (Art. 3 BV)[2565] sowie im Bekenntnis zu

[2563] Vgl. den Wortlaut der Präambel der schweizerischen Bundesverfassung.

[2564] M.w.H. Rz. 409 ff.

[2565] Botschaft BV, BBl 1997 I 1 ff., 1, 15 f.; SGK-BV, SCHWEIZER/L. MÜLLER, Art. 3, Rz. 7; zu den unterschiedlichen Konzeptionen der geteilten Souveränität zwischen Bund und Kantonen (F. FLEINER, Bundesstaatsrecht, 51 ff.) und der umfassenden

einer friedlichen und gerechten internationalen Ordnung (Art. 2 Abs. 4 BV) bei gleichzeitiger Wahrung der Unabhängigkeit des Landes (Art. 2 Abs. 1 BV). Zudem belässt das Legalitätsprinzip ein Minimum an Raum zur Verhinderung von Entscheiden, die für ein souveränes Gebilde unerträglich sind. Auf der Mikroebene wird dem Bewusstsein für ein unverzichtbares Minimum an Schutz souveräner Gebilde im Mehrebenensystem mittels normativer Vorgaben zur Garantie der «Eigenständigkeit der Kantone»[2566] (vertikale Ebene), zum Schutz der Freiheit und der Rechte des Volkes sowie zur Wahrung der Unabhängigkeit, der Sicherheit und der Wohlfahrt des Landes[2567] (transnationale Ebene) Rechnung getragen.

Der Typus der vielfaltserhaltenden Koordination bezieht sich auf den Umgang mit Konstellationen, in denen auf der Steuerungsebene zwar mehr oder minder klare Regelungsabsichten des Verfassungsgebers ermittelt werden können, der Erhalt residualer Autonomiebereiche souveräner Gebilde aber trotz einheitsstiftender Vorgaben nicht ohne ein Mindestmass an Differenzierung auskommt. Im Zusammenhang mit angenommenen Volksinitiativen wird die Bedeutung einer vielfaltserhaltenden Koordination von Verfassungsnormen mithin unterschätzt. Wenn es geradezu der Zweck einer angenommenen Volksinitiative ist, residuale Autonomiebereiche eines Staates gegenüber einer zunehmenden Vereinheitlichung transnationaler Rechtsstandards abzustecken,[2568] ist zu klären, inwiefern der politische Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative durch die Mitberücksichtigung völkerrechtlicher Vorgaben nicht befriedet, sondern verschärft wird. 758

Beispielhaft: Eine hypothetische Volksinitiative, die nationale Standards im Umwelt- oder Gesundheitsbereich in der Verfassung verankert, die auf der transnationalen Ebene vorbestehenden Handelsabkommen oder anderen völkerrechtlichen Verträgen zuwiderlaufen, sucht nicht nach einer möglichst völkerrechtskonformen Verwirklichung bestimmter Gesundheits- oder Umweltstandards, sondern will gegenüber einheitsstiftenden Völkerrechtsbestimmungen nationalstaatliche Autonomiebereiche abstecken.[2569] Ähnliches gilt für Volksinitiativen, die «ge- 759

Souveränität des Bundes (F. FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 40 ff); vgl. zum Ganzen auch HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Staatsrecht, Rz. 507 ff.

2566 Art. 47 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 3 BV.

2567 Art. 2 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 54 Abs. 1 BV; m.w.H. auch Rz. 674 ff., 426.

2568 Vgl. auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 6 ff.

2569 Vgl. etwa die Volksinitiative «für die Halbierung des motorisierten Strassenverkehrs zur Erhaltung und Verbesserung von Lebensräumen (Verkehrshalbierungs-Initiative)», die am 20.03.1996 eingereicht wurde, am 02.05.1996 zustande kam (BBl 1996 II 882) und am 12.03.2000 von Volk und Ständen mit 72,88% Volksstimmen und allen Standesstimmen abgelehnt wurde.

sellschaftliche Homogenitätsklauseln» in der Verfassung verankern wollen wie das Verhüllungsverbot[2570]. In beiden Fällen wird man der Regelungsabsicht auf der Steuerungsebene nur gerecht, wenn man berücksichtigt, dass die Machteffektuierung durch Machtverzicht im Verbund eben auch ein Mindestmass an Differenzierung zum Schutz von Autonomiebereichen souveräner Gebilde voraussetzt – gerade in ethisch oder kulturell sensiblen Bereichen.

B. Handlungsebene

760 Wesenszug des Typus der vielfaltserhaltenden Koordination auf der Handlungsebene ist die Reflexion in einem staatsleitenden Moderationsprozess darüber, ob und wieweit die einheitsstiftenden völkerrechtlichen oder bundesrechtlichen Vorgaben auf der Handlungsebene ausnahmsweise suspendiert bleiben müssen, weil das notwendige Mindestmass an Respekt gegenüber residualen Autonomiebereichen des Bundes auf der transnationalen Ebenen respektive der Kantone auf der vertikalen Ebene nur so gewahrt bleibt. Damit steht die vielfaltserhaltende Koordination zunächst sämtlichen anderen Optionen der Zuordnung von Verfassungsnormen als Ultima Ratio subsidiär gegenüber. Sodann weist die vielfaltserhaltende Koordination auf der Handlungsebene aus, dass Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers und das Interesse am Schutz residualer Autonomiebereiche souveräner Gebilde frontal aufeinanderprallen. Schliesslich ist souveränen Gebilden in einem staatsleitenden Moderationsprozess unter grösstmöglicher Rücksicht auf die Pflicht zur Befolgung einheitsstiftender Rechtsvorgaben ein Mindestmass an Autonomie zu vermitteln. Damit kann eine vielfaltserhaltende Koordination zwar auf dasselbe Ergebnis wie eine ausgleichsresistente Koordination hinauslaufen, aufgrund ihres staatsleitenden Charakters unterscheidet sie sich jedoch grundlegend davon. Denn es geht weder nur um die Verwirklichung einheitsstiftender Rechtsvorgaben noch allein um den Erhalt von Autonomiebereichen souveräner Gebilde, sondern wesensgemäss um beides zusammen. Die Schutzinteressen souveräner Gebilde können dabei am Ende oben aufschwingen, aber müssen dies nicht zwingend.[2571] Institutionelle und prozedurale Verfassungsvorgaben weisen der Ausübung von Gestaltungskompetenzen zur freiheitssichernden Koordination von Verfassungsnormen auf der Handlungsebene den Weg.

[2570] Für weitere Informationen zur Verhüllungsverbotsinitiative siehe Fn. 2249.
[2571] Näher dazu Rz. 702.

I. Institutionelle Perspektive

Auf der Handlungsebene ergeben sich Gestaltungskompetenzen zur vielfaltserhaltenden Koordination von Verfassungsnormen originär aus der legislativen, der exekutiven und der judikativen Gewalt. Solche Befugnisse sind Ausdruck der anteilsmässigen Ausübung der obersten Gewalt im Bund namens und im Interesse von Volk und Ständen, weshalb ihre Ausübung nicht auf grünes Licht des Verfassungsgebers angewiesen ist. Bei der situativen Zuweisung entsprechender Gestaltungskompetenzen nimmt die vielfaltserhaltende Koordination Abstriche in Bezug auf den Legitimationsgrad (Wichtigkeit) hin und kompensiert diese über die Legitimationsform (Richtigkeit) des zuständigen Gewaltenträgers. Verlangt wird also nach einem Organ, das Verfassungsnormen einander auf der Handlungsebene mittels staatsleitender Moderation in einer Weise zuordnet, die ein Mindestmass an Rücksicht auf Autonomiebereiche souveräner Gebilde unter grösstmöglicher Wahrung der einheitsstiftenden Rechtsvorgaben in völkerrechtlichen Verträgen oder im Bundesrecht gewährleistet. 761

Im Bereich des Vollzugsföderalismus sowie im Kontext des Vollzugs völkerrechtlicher Vorgaben eignet sich das Bundesgericht und das retrospektive Rechtsprechungsverfahren relativ am besten für einen am Einzelfall orientierten Erhalt bestimmter Autonomiebereiche souveräner Gebilde unter grösstmöglicher Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die Rechtsanwendungsgleichheit.[2572] Soll vielfaltserhaltende Koordination hingegen Autonomiebereiche souveräner Gebilde in einer allgemeinverbindlichen und zukunftsgerichteten Weise erhalten, verlangt die vielfaltserhaltende Koordination von Verfassungsnormen nach der parlamentarischen Legitimationsform staatlichen Handelns. In solchen Situationen hat die Bundesversammlung als «Moderatorin»[2573] zwischen den Vorentscheiden des Verfassungsgebers und dem Schutz der Betroffenen zu vermitteln und in verantworteter Deliberation nach einem zustimmungsfähigen Kompromiss zu suchen, der die residualen Autonomiebereiche souveräner Gebilde hinreichend wahrt, ohne die einheitsstiftenden Vorgaben generell in Frage zu stellen. 762

II. Prozedurale Perspektive

Wann und wie auf der Handlungsebene eine vielfaltserhaltende Koordination zwischen angenommenen Volksinitiativen oder anderen Verfassungsnormen und dem Anspruch auf residuale Autonomiebereiche souveräner Gebilde vorzunehmen ist, entscheidet das für die vielfaltserhaltende Koordination zuständige Organ, nicht der Verfassungsgeber. Schliesslich vermitteln Volksinitiativen dem 763

[2572] BGE 124 IV 184, 185, E. 2.c.; B. SCHINDLER, Rechtsanwendungsgleichheit, 179.
[2573] M.w.H. Rz. 492 f.

Volk zwar Zutritte, aber keine subsidiäre Generalkompetenz zur Staatsleitung. Die Moderationspflicht des «ordre public»[2574] unterwirft die vielfaltserhaltende Koordination von Verfassungsnormen allerdings strengen Vorgaben. Sie zwingt auf der Handlungsebene zur Reflexion darüber, ob der Erhalt von Autonomiebereichen souveräner Gebilde wie dem Bund oder den Kantonen im Verbund einzig durch eine Suspension oder Relativierung geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene gelingt. In transnationalen Verhältnissen bietet sich dazu ein vierstufiges Vorgehen an:

1. **Gefährdungslage:** Inwiefern besteht die Gefahr, dass die Wahrung völkerrechtlicher Vorgaben den politischen Konflikt, der mittels Volksinitiative in die Verfassung getragen wurde, befeuert, anstatt ihn zu befrieden?[2575]
2. **Subsidiarität:** Rechtfertigt der Mangel an Alternativen zum Erhalt von Autonomiebereichen souveräner Gebilde eine Suspension von durch das Legalitätsprinzip geschützten Rechtsvorgaben auf der Handlungsebene als Ultima Ratio?
3. **Transnationale Rücksicht:** Gibt es eine Pflicht zu Respekt gegenüber dem nationalstaatlichen ordre public innerhalb des völkerrechtlichen Vertrages, der in Frage steht? Besteht also ein gewisser Raum für autonome nationale Gestaltung trotz völkerrechtlicher Vorgaben?[2576]
4. **Residuale Autonomie:** Inwiefern enthält die Bundesverfassung selbst Vorgaben zum Schutz eines schweizerischen ordre public gegenüber völkerrechtlichen Vorgaben?[2577]

764 Bedarf an vielfaltserhaltender Koordination auf der Handlungsebene kann aufgrund des Zeitablaufs entstehen. Denn die Frage, inwiefern «der Gesetz- und der

---

[2574] M.w.H. zu dieser Moderationspflicht Rz. 679 f.

[2575] Diese Frage soll der Versuchung entgegenwirken, Problemfelder in Verkennung der eigentlichen Fragen als völkerrechtliche Frage zu reformulieren, um sie «bequem» zu bewältigen.

[2576] Diese Frage stellt sich letztlich der EGMR zur Rechtfertigung einer Abkehr von der UNO-Charta zum Schutz konventionsrechtlicher Mindeststandards im Urteil (EGMR) vom 21.06.2016, 5809/08, Al Dulimi and Montana Management Inc. gegen Schweiz, Rz. 139 ff.; ähnlich BGer 6B_378/2018, vom 22.05.2019, E. 4.3.4; vgl. auch DIGGELMANN, Targeted sanctions, 326 ff.

[2577] In dem Sinne die «Solange-Praxis des deutschen BVerfGE. m.w.H. Fn. 2428. Als Hilfskriterien zur Bestimmung eines bundesverfassungsrechtlichen ordre public kann auf «die rechtsstaatlichen Prinzipien sowie die freiheitlich demokratische Grundordnung der Schweiz; die Grundrechte wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sowie die Pflicht zum Militär- oder zivilen Ersatzdienst und zum Schulbesuch» (Art. 5 BüV) verwiesen werden.

Verfassungsgeber von heute durch die völkerrechtlichen Verträge von gestern gebunden sind»[2578], ist berechtigt. In solchen Fällen weist der vielfaltserhaltenden Koordination jedoch nicht der schematische Derogationsgrundsatz «lex posterior derogat legi priori» den Weg,[2579] sondern das soeben skizzierte Vorgehen in vier Schritten.

765 Sodann kann Bedarf an vielfaltserhaltender Koordination auf der Handlungsebene theoretisch auch im Kontext einer angenommenen Behördeninitiative zur Verfassungsänderung entstehen. Wenn die Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone (Art. 47 Abs. 1 BV) ein unverzichtbarer Legitimationsfaktor rechtsvereinheitlichender Vorgaben des Bundesrechts ist, dürfen Kantone nicht zu reinen Objekten von Mehrheitsentscheiden auf Stufe Bund verkommen. Zur Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone in ihren Autonomiebereichen wie etwa der Schul- oder der Finanzhoheit, sind einheitsstiftende Vorgaben des Bundesrechts, die in solchen Bereichen gegen den Willen bestimmter Kantone ergehen, auf der Handlungsebene in einem staatsleitenden Moderationsprozess so mit den residualen Autonomiebereichen dieser Kantone zu verschränken, dass diese in einem rechtlichen Verfahren um den Erhalt ihrer Eigenständigkeit mit den Mitteln des Rechts kämpfen können. Da staatsleitende Moderation prozeduralen, keinen materiellen Schutz vermittelt, kann der Erhalt residualer Autonomiebereiche einzelner Kantone am Ende oben aufschwingen, aber tut das nicht zwingend und der Prozess kann ebenso gut im Schutz der einheitsstiftenden Vorgaben des Bundes münden.

766 Im Zusammenhang mit angenommenen Volksinitiativen steht die vielfaltserhaltende Koordination vor allem als Garant nationalstaatlicher Gestaltungsspielräume und Autonomiebereiche im Rahmen einer zunehmenden Vereinheitlichung transnationaler Rechtsstandards im Vordergrund.[2580] Wenn es geradezu der Zweck einer angenommenen Volksinitiative ist, staatliche Autonomiebereiche in ethisch oder kulturell sensiblen Bereichen gegenüber transnationalen Vorgaben einzuhegen, so liegt die Steuerungsabsicht des Verfassungsgebers weder in einer völkerrechtskonformen Ausgestaltung der angenommenen Volksinitiative noch in einer blinden Inkaufnahme von Völkerrechtsverletzungen und den damit verbundenen politischen Konsequenzen. Stattdessen ist im Rahmen einer staatsleitenden Moderation zu klären, inwiefern der politische Konflikt hinter einer angenommenen Volksinitiative nur durch eine Inkaufnahme der politischen Konsequenzen von Völkerrechtsverletzungen befriedet werden kann.

[2578] Bericht VR-LR, BBl 2010 2263 ff., 2307.

[2579] Grundsätzlich zur Koordination mittels Derogationsgrundsätzen Rz. 323 ff.

[2580] Vgl. auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 6 ff.

767 Beispielhaft: Auf der Handlungsebene würde die Annahme der Volksinitiative über ein Verhüllungsverbot[2581] Behörden dazu verpflichten, im öffentlichen Raum die Verhüllung des Gesichts zu verbieten.[2582] Ein Gesetz soll Ausnahmen vorsehen, die «ausschliesslich Gründe der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums» umfassen.[2583] Der Bundesrat bezweifelt, dass die damit einhergehende Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV), der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) und des Diskriminierungsverbots (Art. 8 Abs. 2 BV) gerechtfertigt sei, obschon ein Verbot der Gesichtsverhüllung die EMRK laut ihm nicht verletze.[2584] Wenn man den Umgang mit der Verhüllungsverbotsinitiative als Problem der vielfaltserhaltenden Koordination erfasst, erweist sich diese Diagnose jedoch als verkürzt. Die fraglichen Grundrechtsansprüche, die durch ein Gesichtsverhüllungsverbot unbestritten in einer für eine liberale Gesellschaftsordnung fragwürdige Weise einschränkt werden, schützt die EMRK genauso wie die Bundesverfassung.[2585] Da ein verfassungsrechtliches Verbot der Gesichtsverhüllung jedoch einen ethisch oder kulturell sensiblen Bereich eines Staates betrifft, anerkennt der EGMR.[2586] Das massgebliche Problemfeld ist somit weniger die verfassungsrechtliche Einschränkung grundrechtlicher Schutzbereiche[2587] als vielmehr der Trade-Off zwischen den Konsequenzen eines Völkerrechtsverstosses und dem erwarteten Legitimationsverlust im Innern im Falle einer Missachtung von angenommenen Volksinitiativen.[2588] Bei einer Annahme der Verhüllungsverbotsinitiative wäre die entsprechende Verfassungsnorm auf der Handlungsebene demnach zu beachten, weil es zwar Grundrechtsansprüche in einer fragwürdige Weise einschränkt, aber solche aus Respekt gegenüber demokratischen Entscheiden souveräner Gebilde eben ausgehalten werden müssen, da eine Missachtung der angenommenen Volksinitiative den politischen Konflikt hinter der Verhüllungsverbotsinitiative zusätzlich befeuern würde, anstatt ihn zu befrieden.

2581 Für weitere Informationen zur Verhüllungsverbotsinitiative siehe Fn. 2249 sowie Rz. 683.

2582 Art. 10a Abs. 1 E-BV.

2583 Art. 10a Abs. 3 E-BV.

2584 Botschaft Verhüllungsverbotsinitiative, BBl 2019 2913 ff., 2939 ff.

2585 So die persönliche Freiheit in Art. 8 EMRK; die Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art. 9 EMRK und das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK.

2586 Urteil (EGMR) vom 1.07.2014, Nr. 11/43835, S.A.S. gegen Frankreich, Rz. 128 ff.; ebenso Urteil (EGMR) vom 11.12.2017, Nr. 37798/13, Blcacemi und Oussar gegen Belgien.

2587 Vgl. Rz. 171

2588 Zum Trade-Off zwischen nationalen und internationalen Ordnungsgefüge auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, VdS 2020, Bd. I, Rz. 25, 27.

Kapitel 5 Aktionsbewahrende Koordination

Die aktionsbewahrende Koordination bezweckt eine Sicherung des notwendigen Mindestmasses an Machteffektuierung zum Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen. Das Sprachbild der «aktionsbewahrenden Koordination» hebt den Schutz eines unverzichtbaren Mindestmasses an staatlicher Aktions- und Handlungsfähigkeit hervor, ohne die eine verfassungsstaatliche Ordnung an der Handlungsunfähigkeit des Staates zu Grunde gehen droht. Die aktionsbewahrende Koordination steht der ausgleichsoffenen und der ausgleichsresistenten Koordination als absoluter Ausnahmefall gegenüber. Von der freiheitssichernden und der vielfaltserhaltenden Koordination unterscheidet sie sich durch ihre Schutzrichtung. Die aktionsbewahrende Koordination garantiert kein Minimum an Machthemmung vor dem Staat, sondern ein Mindestmass an Machteffektuierung durch den Staat. 768

A. Steuerungsebene

Die aktionsbewahrende Koordination beruht auf einer Regelungsabsicht des Verfassungsgebers, die staatliche Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen zu erhalten. Sie wirkt demnach weder flexibilisierend noch stabilisierend, freiheitssichernd oder vielfaltserhaltend, sondern eben «aktionsbewahrend» auf die Ausübung staatlicher Gewalt ein. Genau genommen geht es dabei weniger um eine Regelungsabsicht als vielmehr um ein tieferliegendes Bewusstsein, dass eine verfassungsstaatliche Ordnung zur Entfaltung ihrer ordnenden Kraft auf ein Mindestmass an Handlungsfähigkeit des Staates angewiesen ist. Es strömt unverkennbar von den drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden[2589] durch die gesamte Bundesverfassung hindurch und erinnert daran, dass eine Verfassung ohne ein Mindestmass an Machteffektuierung ausserstande bleibt, die an sie gestellten Erwartungen zu erfüllen.[2590] Auf der Steuerungsebene manifestiert sich dieses Bewusstsein zum einen in entsprechenden Gestaltungskompetenzen des Bundesrates[2591] und der Bundesversammlung[2592]; zum andern im Legalitätsprinzip, das ein Minimum an Raum belässt für den Erhalt der staat- 769

[2589] M.w.H. Rz. 409 ff.
[2590] Vgl. auch Rz. 455.
[2591] Art. 184 Abs. 3 BV/Art. 185 Abs. 3 BV; m.w.H. Rz. 531 ff.
[2592] Art. 173 Abs. 1 lit. c BV/Art. 165 BV; m.w.H. Rz. 685 ff.

lichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Umständen, indem es Vorentscheide des Verfassungsgebers nicht zum letzten Wort erklärt.[2593]

770 Der Typus der freiheitssichernden Koordination bezieht sich auf Konstellationen, in denen auf der Steuerungsebene zwar mehr oder minder klare Regelungsabsichten des Verfassungsgebers ermittelt werden können, der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit aber trotz geltendem Rechtssatz nicht ohne ein Mindestmass an Differenzierung auskommt. Dass sich der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit nur im absoluten Ausnahmefall gegenüber der Legalität der Verfassung durchzusetzen vermag, verdeutlichen die Handlungsinstrumente zum Katastrophenschutz und die Befugnisse zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit des Landes in ausserordentlichen Lagen.[2594] Im Kontext einer angenommenen Volksinitiative wird die Bedeutung der aktionsbewahrenden Koordination von Verfassungsnormen gemeinhin unterschätzt, auch wenn solche Situationen nicht mit Naturkatastrophen, Epidemien oder einem Krieg verglichen werden können.[2595] Ohne Zweifel lassen sich politische Konflikte hinter einer angenommenen Volksinitiative – wenn überhaupt – durch die Verfassung nur befrieden, wenn dabei die kundgetanen Regelungsabsichten des Verfassungsgebers befolgt werden. Umgekehrt wohnt einer angenommenen Volksinitiative als Instrument der Staatsleitung auch eine Steuerungsabsicht inne, die staatliche Handlungsfähigkeit nicht vollständig zu blockieren. Die aktionsbewahrende Koordination trägt dieser Regelungsabsicht Rechnung durch die Garantie eines Mindestmasses an Machteffektuierung in ausserordentlichen Lagen.

771 Beispielhaft: Mit der Masseneinwanderungsinitiative[2596] wollte der Verfassungsgeber auf Bereiche der Innenpolitik – die Regelung der Zuwanderung – einwirken, die massgeblich von völkerrechtlichen Vorgaben umspült werden. Zu diesem Zweck beabsichtigte er, die politischen Behörden mittels Verfassungsvorgabe zu einem aussenpolitischen Kurswechsel zu forcieren. Völkerrechtliche Verträge, die den Vorgaben in Artikel 121a widersprechen, sollten innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu verhandelt und angepasst werden. Eine virulente Gefahr für den schweizerischen Wirtschaftsstandort herbeizuführen, aufgrund derer die ordentlichen Abläufe in zahlreichen Bereichen nicht mehr genügen, um die anstehenden Aufgaben des Staates zu bewältigen, bezweckt Art. 121 a BV indes keineswegs. Dasselbe gilt auch für die Begrenzungsinitiative[2597]. Sie schreibt zwar eine Kündigung des FZA durch den

[2593] Vgl. Rz. 652 f.

[2594] Vgl. auch Rz. 531, 685 f., 685 ff.; grundlegend zum rechtlichen Umgang mit Katastrophen RECHSTEINER, Katastrophen, Rz. 611 ff.

[2595] Siehe auch Rz. 684.

[2596] Grundlegend dazu Teil II Kapitel 1 D.

[2597] Vgl. Fn. 2282.

Bundesrat vor, falls dessen Anpassung auf dem Verhandlungsweg innert Jahresfrist nicht gelingt.[2598] Hier wie dort besteht auf der Steuerungsebene keine Regelungsabsicht, die Schweiz in einen vertragslosen Zustand mit der EU zu manövrieren, an dem der schweizerische Wirtschaftsstandort zu zerbrechen droht und aufgrund von welchem die ordentlichen Abläufe in zahlreichen Bereichen nicht mehr genügen, um die anstehenden Aufgaben des Staates zu bewältigen.

B. Handlungsebene

Wesenszug des Typus der aktionsbewahrenden Koordination auf der Handlungsebene ist die Reflexion darüber, ob infolge ausserordentlicher Umstände die ordentlichen Abläufe im Staat nicht genügen oder genügen werden, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen; die staatliche Handlungsfähigkeit daher einzig durch eine Suspension geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene erhalten werden kann. Damit steht die aktionsbewahrende Koordination sämtlichen anderen Handlungsoptionen zur Zuordnung von Verfassungsnormen als Ultima Ratio subsidiär gegenüber. Sodann weist die aktionsbewahrende Koordination auf der Handlungsebene aus, dass Koordinationsvorgaben des Verfassungsgebers und das Interesse am Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit frontal aufeinanderprallen. Schliesslich hat eine aktionsbewahrende Koordination zuwiderlaufende Verfassungsnormen auf der Handlungsebene in einem staatsleitenden Moderationsprozess so miteinander zu koordinieren, dass die staatliche Handlungsfähigkeit unter grösstmöglicher Rücksicht auf die Vorentscheide des Verfassungsgebers erhalten bleibt. Institutionelle und prozedurale Verfassungsvorgaben weisen der Ausübung solcher Gestaltungskompetenzen auf der Handlungsebene dabei den Weg. 772

I. Institutionelle Perspektive

Auf der Handlungsebene ergeben sich Gestaltungskompetenzen zur aktionsbewahrenden Koordination von Verfassungsnormen originär aus der legislativen, der exekutiven und der judikativen Gewalt. Solche Befugnisse sind Ausdruck der anteilsmässigen Ausübung der obersten Gewalt im Bund namens und im Interesse von Volk und Ständen, weshalb ihre Ausübung nicht auf grünes Licht des Verfassungsgebers angewiesen ist. Bei der Zuweisung entsprechender Gestaltungskompetenzen nimmt die aktionsbewahrende Koordination von Verfassungsnormen Abstriche in Bezug auf den Legitimationsgrad (Wichtigkeit) hin und kompensiert diese über die Legitimationsform (Richtigkeit), mit welcher der 773

[2598] Art. 197 Ziff. 12 E-BV.

zuständige Gewaltenträger staatliches Handeln rechtfertigt. Verlangt wird also nach einem Organ, das Verfassungsnormen einander im Rahmen einer staatsleitenden Moderation so zuzuordnen vermag, dass die staatliche Handlungsfähigkeit unter grösstmöglicher Rücksicht auf die Vorentscheide des Verfassungsgebers bewahrt werden kann. In Bezug auf den Umfang unterscheiden sich Gestaltungskompetenzen zur aktionsbewahrenden Koordination auf der Handlungsebene von Befugnissen zur freiheitssichernden und der vielfaltserhaltenden Koordination, weil ein Minimum an Machteffektuierung, nicht ein Mindestmass an Machthemmung, abzusichern ist und solches aktive Gestalten mehr Spielraum erfordert als ein passives Behüten.

774 In Situationen zeitlicher Dringlichkeit eignet sich die Legitimationsform des Bundesrates und die ihm zur Verfügung stehende Handlungsform der Notverordnung[2599] relativ am besten zur aktionsbewahrenden Koordination des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) und des Verfassungsinteresses am Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen. Die Verordnung zur Rekapitalisierung der UBS AG[2600] steht hierfür Beispiel.

775 Erfordert der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Situationen hingegen Vorkehren, die sowohl für die Betroffenen akzeptabel sind als auch auf möglichst breite Zustimmung stossen, verlangt die aktionsbewahrenden Koordination von Verfassungsnormen nach der parlamentarischen Legitimationsform staatlichen Handelns. In solchen Situationen hat die Bundesversammlung als «Drehscheibe»[2601] zwischen demokratisch-bundesstaatlichen Vorentscheiden, dem Schutz Betroffener und der Bewältigung ausserordentlicher Umstände zu moderieren. Aufgrund ihres Anteils an der Trägerschaft der obersten Gewalt im Legislativstaat gehen die Pflichten, aber auch die Rechte der Bundesversammlung im Rahmen der aktionsbewahrenden Koordination weiter als jene des Bundesrates. Die Handlungsformen, die der Bundesversammlung zur aktionsbewahrenden Koordination von Verfassungsnormen zur Verfügung stehen, ermöglichen es zudem, den suspendierten Legitimationsgrad auf der Handlungsebene nachträglich wiederherzustellen: einerseits durch die Handlungsform der Gesetzgebung bei sachlicher Dringlichkeit ohne Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV), die in einem obligatorischen Referendum von Volk und

[2599] Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV; vgl. auch Rz. 530.

[2600] Verordnung über die Rekapitalisierung der UBS AG vom 15. Oktober 2008, SR 611.055, AS 2008 4741.

[2601] Der Begriff ist entnommen bei B. EHRENZELLER, Volksrechte, 128.

Ständen mündet (Art. 140 Abs. 1 lit. c BV);[2602] andererseits durch eine Behördeninitiative zur Verfassungsänderung[2603].[2604]

II. Prozedurale Perspektive

Wann und wie eine aktionsbewahrende Koordination gegenläufiger Verfassungsnormen auf der Handlungsebene vorzunehmen ist, entscheidet das zuständige Organ, nicht der Verfassungsgeber. Denn Volksinitiativen vermitteln dem Volk zwar Zutritte, aber keine subsidiäre Generalkompetenz zur Staatsleitung. Die Moderationspflicht der subsidiären Suspension bei sachlicher Dringlichkeit unterwirft die aktionsbewahrende Koordination auf der Handlungsebene allerdings strengen Vorgaben.[2605] Sie zwingt auf der Handlungsebene zur Reflexion darüber, ob aufgrund von ausserordentlichen Umständen die ordentlichen Abläufe in zahlreichen Bereichen nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu bewältigen, und die staatliche Handlungsfähigkeit nur durch eine Suspension geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene erhalten werden kann. Zusätzliche Konturen erhält dieser knifflige Wertentscheid, ob, wann und wie der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit einer Suspension verfassungsrechtlicher Vorgaben auf der Handlungsebene bedarf, durch vier Hilfskriterien: 776

1. **Systemrelevanz:** Sind unverzichtbare Abläufe oder Infrastrukturen zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben bedroht oder liegt aufgrund einer überkantonalen Dysfunktionalität staatlichen Handelns eine systemrelevante Bedrohung vor?
2. **Dauer:** Ist die Bedrohung der staatlichen Handlungsfähigkeit anhaltend und geht über eine punktuelle zeitliche Bedrohung hinaus?
3. **Intensität:** Rechtfertigt die Intensität der Bedrohung der staatlichen Handlungsfähigkeit einen Rückgriff die Suspension geltender Verfassungsnormen auf der Handlungsebene als Ultima Ratio?
4. **Reversibilität:** Kann die staatliche Handlungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr oder nur noch ungenügend wiederhergestellt werden, wenn jetzt nicht reagiert wird?

Kommt die Bundesversammlung im Rahmen einer Gesamtwürdigung zum Schluss, dass aufgrund von ausserordentlichen Umständen in zahlreichen Bereichen die ordentlichen Abläufe nicht genügen, um die anstehenden Aufgaben zu 777

[2602] M.w.H. zur Gesetzgebung bei sachlicher Dringlichkeit Rz. 533, 689.
[2603] Art. 160 BV i.V.m. Art. 74 ParlG.
[2604] Vgl. dazu auch Rz. 558 ff.
[2605] M.w.H. zu dieser Moderationspflicht Rz. 691–696.

bewältigen, so ist es gleichsam ihr Recht und ihre Pflicht als oberste Gewalt im Bund, die hinzugefügte Verfassungsnorm so weit – und nicht weiter – zu suspendieren, damit die staatliche Handlungsfähigkeit erhalten bleibt. Da staatsleitende Moderation prozeduralen, keinen materiellen Schutz vermittelt, kann der Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit dabei am Ende oben aufschwingen, aber tut das nicht zwingend. Denn auch wenn am Ende die angenommene Volksinitiative kompromisslos befolgt wird, leistet das Verfassungsinteresse am Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit einen komplementären und unverzichtbaren Beitrag zur Rechtfertigung der staatsleitenden Moderation dieser Anliegen im konkreten Fall.

778 Ist die Bundesversammlung zuständig für die aktionsbewahrende Koordination von Verfassungsnormen, hat sie bei der Wahl ihrer Handlungsform den Legitimationsgrad solcher staatsleitenden Akte zu berücksichtigen, den die Verfassung hierfür verlangt. Es ist zu klären, ob es im konkreten Fall eines ordentlichen Gesetzes bedarf, das dem Vorbehalt des fakultativen Referendums des Volkes untersteht und im Rahmen der aktionsbewahrenden Koordination für einen austarierten Kompromiss zwischen Wichtigkeit und Richtigkeit sorgt. Zu prüfen ist zudem, ob die Bewältigung des politischen Konflikts hinter der angenommenen Volksinitiative aufgrund seiner «Wichtigkeit» ein obligatorisches Referendum von Volk und Ständen erfordert. Bejahendenfalls kann eine aktionsbewahrende Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen vorübergehend im Verfahren der Gesetzgebung bei sachlicher Dringlichkeit ohne Verfassungsgrundlage vorgenommen werden (Art. 165 Abs. 3 BV), auf längere Sicht bleibt die Bundesversammlung hingegen verpflichtet, dem Verfassungsgeber mittels Behördeninitiative[2606] eine entsprechende Vorlage zur formellen Verfassungsänderung zu unterbreiten.

779 Eine aktionsbewahrende Koordination des Legalitätsprinzips und des Verfassungsinteresses am Erhalt der staatlichen Handlungsfähigkeit bedarf es unter anderem, wenn angenommene Volksinitiativen die staatliche Handlungsfähigkeit ernsthaft gefährden – vor der Annahme einer Volksinitiative kann dies naturgemäss nicht der Fall sein. Beispielhaft: Auf der Handlungsebene verpflichtete die Masseneinwanderungsinitiative den Bundesrat dazu, völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen. Als ihm dies nicht gelang, verabschiedete er zusammen mit der Bundesversammlung unter Verweis auf das völkerrechtliche Beachtungsgebot in Art. 5 Abs. 4 BV eine völkerrechtskonforme Ausführungsgesetzgebung, welche die angenommene Volksinitiative

[2606] M.w.H. Rz. 64.

praktisch unbeachtet liess.[2607] Tatsächlich ging es jedoch weniger um eine ausgleichsoffene als vielmehr um eine aktionsbewahrende Koordination der neuen Verfassungsbestimmung und des völkerrechtlichen Beachtungsgebotes in Art. 5 Abs. 4 BV. In einem staatsleitenden Moderationsprozess hätte dargelegt werden müssen, wann und weshalb aufgrund der angenommenen Masseneinwanderungsinitiative die gesamte schweizerische Wirtschaft (Systemrelevanz) über einen längeren Zeitraum (Dauer) derart beeinträchtigt sein wird, sodass der Bund seine ordentlichen Aufgaben in verschiedenen Bereichen nur durch eine Suspension von Art. 121a BV auf der Handlungsebene weiterhin wahrnehmen kann (Intensität) und die staatliche Handlungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt voraussichtlich nicht mehr oder nur noch ungenügend wiederhergestellt werden könnte (Reversibilität).[2608] Dass dies künftig auch im Kontext anderer angenommener Volksinitiativen nicht der Fall sein wird, bleibt zu hoffen, kann aber nicht ausgeschlossen werden.

[2607] M.w.H. Rz. 159 ff.
[2608] Siehe auch Rz. 159 ff.

Kapitel 6 Zusammenfassung

780 Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch gibt als reflexiver Prozess kein bestimmtes Vorgehen der Koordination vor. Die herausgearbeitete Koordinationstypologie vermittelt jedoch neue Navigationspunkte im Umgang mit widersprüchlichen Verfassungsnormen. Als Anknüpfungspunkt der Typologie dient der Koordinationszweck. Die ausgleichsoffene Koordination, die ausgleichsresistente Koordination, die freiheitssichernde Koordination, die vielfaltserhaltende Koordination und die aktionsbewahrende Koordination sollen als Wegweiser neue Orientierung im Rahmen der Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen vermitteln und dienen als positive wie negative Prüfsteine. Jeder dieser Koordinationstypen knüpft auf der Steuerungsebene an einer spezifische Koordinationsabsicht an, die auf der Handlungsebene ein bestimmtes Vorgehen erfordert. Auf der Handlungsebene wurden typenabhängige Anforderungen an die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch in institutioneller und in prozeduraler Hinsicht herausgearbeitet. Zum Schluss bleibt festzuhalten: Volksinitiativen ermöglichen es zwar, «sich in die eigenen Angelegenheiten einzumischen» (Max Frisch)[2609]. Trotzdem bleibt die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch stets auf ein Zusammenwirken verschiedener Kräfte im Staat angewiesen, um politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen durch Verfassungsrecht zu bewältigen. Die Gesamtverantwortung hierfür trägt die Bundesversammlung. Im Staat des Masses, des Ausgleichs und des gesellschaftlichen Friedens ist es ihre Aufgabe, sich als oberste Gewalt im Bund, als Koppelungsorgan zwischen Recht und Politik und als Hüterin der Bundesverfassung im Namen und im Interesse des Volkes in dessen eigene Angelegenheiten einzumischen, wenn das in der Bundesverfassung organisierte Zusammenspiel von kollektiver Selbstbestimmung und individueller Selbstbestimmung nur so selbstbestimmt bleibt.

* * *

[2609] Zitiert bei LAMMERS, Demokratie 27, im Titel.

Zusammenfassende Kernthesen

Zum Schluss werden die zentralen Erkenntnisse dieser Arbeit in zehn Kernthesen nochmals in kurzer Form dargestellt.

1. Das Instrument der Volksinitiative gewährt den Bürgerinnen und Bürgern nach dem entwickelten Verständnis Zugriff auf den politischen Prozess und wirkt steuernd auf diesen ein. Als Recht auf Widerspruch gegen Formen politischer Gestaltung dient die Volksinitiative als Mittel zur Bewältigung politischer Konflikte durch Verfassungsrecht. Dadurch leistet die Volksinitiative einen eigenen, notwendigen und komplementären Beitrag zum Schutz der Verfassungskontinuität.[2610]

2. Widersprüche zwischen Verfassungsnormen aufgrund von angenommenen Volksinitiativen sind ein von der schweizerischen Staatsorganisation explizit in Kauf genommenes Phänomen, das besondere Steuerungsprobleme hervorruft.[2611] Ihretwegen befinden sich staatliche Organe in einem Spannungsfeld von Verfassungsnormen, die sich gegenseitig in ihrer Wirksamkeit terminieren.

3. Die herkömmlichen Systematisierungsversuche zum Umgang mit Steuerungsproblemen, die widersprüchliche Verfassungsnormen infolge angenommener Volksinitiativen erzeugen, gehen fehl. Sie internalisieren den staatspolitischen Eigenwert von angenommenen Volksinitiativen durch rechtsmethodische Konstrukte in die Eigenlogik des Rechts, um Widersprüchen zwischen Verfassungsnormen zu begradigen.[2612] Zudem schliessen sie vorschnell auf erweiterte Gestaltungskompetenzen der verfassungshandhabenden Organe, wenn angenommene Volksinitiativen Steuerungsprobleme erzeugen.[2613]

4. Der dieser Arbeit zugrundeliegende verfassungsdogmatische Begriff des «Widerspruchs» umschreibt einen dialektischen Prozess zur Durchdringung von Gegensätzen und keinen zu behebenden Zustand im Verfassungsgefüge.[2614]

5. Der verfassungsdogmatische Begriff der «Koordination», den die vorliegende Arbeit entwickelt, beschreibt einen reflexiven Prozess, um Relationen zwischen Verfassungsnormen auf möglichst verlässliche Weise zu klären. Sofern

---

[2610] Teil I Kapitel 1 A. IV.
[2611] Teil I Kapitel 3 C.
[2612] Teil II Kapitel 5 D sowie Teil II Kapitel 4 allgemein.
[2613] Teil II Kapitel 5 C. I.
[2614] Teil III Kapitel 1 A. II.

nötig, externalisiert Koordination die Regelung des normativen Kontextes von Verfassungsnormen dazu in einen staatsleitenden Koppelungsprozess, der zwischen rechtlichen und politischen Eigenwerten von Verfassungsnormen vermittelt, ohne sie ineinander aufzulösen.[2615]

6. Das entwickelte Verständnis der Gewaltengliederung überführt normative Anforderungen an die Organisation des Staates, die sich aus den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat ergeben, in ein konkreteres Verfassungsgebot. Als staatsorganisatorisches Residualprinzip sorgt die Gewaltengliederung durch die Anliegen der Machthemmung und der Machteffektuierung für eine Organisation des Staates, die sich gegenüber kollektiver und individueller Selbstbestimmung sowie allen drei verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden gleichermassen verantwortet.[2616]

7. Die Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch fügt sich als besondere Form der Ausübung staatlicher Gewalt im gewaltengliedrigen Gefüge der Bundesverfassung ein.[2617] Sie ist der Art und Sache nach ein dialektischer Prozess zur Machteffektuierung, zur Machthemmung und zur staatsleitender Moderation, der sicherstellt, dass die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen durch individuelle und kollektive Selbstbestimmung gleichermassen gerechtfertigt bleibt.[2618]

8. Legislative Gestaltungskompetenzen zur Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen bei angenommenen Volksinitiativen ergeben sich aus der angestammten Staatsgewalt der Bundesversammlung. Diese wird in Prozessen ausgestaltet, um zustimmungsfähige Leitentscheide über die Koordination widersprüchlicher Verfassungsnormen zur Bewältigung politischer Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen zu treffen.[2619] Der Anteil entsprechender Gestaltungskompetenzen der Bundesversammlung hängt einerseits davon ab, ob wichtige Entscheide von allgemeinverbindlicher Tragweite zu treffen sind, deren Regelung den Legitimationsgrad der Gesetzesform verlangt (Wichtigkeit). Andererseits ist dafür ausschlaggebend, inwiefern politische Konflikte hinter angenommenen Volksinitiativen nur durch Leitentscheide in verantworteter Deliberation befriedet werden können (Richtigkeit).[2620] Legislative Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksiniti-

[2615] Teil III Kapitel 1 A. III.
[2616] Teil III Kapitel 2 A. V.
[2617] Teil III Kapitel 2 C. I. 2.
[2618] Teil III Kapitel 2 C. III.
[2619] Teil III Kapitel 2 E.
[2620] Teil III Kapitel 2 D. III.

ativen unterscheiden sich der Art und dem Umfang nach von entsprechenden Gestaltungskompetenzen anderer Gewaltenträger aufgrund der legislativen Legitimationsform, den legislativen Handlungsformen und dem Anteil der Bundesversammlung an der obersten Gewalt im Bund.

9. Aus dem Blickwinkel der Legitimationsform der Bundesversammlung – der verantworteten Deliberation – erweist sich die Ausübung legislativer Gestaltungskompetenzen bei angenommenen Volksinitiativen auf der Handlungsebene als von Recht und Politik gleichermassen umspülter Reflexionsprozess, in dessen Rahmen der Inhalt legislativer Gestaltung den verfassungsstaatlichen Formungsentscheiden von Demokratie, Rechtsstaat und Bundesstaat sowie den beiden Formen menschlicher Selbstbestimmung gegenüber verantwortet wird.[2621] Neben den entsprechenden prozessualen Vorgaben stiftet dabei ein verfassungsrechtlicher Handlungsmassstab Orientierung, der aus Ausgleichsmaximen[2622], Bindungsmaximen[2623] und Moderationspflichten[2624] besteht.

10. Die fünf in dieser Arbeit vorgeschlagenen Koordinationstypen der ausgleichsoffenen Koordination, der ausgleichsresistenten Koordination, der freiheitssichernden Koordination, der vielfaltserhaltenden Koordination und der aktionsbewahrenden Koordination weisen neue Wege im Umgang mit den Steuerungsproblemen, die Widersprüche in der Bundesverfassung aufgrund von angenommenen Volksinitiativen erzeugen.[2625] Für alle Koordinationstypen wird auf der Steuerungsebene eine spezifische Koordinationsabsicht hinter der Einräumung und Ausgestaltung entsprechender Gestaltungskompetenzen herausgearbeitet, die auf der Handlungsebene ein spezifisches Vorgehen nach bestimmten Vorgaben verlangt.

[2621] Teil III Kapitel 3 A.
[2622] Teil III Kapitel 1 B. I.
[2623] Teil III Kapitel 3 B. II.
[2624] Teil III Kapitel 3 B. III.
[2625] Teil IV.

Lebenslauf

Kaspar Ehrenzeller, geboren am 15. Juni 1988 in St. Gallen (SG)

1995-2002	Primar- und Orientierungsschule Wasgenring, Basel
2002-2007	Gymnasium am Münsterplatz, Basel, Matura mit Schwerpunktfach Latein
2007-2010	Universität St. Gallen (HSG), Bachelor Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften
2011-2014	Universität St. Gallen (HSG), Master in Rechtswissenschaften mit Wirtschaftswissenschaften
2014-2019	Universität St. Gallen (HSG), Doktoratsstudium in Rechtswissenschaften
2012-2019	Assistent am Lehrstuhl Ehrenzeller, Institut für Rechtswissenschaft und Praxis (IRP-HSG), St. Gallen
2013-2019	Persönlicher Mitarbeiter von Verfassungsrichter Prof. B. Ehrenzeller am Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein in der Funktion eines Gerichtsschreibers
2019-2020	Rechtsanwaltspraktikum in einer Anwaltskanzlei in St. Gallen