Verfassung als plurales Gefüge

Bardo Fassbender

I. Ausgangspunkt 187
II. Verfassungssingularismus: Die Idee einer einheitlichen Staatsverfassung 188
III. Föderativer Verfassungspluralismus 190
1. Anfänge eines Verfassungspluralismus in den Vereinigten Staaten von Amerika 190
2. Bundesstaatlicher Verfassungspluralismus in der Schweiz 195
3. Die Stellung der Gemeinden im pluralen Verfassungsgefüge der Schweiz 197
IV. Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft und seine Bedeutung für die Schweiz ... 200
V. Komplexität und Fragilität des Verfassungspluralismus 205

I. Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Annahme, dass das »Verfassungsrecht 1
der Schweiz« nicht nur aus den Normen der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft besteht. Zu diesem Verfassungsrecht gehören vielmehr auch die Kantonsverfassungen, aus denen sich die »verfassungsmässige Ordnung der Kantone« (Art. 52 Abs. 1 BV) ergibt. Das Recht der schweizerischen Gemeinden (»Gemeindeverfassungsrecht«) ist zwar kantonales (Verfassungs-)Recht, doch sind auch die Gemeinden in ihrer durch dieses Recht bestimmten Stellung ein integraler Bestandteil des Verfassungsgefüges der Schweiz. Folgt diese Berücksichtigung des kantonalen und des Gemeinderechts schlüssig aus dem bundesstaatlichen Charakter der Schweiz einer- und aus der Gemeindeautonomie andererseits, so ist eine Einbeziehung überstaatlicher (völkerrechtlicher) Normen und Regime in ein für die Schweiz massgebendes Verfassungsgefüge stärker begründungsbedürftig. Diese Einbeziehung wirft im Vergleich mit der des kantonalen und des Gemeinderechts im Falle von Normenkollisionen auch schwierigere Fragen der vorrangigen Geltung einer Verfassungsebene auf. Der vorliegende Beitrag ist ein Versuch, diese verschiedenen Formen und Ebenen von »Verfassung« zusammenzudenken sowie die rechtlichen Verhältnisse, in denen sie zueinander stehen, zu bestimmen. Es zeigt sich, dass ein Verfassungsgefüge, in dem sich verschiedene Verfassungsebenen wechselseitig beeinflussen und durchdringen,[1] anspruchsvoll und fragil ist, aber zugleich in einem hohen Masse der Verfassungstradition der Schweiz entspricht.

1 Die Formulierung ist angelehnt an *Fritz Fleiner*, Bundesstaatliche und gliedstaatliche Rechtsordnung in ihrem gegenseitigen Verhältnis im Rechte Deutschlands, Österreichs und der Schweiz, VVDStRL 6 (1929), S. 2 ff., 9.

II. Verfassungssingularismus: Die Idee einer einheitlichen Staatsverfassung

2 Art. 14 der Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776 – des ersten Teils der ersten modernen geschriebenen Verfassung – postulierte als eines der Grundrechte des »guten Volkes von Virginia« und als Grundlage seiner Regierung »[t]hat the people have a right to uniform government; and therefore, that no government separate from, or independent of the government of Virginia, ought to be erected or established within the limits thereof«.[2] Wenngleich sich diese Forderung praktisch gegen Aufstände und Abspaltungen auf dem Gebiet von Virginia sowie Bemühungen der britischen Krone richtete, durch territoriale Neuordnungen die Herrschaft über die Kolonie zu behaupten, so bringt sie auch die Idealvorstellung einer einheitlichen Staatsgewalt unter einer einheitlichen (einzigen) Verfassung zum Ausdruck, eine Vorstellung, die man als »Verfassungssingularismus« bezeichnen kann. In diesem Modell ist ein Volk auf seinem Gebiet nur an eine einzige, von ihm gegebene Verfassung gebunden. Der Topos der »Einheit und Einheitlichkeit der Verfassung« wurde vom deutschen Bundesverfassungsgericht auch für die Auslegung des Grundgesetzes herangezogen: »Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildes, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.«[3]

3 In diesem Sinne einer einheitlichen Ordnung lässt sich auch die erste französische Verfassung vom 3. September 1791 auffassen, wenn sie erklärte, »für keinen Teil der Nation (pour aucune partie de la Nation)« gebe es mehr irgendein Privileg oder irgendeine Ausnahme vom gemeinsamen (Verfassungs-)Recht aller Franzosen[4] in einem »einheitlichen und unteilbaren« Königreich[5]. Die Einheit der revolutionären Verfassung, die der Einheit des Staates dient,[6] folgt aus dem Prinzip der Volkssouveränität: »La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.«[7] Dieses Prinzip bestimmt auch die Ver-

---

2 The Virginia Bill of Rights, June 12, 1776, zit. nach: *Hans Hochuli/Hans Gustav Keller*, Der Aufbau der Vereinigten Staaten von Amerika, 2. Aufl., Bern 1960, S. 39 ff., 41.

3 BVerfGE 19, 206, 220, Urteil vom 14.12.1965 – Kirchenbausteuer.

4 Constitution du 3 septembre 1791, préambule, paragraphe 4, zit. nach: Maurice Duverger (Hrsg.), Constitutions et documents politiques, 6. Aufl., Paris 1971, S. 10 ff., 11. Deutsche Übersetzung: Günther Franz (Hrsg.), Staatsverfassungen, 3. Aufl., München 1975, S. 291 ff.

5 Constitution du 3 septembre 1791 (Anm. 4), Titre II, Art. 1. Vgl. zur Entstehung einer »einheitliche(n) Rechtsverfassung auf einem geographischen Gebiet« als »planmässige, berechenbare Ordnung des Zusammenwirkens auf dem ganzen Herrschaftsgebiet«, ermöglicht durch eine einheitliche Staatsorganisation, *Hermann Heller*, Staatslehre, Leiden 1934, S. 263, 265.

6 Vgl. zum Zusammenhang zwischen Verfassungsgebung und Zentralisation sowie zur Ersetzung der Provinzen durch die Départements *Hedwig Hintze*, Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution, Stuttgart 1928, Nachdruck Frankfurt a.M. 1989, S. 172 ff.

7 Constitution du 3 septembre 1791 (Anm. 4), Titre III, Art. 1.

fassungsrevision: Nur die Nation hat das unveräusserliche Recht, ihre Verfassung zu ändern.[8]

Auch die Verfassungen des deutschen Frühkonstitutionalismus betonten die Verfassungs- 4
Einheit. So hiess in es § 1 der Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819: »Sämtliche Bestandtheile des Königreichs sind und bleiben zu einem unzertrennlichen Ganzen und zur Theilnahme an Einer und derselben Verfassung vereinigt.«[9] Gemäss § 2 der Urkunde sollte im Falle einer Vergrösserung des Staatsgebietes das hinzutretende Gebiet »in die Gemeinschaft der Verfassung des Staates aufgenommen« werden. Mit dem Instrument der einheitlichen und einzigen Verfassung sollte einerseits die Rechtseinheit des »alten Stammlandes« und der »damit vereinigten neuen Landestheile«[10] konsolidiert und andererseits die mit dem Ende des Alten Reiches gewonnene Souveränität des Königreichs – das heisst die Freiheit von den früheren reichsverfassungsrechtlichen Bindungen – betont werden.

Als ein letztes Beispiel, aus dem 20. Jahrhundert, sei eine Bestimmung aus der sozialistischen 5
Verfassung der DDR vom 9. April 1968 angeführt. Nachdem die Länder der DDR im Zeichen des »demokratischen Zentralismus«[11] im Jahr 1952 beseitigt worden waren, erklärte Art. 48 Abs. 2 S. 1 der Verfassung im Abschnitt III über »Aufbau und System der staatlichen Leitung«: »Die Volkskammer ist das einzige verfassungs- und gesetzgebende Organ in der Deutschen Demokratischen Republik.«[12] Diese Bestimmung blieb bis zum Ende der DDR in Kraft. Dagegen hatte es in Art. 109 Abs. 1 S. 1 der ersten, formell bundesstaatlichen DDR-Verfassung vom 7. Oktober 1949 noch geheissen: »Jedes Land muss eine Verfassung haben, die mit den Grundsätzen der Verfassung der Republik übereinstimmt.«[13]

---

8 Constitution du 3 septembre 1791 (Anm. 4), Titre VII, Art. 1.

9 Text: Ernst Rudolf Huber (Hrsg.), Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. 1, 3. Aufl., Stuttgart u.a. 1978, S. 187 ff. Allerdings besassen gem. § 3 S. 1 der Verfassung mit Rücksicht auf die Mitgliedschaft Württembergs im Deutschen Bund »alle organischen Beschlüsse der Bundesversammlung, welche die verfassungsmässigen Verhältnisse Deutschlands oder die allgemeinen Verhältnisse deutscher Staatsbürger betreffen, nachdem sie von dem Könige verkündet sind, auch für Württemberg verbindende Kraft«.

10 Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg (1819), Präambel, Abs. 4, in: Huber (Anm. 9), S. 187.

11 Vgl. hierzu *Siegfried Mampel*, Die sozialistische Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1982, S. 150 ff.

12 Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 9.4.1968, Gesetzblatt der DDR Teil 1, 1968, S. 199 ff., zit. nach: Ingo von Münch (Hrsg.), Dokumente des geteilten Deutschland, Stuttgart 1968, S. 525 ff., 538.

13 Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 7.10.1949, Gesetzblatt der DDR Teil 1, 1949, S. 5 ff., zit. nach: Münch (Anm. 12), S. 301 ff., 317. Über die Verfassungen der Länder der DDR und die Beseitigung der Länder *Mampel* (Anm. 11), S. 55 f., 1122 f., sowie *Gerhard Braas*, Die Entstehung der Länderverfassungen in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1946/47, Köln 1987.

III. Föderativer Verfassungspluralismus

1. Anfänge eines Verfassungspluralismus in den Vereinigten Staaten von Amerika

6 Die Übereinstimmung von Staat und Verfassung im Zeichen des Verfassungssingularismus bestand in den einzelnen unabhängig gewordenen nordamerikanischen Kolonien nur etwa zehn Jahre lang. Mit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung der Vereinigten Staaten im Jahr 1789 wurde sie durch einen Verfassungspluralismus abgelöst – eine gleichzeitige Geltung der einzelstaatlichen Verfassungen und der Bundesverfassung (für das jeweilige Gebiet und die Bevölkerung eines Einzelstaates lässt sich auch von einem Verfassungsdualismus sprechen[14]). Die damit entstandenen rechtlichen Fragen und die hierfür gefundenen Lösungen haben auch das Verfassungsrecht der im 19. Jahrhundert in Europa gegründeten Bundesstaaten stark beeinflusst; von den in den frühen USA entwickelten Grundvorstellungen über das Verhältnis der beiden Verfassungsebenen zueinander hat man sich auch in Europa nicht gelöst.

7 Eine Abschaffung der Verfassungen, die sich die Einzelstaaten zwischen 1776 und 1780 gegeben hatten,[15] wurde in der Zeit des Übergangs von der Konföderation zum Bundesstaat nicht erwogen. Die fortbestehenden Staaten der Union benötigten sie weiterhin als Grundlage der Organisation ihrer Exekutive, Legislative und Judikative sowie zum Schutz der Grundrechte ihrer Bürger.[16] Zudem nahmen die Debatten über die inhaltliche Gestaltung der ersten Staatsverfassungen (von 1776 bis in die zweite Hälfte der 1780er-Jahre) einen wichtigen Platz in der Ideengeschichte der amerikanischen Revolution ein: »Obliged now to construct their own governments at the state level, American leaders were forced to think through the fundamentals of their beliefs, and establish republican polities that expressed the principles they had earlier endorsed.«[17] So sollten nunmehr die neue Bundes- und die betreffende Einzelstaatsverfassung in ihren jeweiligen Sphären gelten – als Ordnung und Beschränkung einerseits der Bundes-, andererseits der einzelstaatlichen Gewalt bei der Ausübung ihrer jeweiligen Kompetenzen. Die Fortexistenz der Staaten mit ihren Verfassungen unter dem Vorbehalt einer vorrangigen, aber den Bund auf wenige Kompetenzen beschränkenden Bundesverfassung war – mit den Worten von James Madison – der 1787 gefundene »middle ground« zwischen der nach allgemeiner Anschauung unerwünschten wei-

---

14 Vgl. *G. Alan Tarr*, Understanding State Constitutions, Princeton 1998, S. 1: »Americans live under a system of dual constitutionalism«.

15 Klassische Darstellung: *Willi Paul Adams*, Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit, Die Verfassungen und politischen Ideen der amerikanischen Revolution, Darmstadt/Neuwied 1973; kürzere vergleichende Analysen: *Lawrence M. Friedman*, A History of American Law, 3. Aufl., New York 2005, S. 71–79; *Tarr* (Anm. 14), S. 60–93.

16 Zur Ablösung des älteren, deskriptiven Verfassungsbegriffs durch einen normativen im Denken der Kolonisten *Bernard Bailyn*, The Ideological Origins of the American Revolution (Enlarged Edition), Cambridge/London 1992, S. 67 ff., 175 ff. – Vergleichender Überblick über typische Inhalte der heutigen einzelstaatlichen Verfassungen: *Tarr* (Anm. 14), S. 11–23.

17 *Bailyn* (Anm. 16), S. 324.

teren vollen »individual independence of the States« einer- und einer überwiegend abgelehnten und auch praktisch undurchführbaren »consolidation of the States into one simple republic« andererseits, ein Mittelweg »which will at once support a due supremacy of the national authority, and leave in force the local authorities so far as they can be subordinately useful«.[18]

Die Schöpfer der Bundesverfassung scheinen in dieser Verdoppelung der Verfassungsbin- 8
dung kein grundsätzliches Problem gesehen zu haben. In der Debatte über die Ratifizierung der neuen Verfassung, wie sie insbesondere die berühmten *Federalist Papers*[19] spiegeln, ging es wohl um den Charakter der Bundesverfassung als »national« oder »federal« und um die richtige Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Einzelstaaten. Von den Anhängern des Verfassungsprojekts wurden auch viele Bestimmungen der einzelstaatlichen Verfassungen angeführt um zu belegen, dass die neue Verfassung mit diesen im Wesentlichen vereinbar war. Die prinzipielle Möglichkeit einer Verbindlichkeit mehrerer Verfassungen für dieselben Bürger und Behörden wurde aber nicht in Frage gestellt. Den Grund hierfür kann man in der langen Gewöhnung der Kolonisten an die Bindung durch ein »höheres« (Verfassungs-)Recht sehen, nämlich die britische Verfassung vor der Unabhängigkeit und die *Articles of Confederation* von 1777 sowie die Beschlüsse des Kontinentalkongresses nach Erklärung der Unabhängigkeit. Die einzelstaatlichen Verfassungen standen in der Tradition der königlichen Charters für die einzelnen Kolonien (die in Connecticut und Rhode Island sogar bis 1818 beziehungsweise 1842 Anwendung fanden). Zu berücksichtigen ist auch, dass die Unabhängigkeitserklärung »in the Name, and by Authority of the good People [im Singular] of these Colonies«[20] erfolgt und damit bereits eine Einheit konstituiert worden war, auf welche die Bundesverfassung mit den Eingangsworten »We the People of the United States« wieder Bezug nahm. Später gab Präsident Lincoln zu Beginn des Bürgerkriegs diesem Gedanken als Argument gegen die Sezession der Südstaaten so Ausdruck: »The States have their status *in* the Union, and they have no other legal status. [...] The Union, and not themselves separately, procured their independence, and their liberty. [...] The Union is older than any of the States; and, in fact, it created them as States. [...] Not one of them ever had a State constitution, independent of the Union.«[21]

Die Bundesverfassung spricht in ihrem Text die Verfassungen der Staaten (anders als diese 9
selbst) nur an zwei Stellen an: Gemäss Art. IV Abschnitt 4 sollen die Vereinigten Staaten jedem Staat der Union eine »republikanische Regierungsform« garantieren, das heisst sicherstellen, dass die republikanischen Verfassungen nicht durch aristokratische oder mo-

18 James Madison in Schriften und Briefen des Jahres 1787, zit. nach: *Gordon S. Wood*, The Creation of the American Republic, 1776–1787, Chapel Hill 1969, S. 473. Vgl. auch ebd. S. 524 ff. (»Consolidation or Confederation«).

19 *Alexander Hamilton/James Madison/John Jay*, The Federalist Papers [1787–1788], Clinton Rossiter (Hrsg.), New York 1961.

20 The Declaration of Independence, July 4, 1776, zit. nach: *Hochuli/Keller* (Anm. 2), S. 49 ff., 52.

21 *Abraham Lincoln*, Message to Congress in Special Session, July 4, 1861, in: *ders.*, Selected Speeches and Writings (Library of America edition), New York 1992, S. 300 ff., 310.

narchische ersetzt werden.[22] Die zweite, ausdrückliche Erwähnung findet sich in der sog. *supremacy clause* in Art. VI Abs. 2: »This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.« Die Bundesverfassung, die Bundesgesetze und die von den Vereinigten Staaten geschlossenen völkerrechtlichen Verträge sind das »oberste Gesetz des Landes«, an das auch die einzelstaatlichen Gerichte gebunden sind; im Falle eines Konfliktes zwischen dem Bundes- und dem einzelstaatlichen Recht (das Verfassungsrecht inbegriffen) geht ersteres vor.[23] Alexander Hamilton begründete diese Vorrangklausel mit den folgenden grundsätzlichen Erwägungen: »If a number of political societies enter into a larger political society, the laws which the latter may enact, pursuant to the powers entrusted to it by its constitution, must necessarily be supreme over those societies and the individuals of whom they are composed. It would otherwise be a mere treaty, dependent on the good faith of the parties, and not a government, which is only another word for political power and supremacy.«[24] Daher bringe die Klausel nur eine Wahrheit zum Ausdruck »which flows immediately and necessarily from the institution of a federal government«.[25]

10 Die Bundesverfassung von 1787 enthielt zwar einzelne grundrechtliche Verbürgungen (wie das Recht, einen Habeas-Corpus-Befehl zu erwirken, das Verbot von Strafgesetzen mit rückwirkender Kraft oder die Garantie eines Geschworenengerichts in Strafsachen), im Gegensatz zur Mehrzahl der einzelstaatlichen Verfassungen[26] aber keine *Bill of Rights*, die etwa die Religionsfreiheit oder die Rede- und Pressefreiheit schützen würde.[27] Senat und Repräsentantenhaus beschlossen jedoch im März 1789 nach lebhafter öffentlicher Kritik entsprechende Verfassungszusätze, die nach ihrer Ratifizierung durch die einzelstaatlichen Parlamente am 15. Dezember 1791 als »first ten amendments to the Constitution« in Kraft traten. Bis zu diesem Zeitpunkt bestand in den USA also ein Grundrechtsschutz im Wesentlichen nur auf der Ebene der einzelstaatlichen Verfassungen. Auch nach dem Inkrafttreten der Verfassungszusätze ergab sich jedoch kein Problem eines konkurrierenden Grund-

22 Vgl. *Hamilton/Madison/Jay* (Anm. 19), No. 43 (Madison), S. 274 f.

23 Überblick über die Bedeutung der Klausel für das einzelstaatliche Verfassungsrecht bei *Tarr* (Anm. 14), S. 43 ff. Erst im Jahr 1867 hob der U. S. Supreme Court erstmals eine einzelstaatliche Verfassungsnorm als mit der Bundesverfassung unvereinbar auf: *Cummings v. Missouri*, 4 Wall. 277 (1867). Vgl. auch *Bardo Fassbender*, Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung. Zur Entscheidung des US Supreme Court in Sachen *Romer v. Evans*, EuGRZ 1997, S. 608 ff.

24 *Hamilton/Madison/Jay* (Anm. 19), No. 34 (Hamilton), S. 204. Vgl. auch No. 44 (Madison), S. 286 f.

25 *Hamilton/Madison/Jay* (Anm. 19), No. 34 (Hamilton), S. 205.

26 Vgl. zu diesen *Tarr* (Anm. 14), S. 75 ff.

27 Über die Gründe hierfür und die Debatte zwischen Föderalisten und Antiföderalisten *Wood* (Anm. 18), S. 536 ff.

rechtsschutzes in einzelstaatlichen Verfassungen und Bundesverfassung, da nach allgemeiner, vom Supreme Court geteilter Ansicht[28] die Grundrechte der *Ten Amendments* nur die Staatsgewalt des Bundes (das »federal government«), nicht aber die der Einzelstaaten beschränkten. Diese Situation änderte sich grundsätzlich erst nach dem Bürgerkrieg durch die Annahme des vierzehnten Verfassungszusatzes vom 16. Juni 1866. Dessen sogenannte *Due Process Clause*[29] verstand der Supreme Court in einer (allerdings erst im Jahr 1897 beginnenden) Reihe von aufeinander folgenden Urteilen[30] in dem Sinne, dass sie die meisten der verfahrensmässigen und materiellen Grundrechtsgewährleistungen der *Ten Amendments* auch für die Einzelstaaten verbindlich mache (»selective incorporation«).[31] Auch im Verfassungstext nicht genannte Rechte sah der Supreme Court gegenüber den Einzelstaaten als durch das vierzehnte Amendment geschützt an (»substantive due process«).

Diese Entwicklung führte im Laufe des 20. Jahrhunderts zu einer »Nationalisierung« des 11
Grundrechtsschutzes, indem die Grundrechte der Bundesverfassung auch für den Schutz vor Rechtsverletzungen durch die Einzelstaaten bestimmend wurden, und zwar auch in den Verfahren der staatlichen Gerichte. »Under these circumstances, the state bills of rights had little to add to their federal counterparts, and the state bills began to lose their significance in state cases. As the federal constitutional guarantees grew, state courts' reliance on state constitutional protection of individual rights diminished considerably.«[32] Erst in den 1970er-Jahren kam es im Zeichen eines »new federalism«[33] zu einer Rückbesinnung auf die Bedeutung des einzelstaatlichen Verfassungsrechts für den Schutz von Individualrechten: »In new federalism, the federal Constitution establishes minimum rather than maximum guarantees of individual rights, and the state courts determine, according to their own law (generally their own state constitutions), the nature of the protection of individual rights against state government.«[34] Praktisch ausschlaggebend ist eine einzelstaatliche

28 Vgl. *Barron v. Baltimore*, 32 U. S. (7 Pet.) 243 (1833).

29 »[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law [...]«.

30 Vgl. *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Co. v. City of Chicago*, 166 U. S. 226 (1897), sowie *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652 (1925), S. 666: »freedom of speech and of the press which are protected by the First Amendment from abridgment by Congress are among the fundamental personal rights and ›liberties‹ protected by the due process clause of the Fourteenth Amendment from impairment by the States«.

31 Vgl. *Akhil Reed Amar*, The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment, Yale Law Journal 1992, S. 1193 ff.

32 *Shirley S. Abrahamson/Diane S. Gutmann*, New Federalism: State Constitutions and State Courts, in: Burke Marshall (Hrsg.), A Workable Government? The Constitution After 200 Years, New York/London 1987, S. 103 ff., 123 f.

33 Überblick über Entstehung und Entwicklung dieses Topos: *John C. Blakeman/Christopher P. Banks*, The U. S. Supreme Court, new federalism, and public policy, in: Christopher P. Banks (Hrsg.), Controversies in American Federalism and Public Policy, London/New York 2018, S. 1 ff.

34 *Abrahamson/Gutmann* (Anm. 32), S. 105. Diese Interaktion von staatlichen und Bundesgerichten in der Durchsetzung verfassungsrechtlich garantierter Individualrechte analysiert in vier Fallstudien *Jeff-*

Grundrechtsverbürgung aber nur, wenn sie über die bundesrechtlich gewährten Rechte hinausgeht oder wenn das entsprechende Grundrecht der Bundesverfassung nicht durch das vierzehnte Amendment inkorporiert worden ist und daher einem Einzelstaat nicht entgegengehalten werden kann. Diese Situation ist durch zahlreiche Änderungen der einzelstaatlichen Verfassungen (die verfahrensmässig deutlich leichter erreicht werden können als solche der Bundesverfassung[35]) häufiger gegeben, als man annehmen könnte. Auf der einzelstaatlichen Verfassungsebene verstärkt worden sind in neuerer Zeit insbesondere die Religionsfreiheit, der Schutz gegen Diskriminierung, das Eigentumsrecht, der Schutz der Privatsphäre, die Rechte von Angeklagten sowie der Opfer von Straftaten, das Recht auf den Besitz und das Tragen von Waffen sowie das Recht zu jagen und zu fischen.[36]

12 Jenseits des Individualrechtsschutzes hebt die Literatur als innovative und von der Bundesverfassung abweichende Eigenschaften der heutigen einzelstaatlichen Verfassungen hervor: Verfahren direktdemokratischer Partizipation in Verfassung- und Gesetzgebung, unterschiedliche Regeln über das Recht eines Gouverneurs, sein Veto gegen Gesetzgebungsakte einzulegen (*executive veto power*), unterschiedliche Ermächtigungen der staatlichen Gerichte, Gesetzgebungsakte zu überprüfen (*judicial review*), sowie neue Gestaltungen der Zusammensetzung und der Kompetenzen der zweiten Kammern.[37] Nicht vergessen werden darf auch, dass es die einzelstaatlichen Verfassungen sind, die die Stellung und die Kompetenzen der Städte und Gemeinden bestimmen (*local government*).[38] Zusammenfassend ist daher zutreffend bemerkt worden: »The state constitutions reflect the diversity of American society more dramatically than the U. S. Constitution [...]. Unlike the U. S. Constitution, which has evolved primarily through elite judicial interpretation punctuated by reform amendments, state constitutions have evolved primarily through legislative and public action marked by waves of reform and reaction often sparked by major changes in the composition of state electorates and makeup of state economies. As such, the history of state constitutions captures the history of grassroots America in more vivid detail than the history of the U. S. Constitution.«[39]

---

rey S. Sutton, 51 Imperfect Solutions: States and the Making of American Constitutional Law, New York 2018. Vgl. auch *Tarr* (Anm. 14), S. 161 ff., und *Robert F. Williams/Lawrence Friedman*, State Constitutional Law, Cases and Materials, 5. Aufl., New Providence 2015, S. 143–268.

35 Vgl. *John Dinan*, State Constitutional Politics, Governing by Amendment in the American States, Chicago/London 2018, S. 11 ff., und *Williams/Friedman* (Anm. 34), S. 1089 ff. (State Constitutional Change: The Processes of Amendment and Revision).

36 Vgl. *Dinan* (Anm. 35), S. 73 ff. (Rights-Defining Amendments), S. 109 ff. (Court-Responsive Amendments); *Williams/Friedman* (Anm. 34), S. 445–570. Die bei Oxford University Press erscheinende Serie »Oxford Commentaries on the State Constitutions of the US« enthält in Einzelbänden Kommentare aller einzelstaatlichen Verfassungen.

37 Vgl. *John J. Dinan*, The American State Constitutional Tradition, Lawrence, Kansas 2006, S. 64 ff., 97 ff., 137 ff.; *Robert F. Williams*, The Law of American State Constitutions, New York 2009, S. 235–310, und *Williams/Friedman* (Anm. 34), S. 665 ff. (The State Judicial Branch), 729 ff. (The State Executive Branch), 783 ff. (The State Legislative Branch).

38 Vgl. *Tarr* (Anm. 14), S. 19 f.

39 *John Kincaid*, Foreword, in: *Williams/Friedman* (Anm. 34), S. xiii.

2. Bundesstaatlicher Verfassungspluralismus in der Schweiz

Mit der Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahr 1848 wurde – ähnlich den Vorgängen des Jahres 1787 in den USA (N. 6 f.) – den bestehenden kantonalen Verfassungen[40] eine Bundesverfassung hinzugefügt, ohne dass die Existenz der ersteren in Frage gestellt wurde. Art. 4 der Übergangsbestimmungen der BV 1848 erwähnte vielmehr ausdrücklich »die schon in Kraft bestehenden Verfassungen der Kantone« und nahm diese von der Gewährleistung des Bundes (Art. 6 BV 1848) aus. Ferner erklärte Art. 4 Abs. 2 der Übergangsbestimmungen »diejenigen Vorschriften der Kantonalverfassungen, welche mit den übrigen Bestimmungen der Bundesverfassung im Widerspruche stehen«, mit der Annahme der Bundesverfassung für aufgehoben. Für die Zukunft begründete Art. 6 BV 1848 eine Verpflichtung der Kantone, »für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen«. Diese – allerdings bedingte (vgl. Art. 6 Abs. 2 BV 1848) – bundesverfassungsrechtliche Anerkennung der kantonalen Verfassungsautonomie entsprach der – ebenfalls bedingten – Anerkennung der Staatlichkeit der Kantone in Art. 3 BV 1848 (»die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist«).[41] 13

Auch liessen zur Zeit der Bundesstaatsgründung die politischen Verhältnisse der Schweiz gar nicht den Gedanken aufkommen, auf die Kantonsverfassungen verzichten zu können. Denn, wie Alfred Kölz schrieb, »bis etwa zum Ende des 19. Jahrhunderts besassen nur die Kantone eigentliche Staatsvölker mit einheitlichen Gebieten, in denen sich auf Grund einer vorbestehenden politischen Kultur demokratische Institutionen bilden konnten«. »Der Bund war bis dahin erst eine sozusagen über den Kantonen ›schwebende‹ staatsrechtliche Konstruktion, die sich bis gegen Ende des 19. Jahrhunderts nicht auf ein Volk im Sinne eines Trägers einer gesamtschweizerischen Demokratie stützen konnte.«[42] 14

Art. 51 Abs. 1 S. 1 BV 1999 bestätigt die Verfassungsautonomie der Kantone[43] in der eigentümlichen Weise, dass die Kantone zum Erlass einer (demokratischen) Verfassung verpflichtet werden. Die Vorschrift verlangt in ihrem Satz 2 ferner, dass eine Kantonsverfassung der Zustimmung des Volkes (des Kantons) bedarf, und dass die Verfassung revidiert 15

---

40 Ausführliche Darstellung der Verfassungsentwicklung in den Kantonen vor und nach 1848 bei *Kölz*, Verfassungsgeschichte II, S. 41–474.

41 Giacometti vertrat bekanntlich die Ansicht, die Kantone seien mangels (völkerrechtlicher) Souveränität keine Staaten, sondern innerstaatliche Herrschaftsverbände wie die Gemeinden, im Gegensatz zu diesen aber »potenzierte Selbstverwaltungskörper«. Entsprechend seien die Kantonsverfassungen auch keine Staatsverfassungen (*Giacometti*, Staatsrecht der Kantone, S. 28). Die u.a. von Fleiner vertretene Gegenmeinung bejahte dagegen die (nicht-souveräne) Staatlichkeit der Kantone, da diese »im Besitz eigenen, nicht von einem anderen abgeleiteten, Herrschaftsrechts« seien (*Fleiner*, Bundesstaatsrecht, S. 54). Die heutige Lehre spricht den Kantonen fast einheitlich eine (bundesverfassungsrechtlich) »beschränkte Staatsqualität« zu (vgl. z.B. *Häfelin et al.*, Bundesstaatsrecht, N. 944).

42 *Kölz*, Verfassungsgeschichte II, S. 41.

43 Monographische Untersuchung: *Vincent Martenet*, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Basel 1999.

werden können muss, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt. Im Wege der Verfassungsgebung können die Kantone unter anderem ihre Organisationsautonomie (Art. 47 Abs. 2 S. 1 BV) verwirklichen. Die Kantonsverfassungen bedürfen der Gewährleistung des Bundes, die ein Kanton beanspruchen kann, wenn seine Verfassung dem Bundesrecht nicht widerspricht (Art. 51 Abs. 2 BV).[44] Der Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht (Art. 49 Abs. 1 BV) erstreckt sich auch auf das kantonale Verfassungsrecht. Zum Bundesrecht gehören auch die vom Bund geschlossenen völkerrechtlichen Verträge sowie das die Schweiz bindende Völkergewohnheitsrecht.

16 Gemäss Art. 35 Abs. 1 BV müssen die in den Art. 7 ff. BV garantierten Grundrechte »in der ganzen Rechtsordnung« der Eidgenossenschaft zur Geltung kommen; auch die Kantone sind an diese Grundrechte gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV), ausserdem an die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der weiteren von der Schweiz angenommenen Verträge zum Schutz der Menschenrechte. Soweit die Kantonsverfassungen diese Grund- und Menschenrechte garantieren, bestätigen sie nur schon bestehende Verpflichtungen. Die Verfassungen können aber diese Garantien erweitern oder neue Individualrechte (sowohl Abwehrrechte im klassischen Sinne als auch Wirtschafts- und Sozialrechte) begründen; beides ist in den meisten Kantonen geschehen.[45]

17 Die Verfassungen der sechsundzwanzig Kantone entsprechen sich heute inhaltlich weitgehend, auch in ihrer gemeinsamen Ausrichtung an der und auf die Bundesverfassung: »Waren die Kantonsverfassungen während des 19. und der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in Sprache, Aufbau und Inhalt noch relativ heterogen und unterschiedlich, so hat sich im Zug der Gesamterneuerungswellen der letzten 50 Jahre ein Prozess der gegenseitigen Angleichung und Beeinflussung durchgesetzt«.[46] Bis in die 1990er-Jahre waren die Kantonsverfassungen als »vollständige Verfassungen« konzipiert, die sich so geben, als hätten »sie und sie allein ein funktionsfähiges Staatswesen zu fundieren«[47]. Die neueren Verfassungen werden als »erweiterte Kernverfassungen« bezeichnet, die einerseits nicht blosse Organisationssta-

---

44 Zum Verfahren und den inhaltlichen Anforderungen der Gewährleistung *Andrea Marcel Töndury*, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Zürich 2004, S. 191 ff., 307 ff., und *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 568 ff., 582 ff.

45 Vgl. die Beispiele »eigenständiger kantonaler Grundrechte« bei *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 624 f., und *Giovanni Biaggini/Heidrun Gutmannsbauer*, Die Bedeutung der Grundrechtsgarantien der basellandschaftlichen Kantonsverfassung in der Verfassungsrechtsprechung, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft II, Liestal 2005, S. 5 ff., 8 f. (Schwerpunkte kantonaler Grundrechte mit selbständiger Bedeutung lägen in den Bereichen Bildung, Soziales und Persönlichkeitsentfaltung). Vgl. auch *Gregor T. Chatton*, Les droits fondamentaux dans les constitutions cantonales, in diesem Werk, Bd. 2, V.3, N. 8 ff.

46 *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 619; im Ergebnis ebenso *Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen, ZBl 2009, S. 1 ff., 29 (»Entwicklung zur Bildung von gemeineidgenössischem Verfassungsrecht«).

47 *Kurt Eichenberger*, Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung [1981], in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Vom schweizerischen Weg zum modernen Staat. Ausgewählte Schriften von Kurt Eichenberger, Basel 2002, S. 21 ff., 29.

tute sind, andererseits aber auch vermeiden, das von Bundesrechts wegen bereits Geltende zu wiederholen.[48] Ihre zentralen Inhalte sind die Behördenorganisation (unter Einschluss der Justiz), die Staatsaufgaben, die politischen Rechte (Stimm- und Wahlrecht, direktdemokratische Instrumente), der Schutz der Grundrechte, die kantonale Gebietseinteilung und das Gemeinderecht, die Finanzverfassung sowie die Beziehungen zwischen Staat und Kirche.[49]

Andreas Auer zufolge überlässt die Bundesverfassung den Kantonen »eine weite Freiheit der Verfassungsgestaltung«.[50] Doch widerspricht diesem Befund nicht die von ihm selbst festgestellte inhaltliche Angleichung der Kantonsverfassungen? Sind heute die Vorgaben durch Bundesverfassung, Bundesgesetzgebung und Völkerrecht nicht doch stark begrenzender Natur?[51] Oder sind die Kantone aus anderen (politischen oder gesellschaftlichen) Gründen nicht mehr willens, ihre Freiheit auszuschöpfen? Auch relativiert sich die Bedeutung der freien Gestaltung der politischen Rechte und der Behördenorganisation in dem Masse, in dem die Kantone zugunsten des Bundes Zuständigkeiten verloren haben. 18

3. Die Stellung der Gemeinden im pluralen Verfassungsgefüge der Schweiz

Die amerikanische Bundesverfassung geht auf die Stellung der Städte und Gemeinden mit keinem Wort ein. Doch auch die frühen einzelstaatlichen Verfassungen (N. 7) beschäftigten sich kaum mit dieser dritten – und bürgernächsten – Ebene öffentlicher Verwaltung.[52] Sie 19

48 So *Ehrenzeller/Nobs* (Anm. 46), S. 6.

49 Näher *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 624–633. Interessant ist der Vergleich dieses heutigen Inhalts mit dem von Giacometti im Jahr 1941 (*Giacometti*, Staatsrecht der Kantone, S. 38–55) und dem von Schmid im Jahr 1988 beschriebenen Inhalt (*Gerhard Schmid*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 [1988], S. 92 ff., 98 ff.).

50 *Auer*, Staatsrecht der Kantone, N. 63. Andererseits aber: »zunehmende Überlagerung und Überlastung der kantonalen Gemeinwesen durch Normen des höheren Rechts« (ebd., N. 34).

51 In diesem Sinne *Giovanni Biaggini*, Erste Erfahrungen mit der Kantonsverfassung des Kantons Basel-Landschaft von 1984, in: Kurt Jenny et al. (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal 1998, S. 9 ff., 16. Thürer bezeichnete die Kantonsverfassungen als »Fragmente übergreifender Verfassungsprozesse«, die die »kleine Welt« der kantonalen Rechtsordnung vervollständigen; *Daniel Thürer*, »Wir, die Männer und Frauen ...« – Ein Porträt der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung, ZBl 10/1996, S. 433 ff., 455. Vgl. auch bereits *Yvo Hangartner*, Soll die st. gallische Kantonsverfassung durch eine Totalrevision oder durch eine grössere Teilrevision den veränderten Verhältnissen angepasst werden?, in: Staatskanzlei (Hrsg.), Totalrevision der Kantonsverfassung? Drei Gutachten, St. Gallen 1972, S. 8 ff., 13: »Die Kantone sind nicht mehr in der Situation von 1848, als der Bund zwar einige wichtige Zuständigkeiten beanspruchte, im Übrigen aber weite Bereiche des Staatslebens den Ständen zu freier Gestaltung überliess. [...] Das Bundesrecht [...] lässt keinen Raum mehr für eine umfassende kantonale Verfassungsordnung. [...] Insofern ist kantonale Verfassungsgebung rudimentäre und subsidiäre Verfassungsgebung«.

52 Vgl., auch für das Folgende, *Tarr* (Anm. 14), S. 19, sowie *Daniel Thürer*, Bund und Gemeinden, Berlin 1986, S. 108 ff. Noch immer lesenswert ist Tocquevilles Beschreibung des »système communal en Amérique« am Beispiel Neuenglands von 1835: *Alexis de Tocqueville*, De la démocratie en Amérique,

stellten die Autorität und die Kompetenzen der bestehenden Kommunalverwaltungen nicht in Frage; teilweise sahen sie deren Vertretung in den gesetzgebenden Körperschaften des Staates vor. Erst in der Mitte des 19. Jahrhunderts endete diese »state constitutional silence about local power«, als der Staat New York die ersten Bestimmungen über *local government* in seine Verfassung aufnahm. »The shift in constitutional design resulted from a reconceptualization of the legal status of local governments. Local governments came to be understood as entities ›whose powers are derived from and subject to the sovereign state legislature‹ rather than as component units of a quasi-federal state government.«[53] Dieses neue Verständnis, das der US Supreme Court unterstützte,[54] führte zu immer ausführlicheren Regelungen des Gemeinderechts in den einzelstaatlichen Verfassungen, bis es in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts mit der Anerkennung der sog. *home rule* zu einem neuen Umschwung zugunsten einer grösseren gemeindlichen Autonomie kam.

20 Auch die schweizerische Bundesverfassung von 1848 schwieg über die Stellung der Gemeinden, deren Regelung dem kantonalen (Verfassungs-)Recht vorbehalten blieb.[55] Erst die BV 1999 führte eine Bestimmung ein, nach der die Gemeindeautonomie »nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet ist« (Art. 50 Abs. 1 BV).[56] Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich aus diesem Verweis auf das kantonale Recht, dass nach wie vor die Kantone, und nicht der Bund, Stellung, Organisation, Aufgaben und Autonomie der Ge-

---

in: *ders.*, Oeuvres, Bd. II (Bibliothèque de la Pléiade), Paris 1992, S. 64 ff. (am Beginn des 5. Kap.); in deutscher Übers.: *ders.*, Über die Demokratie in Amerika. Erster Teil von 1835 (aus dem Französischen übersetzt von Hans Zbinden), Zürich 1987, S. 89 ff.

53 *Tarr* (Anm. 14), S. 19 (ohne Nachweis des Zitats).

54 Vgl. *Hunter v. City of Pittsburgh*, 207 U. S. 161 (1907), S. 178 f.: »Municipal corporations are political subdivisions of the State, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers of the State as may be entrusted to them. [...] The number, nature, and duration of the powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the State. [...] The State, therefore, at its pleasure, may modify or withdraw all such powers, may take without compensation such property, hold it itself, or vest it in other agencies, expand or contract the territorial area, unite the whole or a part of it with another municipality, repeal the charter and destroy the corporation. All this may be done, conditionally or unconditionally, with or without the consent of the citizens, or even against their protest. In all these respects the State is supreme, and its legislative body, conforming its action to the State Constitution, may do as it will, unrestrained by any provision of the Constitution of the United States.« Zum heutigen Verständnis der Entscheidung *Josh Bendor*, Municipal Constitutional Rights, A New Approach, Yale Law & Policy Review 2013, S. 389 ff.

55 Vgl. nur BGer 1P.235/1997 vom 5.11.1997 E.4, in: ZBl 1998, S. 421 ff., 423: »Ob und inwieweit eine Gemeinde autonom ist, richtet sich [...] gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausschliesslich nach kantonalem Verfassungs- und Gesetzesrecht [...]. Das kantonale Verfassungs- und Gesetzesrecht kann demnach darüber bestimmen, ob Gemeinden erhalten oder geschaffen werden und ob sie in einem bestimmten Bereich autonom sein sollen oder nicht«.

56 Vgl. auch *François Bellanger*, Communes et villes, in diesem Werk, Bd. 1, III.10, N. 14 ff., sowie *Seiler*, Gemeinden im Schweizer Staatsrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 31.

meinden bestimmen.[57] Giovanni Biaggini spricht vom Grundsatz der Mediatisierung der Gemeinden durch die Kantone.[58] Nur im kantonal festgelegten Umfang werde die Gemeindeautonomie auch durch den Bund geschützt, vor allem durch die Möglichkeit der Anrufung des Bundesgerichts (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV).[59] Die Kantone seien bundesverfassungsrechtlich weder verpflichtet, Gemeinden einzurichten, noch den bestehenden Gemeinden ihren Bestand zu garantieren.[60] In vielen Kantonsverfassungen wird die Gemeindeautonomie ausdrücklich gewährleistet, gelegentlich verknüpft mit einer Bestandesgarantie.[61] Die Gemeinden der Romandie und des Tessins sind rechtlich weniger autonom als die Gemeinden der Deutschschweiz.[62]

Das Recht der Gemeinden in der Schweiz ist daher kantonales (Verfassungs-)Recht. Die Gemeinden sind wohl rechtlich verfasst (nämlich vom kantonalen Recht), besitzen aber kein eigenes Verfassungsrecht – und dies nicht etwa, weil nur ein Staat eine Verfassung haben könnte,[63] die Gemeinden aber keine Staaten sind, sondern weil es ihnen an Verfassungsautonomie im Sinne einer Selbstbestimmung über ihre grundlegenden Lebensverhältnisse mangelt. Die Gemeinden sind in diesem Sinne rechtlich nicht in der Lage, sich eine eigene Verfassung zu geben. Die ihnen vom Kantonsrecht eingeräumten Selbstverwaltungsrechte machen sie nicht zu Verfassungsgemeinschaften eigenen Rechts.[64] 21

57 *Biaggini*, Komm. BV, Vorbem. zu Art. 50, N. 2. Neben den politischen Gemeinden (Einwohnergemeinden) bestehen in den meisten Kantonen weitere öffentlich-rechtliche Gemeindeformen, insbes. Bürgergemeinden, Kirchgemeinden, Schul- und Fürsorgegemeinden. Vgl. *Auer*, Staatsrecht der Kantone, S. 134 ff.

58 *Biaggini*, Komm. BV, Vorbem. zu Art. 50, N. 2 f.

59 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 50, N. 2. Nach abweichender, allerdings vereinzelter Ansicht (*Kilian Meyer*, Gemeindeautonomie im Wandel, Diss. St. Gallen, St. Gallen 2011, S. 278 ff., 298 f.) ist die Gemeindeautonomie zur Garantie der Bundesverfassung und zum konstitutiven Element des Bundesstaates geworden; sie berechtige die Gemeinden, im Rahmen des kantonalen Rechts einen wesentlichen Teil der öffentlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu gestalten.

60 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 50, N. 3.

61 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 50, N. 4, mit Nachweisen. Die Bestimmungen der kantonalen Verfassungen und Gesetze zur Bestandes- und Autonomiegarantie der Gemeinden enthält im Wortlaut: *Julien Fiechter*, Politische Gemeinden und lokale Autonomie in der Schweiz, Cahier de l'IDHEAP 251/2010, S. 116 ff.

62 Vgl. *Fiechter* (Anm. 61), S. 61 ff.

63 An anderer Stelle habe ich versucht zu zeigen, dass die Anwendung des Verfassungsbegriffs nicht auf Staaten beschränkt werden kann: *Bardo Fassbender*, The United Nations Charter as the Constitution of the International Community, Leiden/Boston 2009, S. 58 ff. Vgl. zur »Verfassungsfähigkeit« nichtstaatlicher Rechtsgemeinschaften auch *Giovanni Biaggini*, Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?, ZSR 2000, S. 445 ff., 457 ff., 463 ff.

64 Vgl. schon *Giacometti*, Staatsrecht der Kantone, S. 71: Geltungsgrund der Gemeinden sei »die kantonale Rechtsordnung«. »Daher bilden die Gemeinden innerkantonale Herrschaftsverbände auf territorialer Grundlage. Als solche sind die Gemeinden Glieder des höheren kantonalen Herrschaftsverbandes«.

22 Gleichwohl sind die Gemeinden als »Bausteine politischer Selbstbestimmung und öffentlicher Verwaltung im Kanton«[65] ein integraler Bestandteil des pluralen Verfassungsgefüges der Schweiz. Denn die Existenz selbständiger Gemeinden ist »ein in der Geschichte verankertes Leitprinzip des Bundesstaates«[66], wie es auch in der Überschrift des 3. Titels der Bundesverfassung zum Ausdruck kommt: »Bund, Kantone und Gemeinden«. Die Existenz der Gemeinden wird, so das Bundesgericht, von der Bundesverfassung vorausgesetzt.[67] Die Gemeindeautonomie kann als ein »Strukturprinzip der schweizerischen Staatsordnung« und »Konstitutivum schweizerischer Demokratie«[68] bezeichnet werden, das als Verfassungsgrundsatz des Bundes die Kantone im Sinne einer Institutsgarantie[69] über den Wortlaut des Art. 50 Abs. 1 BV hinaus zur Aufrechterhaltung und zum Schutz der kommunalen Selbstverwaltung verpflichtet.

IV. Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft und seine Bedeutung für die Schweiz

23 Verfassungsrecht ist nicht nur staatliches Recht (N. 21). Es existiert auch auf suprastaatlicher Ebene. Auch die internationale Gemeinschaft[70] verfügt über eine Verfassung, die bestimmt, welchen Grundwerten sie verpflichtet ist, wer ihre Mitglieder sind (die Staaten und die weiteren Völkerrechtssubjekte), und wie und von wem das diese bindende Recht (das Völkerrecht) erzeugt, angewandt und im Fall seiner Verletzung durchgesetzt wird. Im Zentrum dieses Verfassungsrechts der internationalen Gemeinschaft steht die am Ende des Zweiten Weltkriegs in einem globalen *constitutional moment* vereinbarte Charta der Vereinten Nationen, die als geschriebene Rahmenverfassung von weiteren völkerrechtlichen Normen mit Verfassungsqualität ergänzt wird, insbesondere Normen zum Schutz der Menschenrechte.[71]

---

65 So *Hangartner* (Anm. 51), S. 28.

66 *Meyer* (Anm. 59), S. 311. Vgl. zur Geschichte der schweizerischen Gemeinden *Peter Steiner/Andreas Ladner*, Gemeinde, in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), Bd. 5, Basel 2006, S. 186 ff.

67 Vgl. BGer 1P.235/1997 vom 5.11.1997 E.4 (Anm. 55).

68 *Peter Saladin*, Bund und Kantone – Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 1984, S. 431 ff., 502.

69 Vgl. hierzu *Meyer* (Anm. 59), S. 66 f., sowie *Kägi-Diener*, St. Galler BV-Komm., Art. 50, N. 9 f.

70 Vgl. zu ihrem Charakter, ihrer Gestalt und ihren Rechtsquellen *Thürer*, Recht der internationalen Gemeinschaft und Wandel der Staatlichkeit, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 3.

71 Vgl. *Fassbender* (Anm. 63), insb. S. 77 ff.; *ders.*, Rediscovering a Forgotten Constitution, Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order, in: Jeffrey L. Dunoff/Joel P. Trachtman (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance, Cambridge 2009, S. 133 ff.; sowie *ders.*, International Constitutional Law: Written or Unwritten?, Chinese Journal of International Law 2016, S. 489 ff. Für den Begriff der Rahmenverfassung vgl. *ders.*, The UN Charter as Framework Constitution of the International Community, in: Hélène Ruiz Fabri et al. (Hrsg.), Select Proceedings of the European Society of International Law, vol. 1 (2006), Oxford/Portland 2008, S. 177 ff.

Die Annahme der UN-Charta hat eine tiefgreifende Anpassung und Begrenzung des überkommenen Begriffs der staatlichen Souveränität bewirkt.[72] Schrittweise und im Einklang mit der stetig gewachsenen Interdependenz der Staaten ist der als nur durch seinen eigenen Willen rechtlich gebunden gedachte »souveräne Staat« zu einer Körperschaft geworden, die völkerrechtlich vielfach verpflichtet ist, und zwar auch ohne ihre Zustimmung, ja sogar gegen ihren Willen. Im Stufenbau der universalen Rechtsordnung zeichnet den souveränen Staat aus, mit dem vergleichsweise höchsten Grad an Autonomie ausgestattet zu sein, d.h. einem Recht auf Selbstbestimmung und Unabhängigkeit. Die Souveränität des Staates ist damit in der Gegenwart die diesem durch die Verfassung der internationalen Gemeinschaft eingeräumte und garantierte Autonomie. 24

Die Schweiz hat sich dieser Verfassungsordnung der Vereinten Nationen angeschlossen. Mit klarem Volksmehr, aber knappem Ständemehr wurde am 3. März 2002 die Volksinitiative »Für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen« gutgeheissen und Art. 197 Ziff. 1 in die BV 1999 eingefügt. »Die Schweiz ist damit, soweit ersichtlich, das erste Land, in dem das Volk selbst den Beitritt zur UNO beschlossen hat.«[73] Der Ermächtigung des Art. 197 Ziff. 1 Abs. 1 BV gemäss hat der Bundesrat in seinem Beitrittsgesuch vom 20. Juni 2002 (in Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 1 UN-Charta) erklärt, »dass die Schweizerische Eidgenossenschaft die Verpflichtungen der Charta der Vereinten Nationen anerkennt und willens ist, diese Verpflichtungen zu erfüllen«.[74] Mit Beschluss der UN-Generalversammlung vom 10. September 2002 ist die Schweiz als Mitglied in die Vereinten Nationen aufgenommen worden.[75] 25

Schon vor dem Beitritt der Schweiz hat sich die Bundesverfassung im Einklang mit dem internationalen Verfassungsrecht der UN-Charta befunden. Die Präambel der BV 1999 bekennt sich zum »(Welt-)Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt« und nimmt damit die wichtigsten Ziele der Vereinten Nationen auf (vgl. Art. 1 UN-Charta: »international peace«, »friendly relations among nations«, »international co-operation in solving international problems«). Art. 58 Abs. 2 S. 1 BV folgt dem Verbot des Angriffskrieges der UN-Charta (Art. 2 Ziff. 4) mit dem Vorbehalt des begrenzten Selbstverteidigungsrechts (Art. 51): »Die Armee dient der Kriegsverhinderung und trägt bei zur Erhaltung des Friedens; sie verteidigt das Land und seine Bevölkerung.« Die von Art. 5 Abs. 4 BV geforderte Beachtung des Völkerrechts durch Bund und Kantone entspricht dem Bekenntnis der UN-Mitgliedstaaten zum »respect for the obligations arising from treaties and other sources of 26

72 Vgl. *Bardo Fassbender*, Die Souveränität des Staates als Autonomie im Rahmen der völkerrechtlichen Verfassung, in: Heinz-Peter Mansel et al. (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, München 2004, S. 1089 ff., 1093, 1096.

73 *Baur/Thürer*, St. Galler BV-Komm., Art. 197 Ziff. 1, N. 2. Vgl. zur Vorgeschichte des Beitritts *Daniel Thürer*, Die Schweiz und die Vereinten Nationen, in: Alois Riklin et al. (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1992, S. 307 ff., 327 ff.

74 UN Dok. A/56/1009–S/2002/801 vom 24.7.2002. Deutscher Wortlaut des Beitrittsgesuchs in: *Baur/Thürer*, St. Galler BV-Komm., Art. 197 Ziff. 1, N. 28.

75 Resolution 57/1 der UN-Generalversammlung.

international law« (Präambel der UN-Charta, s. auch Art. 1 Ziff. 1 UN-Charta). Auch die in der Bundesverfassung garantierten Grundrechte (Art. 7 ff. BV) sowie die Sozialziele (Art. 41 BV) stimmen mit dem Programm der UN-Charta überein, wie es in der Präambel und Art. 1 Ziff. 3 ausgedrückt worden ist: »We the Peoples of the United Nations, determined [...] to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women [...], and to promote social progress and better standards of life in larger freedom«. Mit den »zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts« (Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 BV), welche eine Revision der Bundesverfassung nicht verletzen darf, bezieht sich die Bundesverfassung auf das sog. *ius cogens* (oder zwingende Völkerrecht) als Sammelbegriff grundlegender Normen der völkerrechtlichen Ordnung[76], die sich allesamt auf die UN-Charta zurückführen lassen und einen Bestandteil des Verfassungsrechts der internationalen Gemeinschaft bilden[77]. Die Verfassungsbestimmungen über das *ius cogens* implizieren, mit den Worten Daniel Thürers, »dass gewisse Kerngehalte der Völkerrechtsordnung selbst der Bundesverfassung übergeordnet sind; sie sind vom Verfassungsgeber zu respektieren und stehen nicht zu seiner Disposition«.[78]

27 Von grosser Bedeutung für das schweizerische Verfassungsrecht ist die Europäische Menschenrechtskonvention von 1950[79], mit der das auf den Schutz der Menschenrechte bezogene Programm der UN-Charta im regionalen Rahmen verwirklicht worden ist. Die EMRK, der die Schweiz im Jahr 1974 beigetreten ist, nimmt in ihrer Präambel ausdrücklich Bezug auf die von der UN-Generalversammlung im Einklang mit der UN-Charta verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte[80] und erklärt, es sei ihr Ziel, in Europa »die ersten Schritte auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte zu unternehmen«. Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle gewährleisten klassische Freiheits- und Abwehrrechte, die hinreichend präzise formuliert sind, um in einer monistischen Rechtsordnung wie der schweizerischen[81] unmittelbar gül-

76 Allgemein anerkannt ist der *ius cogens*-Charakter des Gewaltverbots (Art. 2 Ziff. 4 UN-Charta), des Verbots des Völkermordes, der Sklaverei und der Folter (Art. 4 und 5 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948) sowie – unbestimmter – der »elementaren« Menschenrechte und der »grundlegenden« Schutznormen des humanitären Völkerrechts. Ein Teil der Lehre rechnet auch das Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 der beiden UN-Menschenrechtspakte von 1966) zum *ius cogens*. Vgl. *Wolfgang Graf Vitzthum*, Begriff, Geschichte und Rechtsquellen des Völkerrechts, in: ders./Alexander Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl., Berlin 2016, S. 1 ff., N. 13, 126, sowie *Ehrenzeller/Gertsch*, St. Galler BV-Komm., Art. 139, N. 43 ff.

77 Vgl. *Fassbender* (Anm. 63), S. 123 ff.

78 *Thürer*, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, § 11, N. 13.

79 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28.11.1974, AS 1974 2151.

80 Resolution 217 (III) der UN-Generalversammlung vom 10.12.1948. Vgl. *Bardo Fassbender*, Menschenrechteerklärung, Universal Declaration of Human Rights – Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, Neuübersetzung, Synopse, Erläuterung, Materialien, München 2009.

81 Vgl. zur monistischen und dualistischen Lehre *Bardo Fassbender*, »Völkerrecht und Landesrecht«. Zur

tig und justiziabel zu sein. Die Rechte bedürfen also keiner Umsetzung oder Konkretisierung im Wege der Gesetzgebung; die berechtigten Individuen können sich gegenüber Behörden und Gerichten direkt auf sie berufen.[82] In seiner neueren Rechtsprechung leitet der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aus den EMRK-Rechten auch positive Schutzpflichten staatlicher Behörden ab, insbesondere bei Gefährdungen des Rechts auf Leben, des Folterverbots und des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens.[83]

Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR haben in den letzten Jahrzehnten weite Be- 28
reiche des Schweizer Rechts beeinflusst.[84] Daniel Thürer spricht von einem »grundlegenden Wandel des schweizerischen Verfassungsrechts«, welchen die EMRK herbeigeführt habe, und belegt diesen mit der Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene (1971) und der Beseitigung der konfessionellen Ausnahmeartikel der Bundesverfassung (1973) schon im Vorfeld eines EMRK-Beitritts der Schweiz sowie Reformen im Ausländerrecht, im Gerichtsverfahrensrecht, in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie im sog. besonderen Gewaltverhältnis.[85] Das Bundesgericht stützte sich unter der alten Bundesverfassung für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte ausser auf die Kantonsverfassungen auch auf die EMRK.[86] Die Formulierung des Grundrechtskatalogs der BV 1999 hat sich dann stark an der EMRK orientiert.[87] Das Bundesgericht bezieht die Rechtsprechung des EGMR regelmässig in seine Entscheidfindung ein.[88] Im Falle eines echten Normkonflikts zwischen der EMRK und einem späteren Bundesgesetz lässt es die EMRK-Verpflichtung vorgehen und relativiert damit auch die Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts im Hinblick auf die Prüfung von Bundesgesetzen (Art. 190 BV).[89] »Ging, historisch gesehen, der Grundrechtsschutz des Bundes im Wesentlichen aus demjenigen der Kantonsverfassungen hervor, [...] so fand er also moderne Impulse der Fortgestaltung von den völkerrechtlich garantierten Menschenrechten her«.[90]

»Durch vielfältige Einflüsse auf die Rechtsordnungen und Rezeptionsprozesse in den Ver- 29
fassungen europäischer Staaten«, so resümieren Christoph Grabenwarter und Katharina

---

Genese und heutigen Bedeutung der Konfrontation zweier Rechtsordnungen, AJP 2014, S. 437 ff., ferner *Oliver Diggelmann*, Verfassung und Völkerrecht, in diesem Werk, Bd. 1, I.11, N. 11 ff.

82 Vgl. auch *Maya Hertig Randall*, La Convention européenne des droits de l'homme, in diesem Werk, Bd. 2, V.5.

83 Vgl. *Stephan Breitenmoser/Robert Weyeneth*, Europarecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017, N. 1301, 1305.

84 So *Breitenmoser/Weyeneth* (Anm. 83), N. 1311.

85 Vgl. *Thomas Buergenthal/Daniel Thürer*, Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2010, S. 399 ff.

86 Vgl. *Buergenthal/Thürer* (Anm. 85), S. 390.

87 Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Anm. 83), N. 1311 f.

88 *Breitenmoser/Weyeneth* (Anm. 83), N. 1313 mit Nachweisen; vgl. auch *Biaggini*, Komm. BV, Vorbem. Art. 7–36, N. 12.

89 Leiturteil ist das sog. PKK-Urteil vom 26.7.1999, BGE 125 II 417, s. auch BGE 139 I 16 (Ausschaffungsinitiative) zum Verhältnis zwischen der EMRK und einer später erlassenen Verfassungsbestimmung. Vgl. *Biaggini*, Komm. BV, Art. 5, N. 26 ff., 31 f., und Art. 190, N. 16.

90 *Buergenthal/Thürer* (Anm. 85), S. 391.

Pabel, »hat eine enge Verklammerung zwischen der EMRK, den nationalen Verfassungen und dem Recht der [Europäischen] Union stattgefunden«.[91] Im Falle der Schweiz ergreift diese Verklammerung auch das kantonale Verfassungsrecht (N. 13 ff.).[92] Grundrechtliche Garantien seien, so die Autoren, heute in Europa auf verschiedene rechtliche Systeme verteilt, zu denen neben den Verfassungen jedenfalls die EMRK gehöre. Die EMRK-Staaten »haben einen Teil ihres materiellen Verfassungsrechts in die ›Komplementärverfassung‹ oder ›Nebenverfassung‹ EMRK ausgelagert, sodass es zutreffend erscheint, diese mit dem EGMR als Verfassungsinstrument und mit Stimmen aus der Literatur als [...] Europäische Menschenrechtsverfassung [...] zu bezeichnen«.[93]

30 Mit der Charta der Vereinten Nationen und der Europäischen Menschenrechtskonvention sind zwei – auch für die Schweiz – zentrale völkerrechtliche Normenkomplexe verfassungsrechtlicher Qualität vorgestellt worden, wobei der erste universelle und der zweite eine regionale (europäische) Geltung besitzt. Nicht alle völkerrechtlichen Verpflichtungen, mögen sie auf Verträgen oder Gewohnheitsrecht beruhen, haben diese Qualität supranationalen Verfassungsrechts. Das supranationale Verfassungsrecht kann in nationales Verfassungsrecht übernommen und auf diese Weise bekräftigt werden. Soweit das supranationale Recht gilt, kommt den nationalen Bestimmungen nur deklaratorische Bedeutung zu. Es steht einem nationalen Verfassungsrecht aber frei, auch sonstige (»einfache«) völkerrechtliche Normen zu inkorporieren und damit – auf nationaler Ebene – zu konstitutionalisieren.[94]

---

91 *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München u.a. 2016, S. 6 f. Vgl. auch *Dean Spielmann*, Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, S. 1231 ff.

92 So enthält z.B. die KV JU in ihrer Präambel ausdrückliche Bezugnahmen auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte und die EMRK: »Le peuple jurassien s'inspire de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, de la Déclaration universelle des Nations unies proclamée en 1948 et de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. En vertu de ces principes, la République et Canton du Jura, [...] déterminée à bâtir une société prospère, garante des droits fondamentaux et respectueuse de l'environnement, favorise la justice sociale, encourage la coopération entre les peuples, joue un rôle actif au sein des communautés dont elle se réclame.«

93 *Grabenwarter/Pabel* (Anm. 91), S. 6 f., unter Hinweis auf EGMR, 23.3.1995, No. 15318/89, Loizidou g. Türkei (»constitutional instrument of European public order«) und auf *Jochen A. Frowein*, Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung, JuS – Juristische Schulung 1986, S. 845 ff.

94 Vgl. *Wen-Chen Chang/Jiunn-Rong Yeh*, Internationalization of Constitutional Law, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, S. 1165 ff.; *Antonio Cassese*, Modern Constitutions and International Law, in: Recueil des Cours – Collected Courses of the Hague Academy of International Law 192 (1985 III), S. 331 ff., 400 ff.

V. Komplexität und Fragilität des Verfassungspluralismus

Alexis de Tocqueville nannte die Verfassung der USA einsichtsvoll »une constitution com- 31
plexe«: »[E]s lassen sich darin zwei verschiedene Gesellschaften erkennen, die miteinander verbunden und, wenn ich so sagen darf, ineinander verschachtelt sind; man sieht zwei völlig getrennte und fast unabhängige Regierungen«.[95] Diese Beobachtung über die föderative Verfassung der Vereinigten Staaten steht am Anfang des fünften Kapitels des ersten, im Jahr 1835 erschienenen Teils des Werkes »Über die Demokratie in Amerika«, eines Kapitels mit der Überschrift »Die Untersuchung der Einzelstaaten muss der Erörterung über die Bundesregierung vorangehen«. An späterer Stelle (im Abschnitt über die Frage »Warum nicht alle Völker zu einer Bundesordnung taugen und was die Angloamerikaner dazu befähigte?«, am Ende des 8. Kapitels) ergänzte Tocqueville, die amerikanische Bundesordnung ruhe auf einer »verwickelten Lehre« (*une théorie compliquée*), deren Anwendung von den Regierten ein tägliches Mitwirken ihrer Erkenntnis und ihrer Vernunft erfordere.[96]

Verfassung als ein plurales Gefüge ist in der Tat verwickelt, kompliziert und anspruchsvoll 32
in der Anwendung. Dies gilt schon für die bundesstaatliche Ordnung (unter Einbeziehung der Gemeindeebene), erst recht aber in der Gegenwart im Hinblick auf supranationale Verfassungselemente und -einflüsse. Andererseits fällt Ländern mit einer föderativen Tradition der Umgang mit dieser zusätzlichen Verfassungsebene leichter als Staaten, in denen die Vorstellung einer »einzigen und einheitlichen« Verfassung (N. 2 ff.) herrscht. So erfordert in der Schweiz die Berücksichtigung völkerrechtlichen Verfassungsrechts als Bestandteil einer umfassenden Verfassungsordnung zwar eine zusätzliche rechtskonstruktive Anstrengung; sie passt aber in ein langgeübtes föderalistisches Denken. Auch in den USA hat es Phasen gegeben, so unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg, in denen man sich die Einordnung des Landes in ein höheres (freilich nach dem Vorbild der eigenen Bundesverfassung gestaltetes) Verfassungsrecht vorstellen konnte – eine Art von Bundesverfassung *writ large*. So trug das letzte Kapitel eines an der Harvard University und anderen amerikanischen Universitäten im Einführungskurs »Government« benutzten Lehrbuchs (sein Herausgeber Elliott war einflussreicher Berater der Präsidenten Roosevelt und Truman) ohne Ironie den Titel »Toward a constitutional world order« und öffnete mit der Leitfrage »Can we organize a free world, under law?«.[97] Schon in der Gründungskonferenz der Vereinten Nationen hatte Präsident Truman im Juni 1945 die UN-Charta mit der amerikanischen Bundesverfassung verglichen.[98]

---

95 *Tocqueville*, De la démocratie (Anm. 52), S. 63; *ders.*, Demokratie in Amerika (Anm. 52), S. 88.

96 *Tocqueville*, De la démocratie (Anm. 52), S. 185; *ders.*, Demokratie in Amerika (Anm. 52), S. 240.

97 *William Y. Elliott/Neil A. McDonald*, Western Political Heritage, Englewood Cliffs, New Jersey 1949, S. 952, 965.

98 *Präsident Harry S. Truman*, Rede in San Francisco vom 26.6.1945, in: United Nations Information Organizations (Hrsg.), Documents of the United Nations Conference on International Organization, 1945, Bd. I, London/New York 1945, S. 680; zitiert in: *Fassbender* (Anm. 63), S. 2.

33 Aus juristischer Sicht anspruchsvoll ist ein Gefüge mehrerer Verfassungsebenen auch, weil es die gleichzeitige Existenz widersprüchlicher Normen ermöglicht, diese Widersprüche aber meist nur unvollkommen durch Vorrangregeln auflöst. Zwar existiert im schweizerischen Bundesstaat – nach dem Vorbild des Art. VI der Bundesverfassung der USA (N. 9) – eine solche Regel für das Verhältnis zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht (Art. 49 Abs. 1 BV), wobei letzteres das Recht der kommunalen Ebene einschliesst,[99] und muss sich die Rechtsetzung der Gemeinden in den Grenzen des jeweiligen Kantonsrechts halten[100]. Doch tritt, mit den Worten Biagginis, häufig nicht offen zutage, was das vorrangige Bundesrecht genau vorgibt. »Auch ist oft nicht ohne weiteres zu erkennen, ob eine Regelung des Bundes abschliessenden Charakter hat oder Raum für kantonales Recht lässt. Das Problem verschärft sich noch, wenn im fraglichen Regelungsbereich Bundes- und kantonale Kompetenzen miteinander verschränkt sind oder wenn Bundesrecht durch die Kantone zu vollziehen ist«.[101] Zudem ist umstritten, ob das »Vorgehen« des Bundesrechts zu einer Nichtigkeit, Ungültigkeit oder nur zu einer Verdrängung der entgegenstehenden Norm im jeweiligen Anwendungsfall führt.[102]

34 Für das Verhältnis zwischen völkerrechtlichen Normen verfassungsrechtlicher Natur und dem Bundesverfassungsrecht fehlt es an einer dem Art. 49 BV entsprechenden Regel. Die Initiatoren der »Selbstbestimmungsinitiative« wollten einen Vorrang der Bundesverfassung festschreiben (neuer Art. 5 Abs. 4 S. 2 BV: »Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts«[103]), doch wurde die Initiative von Volk und Ständen abgelehnt[104]. Ungeklärt ist auch wie zu verfahren ist, wenn *eine* völkerrechtliche Verpflichtung mit einer anderen solchen kollidiert, z.B. die auf Art. 25 UN-Charta beruhende Pflicht zur Umsetzung eines Sanktionsbeschlusses des UN-Sicherheitsrates mit der menschenrechtlichen Verpflichtung aus Art. 6 und 13 EMRK (Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz). Anders als das Bundesgericht hat der EGMR diesbezüglich die Vorrangregel des Art. 103 UN-Charta[105] nicht durchgreifen lassen, also seinem eigenen Gründungsdokument, der EMRK, den Vorrang eingeräumt.[106]

---

99 Vgl. *Biaggini*, Komm. BV, Art. 49, N. 4.

100 Vgl. z.B. Art. 89 Abs. 2 KV SG: »In der Rechtsetzung hat die Gemeinde Entscheidungsfreiheit, wenn das Gesetz keine abschliessende Regelung trifft oder die Gemeinde ausdrücklich zur Rechtsetzung ermächtigt.«

101 *Biaggini*, Komm. BV, Art. 49, N. 5 (unter Weglassung der Beispiele).

102 Vgl. *Biaggini*, Komm. BV, Art. 49, N. 8.

103 Vgl. Bekanntmachung der Bundeskanzlei vom 25.2.2015, BBl 2015 1965 ff., 1968.

104 Bundeskanzlei, Vorlage Nr. 624: Vorläufige amtliche Endergebnisse der Volksabstimmung vom 25.11.2018 über die Volksinitiative vom 12.8.2016 »Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)«.

105 Siehe Art. 103 UN-Charta: »In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail.«

106 Vgl. die Entscheidungen im Fall Nada (BGE 133 II 450; EGMR [GK], 12.9.2012, No. 10593/08, Nada

Ein plurales Verfassungsgefüge benötigt ein gewisses Mass an Homogenität, um ohne zu grosse Reibungen funktionieren zu können. Diese wird weniger durch Vorrangklauseln gesichert als durch eine Übereinstimmung der verschiedenen Ebenen in der verfassungsstaatlichen Substanz, also geteilten Grundanschauungen und institutionellen Strukturen zur Verwirklichung etwa von Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Parlamentarismus und Föderalismus. Im Bundesstaat ist eine solche Übereinstimmung in der Regel dann gegeben, wenn – wie in den USA und der Schweiz – die Bundesebene aus den Einzelstaaten hervorgegangen und damit durch deren verfassungsstaatliches Programm geprägt worden ist. 35

Es besteht gegenwärtig in Europa die nötige Homogenität auch zwischen der völkerrechtlichen und der staatlichen Verfassungsebene, weil es sich bei den Verfassungsprinzipien der internationalen Gemeinschaft überwiegend um aus dem nationalen Verfassungsrecht der europäischen Staaten und der USA entnommene Grundsätze handelt. Das Völkerrecht der Gegenwart ist seiner geschichtlichen Entwicklung, Struktur und inhaltlichen Prägung nach eine »Ordnung des Westens«, d.h. ein Normengefüge, das von Ordnungs- und Leitbildern, Wertvorstellungen und Interessen der Staaten Europas und Nordamerikas bestimmt wird.[107] Unter den Wertvorstellungen steht die Idee der Menschenrechte an erster Stelle. Ungeachtet sehr unterschiedlicher Meinungen über die geistesgeschichtlichen Ursprünge der Menschenrechtsidee lässt sich feststellen, dass die heute völkerrechtlich anerkannten Menschenrechte aus dem Verfassungsrecht der westlichen Staaten, insbesondere Frankreichs und der USA, in das Völkerrecht geflossen sind. Die Vorstellung individueller, subjektiver und einklagbarer Grundrechte ist eine europäische Idee. Aus diesen Gründen ist das heutige Verfassungsrecht der internationalen Gemeinschaft aus der Sicht der Schweiz auch kein »fremdes Recht«.[108] 36

In einem pluralen Verfassungsgefüge müssen sich idealerweise alle Verfassungsebenen wechselseitig als solche anerkennen. Das ist im Bundesstaat im Verhältnis zwischen der Bundes- und der einzelstaatlichen (oder kantonalen) Ebene der Fall. Die völkerrechtliche Ebene ignoriert dagegen fast vollständig die Existenz von Verfassungsrecht unterhalb der Ebene der »souveränen« Staaten, indem sie deren politische Gliederung als »innere Angelegenheit« ansieht. Noch immer gilt für sie der Leitsatz der Montevideo-Konvention von 1933: »The federal state shall constitute a sole person in the eyes of international law.«[109] Entsprechend ist Mitglied der Vereinten Nationen, des Europarats und der EMRK allein 37

---

g. Schweiz) sowie im Fall Al-Dulimi (BGer 2A.783/2006 vom 23.1.2008; EGMR [GK], 21. 6.2016, No. 5809/08, Al-Dulimi g. Schweiz); hierzu *Breitenmoser/Weyeneth* (Anm. 83), N. 1328. Zu den Individualsanktionen des Sicherheitsrates *Bardo Fassbender*, Targeted Sanctions Imposed by the UN Security Council and Due Process Rights, International Organizations Law Review 2006, S. 437 ff.

107 Vgl. näher *Bardo Fassbender*, Das Völkerrecht als Ordnung des Westens, in: Götz Schulze (Hrsg.), Kulturelle Relativität des internationalen Rechts, Baden-Baden 2014, S. 27 ff.

108 Vgl. zu den schweizerischen Beiträgen zur Entwicklung des Völkerrechts auch *Dietrich Schindler*, Die Schweiz und das Völkerrecht, in: Alois Riklin et al. (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern 1992, S. 99 ff., 101 ff.

109 Art. 2 der Convention on the Rights and Duties of States (Montevideo Convention) vom 26.12.1933,

die Schweiz als Ganzes; aus der Sicht dieser Organisationen findet die kantonale Verfassungsebene »nicht statt«.[110] Es ist aber den kantonalen Verfassungen unbenommen, ihrerseits die supranationale Verfassungsebene anzusprechen – z.B. durch eine Bezugnahme auf die Europäische Menschenrechtskonvention[111] – und insofern eine »Brückenbaufunktion von unten her«[112] zu erfüllen.

38 Ein sich aus mehreren Ebenen zusammensetzendes Verfassungsgefüge ist nicht nur theoretisch und praktisch anspruchsvoll, sondern auch fragil. Denn es befindet sich in einer ständigen Veränderung, welche politische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Gründe haben kann. Stets müssen die Balancen zwischen den Verfassungsebenen neu hergestellt und verhandelt werden. Die prozesshafte Natur von Verfassung tritt hier besonders deutlich zu Tage. Andererseits kann ein plurales Gefüge der gemeinsamen Verfassungssubstanz auch eine grössere Beständigkeit geben, da diese Substanz Halt auf mehreren Ebenen und bei deren jeweiligen Organen und Institutionen findet und weniger leicht durch einen einzigen revolutionären Vorgang beseitigt werden kann als die »eine und einheitliche« Verfassung eines zentralisierten Staates.[113]

39 Wenn wir von Verfassung als einem pluralen Gefüge sprechen, so bedeutet dies nicht, dass jede Ebene dieses Gefüges dasselbe Gewicht hat. An Regelungsbreite, Steuerungskraft und politischer Wirkung gemessen, kommt vielmehr nach wie vor der nationalstaatlichen Verfassung (d.h. in der Schweiz der Bundesverfassung) zentrale Bedeutung zu.[114] Sie besetzt, will man sich den verfassungspluralen Bau bildlich vorstellen, die Beletage einer grossbürgerlichen Villa mit ihren hohen, repräsentativen und stuckverzierten Räumen. Dagegen sind die gliedstaatlichen (kantonalen) Verfassungen, auch wenn sie als »Vollverfassungen« konzipiert sind, in ihren Wirkungen begrenzt – in denen auf die einzelne Bürgerin oder den

---

League of Nations Treaty Series vol. 165 S. 19, auch in: Malcolm D. Evans (Hrsg.), International Law Documents, 13. Aufl., Oxford 2017, S. 8 f.

110 Entsprechend ist auch für das Recht der EG von einer »Landes-Blindheit« im Sinne einer grundsätzlichen »mitgliedstaatlichen Impermeabilität« der Bundesrepublik Deutschland gesprochen worden; vgl. *Hans Peter Ipsen*, Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: Ernst von Caemmerer et al. (Hrsg.), Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt a.M. 1966, S. 248 ff., 256, 259, sowie neuerdings *Teresa Weber*, Ist die Europäische Union länderblind?, in: Sebastian Piecha et al. (Hrsg.), Rechtskultur und Globalisierung, 57. Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2017, S. 77 ff.

111 Vgl. für die Verfassung des Kantons Jura oben Anm. 92.

112 *Peter Häberle*, Die Kunst der kantonalen Verfassunggebung – das Beispiel einer Totalrevision in St. Gallen, ZBl 1997, S. 97 ff., 120 (kantonale Verfassunggebung »im grösseren Rahmen des mindestens um Teilverfassungen ringenden Europa«).

113 Ähnlich bereits unter Bezugnahme auf Rudolf Smends Integrationslehre *Wolfgang Graf Vitzthum*, Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), S. 7, 29, 55: »doppelte Integration auf zwei Verfassungsebenen«.

114 Ihr Gewicht entspricht der des »souveränen Staates« im Vergleich mit sub- und suprastaatlichen Rechtsgemeinschaften; vgl. *Bardo Fassbender*, The State's Unabandoned Claim to be the Center of the Legal Universe, International Journal of Constitutional Law 2018, S. 1207 ff.

einzelnen Bürger wegen des Vorrangs der bundesverfassungsrechtlich garantierten Grundrechte, in den Wirkungen auf die Behörden wegen der sachlich eingeschränkten gliedstaatlichen Kompetenzen. In der Villa bewohnen die Kantonsverfassungen und die Gemeindeebene das weniger repräsentative und strassennahe Parterre, doch ist das Geschehen in diesen Wirtschafts- und Gewerberäumen für das Leben im Haus unverzichtbar. Das supranationale Verfassungsrecht ist institutionell schwach und ergreift bisher nur wenige Materien, darunter aber mit dem Schutz der Menschenrechte eine potentiell weit auf die Staatstätigkeit ausgreifende.[115] Seine Zukunft steht gegenwärtig im Schatten einer schweren Krise des nach dem Zweiten Weltkrieg unter Führung der Vereinigten Staaten aufgebauten multilateralen Systems und seiner Werte und Institutionen.

115 Vgl. etwa *Bardo Fassbender*, Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls, EuGRZ 2003, S. 1 ff.

Verfassungsrecht der Schweiz
Droit constitutionnel suisse

Herausgegeben von
Oliver Diggelmann | Maya Hertig Randall | Benjamin Schindler

Gegründet von
Daniel Thürer | Jean-François Aubert | Jörg Paul Müller

Schriftleitung
Damian Cueni | Nesa Zimmermann

I

Grundlagen
Demokratie
Föderalismus

Schulthess § 2020

Übersicht | Sommaire

Band 1 | Volume 1

Vorwort | Avant-propos V/VII
Autorinnen und Autoren | Auteures et auteurs XVII
Abkürzungen | Abréviations XXV/XXXIII

I. Teil: Grundlagen | Partie I : Fondements

I.1 Verfassung 3
Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler

I.2 Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts bis 1798 31
Andreas Würgler

I.3 Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart 57
Andreas Kley

I.4 Eigenheiten des schweizerischen Verfassungsrechts 85
Andreas Kley

I.5 Eigenheiten des kantonalen Verfassungsrechts 107
Tobias Jaag

I.6 Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung 137
Matthias Oesch

I.7 Verfassungselemente des Völkerrechts 161
Daniel Thürer

I.8 Verfassung als plurales Gefüge 187
Bardo Fassbender

I.9 Schutz der Verfassung 211
Matthias Mahlmann

I.10 Verfassungsauslegung 235
Giovanni Biaggini

I.11 Verfassung und Völkerrecht 265
Oliver Diggelmann

II. Teil: Demokratie | Partie II : Démocratie

II.1	Entstehung und Entwicklung der Demokratie in der Schweiz *Stefan G. Schmid*	287
II.2	Schweizerische Demokratie im internationalen Vergleich *Daniel Kübler*	317
II.3	Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit *Johannes Reich*	333
II.4	Demokratie und Internationalisierung *Francis Cheneval*	357
II.5	Demokratiekonzeption der Bundesverfassung *Daniel Brühlmeier/Adrian Vatter*	373
II.6	Demokratiekonzeptionen in den Kantonen *Daniel Brühlmeier*	399
II.7	Demokratiekonzeptionen in den Gemeinden *Andreas Ladner*	423
II.8	Demokratiedefizite *Joachim Blatter*	445
II.9	Wandel der Volksrechte *Andreas Glaser*	461
II.10	Politische Willensbildung in der Schweiz *Silvano Moeckli*	487
II.11	Perspektiven der schweizerischen Demokratie *Pierre Tschannen*	511

III. Teil: Föderalismus | Partie III : Fédéralisme

III.1	Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus *Rainer J. Schweizer*	531
III.2	Schweizerischer Föderalismus im internationalen Vergleich *Denise Brühl-Moser*	565
III.3	Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit *Arnold Marti*	595
III.4	Verhältnis von Föderalismus und Demokratie *Andreas Kley*	621

III.5 Föderalismus und Internationalisierung 639
Stephan Breitenmoser

III.6 Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung 667
Eva Maria Belser

III.7 Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen 691
Rainer J. Schweizer

III.8 Zusammenarbeit im Bundesstaat 715
Bernhard Waldmann

III.9 Territoriale Gliederung der Kantone 737
Reto Steiner

III.10 Communes et villes 753
François Bellanger

III.11 Föderalismus und Minderheitenschutz 771
Eva Maria Belser

III.12 Perspektiven des schweizerischen Föderalismus 797
Bernhard Waldmann

Allgemeines Literaturverzeichnis | Bibliographie générale 817
Index (deutsch) 825
Index (en français) 865