

Prof. Dr. Astrid Epiney

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts

Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012

Im Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2012 ging es um den Widerruf der Niederlassungsbewilligung eines Drittausländers im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung, wobei das Bundesgericht zum Schluss kam, dass ein solcher insbesondere gegen Art. 8 EMRK verstosse. Hieran änderten auch Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative) nichts, da dieser im Gesamtkontext der Verfassung auszulegen und nicht unmittelbar anwendbar sei. Auch gehe die EMRK als Völkerrecht – das nach Art. 190 BV anzuwenden sei – grundsätzlich nationalem Recht vor. Der Beitrag analysiert insbesondere diese grundsätzlichen Aussagen des Bundesgerichts und fragt nach ihren Implikationen.

Rechtsgebiet(e): Ausländer- und Asylrecht; Staatsangehörigkeit. Bürgerrecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Astrid Epiney, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, in: Jusletter 18. März 2013

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Zum faktischen Hintergrund des Urteils und zur Argumentationslinie
- III. Ausgangspunkt und Grundlage: die monistische Ausrichtung der Verfassung
- IV. Die grundlegenden Aussagen des Bundesgerichts zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht sowie zur Verfassungsauslegung
 1. Zur Auslegung der Art. 121 Abs. 3–6 BV
 2. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV
 3. Zum Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen
 4. Zum Verhältnis von Völkerrecht zu (späterem) Verfassungsrecht
- V. Schluss: zur Rolle der Rechtsprechung und zum notwendigen Gleichgewicht zwischen Demokratie und Rechtsstaat

I. Einleitung

[Rz 1] Die Frage nach dem Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht wird gerade in den letzten Jahren im Zuge der Lancierung und teilweisen Annahme verschiedener Volksinitiativen, die in Konflikt zu völkerrechtlichen Pflichten der Schweiz standen bzw. zu diesen zumindest ein gewisses Spannungsverhältnis aufweisen, auch in einer breiteren Öffentlichkeit verstärkt wahrgenommen und diskutiert, wenn es sich auch nicht um eine eigentlich neue Fragestellung handelt.¹ Nicht erstaunlich ist es daher, dass sich auch das juristische Schrifttum in jüngerer Zeit eingehend mit dem Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht im Allgemeinen und der Frage (potentiell) völkerrechtswidriger Volksinitiativen im Besonderen (wobei es sowohl um die ex ante- als auch die ex post-Perspektive geht²) befasst hat.³ Aber auch der Bundesrat äusserte sich in einem umfangreichen Bericht sowie einem Zusatzbericht zum Verhältnis von Völkerrecht und

Landesrecht.⁴ Neben einer Analyse der Situation *de lege lata* wurden im Rahmen dieser Diskussionen auch einige Vorschläge zur Neugestaltung der Schranken des Initiativrechts unterbreitet,⁵ wobei es derzeit jedoch kaum abzusehen ist, ob derartige Vorstösse – und wenn ja welche – in absehbarer Zeit Aussicht auf Verwirklichung haben.

[Rz 2] Vor diesem Hintergrund ist das hier zu besprechende Urteil des Bundesgerichts von grundsätzlicher und wohl kaum zu unterschätzender Bedeutung: Es führt nämlich – im Zusammenhang mit der sog. Ausschaffungsinitiative (heute Art. 121 Abs. 3–6 BV) – eine Reihe von bislang kontrovers diskutierten Fragen⁶ einer zumindest vorläufigen Klärung zu, wenn auch dieses Urteil (was aber auch nicht erwartet werden konnte) nicht alle Fragen beantwortet.

[Rz 3] Im Folgenden sollen die grundsätzlichen Aussagen des Urteils des Bundesgerichts zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, aber auch zur Einbettung von Volksinitiativen in die Verfassung, herauskristallisiert und einer kurzen Bewertung (insbesondere in Bezug auf ihre Bedeutung über den konkreten Fall hinaus) unterzogen werden (IV.), dies auf der Grundlage der Skizzierung des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts sowie der Hauptaussagen bzw. des Ergebnisses des Urteils (II.) sowie der vom Bundesgericht zugrunde gelegten, aber nicht mehr weiter diskutierten monistischen Ausrichtung der Verfassung (III.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbetrachtung zur Frage, ob – wie dies in der öffentlichen Diskussion teilweise behauptet wurde⁷ – das Bundesgericht seine Kompetenzen zur Verfassungsauslegung überschritten hat und welche grundsätzliche Bedeutung dem Urteil für den Charakter der Schweiz als demokratischen Rechtsstaat zukommt (V.).

II. Zum faktischen Hintergrund des Urteils und zur Argumentationslinie

[Rz 4] Hintergrund des Urteils war die Frage, ob der

¹ Vgl. aus der älteren Literatur die Nachweise bei *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 (mit Fn. 1); s. sodann auch die ausführlichen Nachweise bei *Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger*, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000.

² Womit einerseits Bezug auf die Frage, ob man völkerrechtswidrige Initiativen «verhindern» soll (z.B. durch neue Ungültigkeitsgründe), genommen wird und andererseits danach gefragt wird, wie im Falle der Annahme (potentiell) völkerrechtswidriger Initiativen zu verfahren ist.

³ Vgl. z.B. *Yvo Hangartner*, Unklarheiten bei Volksinitiativen, AJP 2011, 471 ff.; *Roger Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht, 2006; *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 ff.; *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.; *Robert Kolb*, Völkerrecht und Völkerpolitik – Gedanken zur Minarettinitiative, SZIER 2010, 467 ff.; *Johannes Reich*, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionalrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; s. auch verschiedene Beiträge zur sog. «Minarettinitiative» in der Schwerpunkt-Ausgabe: Minarettinitiative – wie weiter?, in: Jusletter 1. März 2010.

⁴ Vgl. *Bundesrat*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff.; *Bundesrat*, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 ff. S. auch Bundesrat, Stärkung der präventiven Rechtskontrolle, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff.

⁵ Vgl. auch die diesbezügliche zusammenfassende Darstellung bei *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rn. 1800a ff., sowie die Ausführungen in *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2010 2263 (2319 ff.); *Bundesrat*, Zusatzbericht zum Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2011 3613 (3632 ff.).

⁶ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht zu denjenigen Rechtsfragen gehört, die zwar wie wenige andere seit Jahrzehnten in der rechtswissenschaftlichen Literatur und darüber hinaus diskutiert werden, ohne dass jedoch in wichtigen Grundfragen Klarheit besteht. Vgl. die Nachweise in Fn. 1 ff.

⁷ Vgl. NZZ v. 9. Februar 2013.

Beschwerdeführer – ein 1994 im Rahmen eines Familiennachzugs eingereister Mazedonier – im Gefolge einer strafrechtlichen Verurteilung wegen qualifizierter Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz weggewiesen bzw. seine Niederlassungsbewilligung widerrufen werden durfte.

[Rz 5] Das Bundesgericht setzte sich zunächst mit den Voraussetzungen des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung nach dem Ausländergesetz auseinander, deren Vorliegen bejaht wurde. Allerdings gehe es bei der Entscheidung nach Art. 63 AuG um eine «Kann»-Bestimmung, und die getroffene Massnahme müsse – wie jedes staatliche Verhalten – verhältnismässig sein. Im Übrigen müsse in diesem Rahmen den Anforderungen der EMRK Rechnung getragen werden. Auf der Grundlage einer ausführlichen Analyse der konkreten Umstände des Beschwerdeführers vor dem Hintergrund der erwähnten Vorgaben gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass der Widerruf der Niederlassungsbewilligung als unverhältnismässig einzustufen sei.

[Rz 6] Hieran änderten auch Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative) nichts, da diese Bestimmung im Gesamtkontext der Verfassung auszulegen und zudem nicht unmittelbar anwendbar sei. Im Übrigen gehe die EMRK als völkerrechtliche Verpflichtung grundsätzlich nationalem Recht vor, und nach Art. 190 BV habe das Bundesgericht Völkerrecht anzuwenden. Auf diese zentralen Erwägungen des Gerichts wird in der Folge (IV.) einzugehen sein.

III. Ausgangspunkt und Grundlage: die monistische Ausrichtung der Verfassung

[Rz 7] Aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV⁸ – erschliesst sich, dass die schweizerische Verfassungsordnung der monistischen Konzeption – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teile einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene ebenfalls landesrechtliche Geltung erlangen,⁹ wovon übrigens auch das hier angezeigte

Urteil ausgeht, wenn es die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit prüft.

[Rz 8] Auf dieser Grundlage können völkerrechtliche Bestimmungen auch unmittelbar anwendbar sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch die Rechtsstellung Einzelner regeln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰ ist eine solche unmittelbare Anwendbarkeit unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

- Die Bestimmung betrifft die Rechtsstellung Einzelner, räumt ihnen also Rechte ein oder erlegt ihnen Pflichten auf.
- Die Bestimmung ist justiziabel, weist also eine hinreichende Konkretheit, inhaltliche Bestimmtheit und Klarheit auf, so dass sie als solche von der Behörde oder dem Gericht angewandt werden kann.
- Die Bestimmung richtet sich an die rechtsanwendenden Behörden, die in einem konkreten Fall eine auf diese gestützte Entscheidung fällen können.

IV. Die grundlegenden Aussagen des Bundesgerichts zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht sowie zur Verfassungsauslegung

[Rz 9] Die grundlegenden Aussagen des Bundesgerichts in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht sowie die Einbettung einer Verfassungsinitiative in den Gesamtkontext der Verfassung betreffen im Wesentlichen vier Aspekte: die Auslegung der Art. 121 Abs. 3–6 BV (1.), die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV (2.), das Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen (3.) sowie das Verhältnis von Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht (4.).

1. Zur Auslegung der Art. 121 Abs. 3–6 BV

[Rz 10] Die sog. Ausschaffungsinitiative wurde im Vorfeld der Abstimmung mehrheitlich – so auch von der Autorin des vorliegenden Beitrags¹¹ – in Anknüpfung an ihren Wortlaut

⁸ Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze «umgewandelt» werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

⁹ Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 Erw. 4a; BGE 120 Ib 360 Erw. 2c; BGE 127 II 177; aus der Literatur etwa *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005, 76 f.; *Daniel Thürer/Binh Truong/Felix Schwendimann*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 184, Rn. 16; *Yvo Hangartner*, in: ebd., Art. 5, Rn. 45; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/

Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 (38 f.); *Robert Baumann*, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, 2002, Nr. 342; s. auch *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2010 2263 (2302).

¹⁰ Vgl., neben dem hier angezeigten Urteil, z.B. BGE 118 Ia 116 f. Erw. 2b; BGE 124 III 91 Erw. 3a. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

¹¹ Vgl. *Astrid Epiney*, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen,

so verstanden, dass im Falle der rechtskräftigen Verurteilung wegen der in Art. 121 Abs. 3 lit. a BV genannten Straftaten zwingend eine Ausweisung erfolgen müsse, ohne dass die Umstände des Einzelfalls geprüft werden könnten, so dass auch die Verhältnismässigkeit der entsprechenden behördlichen Massnahme diesfalls nicht mehr zu prüfen wäre.

[Rz 11] Das Bundesgericht dürfte dieser Sichtweise nach der nun erfolgten Einfügung der Ausschaffungsinitiative in die Verfassung aus überzeugenden Gründen eine Absage erteilen: Es betont die Einheit der Verfassung, wobei diese keine eigentliche Einheit darstelle, sondern eine oft historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer bewusst verbundener und aufeinander abgestimmter Prinzipien, Garantien und Aufträge bilde. Eine Art Vorrang einer Verfassungsbestimmung gegenüber einer anderen sei daher grundsätzlich nicht anzunehmen, es sei denn, dieser komme in der entsprechenden Bestimmung unzweideutig zum Ausdruck; für letzteres genüge es jedenfalls nicht, dass die neue Verfassungsbestimmung jüngerer Recht ist, und auch ganz allgemein sei «nicht leichthin» von einer Art Vorrang einer Verfassungsbestimmung über eine andere auszugehen, was «erst recht» im Falle eines (potentiellen) Widerspruchs einer Verfassungsbestimmung mit für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten gelte. Die Verfassung sei daher mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine minimale Einheit auszulegen; dem stehe es entgegen, einzelne Verfassungsbestimmungen isoliert und nur (bei Volksinitiativen) im Sinne der Initianten oder vor dem Hintergrund einer notwendigerweise eher punktuell geführten politischen Auseinandersetzung im Vorfeld ihrer Annahme zu interpretieren.

[Rz 12] Spezifisch in Bezug auf Art. 121 Abs. 3–6 BV betont das Gericht, diese Bestimmungen stünden in einem Spannungsverhältnis sowohl mit diversen Grundrechten als auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere solchen aus der EMRK, aber auch mit solchen aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU) und damit mit grundlegenden verfassungs- und völkerrechtlich von der Schweiz anerkannten Werten, da der Wortlaut der Bestimmung auf den ersten Blick einen «Ausweisungsautomatismus» nahelege. Nach der EMRK seien in einem demokratischen

Rechtsstaat eine Interessenabwägung und eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls geboten. Vor diesem Hintergrund handle es sich bei Art. 121 Abs. 3 BV «als Ganzes» um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, und ihr Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen bedürfe der Klärung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen sei. Dessen Spielraum beziehe sich nicht nur auf die nähere Präzisierung der einzelnen Tatbestände, sondern auch auf die Rechtsfolgen, da beide Aspekte in der Gesamtsystematik der ausländerrechtlichen Konsequenzen strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht voneinander getrennt werden könnten.

[Rz 13] Zwar formuliert das Gericht nicht explizit, dass vor dem Hintergrund dieser Erwägungen eine gesetzliche Umsetzung der Initiative dergestalt, dass ein irgendwie gearteter «Ausweisungsautomatismus» zum Zuge kommt, mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang stehe; allerdings dürften die Formulierungen kaum anders verstanden werden können: Wenn Art. 121 Abs. 3 BV – ausgelegt als «Automatismus» – im Widerspruch zu grundlegenden Werten eines demokratischen Rechtsstaats (zu dem sich die Schweiz sowohl in der Verfassung als auch über die Verbindlichkeit der EMRK bekennt) steht, man grundsätzlich keinen Vorrang einer Verfassungsbestimmung gegenüber einer anderen annehmen darf (erst recht nicht, wenn es um Widersprüche mit Grundrechten oder für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten geht), eine praktische Konkordanz der Verfassungsbestimmungen sicherzustellen ist und der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nach Art. 121 Abs. 4 BV sich auch auf die Rechtsfolgen bezieht, so wird man hieraus nur ableiten können, dass im Rahmen der Umsetzung auf einen derartigen Automatismus zu verzichten ist, stünde ein solcher doch mit den genannten verfassungsrechtlichen Anforderungen in Konflikt.

[Rz 14] Dieser Ansatz ist schon aus den vom Bundesgericht aufgeführten Gründen überzeugend: Eine Initiative muss sich notwendigerweise in die Verfassung einfügen; dass damit – im Verhältnis zum Willen der Initianten – gewisse Abstriche verbunden sein können, ist im Übrigen keine Einschränkung des Initiativrechts, sondern gehört zum Mechanismus jeder Gesetz- und Verfassungsgebung, sind bei der Auslegung doch verschiedene Gesichtspunkte (und nicht nur z.B. die Entstehungsgeschichte bzw. der Wille von Initianten) zu beachten.

[Rz 15] Jedenfalls bedeutet der Ansatz des Bundesgerichts für den Gesetzgeber, dass er sich im Rahmen der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative an die durch das Bundesgericht formulierten Anforderungen zu halten hat und daher keinen Ausweisungsautomatismus vorsehen darf. Zwar wäre das Bundesgericht nach Art. 190 BV verpflichtet, das entsprechende Bundesgesetz in jedem Fall anzuwenden, auch wenn es gegen die Verfassung verstossen sollte; dies ändert aber nichts daran, dass sich der Gesetzgeber an die Verfassung zu halten hat, die in der Normenhierarchie über

Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1/2010, 3 (6 f.); ebenso *Thomas Gächter/Matthias Kradolfer*, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, *Asyl* 1/2008, 12 (17); *Tobias Jaag/Valerio Priuli*, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 8. November 2010, Rn. 11, 28, 42; *Lorenz Langer*, Menetekel oder Musterlösung? Das amerikanische Ausländerrecht und die Umsetzung der schweizerischen Ausschaffungsinitiative, *SZIER* 2011, 195 (228 f.); *Johannes Reich*, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, *ZSR* 2008 I, 499 (514 f.); Botschaft des Bundesrates zur «Ausschaffungsinitiative», *BBl* 2009 5097, 5107; a.A. (nach der Annahme der Initiative) *Yvo Hangartner*, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative), *AJP* 2011, 471 (472 ff.).

den Bundesgesetzen steht. Legt das Bundesgericht nun die Verfassung aus, so ist diese Auslegung für den Gesetzgeber verbindlich; m.a.W. hat der Gesetzgeber beim Erlass von Gesetzen die Verfassung in der Auslegung zu beachten, die sie in der Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden hat. Dabei kommt es nicht darauf an, in welchem Zusammenhang das Bundesgericht die Verfassung auslegt, so dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich auch an *obiter dicta*, Urteile im Zusammenhang mit kantonalem Recht oder – wie das hier besprochene Urteil illustriert – Urteile im Vorfeld einer gesetzgeberischen Umsetzung zu beachten hat. Nur dieser Ansatz trägt der in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Gewaltenteilung – welche die Auslegung des Rechts eben den Gerichten, wobei dem Bundesgericht eine besondere Bedeutung zukommt, überträgt – Rechnung.

[Rz 16] Die vom Bundesrat vorgeschlagenen beiden Varianten der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative sind vor diesem Hintergrund zu hinterfragen: Die erste Variante sieht eine «Regelausweisung» von Ausländern vor, wenn diese bestimmte (schwere) Straftaten begangen haben und zu mindestens sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind. Ausnahmen sind vorgesehen, wenn die Ausweisung nicht «zumutbar» ist oder zu einer schwerwiegenden Verletzung von durch internationale Menschenrechtsgarantien geschützten Rechten führte. Die zweite Variante unterscheidet sich von der ersten durch eine weiter gefasste Liste der erfassten Delikte und einer «Regelausweisung» bei einer entsprechenden Verurteilung unabhängig von der Höhe der verhängten Strafe; vorbehalten bliebe einzig das *Non-refoulement*-Gebot, bei dessen (drohender) Verletzung von einer Ausweisung abzusehen wäre.¹² Die zweite Variante geht sichtlich von einem Automatismus (in den Grenzen des *Non-refoulement*-Gebots) aus. Bei der ersten Variante könnte man allenfalls in Erwägung ziehen, unter dem Gesichtspunkt der «Zumutbarkeit» der Ausweisung die Vereinbarkeit mit den einschlägigen Grundrechten (insbesondere Art. 8 EMRK) und damit die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu prüfen; allerdings zeichnet sich der Text in Bezug auf die Absage an einen Automatismus nicht wirklich durch eine besondere Klarheit aus, zumal der Begriff der Zumutbarkeit und nicht derjenige der Verhältnismässigkeit gewählt wurde und nur eine «schwerwiegende» Verletzung von völkerrechtlich gewährleisteten Menschenrechten einer Ausweisung entgegenstehen soll (was wohl impliziert, dass eine Ausweisung bei nicht schwerwiegenden Verletzungen – wie auch immer man diesen unklaren Begriff definieren mag – solcher Rechte auszusprechen wäre).

[Rz 17] Sollte das Parlament einem der beiden Vorschläge des Bundesrates folgen und einen (wie auch immer ausgestalteten) «Ausweisungsautomatismus» vorsehen, ist zu erwarten, dass das Bundesgericht die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen so weit wie möglich verfassungs- und

völkerrechtskonform auslegen wird. Soweit dies nicht möglich sein sollte, wird die Frage nach dem noch zu erörternden¹³ Verhältnis von völkerrechtlichen Verträgen und (späteren) Bundesgesetzen relevant.

[Rz 18] Eine Frage – auf die das Bundesgericht in seinem Urteil nicht eingehen musste – bleibt in diesem Zusammenhang noch: Das Urteil des Bundesgerichts schliesst es nicht von vornherein aus, dass eine neue Verfassungsbestimmung die Abwägung mit anderen Interessen ausschliesst bzw. die Güterabwägung selbst vornimmt und damit zum Ausdruck bringt, dass sie auch Grundrechten vorgeht (wenn dies auch «nicht leichthin» anzunehmen sei). Es ist nun vor dem Hintergrund des hier besprochenen Urteils des Bundesgerichts zu erwarten, dass gewisse Initiativen in Zukunft eine derartige Klausel enthalten werden, so dass die Frage aufgeworfen werden wird, wie diese – in Anbetracht der Einheit der Verfassung und des Grundsatzes der praktischen Konkordanz – im Falle ihrer Annahme auszulegen sein werden. Diese Frage kann natürlich nur in Bezug auf die konkret zur Debatte stehende Verfassungsbestimmung entschieden werden; immerhin kann aber die Grundsatzfrage gestellt werden, ob in einer solchen Konstellation ebenfalls eine Auslegung im Sinne der praktischen Konkordanz erfolgen müsste und ob das Völkerrecht auch hier vorgehen müsste.

[Rz 19] Dabei ist in Bezug auf die Auslegung¹⁴ als Ausgangspunkt zu betonen, dass jede Norm der Auslegung bedarf, auch eine (vermeintlich) klare Norm, und dass der Ansatz des Bundesgerichts daher grundsätzlich auch hier zum Zuge kommt, was allerdings noch nichts über das Ergebnis aussagt. Festzuhalten ist jedoch allgemein, dass Durchbrechungen bedeutender Grundsätze des Rechtsstaats (vgl. Art. 5 BV) wohl grundsätzlich nicht angenommen werden können, ohne dass dies ausdrücklich (mit Nennung der entsprechenden Bestimmungen) in der Verfassungsbestimmung erwähnt wird. Es erschiene im Übrigen wenig schlüssig, wenn grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien durch eine einzelne Initiative ausgehebelt werden könnten, dies zumindest in den Fällen, in denen eine derartige Konsequenz sich nicht eindeutig aus der Initiative bzw. der neuen Verfassungsbestimmung ergibt. Man könnte (weitergehend) u.U. sogar argumentieren, falls Bestimmungen wie Art. 5 BV (teilweise) keine Anwendung mehr finden sollen, müsse dies nicht nur ausdrücklich aus der Initiative bzw. bei ihrer Annahme der Verfassungsbestimmung hervorgehen, sondern eine Durchbrechung einer für den demokratischen Rechtsstaat derart wichtigen Regelung sei durch eine Modifikation derselben durchzuführen. Ansonsten müsse eben durch eine Auslegung im Sinne der praktischen Konkordanz sichergestellt werden, dass solche grundlegenden Bestimmungen wie Art. 5 BV auch weiterhin zum Zuge kommen können.

¹² Vgl. hierzu NZZ v. 24. Mai 2012, 9.

¹³ Unten IV.3.

¹⁴ Zum zuletzt genannten Aspekt unten IV.4.

[Rz 20] Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass in Erwägung gezogen werden könnte, im Vorfeld im Zusammenhang mit der Frage nach der Gültigkeit einer Initiative zu prüfen, ob diese nicht deshalb für ungültig zu erklären wäre, weil sie materiell eine Totalrevision darstellt, sofern man dem (in der Praxis allerdings noch nicht relevant gewordenen und von der Lehre wohl mehrheitlich verworfenen) Ansatz, wonach eine Totalrevision auch in materieller Hinsicht vorliegen kann, folgt.¹⁵

[Rz 21] Relevant werden könnten diese Fragen schon bald im Zusammenhang mit der sog. Durchsetzungsinitiative: Diese sieht – zur «Durchsetzung» der Ausschaffungsinitiative – vor, dass eine neue Ziffer (Art. 197 Ziff. 9 BV) in die Verfassung eingefügt werden soll, die explizit als direkt anwendbar deklariert wird und wonach Ausländerinnen und Ausländer im Falle der Verurteilung wegen im Einzelnen unter Hinweis auf das StGB und das BetmG aufgeführter Straftaten unabhängig von der Höhe der Strafe auszuweisen sind, womit auf den ersten Blick (ebenso wie bei der Ausschaffungsinitiative) die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ausgeschlossen wird. Im Gegensatz zum Verhältnis zum Völkerrecht¹⁶ wird aber auch in dieser Initiative nicht ausdrücklich auf Art. 5 BV Bezug genommen, so dass auch angesichts des hier angezeigten Urteils des Bundesgerichts Vieles¹⁷ dafür spräche (sollte die Initiative Eingang in die Verfassung finden), auch hier im Lichte der Einheit der Verfassung und des Art. 5 BV eine «restriktive» Auslegung der Bestimmung im Sinne der Berücksichtigung von Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten vorzunehmen, dies obwohl die Bestimmung

explizit als unmittelbar anwendbar bezeichnet wird (auch letzteres ändert nichts an der Notwendigkeit, die Einheit der Verfassung und die praktische Konkordanz bei der Auslegung zu beachten).¹⁸

2. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV

[Rz 22] Im Lichte der Erwägungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV vermag es kaum zu überraschen, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung verneint wurde. Denn eine «wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt» kann mangels hinreichender Klarheit eben gerade nicht unmittelbar angewandt werden. Das Gericht führt im Einzelnen noch aus, Art. 121 Abs. 3 BV nenne verschiedene Tatbestände, die zwar teilweise auf Bestimmungen des Strafgesetzbuchs Bezug nehmen, teilweise aber auch sehr offen und untechnisch formuliert seien, keine Konturen aufwiesen und nach Art. 121 Abs. 4 BV erst noch konkretisiert werden müssten. Zwar seien einzelne dieser Tatbestände möglicherweise hinreichend genau formuliert; doch bilde die Abstimmung der gestützt auf Art. 121 Abs. 3 BV zu einer Aufenthaltsbeendigung führenden Straffälligkeit wertungsmässig ein noch zu konkretisierendes Gesamtsystem, aus dem nicht einzelne Teile herausgelöst werden könnten, bestünde doch ansonsten die Gefahr von Widersprüchen zwischen dem geltenden und dem neuen System.

[Rz 23] Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht auch im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV auf den Widerspruch mit verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben hinweist, so dass das Gericht offenbar im Falle eines solchen Widerspruchs die unmittelbare Anwendbarkeit eher verneinen dürfte. Dies erscheint insofern konsequent, als im Falle eines solchen Widerspruchs bzw. eines solchen Spannungsverhältnisses – wie das Gericht an anderer Stelle sagt – nach der vom Gericht zugrunde gelegten Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV eine praktische Konkordanz mit diesen anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen sichergestellt werden muss, die häufig erst auf der Ebene der Umsetzung möglich erscheint. Insofern steht diese Aussage des Bundesgerichts auch nicht in Widerspruch zu seinem Ansatz, dass Art. 121 Abs. 3 BV gerade nicht so auszulegen sei, dass ein «Ausweisungsautomatismus» vorzusehen ist; vielmehr besteht

¹⁵ Eine Totalrevision könnte nämlich auch dann anzunehmen sein, wenn zwar keine «formelle» Totalrevision erfolgt (also die «alte» Verfassung durch einen neuen Text abgelöst wird), sondern auch, wenn eine in eine Teilrevision gekleidete Verfassungsrevision materiell so weitreichende Auswirkungen entfaltet, dass sie einer Totalrevision gleich käme. Vgl. den Überblick bei *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, § 44, Rn. 4 ff.; s. auch *Thomas Gächter*, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2011, § 23, Rn. 83 ff. Immerhin ist bemerkenswert, dass auch der Bundesrat sich bislang nicht deutlich gegen die Heranziehung materieller Kriterien geäußert hat. Vgl. die Ausführungen zur Armeeabschaffungsinitiative in BBl 1988 II 967 (971). Falls man dem Ansatz folgt, dass es auch eine materielle Totalrevision der Verfassung geben kann, erschiene es im Falle der Ausbebelung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zumindest erwägenswert, ihr Vorliegen zu bejahen, zumal, wenn es sich um Entscheide handelt, die in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen.

¹⁶ Hierzu noch unten IV.4.

¹⁷ S. insoweit auch etwa *Jörg Paul Müller*, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 1. März 2010, Rn. 7, der in Bezug auf die durchaus klar formulierte und möglicherweise (zum Problemkreis *Daniel Kettinger*, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter 1. März 2010, Rn. 15 ff.) unmittelbar anwendbare Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) argumentiert, diese müsse in Einklang mit Art. 15 Abs. 2 BV ausgelegt werden, so dass der Eingriff in die Religionsfreiheit verhältnismässig bleiben müsse. S. auch *Kettinger*, ebd., Rn. 35 ff., der auf die Pflicht zur «problembezogenen werdenden Abwägung» auf der Grundlage eines «ganzheitlichen Verfassungsverständnisses» sowie die Notwendigkeit praktischer Konkordanz hinweist.

¹⁸ Folgt man dem Ansatz, wonach eine Totalrevision auch in materieller Hinsicht vorliegen kann (hierzu die Nachweise in Fn. 15), spräche im Falle einer anderen Auslegung (im Sinne der Initianten) Vieles dafür, dass diese Bestimmung letztlich eine materielle Totalrevision der Verfassung darstellte, hebte sie doch für die Betroffenen fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze aus. Denn letztlich unterläuft sie gleich mehrere der für die schweizerische Verfassungsordnung prägenden Grundsätze rechtsstaatlichen Verhaltens, die in Art. 5 BV formuliert sind (Bindung an das Recht, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, Beachtung des Völkerrechts).

insofern eine Kohärenz, als eine unmittelbare Anwendbarkeit nur auf der Grundlage der Auslegung der Bestimmung eben im Sinne eines solchen «Ausweisungsautomatismus» in Betracht gekommen wäre, was das Gericht aber grundsätzlich ablehnte. Insofern erscheint auch die Bezugnahme auf den (potentiellen) Widerspruch mit anderen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit konsequent. Im Übrigen implizieren die Erwägungen des Bundesgerichts, dass die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung nicht nur in Anbetracht der Formulierung der einzelnen Bestimmung, sondern auch im Gesamtzusammenhang sowohl des fraglichen Artikels selbst als auch der gesamten Verfassung zu beantworten ist. Insbesondere in Fällen, in denen ein Konflikt mit durch die EMRK garantierten Rechten zu gewärtigen ist, dürfte dieser Ansatz tendenziell eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmung nahelegen.

[Rz 24] Fraglich könnte noch sein, ob eine unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung zwingend immer dann anzunehmen ist, wenn sie als solche explizit verankert wird, wie dies in der bereits erwähnten Durchsetzungsinitiative geschehen ist. M.E. ist diese Frage zu verneinen: Denn – wie ebenfalls bereits erwähnt¹⁹ – auch «klare» Bestimmungen bedürfen der Auslegung, und die Kriterien für eine unmittelbare Anwendbarkeit – die vom Bundesgericht in dem hier angezeigten Urteil im Einzelnen hervorgehoben und angewandt werden – gehorchen auch einer gewissen inhärenten Logik (können doch insbesondere nur hinreichend klare Bestimmungen unmittelbar angewandt werden), die nicht durch einen zusätzlichen Satz obsolet wird. Daher ist in jedem Fall durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Bestimmung unmittelbar anwendbar ist oder nicht, wobei selbstredend eine entsprechende «Klarstellung» hier einen Anhaltspunkt darstellen kann, dem jedoch andere Erwägungen (z.B. unzureichende Klarheit, aber auch – im Sinne des hier angezeigten Urteils des Bundesgerichts – ein Widerspruch zu grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats, die einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehen können) gegenüberstehen können.²⁰ Die unmittelbare Anwendbarkeit der Durchsetzungsinitiative wäre vor diesem Hintergrund im Einzelnen zu prüfen, wenn hier auch auf den ersten Blick Vieles (wobei diese Frage hier nicht abschliessend beantwortet werden kann) für eine unmittelbare Anwendbarkeit sprechen könnte (wobei jedenfalls, wie erwähnt, die praktische Konkordanz mit Art. 5 BV herzustellen wäre).

3. Zum Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen

[Rz 25] Im Vorfeld der Erörterung des Verhältnisses völkerrechtlicher Verpflichtungen und (späteren) Verfassungsbestimmungen machte das Bundesgericht auch einige Aussagen zum Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht: Unter ausführlicher Bezugnahme auf seine Rechtsprechung betonte das Gericht, im Falle eines Normenkonflikts zwischen Völkerrecht und einer späteren Gesetzgebung gehe ersteres vor; vorbehalten bleibe der Fall, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat (sog. «Schubert»-Praxis).²¹ Allerdings komme diese im Verhältnis von Bundesgesetzen und Menschenrechtskonventionen nicht zum Zuge.²²

[Rz 26] Das Bundesgericht formuliert hier also einerseits einen allgemeinen Vorrang des Völkerrechts gegenüber (auch und gerade späteren) Bundesgesetzen, der – abgesehen von der «Schubert»-Praxis, deren Voraussetzungen insgesamt sehr selten vorliegen – in Bezug auf alle völkerrechtlichen Bestimmungen zum Zuge komme. Andererseits unterstreicht es die Unanwendbarkeit der «Schubert»-Praxis in Bezug auf das Verhältnis von internationalen Menschenrechtskonventionen und Bundesgesetzen, so dass ersteren ein «absoluter» Vorrang zukommt.

[Rz 27] Relevant könnten diese Grundsätze im Falle einer Umsetzung der Ausschaffungsinitiative im Sinne des Bundesrates werden:²³ Hält das Parlament an einer Art «Ausweisungsautomatismus» fest und erweist sich eine völkerrechtskonforme Auslegung als nicht möglich, so wäre – selbst im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der «Schubert»-Rechtsprechung – von einer Ausweisung gleichwohl und ggf. entgegen dem Wortlaut des Gesetzes abzusehen, wenn diese in Konflikt mit den Vorgaben der Menschenrechtskonventionen (z.B. Art. 8 EMRK) geriete.

[Rz 28] Eine andere Frage in diesem Zusammenhang ist bzw. wäre diejenige danach, wie die Vorrangfrage zu beantworten ist bzw. wäre, wenn eine Ausweisung auf der Grundlage der entsprechenden Umsetzungsgesetzgebung zwar nicht gegen einen Menschenrechtsvertrag, jedoch gegen das Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU²⁴ verstösst. Dieses sieht nämlich ebenfalls eine Prüfung des Einzelfalls

¹⁹ Oben IV.1.

²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von *Daniel Kettiger*, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter 1. März 2010 (Fn. 17), Rn. 15 ff., der bedenkenswerte Argumente gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) anführt.

²¹ Vgl. BGE 99 Ib 39.

²² S. schon BGE 117 Ib 367; s. ansonsten insbesondere den PKK-Entscheid, BGE 125 II 417, wo das Bundesgericht betonte, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe.

²³ Hierzu schon oben IV.1.

²⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABI. 2002 L 114, 6 ff.

und die Massgeblichkeit der Verhältnismässigkeit vor, wobei die Kriterien hier insgesamt strenger sind als diejenigen aus z.B. Art. 8 EMRK, so dass es vorstellbar ist, dass eine Ausweisung zwar gegen das Freizügigkeitsabkommen, nicht jedoch gegen Menschenrechtsverträge verstösst.²⁵ Falls die Voraussetzungen der «Schubert»-Praxis vorliegen sollten (wovon wohl auszugehen wäre), müsste das Freizügigkeitsabkommen also – trotz des grundsätzlichen, vom Bundesgericht betonten Vorrangs des Völkerrechts – zurücktreten. Da das Freizügigkeitsabkommen aber grundrechtsähnliche Rechte Einzelner verankert (denn die Freizügigkeitsrechte knüpfen an die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten bzw. die Freizügigkeit von Unionsbürgern an, denen der EuGH grundrechtlichen Charakter zugesteht), könnte in Erwägung gezogen werden, auch im Falle eines Konflikts zwischen solchen Rechten und einem späteren Bundesgesetz ersteren Vorrang einzuräumen.²⁶

4. Zum Verhältnis von Völkerrecht zu (späterem) Verfassungsrecht

[Rz 29] Schliesslich äusserte sich das Bundesgericht zu dem im vorliegenden Fall (mit-) entscheidenden Verhältnis zwischen Völkerrecht und späteren Verfassungsbestimmungen. Nach einem Hinweis auf Art. 194 Abs. 2, Art. 139 Abs. 3 BV, wonach Verfassungsänderungen und Volksinitiativen zwingendem Völkerrecht²⁷ nicht widersprechen dürfen, woraus folge, dass Verfassungsänderungen, die andere völkerrechtliche Normen nicht beachten, möglich blieben, weist das Gericht auf die EMRK als für die Schweiz verbindlichen und nach Art. 31 f. des Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK) auszulegenden

Staatsvertrag hin. Die materiellen Standards der EMRK und die Durchsetzungsmechanismen der Konvention seien für die Schweiz verbindlich. Hieran sei das Bundesgericht nach Art. 190 BV gebunden, woran auch Art. 121 Abs. 3 BV nichts ändere.

[Rz 30] In der Sache räumt das Bundesgericht damit völkerrechtlichen Verträgen einen umfassenden (Anwendungs-) Vorrang vor diesen ggf. widersprechenden Verfassungsbestimmungen ein, was auch in Bezug auf spätere Verfassungsbestimmungen gilt. Die «Schubert»-Praxis kommt damit in Bezug auf Verfassungsrecht nicht zum Zuge. Soweit ersichtlich, formulierte das Bundesgericht diesen an sich klar aus Art. 190 BV ergebenden Grundsatz erstmals in dieser Deutlichkeit²⁸ und klärt damit eine auch in der Literatur kontrovers diskutierte Frage, auf die das Gericht auch hinweist.²⁹ Die Relevanz dieses vom Bundesgericht formulierten Grundsatzes wird dadurch unterstrichen, dass das Gericht betont, unabhängig von der vorher erörterten Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV könne diese Bestimmung von vornherein insoweit nicht zur Anwendung kommen, als sie bzw. ihre Anwendung gegen Völkerrecht verstösst.

[Rz 31] Nicht beantworten musste das Bundesgericht allerdings die Frage, was gilt, wenn eine neue Verfassungsbestimmung selbst ausdrücklich vorsieht, sie gehe Völkerrecht (abgesehen vom zwingenden Völkerrecht) vor, wie dies bei der sog. Durchsetzungsinitiative³⁰ der Fall ist. Diese formuliert ausdrücklich, dass die neuen Bestimmungen dem nicht zwingenden Völkerrecht (wozu auch Art. 8 EMRK gehört) vorgehen, und das zwingende Völkerrecht wird auch gleich definiert (hierzu sollen ausschliesslich das Folterverbot, das Verbot des Völkermords und der Sklaverei sowie das Non-refoulement-Gebot gehören).

[Rz 32] Insbesondere fragt es sich, ob ein derartiger Zusatz dazu führt, dass der (unmittelbar anwendbaren) Verfassungsbestimmung Vorrang einzuräumen wäre.³¹ Für die Bejahung dieser Frage könnte sprechen, dass eine derartige Verfassungsbestimmung als *lex specialis* zu Art. 190 BV angesehen werden könnte, mit der Folge, dass Art. 190 BV im Anwendungsbereich dieser spezielleren Norm zurückträte (was wohl auch dem Willen der Initianten im konkreten Fall entsprechen dürfte).

[Rz 33] Berücksichtigt man jedoch den bundesgerichtlichen

²⁵ Vgl. zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens im Zusammenhang mit der Ausschaffunginitiative im Einzelnen bereits Epiney, ZGRG 1/2010 (Fn. 11), 3 ff., m.w.N.

²⁶ Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2007 dem Freizügigkeitsabkommen Vorrang vor einer jüngeren Gesetzesbestimmung im Bereich der Arbeitslosenversicherung einräumte, da es um das grundrechtliche Diskriminierungsverbot gehe, wobei bemerkenswert ist, dass die in Frage stehende gesetzliche Bestimmung letztlich gerade im Hinblick auf die Einschränkung der Tragweite der entsprechenden Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens verabschiedet wurde, vgl. BGE 133 V 367.

²⁷ Wobei das Bundesgericht sich nicht zu der Frage äussert, ob der Begriff des zwingenden Völkerrechts ein völkerrechtlicher Begriff ist bzw. die Verfassung auf diesen völkerrechtlichen Begriff verweist, oder ob es sich um einen autonom auszulegenden verfassungsrechtlichen Begriff handelt. Die Lehrmeinungen hierüber sind geteilt, vgl. hierzu Nobs, Volksinitiative und Völkerrecht (Fn. 3), insbesondere 106; bemerkenswert ist, dass der Bundesrat (mittlerweile) offenbar dazu tendiert, den Begriff verfassungsrechtlich auszulegen, vgl. Bundesrat, Bericht Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2010 2315 sowie Zusatzbericht BBl 2011 3625 ff., wogegen aber durchaus ins Gewicht fallende Gründe sprechen, vgl. Künzli, ZSR 2009 I (Fn. 3), 47 (65). Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass es auch regionales zwingendes Völkerrecht geben kann, wozu in Europa z.B. die notstandsfesten Garantien der EMRK sowie das Verbot der Todesstrafe in Friedenszeiten gehören dürften.

²⁸ Vgl. aber auch schon BGE 133 II 460, wo das Bundesgericht in Bezug auf einen Konflikt zwischen Völkerrecht und Verfassung formuliert, ersteres sei aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Art. 190 BV für das Bundesgericht massgeblich.

²⁹ Vgl. einerseits Baumann, ZBl. 2010 (Fn. 3), 241 (260 ff.), der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; ebenso Bundesrat, Zusatzbericht zum Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2011 3613 (3658); a.A. etwa Künzli, ZSR 2009 I (Fn. 3), 47 (70 ff.).

³⁰ Zu dieser schon oben IV.1.

³¹ Vgl. auch schon die Erwägungen oben IV.1.

Ansatz der Auslegung von Verfassungsbestimmungen im Gesamtzusammenhang der Verfassung und damit das Anliegen der praktischen Konkordanz, so erscheint auch ein anderer Ansatz vertretbar: Sowohl Art. 190 BV als auch Art. 5 BV stehen in einem Spannungsverhältnis zu einer derartigen Vorrangregelung. Daher erschiene eine isolierte Durchbrechung dieser Bestimmungen wenig systemkonform (zumal auf diese Weise die genannten Bestimmungen im Falle mehrerer in diese Richtung gehender Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen ausgehöhlt werden könnten), so dass es das hier angezeigte Urteil des Bundesgerichts nahelegen könnte, zumindest bei Initiativen, die gegen internationale Menschenrechtskonventionen verstossen (wobei es die Formulierungen des Gerichts auch nicht ausschliessen, ähnliche Erwägungen in Bezug auf weitere völkerrechtliche Verträge heranzuziehen), trotz gegenteiliger Formulierung im Initiativtext davon auszugehen, dass sie nur soweit angewandt werden können, wie sie mit diesen vereinbar sind. Hierfür könnte auch das Rechtsstaatsprinzip sprechen, das impliziert, dass Rechtsnormen nach demjenigen Verfahren modifiziert werden, nach dem sie erlassen bzw. (bei völkerrechtlichen Verträgen) abgeschlossen wurden.

[Rz 34] Nach dem Rechtsstaatsprinzip ist die Ausübung staatlicher Macht nämlich an das Recht gebunden: Sowohl die Staatsorgane als auch die Bürger sind den geltenden Rechtsnormen unterworfen, so dass insbesondere auch die Staatsorgane das von ihnen gesetzte Recht zu beachten haben. Dies bedeutet auch, dass einmal gesetztes Recht grundsätzlich nur dann nicht mehr verbindlich ist, wenn es aufgehoben worden ist, wobei die Aufhebung einer Norm durch dasselbe Organ und nach demselben Verfahren wie ihr Erlass erfolgen muss. Ansonsten könnte die Bindung an das von dem zuständigen Organ gesetzte Recht unterlaufen werden. Diese Grundsätze müssen auch für das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht gelten. Dies wird zudem vor dem Hintergrund deutlich, dass sich Rechte Einzelner auch aus völkerrechtlichen Vorschriften ergeben können. Werden aber Individuen durch bestimmte völkerrechtliche Regeln – die nach den hierfür vorgesehenen Verfahren für die Schweiz verbindlich geworden sind – Rechte eingeräumt, so müssen sie darauf vertrauen können, dass ihre so geschaffene Rechtsstellung nur unter Beachtung der durch das Rechtsstaatsprinzip formulierten Grundsätze modifiziert werden kann. Auch vor dem Hintergrund der besonderen Charakteristika des Völkerrechts (ausgeprägte Gegenseitigkeit sowie die auch in Art. 27 VRK formulierte grundsätzliche Unbeachtlichkeit innerstaatlichen Rechts für die völkerrechtliche Bindungswirkung) folgt damit aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass völkerrechtliche Regelungen nur unter Beachtung des für solche Regelungen einschlägigen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Verfahrens wieder aufgehoben werden können. Denn nur auf diese Weise kann für das Völkerrecht sichergestellt werden, dass die Staatsorgane tatsächlich an das von ihnen gesetzte Recht gebunden sind und das bei

ihrem Erlass angewandte Verfahren beachten. Dies wiederum impliziert einen Vorrang des Völkerrechts, an den alle Staatsorgane gebunden sind,³² wobei dieser Vorrang auch durch Art. 5 Abs. 4 BV (wonach Völkerrecht zu «beachten» ist) zumindest grundsätzlich anerkannt wird.³³

[Rz 35] Da die EMRK nach den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln für die Schweiz verbindlich ist und die Schweiz sich nach Art. 27 VRK (und, wie das Bundesgericht betont, auch nach Art. 5 Abs. 4 BV) nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen, käme eine «Durchbrechung» der Verpflichtungen aus der EMRK nur unter Einhaltung der völkerrechtlichen Verfahren (wobei dies *in concreto* schwierig wäre) in Betracht. Ähnliches müsste grundsätzlich auch für andere völkerrechtliche Verträge, deren Abschluss und Verbindlichkeit nach den einschlägigen völker- und verfassungsrechtlichen Regeln erfolgte, gelten.

[Rz 36] Im Ergebnis müssen damit nach dem der Verfassung zu entnehmenden Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 5 BV) völkerrechtliche Verträge, sollen sie ihre Verbindlichkeit verlieren, im Sinne der Parallelität der Rechtsformen unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben ggf. gekündigt werden, ein Aspekt, worauf das Bundesgericht implizit ebenfalls hinweist. Hiermit stünde es aber kaum in Einklang, ganz allgemein eine neue Verfassungsbestimmung, wie in der Durchsetzungsinitiative vorgesehen, im Ergebnis als eine Art punktuelle, einseitige (und völkerrechtlich nicht relevante bzw. völkerrechtswidrige) «Kündigung» potentiell wohlgermerkt aller völkerrechtlichen Abkommen der Schweiz auszulegen, ganz abgesehen davon, dass es in der Sache im Schwerpunkt um Menschenrechtskonventionen geht, denen das Bundesgericht ersichtlich einen besonderen Status einräumt.

[Rz 37] Dieser Ansatz stünde aber in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 139 Abs. 3, 194 Abs. 2 BV, wonach bei der Verfassungsgebung (unter Einschluss von Volksinitiativen) «nur» das zwingende Völkerrecht zu beachten ist, so dass offenbar gegen sonstiges Völkerrecht «verstossen» werden kann. Dieses Spannungsverhältnis könnte so aufgelöst werden, dass einerseits die Verfassungsbestimmung jedenfalls soweit anzuwenden ist, wie sie nicht gegen internationale Menschenrechtsverträge verstösst,³⁴ und andererseits wäre die neue Verfassungsbestimmung als Auftrag an den Gesetzgeber auszulegen, der nach Mittel und Wegen suchen

³² Vgl. diese Erwägungen ausführlich bereits bei Epiney, ZBl 1994, 537 (553 ff.).

³³ S. so Bundesrat, Botschaft BV, BBl 1997 I 135 f.; hierauf verweisend Bundesrat, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2010 2263 (2305).

³⁴ Fraglich erscheint hingegen, ob jede angenommene Verfassungsinitiative, die gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstösst, *eo ipso* einen Auftrag an den Bundesrat zur Beendigung, also zur Kündigung (zumindest soweit dies völkerrechtlich möglich ist), enthält. Zum Problembereich Künzli, ZSR 2009 I (Fn. 3), 47 (67 ff.).

müsste, um dem Ziel und Zweck der Bestimmung Rechnung zu tragen. Auch wenn auf diese Weise Teilen einer Initiative nicht Rechnung getragen werden könnte, spricht doch – vor dem Hintergrund des Ansatzes des Bundesgerichts – einiges dafür, dass nur durch eine in diese Richtung gehende Sichtweise der Einheit der Verfassung Rechnung getragen werden könnte. Im Übrigen ist es keineswegs zwingend, aus den genannten Bestimmungen eine irgendwie geartete Aussage in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht abzuleiten; vielmehr geht es um die Schranken der Verfassungsinitiative.³⁵ Von vornherein ungültig sollen eben nur gegen das zwingende Völkerrecht verstossende Initiativen sein, was im Einklang damit steht, dass dem Initiativrecht nur sehr wenige Schranken gesetzt sind. Volk und Stände sollen auf diese Weise zum Ausdruck bringen können, dass sie ein Anliegen verfolgen, das gegen für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Normen verstösst. Hiermit ist aber nicht zwingend verbunden, dass einer so eingeführten verfassungsrechtlichen Bestimmung (ggf. im Sinne der Initianten) Vorrang vor den anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben zukommt, wovon auch das Bundesgericht in dem hier angezeigten Urteil ausgeht, wenn es die Notwendigkeit der Einheit der Verfassung und eine entsprechende Auslegung derartiger Verfassungsbestimmungen betont. Vielmehr geht die Verfassung davon aus, dass im Falle der Einführung einer (auf den ersten Blick bzw. möglicherweise) mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Widerspruch stehenden Bestimmung die sich hieraus ergebenden Auslegungs- und Anwendungsprobleme durch das Parlament (im Falle der Notwendigkeit der legislativen Umsetzung, was sehr häufig der Fall ist) und die Gerichte (insbesondere das Bundesgericht) zu lösen sind. Diese haben aber – wie das Bundesgericht betont – die Einheit der Verfassung zu beachten, womit auch das in Art. 5 BV formulierte Rechtsstaatsprinzip und die grundsätzliche Verpflichtung zur Beachtung bzw. Anwendung des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4, 190 BV) hinreichend Berücksichtigung finden müssen. Gerade das Rechtsstaatsprinzip impliziert im Übrigen nach der hier vertretenen Ansicht – wie dargelegt – einen Vorrang des Völkerrechts. Diese vom Bundesgericht in Bezug auf Art. 121 Abs. 3–6 BV formulierten Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn eine Initiative nicht nur implizit, sondern explizit völkerrechtliche Bindungen – insbesondere solche aus menschenrechtlichen Abkommen – unterlaufen will, ist hier doch grundsätzlich rechtlich kein qualitativer Unterschied festzustellen.³⁶ Das Problem der Auslegung und der Einheit

der Verfassung – die übrigens wohl auch mehr oder weniger wichtige bzw. grundlegende Regelungen enthält, ein Aspekt, der auch vom Bundesgericht in dem hier angezeigten Urteil offenbar eine gewisse Berücksichtigung findet, so wenn es auf den besonderen Charakter der EMRK bzw. grundrechtlicher Garantien hinweist – stellt sich vielmehr in paralleler Form.³⁷

[Rz 38] Nicht näher eingegangen, aber immerhin hingewiesen, werden soll in diesem Zusammenhang darauf, dass es nicht unproblematisch erscheint, den Begriff des zwingenden Völkerrechts in der Verfassung zu definieren bzw. zu fixieren, wie dies die Durchsetzungsinitiative vorschlägt: Denn unabhängig davon, ob man den Begriff völkerrechtlich oder verfassungsrechtlich auffasst,³⁸ implizierte eine derartige Definition eine Fixierung und verunmöglichte die Berücksichtigung von Weiterentwicklungen des Rechts, die in diesem Bereich durchaus denkbar, wenn nicht gar wahrscheinlich, sind. Dies besonders, wenn man von einem völkerrechtlichen Begriff des zwingenden Völkerrechts ausgeht, wofür einiges spricht. Zudem würde die Einführung einer solchen Definition die Frage auf, ob diese dann für alle Bestimmungen der Verfassung, in denen der Begriff des zwingenden Völkerrechts verwandt wird, gilt. Abgesehen davon gehören nach Ansicht des Bundesrates auch die notstandsfesten Garantien der EMRK, die teilweise über die in der Durchsetzungsinitiative genannten Aspekte hinausgehen, zum zwingenden Völkerrecht³⁹ (wobei diese Garantien auch als regionales zwingendes Völkerrecht angesehen werden könnten), so dass sich die Frage stellt, ob diese Initiative nicht wegen Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht für ungültig erklärt werden müsste bzw. wird.

ausgeht, dass Art. 190 BV auch in Bezug auf das Verhältnis von älterem Völkerrecht und jüngerem Verfassungsrecht gilt, hiervon jedoch offenbar dann eine Ausnahme machen will, wenn eine Verfassungsnovelle ausdrücklich Geltung auch gegenüber widersprechendem Völkerrecht verlangt. Er weist aber auch darauf hin, dass eine solche neue oder spezifische Norm an sich nichts an dem grundsätzlichen von Art. 5 Abs. 4 BV vorgesehenen Vorrang des Völkerrechts ändere.

³⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Bundesrat*, Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2010 2263 (2305 f.), wo der Bundesrat darlegt, dass sich aus den genannten Bestimmungen nichts über den Rang des Völkerrechts ableiten lasse, allenfalls abgesehen von der besonderen Stellung des zwingenden Völkerrechts.

³⁶ Zumal der Wortlaut der Ausschaffungsinitiative durchaus explizit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht im Einklang stand bzw. steht. S. aber auch *Künzli*, ZSR 2009 I (Fn. 3), 47 (72), der zwar grundsätzlich davon

³⁷ S. insoweit auch etwa *Jörg Paul Müller*, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter 1. März 2010 (Fn. 17), Rn. 7, der in Bezug auf die durchaus klar formulierte und möglicherweise (zum Problemkreis *Daniel Kettiger*, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter 1. März 2010 (Fn. 17), Rn. 15 ff.) unmittelbar anwendbare Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) argumentiert, diese müsse in Einklang mit Art. 9 EMRK ausgelegt werden, so dass der Eingriff in die Religionsfreiheit verhältnismässig bleiben müsse. Im Übrigen weist auch *Müller* auf den unterschiedlichen «Geltungsrang» (wobei dieser Begriff nicht ganz glücklich gewählt scheint, geht es doch weniger um die Frage der Geltung oder des Ranges denn um diejenige der materiellen Wichtigkeit von Verfassungsbestimmungen) der verschiedenen, in der Verfassung enthaltenen Regelungen hin.

³⁸ Hierzu die Nachweise in Fn. 27.

³⁹ Vgl., m.w.N., *Bundesrat*, Zusatzbericht zum Bericht Völkerrecht – Landesrecht (Fn. 4), BBl 2011 3613 (3626 f.).

V. Schluss: zur Rolle der Rechtsprechung und zum notwendigen Gleichgewicht zwischen Demokratie und Rechtsstaat

[Rz 39] Dem Bundesgericht wurde im Zusammenhang mit dem hier angezeigten Urteil teilweise eine Überschreitung seiner Kompetenzen vorgeworfen.⁴⁰ Fundiert erscheinen solche Vorwürfe jedoch nicht: Das Bundesgericht hat vielmehr – aufgerufen, in einem konkreten Anwendungsfall über den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung zu entscheiden – genau seine Aufgabe wahrgenommen, nämlich das geltende Recht auszulegen. Nach einer Analyse des einschlägigen Landes- und Völkerrechts ging es auf die Frage der Relevanz der Art. 121 Abs. 3–6 BV für die zu entscheidende Rechtsfrage ein, wobei es diese Bestimmung auslegte (sowohl im Gesamtzusammenhang der Verfassung als auch in Bezug auf die unmittelbare Anwendbarkeit), um sodann danach zu fragen, ob selbst im Falle eines anderen Ansatzes (sprich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV bzw. einer anderen Auslegung seiner Vorgaben) nicht doch das Ergebnis dasselbe bliebe, was das Bundesgericht – wie erörtert – bejahte. Wo hier genau die Überschreitung der Kompetenzen des Gerichts als Rechtsauslegungsinstanz zu sehen sein soll, bleibt unerfindlich: Die Aufgabe des Bundesgerichts ist es ja, das Recht auszulegen. Wenn nun durch eine Volksinitiative die Verfassung punktuell abgeändert wird und dadurch Konfliktpotential mit anderen verfassungsrechtlichen Normen entsteht, ist es die Aufgabe des Bundesgerichts (und wohl eine der vornehmsten Aufgaben dieses Gerichts), durch Auslegung zu ermitteln, wie die sich potentiell widersprechenden Bestimmungen zu verstehen sind.

[Rz 40] Eine andere Frage ist freilich diejenige, ob man den Ansatz des Gerichts teilt: Hier mag man – auch wenn dies nicht der hier vertretenen Auffassung entspricht – in gewissen Punkten anderer Ansicht sein; dies ist dann aber keine Frage der Überschreitung seiner Kompetenzen durch das Bundesgericht, sondern betrifft die inhaltliche Stimmigkeit des Urteils, ein Aspekt, über den man in aller Regel trefflich diskutieren kann, der aber klar von der Problematik der «Kompetenzüberschreitung» durch das Gericht zu unterscheiden ist. M.E. zeugt es von einer mangelnden Achtung vor der in der Verfassung vorgesehenen Gewaltenteilung und damit eines ebenfalls grundlegenden Aspekts der Rechtsstaatlichkeit, wenn bei Urteilen, mit denen man (aus welchen Gründen auch immer) nicht einverstanden ist, ohne ersichtliche Grundlage eine Kompetenzüberschreitung durch das Gericht – der immer der Makel des «Unzulässigen» anhaftet, unabhängig von inhaltlichen Aspekten (was wohl auch durch derartige Vorwürfe beabsichtigt ist) – geltend gemacht wird. Denn die Auslegung liegt ja gerade in der Zuständigkeit

der Gerichte; dies gilt auch für diejenigen Konstellationen, in denen (vermeintlich) «falsch» entschieden wird. Zwar gibt es kein «Recht» der Gerichte, «falsch» zu entscheiden; tun sie es aber möglicherweise doch, so sind ihre Entscheidungen in einem Rechtsstaat gleichwohl zu akzeptieren,⁴¹ wenn man sie auch kritisieren mag.

[Rz 41] In der Sache impliziert das angezeigte Urteil gewisse «Schranken» für Volksinitiativen (sowie natürlich auch für Verfassungsänderungen allgemein, wobei die Problematik bei Volksinitiativen regelmässig virulent wird). Verfassungsbestimmungen sind in Bezug auf ihre Auslegung in den Gesamtkontext einzubetten, und Durchbrechungen grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien sind allenfalls in Ausnahmefällen anzunehmen, ist diesen doch durch eine entsprechende Auslegung der einzelnen Verfassungsbestimmungen in ihrem Gesamtkontext Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht dürfte von dem Anliegen geleitet worden sein, auf diese Weise einen gewissen Ausgleich zwischen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zu finden: In der Tat ist es wenig befriedigend, wenn über punktuelle Verfassungsinitiativen Grundfeste des Rechtsstaats in Frage gestellt bzw. ausgehebelt werden könnten bzw. können, dies auch vor dem Hintergrund, dass diese Grundsätze auch in demokratischen Verfahren angenommen wurden, ebenso übrigens wie die völkerrechtlichen Verträge. Dabei ist nachdrücklich auch darauf hinzuweisen, dass Demokratie und Rechtsstaatlichkeit letztlich keinen Gegensatz, sondern sich ergänzende und untrennbar miteinander verbundene Grundsätze darstellen:⁴² Ohne die Beachtung bestimmter rechtsstaatlicher Grundsätze ist auch jede Demokratie zum Scheitern verurteilt, da ansonsten die berühmte «Diktatur der Mehrheit» drohte, ohne dass gewissen Rechten Einzelner ein genügender Schutz zukäme, ganz abgesehen davon, dass man demokratisch auch beschliessen kann, die Demokratie abzuschaffen. Die eigentlich entscheidende Frage ist dann diejenige danach, wie genau beide Konzepte zueinander in Beziehung zu setzen sind. Es dürfte sich lohnen, diese Frage auch im Zuge der internationalen Vernetzung der Schweiz neu zu stellen und sowohl aus demokratiepolitischer als auch aus rechtsstaatlicher Sicht auf befriedigende Konzepte hinzuarbeiten.⁴³

[Rz 42] So ist die Behandlung völkerrechtswidriger Initiativen

⁴⁰ Vgl. NZZ v. 9. Februar 2013.

⁴¹ Auf die in diesem Zusammenhang nicht relevante Frage der Rechtsbeugung soll hier nicht eingegangen werden.

⁴² Vgl. hierzu auch die Überlegungen bei *Giusep Nay*, Demokratie und Rechtsstaat. Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig – zehn Jahre neue Bundesverfassung, 2009, 165 ff.

⁴³ S. etwa die Überlegungen bei *Giusep Nay*, Demokratie und Rechtsstaat – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates, in: Epiney/Pahud de Mortanges/Beydoun (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, 2009, 111 (118 ff.); *Luzius Mader*, Religionsfreiheit, Völkerrecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: Epiney/Pahud de Mortanges/Beydoun (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, 2009, 93 (106 ff.).

letztlich (auch) in einem Spannungsverhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie anzusiedeln. Dabei geht der derzeit vorherrschende Ansatz dahin, aus demokratiepolitischen Gründen von einer Nichtigerklärung von völkerrechtswidrigen Initiativen – die nicht das zwingende Völkerrecht (wie auch immer man dieses auslegt) betreffen – abzusehen und die Lösung der dadurch (im Falle der Annahme solcher Initiativen) entstehenden rechtlichen Probleme den politischen Kräften und den rechtsanwendenden Behörden zu überlassen.⁴⁴ Dieser in der Regel durchaus zu befriedigenden Ergebnissen führende Ansatz (zumal die Annahme solcher Initiativen sehr selten ist) stösst jedoch bei einfach und «klar» formulierten Initiativen, die wenig bis keinen Auslegungsspielraum lassen und klar gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen, an gewisse Grenzen. Das Bundesgericht hat in seinem insoweit wegweisenden Urteil aufgezeigt, auf welche Weise durch eine Auslegung neuer Verfassungsbestimmungen im Gesamtkontext der Verfassung das «Konfliktpotential» entschärft werden kann und in vielen Fällen befriedigende Lösungen gefunden werden können. Damit einher geht, dass bei der Verfassungsgebung und -auslegung, auch wenn erstere durch das Volk im Zuge von Volksinitiativen erfolgt, die bestehenden und nicht aufgehobenen Regelungen der Verfassung und des Völkerrechts ihre Bedeutung behalten, was letztlich zu den Grundfesten des Rechtsstaates gehört; dies gilt umso mehr, wenn es um Grundanliegen des Rechtsstaats, wie die in Art. 5 BV formulierten Grundsätze, geht.

[Rz 43] Nicht zu verkennen ist aber auch, dass im Falle besonders klarer Formulierungen in Volksinitiativen, die direkt einen Verstoss gegen völkerrechtliche Menschenrechtsverträge vorsehen (wie dies bei der «Durchsetzungsinitiative» der Fall ist), darüber hinaus neue Fragen aufgeworfen werden, die auch nach dem angezeigten Urteil noch nicht abschliessend geklärt sind, wenn dieses auch – wie erörtert – diesbezüglich gewisse Anhaltspunkte liefern dürfte.

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M., ist Professorin für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht an der Universität Freiburg i. Ue. und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Freiburg und Neuenburg.

* * *

⁴⁴ Vgl. auch schon oben I.