

## Vorwort der Herausgeber

### Volksinitiativen: Gefahren des Missbrauchs

«Hat nicht ein Jude Augen? Hat nicht ein Jude Hände, Gliedmaßen, Werkzeuge, Sinne, Neigungen, Leidenschaften? Mit derselben Speise genährt, mit denselben Waffen verletzt, denselben Krankheiten unterworfen, mit denselben Mitteln geheilt, gewärmt und gekältet von eben dem Winter und Sommer als ein Christ?»

*William Shakespeare: Der Kaufmann von Venedig, dritter Aufzug, erste Szene.*

Die Aufgabe der ZSR-Redaktionskommission ist es, eine Zeitschrift herzustellen, die sich auf hohem wissenschaftlichem Niveau mit einem Querschnitt von Rechtsentwicklungen befasst. Sie soll intellektuelle Ambitionen verfolgen und für die Praxis nützlich sein. Sie soll der Pflege des schweizerischen Rechts dienen. In Zeiten der Wende scheut sich die Redaktion nicht, auch prospektive Ideen vorzulegen, und in Zeiten der Gefahr, Kritik zu üben.<sup>1</sup>

Heute sind wir, so scheint uns, mit gefährlichen Missbräuchen direkt-demokratischer Instrumente konfrontiert. Hastig und unter dem Druck aktueller Geschehnisse werden Volksinitiativen für Verfassungsänderungen redigiert, die – wenn sie sich häufen – zu Krisen unserer staatsrechtlichen Institutionen führen können. Es ist, gewiss, ein altes und vornehmes Recht der Bürger, selber Texte von Normen zu formulieren, die, wenn sie einmal von Volk und Ständen angenommen wurden, Teil unserer Verfassung sind. Bürger und Bürgerinnen und Bürgerkomitees besitzen das auf der Welt einmalige Recht, selber und uneingeschränkt höchstes Recht im Staate zu schreiben, und diese Quelle der Lebendigkeit und Spontaneität wollen wir erhalten. Dennoch zeigen sich in der neueren Praxis alarmierende Signale. So scheint es, dass Initiativtexte zusehends unsorgfältig und aus besonderen Emotionen des Augenblicks ergriffen werden, ohne dass sie – als punktuelle Einzelanliegen de-

---

1 EDUARD HIS, einer unserer Vorgänger als ZSR-Redaktor, schrieb 1946 in einem Editorial: «Unsere Zeitschrift wurde schon bei ihrer Gründung (1852) in den Dienst des Rechts und insbesondere seiner wissenschaftlichen Erkenntnis und Fortentwicklung gestellt.» Und: «Ein in der Geltung bevorzugter Teil unseres öffentlichen Rechts ist das Verfassungsrecht. Es ist der Wunsch aller recht denkenden Juristen, dass unsere Bundesverfassung diese Vorzugsstelle bewahre.» (Vgl. Eduard His, Ueber die Aufgaben unserer Zeitschrift, ZSR 1946/I, S. 7/8, 5/6.) Nachfolger MAX GUTZWILLER registrierte anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der ZSR Bewegungen, die «in unseren Blättern wie eine frische Bise» gewirkt hätten. (Vgl. MAX GUTZWILLER, Hundert Jahre Zeitschrift für Schweizerisches Recht (1952), abgedruckt in ZSR 2002/I, S. 34.)

finitiv formuliert – Kohärenz mit dem Ganzen anstreben, in das sie sich einfügen sollen. Volksbegehren können auch einen legitimen normativen Kern enthalten, aber – den Stimmbürgern oft nicht klar bewusst – auf völlig unverhältnismässige Weise über dieses Ziel hinausgreifen. Ist es etwa, so fragen wir, unserer Verfassung würdig und wollen es Autoren und Unterzeichner und später vielleicht die Stimmbürger wirklich, dass an keinem Orte der Schweiz, sei dies auch im abgelegensten Winkel des Landes oder inmitten eines Industriequartiers, ein Minarett gebaut werden darf, ganz unabhängig davon, ob es so hoch wie ein Schornstein oder wie ein Kirchturm sein und zu welchen Zwecken es praktisch dienen soll? Dies beim klaren Willen zur Erhaltung unserer christlich geprägten Zivilisation als Grundlage des Staates. Oder ist es – um ein anderes hängiges Initiativbegehren beim Wort zu nehmen – in einem Rechtsstaat vertretbar, einen seit Jahren in der Schweiz niedergelassenen und vorbildlich integrierten Ausländer auszuweisen, nur weil er einen Einbruchdiebstahl begangen hat?

Wir befinden uns in einem Klima zunehmender Verunsicherung, in dem rationales, vernünftiges Abwägen oft weniger gefragt ist als einfache, gefühlsgeladene Bilder und Schlagworte. Marginale Bevölkerungsgruppen werden von Parteistrategen und ihren Gefolgsleuten ins Visier genommen, und weitere können folgen. Morgen vielleicht wieder die Juden? Die Türken? Die Zigeuner? Die «Farbigen»? Behinderte? Geistesranke und andere «Anormale»? Es wäre aber auch denkbar, dass – die Atmosphäre des gesellschaftlich-politischen Zusammenlebens weiter vergiftend – eines Tages Gegenbewegungen einsetzen könnten, also etwa (fundamentalistische oder partikularistische) Gruppierungen in Gemeinden, Kantonen oder im Bund auf dem Initiativweg z.B. die Anerkennung ihrer Doktrin in Bezug auf Schulen und kultische Handlungen oder besondere Privilegien der Besteuerung erstreiten wollten, die den Traditionen von Toleranz und Gerechtigkeit zuwiderliefen. Es können auch völlig widersprüchliche, ungefilterte Texte in Zirkulation gebracht werden. Vor allem gravierend ist: Volksrechte tendieren dazu, ihrer Natur als Rechtssetzungsinstrumente entfremdet und als Mittel der reinen Partei- und Wahlpropaganda missbraucht zu werden. Dabei besteht die Sorge, dass Schwellen des Respekts vor dem Andern, aber auch den angestammten Lebensformen von Gemeinwesen missachtet werden, die nicht unterschritten werden dürfen, soll das friedliche Zusammenleben in einer freien Gemeinschaft nicht gefährdet werden.

Vielleicht sind die Eindrücke, von denen die Rede ist, durch den Moment bedingt und pessimistische Erwartungen nicht immer begründet. Die Tendenz solcher Gefahren scheint aber doch in der Masse zu steigen, als politische Geschäfte in die Hände von Ad hoc-Aktivisten und PR-Agenturen gelangen. Entwicklungsszenarien, die wir nicht ausschliessen wollen, können an den Kern der Verfassungs- und Völkerrechtsordnung gehen, und es fragt sich nun, ob und welche substanziellen und institutionell-verfahrensrechtli-

chen Vorkehren getroffen werden können, um die in sich so wertvollen direkt-demokratischen Prozesse in vernünftigen Bahnen zu halten.

## **Materielle Schranken**

Was die Substanz betrifft, geht es um die Frage der Schranken der Verfassungsrevision. Der Text der Bundesverfassung von 1999 nennt neben dem Gebot der Einheit der Materie als alleinige materielle Schranke das zwingende Völkerrecht (Art. 139 Abs. 3 BV). Es fragt sich indessen, ob nicht auch weitere Schranken anerkannt werden müssten, wie etwa die Unmöglichkeit der Durchführung eines Volksbegehrens oder zentrale, unverzichtbare Kerngehalte der Verfassung als Werteordnung. Sonst müssten auch völlig unpraktikable, willkürliche oder den Grundideen des Rechtsstaates widersprechende Projekte von der Bundesversammlung zulässig erklärt und der Volks- und Ständeabstimmung unterbreitet werden. Was die Schranke des völkerrechtlichen «ius cogens» betrifft, kann hierin einerseits ein blosser Verweis auf das völkerrechtliche Konzept mit seinen minimalistischen Regeln wie etwa Gewaltverbot, Kern des humanitären Völkerrechts, Sklavereiverbot, Genozidverbot oder Folterverbot, Verbot von Rassendiskriminierung oder das Selbstbestimmungsrecht der Völker verstanden werden. Es gibt andererseits aber auch gute Argumente dafür, «zwingendes Völkerrecht» als eigenständiges Konzept der Bundesverfassung zu verstehen. Solche Gründe können etwa der Entstehungsgeschichte oder dem Kontext der Verfassung (z.B. der Einbettung des Staatsrechts ins Ganze der Völkerrechtsordnung) entnommen werden. So nannte der Bundesrat – den Begriff «ius cogens» als Institut des positiven Völkerrechts vermeidend – in seiner Botschaft zur Verfassungsreform auch eine Reihe weiterer fundamentaler Regeln des Völkerrechts, und er führte aus, die von ihm zusätzlich erwähnten Regeln seien zwingend ausgestaltet, «weil sie zu den Grundbestimmungen zwischenstaatlichen Verhaltens gehören und für das friedliche Zusammenleben der Menschheit oder ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind» (BBl 197 I 446); in der Folge zählte der Bundesrat sogar die notstandsfesten Garantien der EMRK und des Internationalen Paktes über die bürgerlichen und politischen Rechte zu den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne der Bundesverfassung (BBl 2001 3439). Vor allem liesse sich aber auch argumentieren, dass der konstitutionelle Begriff des «zwingenden Völkerrechts» aus dem Sinn der Verfassung heraus einen Kern von Grundsätzen des Völkerrechts umfasst, der weiter gefasst ist als die klassischen Regeln, die als unverzichtbares Minimum zum Zusammenhalt der Völkerrechtsgemeinschaft beitragen sollen. Denn die Eidgenossenschaft ist gemäss Präambel ihrer Bundesverfassung bestrebt, u.a. Frieden in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken, und setzt sich gemäss dem Zweckartikel der Verfassung ein für eine «friedliche und gerechte internationale Ordnung» (Art. 2 Abs. 4 BV). Eine teleologisch weite Auslegung von

Verfassungsnormen, ja ungeschriebenes Verfassungsrecht ist all jenen längst vertraut, die noch mit unserer alten Bundesverfassung umzugehen hatten, und im angelsächsischen Recht ist sie gang und gäbe. Bei allem halten wir fest: Kollisionen des innerstaatlichen Rechts mit dem Völkerrecht sind in besonderem Masse suspekt und gefährlich. Dies nicht nur, weil Selbstrespekt dem Staat gebietet, sich an das eigene, vertraglich vereinbarte Wort und die Grundregeln des Zusammenlebens von Staaten und Völkern zu halten, und weil das allgemeine Völkerrecht über grosse Zeiträume hinweg als ein vernünftiges Regelungssystem erdacht und entwickelt worden ist. Gedacht ist beim Völkerrecht vor allem auch an Rechte, die – erinnern wir uns an den eingangs zitierten «Kaufmann von Venedig» – allen Menschen als Menschen zustehen müssen, die aber nicht notwendigerweise alle schon vollumfänglich in die zur Zeit auf der internationalen Ebene allgemein anerkannte Kategorie des zwingenden Völkerrechts fallen. Die Respektierung des internationalen «rule of law» ist für die (Selbst-)Achtung des Landes und seine Funktionsfähigkeit in der internationalen Gemeinschaft von grundlegender Bedeutung.

### **Prüfungsmechanismen**

Es stellt sich die Frage nach den Verfahren, mit denen Missbräuche von Volksrechten verhütet werden können. Die Staatspolitische Kommission des Ständerats vertrat in ihrem Bericht vom 2. April 2001 zur Parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» die Auffassung, der Entscheid über die Gültigkeit einer Volksinitiative sei politischer Natur und daher in die ausschliessliche Zuständigkeit der Bundesversammlung zu stellen. Ihn dem Bundesgericht zu übertragen käme einer verpönten Politisierung der Rechtsprechung gleich. Zudem würden allfällige Meinungsverschiedenheiten zwischen Gericht und Parlament die Glaubwürdigkeit der obersten Bundesbehörden untergraben (BBl 2201 4830). Die Kommission trat damit einem Vorschlag des Bundesrats entgegen, welcher in seiner Botschaft vom 20. November 1966 über eine neue Bundesverfassung den Standpunkt des Rechts vertreten hatte und die Bundesversammlung bei Zweifeln über die Gültigkeit einer Volksinitiative verpflichten wollte, die Frage dem Bundesgericht zu einem für das Parlament verbindlichen Entscheid vorzulegen. Der Bundesrat hatte die geltende Regelung als fragwürdig bezeichnet, da die Ungültigkeitsentscheide rechtlicher Natur seien, des ungeachtet aber vorwiegend unter politischen Gesichtspunkten gefällt würden (BBl 1997 I 639). Bekanntlich scheiterte der Vorschlag im Parlament, obgleich ihm ebenfalls die Rechtswissenschaft verbreitet positiv gegenüberstand.

Eine Volksinitiative ist verfassungsrechtlich ungültig, wenn sie die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verletzt (Art. 139 Abs. 2 BV). Diese Kriterien sind rechtlicher Natur und klar justiziabel. Sie einer gerichtlichen Kontrolle zu unterstellen, entsprä-

che der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie und damit einem Grundanliegen des Rechtsstaats (Art. 29 a BV). Dagegen vorzutragen, der Entscheid über die Gültigkeit einer Volksinitiative sei nicht rechtlicher, sondern politischer Natur, ist unhaltbar. Dazu mehrten sich denn auch die kritischen Stimmen aus den Reihen des Parlaments. So hat kürzlich der Präsident der staatspolitischen Kommission des Nationalrats in den Medien gefordert, die Frage sei neu zu klären, wer eine Volksinitiative für gültig erklären solle, und wann und wie dies zu geschehen habe. Vorgeschlagen wurde die Zuständigkeit des Bundesgerichts.

Die Gültigkeit einer Volksinitiative wäre nur dann eine politische Frage, wenn sie ausserhalb des Rechts, ohne Beachtung der verfassungsmässigen Grundprinzipien der politischen Rechte (Einheit der Form und der Materie) oder des vertikalen Systembezugs (Widerspruch zu höherrangigem Recht) geprüft und beantwortet würde. Dieses Konzept aber widerspricht dem Grundgedanken des Rechtsstaates, der sich im Gesetz und nicht im rechtsfreien Belieben der politischen Organe verkörpert. Die Gewähr der Rechtsstaatlichkeit obliegt indessen genuin der Justiz und nicht der Politik. Eine Justizkontrolle über die Gültigkeit von Volksinitiativen ist daher geboten, um ein weiteres Reservat staatlicher Willkür zum Verschwinden zu bringen.

Lösungen bieten sich entweder auf einer rechtlich bindenden oder auf einer bloss konsiliarischen Ebene an. Im ersten Fall wäre an das vom Bundesrat seinerzeit vorgeschlagene Vorlageverfahren anzuknüpfen, wonach allein das Bundesgericht eine Volksinitiative für ungültig erklären durfte. Dieser Rechtsschutz reicht indessen nicht aus, wenn die Bundesversammlung nicht oder nur bei manifesten Zweifeln zur Vorlage verpflichtet ist. Flankierend wäre daher gegen den Entscheid des Parlaments, laute er auf Gültigkeit oder Ungültigkeit der Volksinitiative, die Beschwerde an das Bundesgericht zu öffnen und die Legitimation dazu an das Stimmrecht zu knüpfen. Verfassungsrechtlich wäre die Beschwerde möglich, kann doch das Gesetz vorsehen, dass auch Akte der Bundesversammlung beim Bundesgericht anfechtbar sind (Art. 189 Abs. 4 BV). Auf konsiliarischer Ebene ist ein Modell denkbar, nach welchem die Bundesversammlung eine intermediäre ausserparlamentarische oder gemischte Kommission bestellt, welche die Volksinitiativen vorgängig der parlamentarischen Beratung auf ihre formelle oder materielle Gültigkeit überprüft und dazu Bericht erstattet. Die Bundesversammlung würde zwar nicht gebunden, doch erhielte sie mindestens Unterstützung von einer rechtlichen Stellungnahme aus berufener Feder. Da die Kommission an der Ausübung staatlicher Macht nicht teilnähme, bedürfte sie zwar einer gesetzlichen (Art. 164 Abs. 1 lit. g BV), nicht aber einer besonderen Verfassungsgrundlage.

Es ist ein Anliegen der ZSR-Redaktionskommission, nach einem politisch bewegten Jahr an der Spitze des letzten Heftes von Band 126, 2007/I, die Auf-

merksamkeit der Leserschaft auf ein Problem zu lenken, das wir als langfristig gefährlich und besonders gravierend betrachten. Dabei wollen wir nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass das Institut der Volksinitiative, die zum traditionellen, bewährten Bestand unseres Verfassungsrechts und unserer Verfassungskultur gehört, inhaltlich eingeschränkt werden soll. Es geht nur darum, die im Volk eingeleiteten Prozesse der Willensbildung in faire Bahnen zu lenken, wobei im Zweifel die Bürger selbst über die Akzeptierbarkeit der im Volksbegehren enthaltenen Anliegen entscheiden. Auch wissen wir, dass mit Massnahmen, wie sie dem Text oder dem Geist der Verfassung entnommen und in deren Rahmen neu geschaffen werden können, allein eine optimale Verwirklichung des Initiativrechts noch nicht in die Wege geleitet und garantiert werden kann. Es gilt für die Institutionen und Verfahren der direkten Demokratie in noch höherem Masse als für übrige Teile des Verfassungsrechts, dass sie vom Vertrauen und von Tugenden der Bürgerschaft leben, die sie selber nicht hervorbringen und nicht garantieren können.

Die Herausgeber:

Bernard Dutoit  
Stephen V. Berti  
Peter Isler  
Pascal Pichonnaz  
Daniel Thürer  
Hans Peter Walter