

Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?

Michael Leupold / Michel Besson | In den letzten Jahren wurden mehrere Volksinitiativen, deren Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zumindest umstritten ist, von Volk und Ständen angenommen. Dies hat die öffentliche Diskussion über die Grenzen des Initiativrechts neu entfacht. Der Bundesrat schlägt vor, einerseits das Vorprüfungsverfahren auszubauen und andererseits die materiellen Schranken der Verfassungsrevision auf die Kerngehalte von Grundrechten der Bundesverfassung zu erweitern. Hinter diesen Vorschlägen steht keinesfalls die Vorstellung, Volksinitiativen seien eine Gefahr für die «gute Ordnung», vielmehr geht es darum, die Bürgerinnen und Bürger bereits vor der Unterschriftensammlung über die Vereinbarkeit einer Initiative mit dem Völkerrecht zu informieren und zu verhindern, dass Volk und Stände an der Urne übereilt einen Eingriff in den Kerngehalt von Grundrechten der Bundesverfassung beschliessen.

Inhaltsübersicht

- 1 Einleitung
- 2 Inwiefern gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?
 - 2.1 «Gute Ordnung» der Verfassung? Versuch einer Begriffsklärung
 - 2.2 Mögliche von Volksinitiativen ausgehende Gefahren
 - 2.2.1 Gesetzestechnische Ebene
 - 2.2.2 Politische Ebene
 - 2.2.3 Metaphysische Ebene
 - 2.2.4 Staatsrechtliche Ebene
- 3 Erweiterung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision:
Der Vorschlag des Bundesrates
 - 3.1 Anlass der Vorschläge
 - 3.2 Ausbau des Vorprüfungsverfahrens
 - 3.3 Grundrechtliche Kerngehalte als neue materielle Schranken der Verfassungsrevision
 - 3.3.1 Mögliche Referenzpunkte für materielle Schranken
 - 3.3.2 Regelung *de lege lata*
 - 3.3.3 Regelung *de lege ferenda*
 - 3.3.4 Stärken und Schwächen des Vorschlags
- 4 Schlussfolgerungen

1 Einleitung

In den letzten zwei Jahren wurden mit der Minarett- und der Ausschaffungsinitiative von Volk und Ständen zwei Volksinitiativen angenommen, welche nicht in allen Teilen mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar sind. Dies hat der Diskussion über die «Gefahren des Missbrauchs»¹ von Volksinitiativen Auftrieb gegeben.² So warnt der Club Helvétique in seinem Aufruf von Anfang September 2011 vor Volksinitiativen, die «gegen unumstössliches Verfassungsrecht» verstossen.³ Andreas Auer stellte schon vor drei Jahren fest,

dass teilweise «das Gespenst von uneinhalten, der Demokratie unwürdigen Volksentscheiden an die Wand gemalt» werde (Auer 2008, 15). Die Gegenseite fürchtet ihrerseits nichts Geringeres als die «Unterwanderung der direkten Demokratie».⁴

Zur Beantwortung der im Titel gestellten Frage, ob Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung gefährden, ist zuerst darzulegen, was mit der «guten Ordnung» der Verfassung gemeint ist, beziehungsweise ob es überhaupt so etwas wie eine «gute Ordnung» gibt. Danach wird aufgezeigt, mit welchen Vorschlägen der Bundesrat den «Seiltanz zwischen Demokratie und Völkerrecht»⁵ bewältigen will.

2 Inwiefern gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?

2.1 «Gute Ordnung» der Verfassung? Versuch einer Begriffsklärung

- a) Der griechische Staatsmann und Dichter Solon (640 – 560 v. Chr) prägte den Begriff der *Eunomia*, der guten und wohlgefügten Ordnung.⁶ Dabei handelt es sich nicht um eine bestimmte Verfassung oder um einen schönen Zustand, sondern um «das theoretische Allgemein-Bild der guten, geordneten, vernünftigen Verhältnisse der Polis und der Welt der Menschen» (Gudopp-von Behm 2009, 353). *Eunomie* stellt zugleich einen moralischen wie auch einen rechtlichen Massstab dar und kann methodisch als Vorläufer eines normativen Verfassungsbegriffs moderner Prägung aufgefasst werden.⁷
- b) In der heutigen Verfassungstheorie wird in der Regel davon ausgegangen, dass es bestimmbare Merkmale einer idealtypischen «guten Verfassung» gibt: Dabei geht es um die Merkmale einer rechtsstaatlichen Demokratie abendländischen Zuschnitts. Das bekannteste Beispiel eines solchen normativen Verfassungsverständnisses findet sich in Artikel 16 der französischen Menschenrechtserklärung, welcher folgendermassen lautet: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.» Zum heutigen abendländischen Verständnis einer «guten» Verfassung gehören insbesondere die Anerkennung von Grundrechten, eine machtbeschränkende Organisation der obersten Gewalten (Gewaltenteilung oder -gliederung) und faire Verfahren der politischen Entscheidungsfindung (vgl. Müller 2009, 85; Besson 2003, 142 ff.; Hangartner/Kley 2000, 204 f.). Bis zur Mitte des letzten Jahrhunderts war im schweizerischen Staatsrecht noch eine andere, positivistische Position dominierend. Die Vertreter dieser Position lehnten ein normatives Verfassungsverständnis mit dem Ziel der Abwehr von wie auch immer gearteten Naturrechtslehren ab. In ihren Augen war die Vorstellung einer erstens vorbestehenden und zweitens in sich guten Ordnung ideologisch und undemokratisch.⁸

- c) Eingangs haben wir die Frage gestellt, ob es eine «gute Ordnung» der Verfassung gibt. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass diese Frage aus verfassungstheoretischer Optik zu bejahen ist; unverzichtbar sind insbesondere die Garantien der Gleichheit, der Freiheitsrechte, der politischen Teilnahmerechte und die Etablierung einer gewaltenteiligen Ordnung. Diese minimalen verfassungstheoretischen Anforderungen an eine demokratische und rechtsstaatliche Verfassung sind in der geltenden Bundesverfassung verwirklicht. Damit haben wir den Schritt von der Verfassungstheorie in die heutige Praxis gemacht. In dieser Praxis bleibt dem Verfassungsgeber, also Volk und Ständen,⁹ jedoch ein ausserordentlich grosser Spielraum, wie er unter Beachtung der abstrakten Postulate einer «guten Ordnung» die Bundesverfassung inhaltlich ausgestaltet. Aus den verfassungstheoretischen Konzepten können in der Regel deshalb keine konkreten Antworten auf Einzelfragen herausdestilliert respektive abgeleitet werden. Die Definition der öffentlichen Interessen respektive die Lösung konkreter Einzelfragen beruht auf Wertungen, welche der Konkretisierung und Legitimierung durch demokratische Verfahren bedürfen. Der konkrete Inhalt der «guten Ordnung» ist mit anderen Worten in *politischen* Prozessen zu ermitteln.
- d) Über Änderungen am Text der Bundesverfassung wird dabei in jedem Fall ein obligatorisches Referendum durchgeführt. Die geltende Verfassung ist vorläufiges Ergebnis eines auf der Basis einer offenen und lebendigen Öffentlichkeit geführten ständigen politischen Diskurses über die das Gemeinwesen betreffenden Grundfragen.¹⁰ Insoweit kann auch die geltende Verfassung als gegenwärtiges Ergebnis eines dynamischen und offenen Prozesses für sich beanspruchen, die «gute Ordnung» abzubilden.

Wer dieses Fazit anzweifelt, kritisiert gleichzeitig auch die demokratischen Entscheidungsverfahren an sich und müsste aufzeigen, welche anderen Formen der Verfassungsgebung er als Alternative vorschlägt. Aus historischer Perspektive ist u.E. festzuhalten, dass alle Alternativen zur rechtsstaatlichen Demokratie letztlich gescheitert sind oder dass andere Staatsformen sich als weniger leistungsfähig erwiesen haben.¹¹

2.2 Mögliche von Volksinitiativen ausgehende Gefahren

Einzelne Volksinitiativen werden immer wieder als Gefahr für das Gemeinwesen oder gar für eine menschengerechte verfassungsmässige Ordnung bezeichnet (vgl. z.B. die Belege in Anm. 1). Die (möglicherweise) von Volksinitiativen ausgehenden Gefahren betreffen dabei verschiedene Ebenen, die gesetzestechnische, die politische, die metaphysische und schliesslich die staatsrechtliche Ebene.

2.2.1 *Gesetzestechnische Ebene:*

Auflösung der formellen Schönheit und Kohärenz der Verfassung

Da auf Stufe Bund keine Gesetzesinitiative vorgesehen ist, enthalten Volksinitiativen teilweise auch Inhalte, welche von ihrer Bedeutung her nicht auf Verfassungs-, sondern auf Gesetzesstufe geregelt werden sollten. Auch die Redaktion des Initiativtextes oder die systematische Platzierung der vorgeschlagenen Normen vermögen aus gesetzgebungstechnischer Sicht nicht immer zu überzeugen. Hangartner glaubt eine starke Zunahme solcher «handwerklicher Mängel» feststellen zu können (Hangartner 2011, 472).¹² Ohne Bewertung stellen Kiener/Krüsi (2009, 253) fest, dass als Folge der leichten Änderbarkeit die «formale Schönheit und Kohärenz» der mit einer Totalrevision nachgeführten Bundesverfassung von 1999 rasch wieder abnehmen werde.

Normtexte entstehen in der Regel in einem arbeitsteiligen Zusammenwirken von Parlament, Regierung und Verwaltung. Anders bei Volksinitiativen in Form eines ausgearbeiteten Entwurfes, welche einen rechtsetzungstechnisch fertig redigierten «Antrag aus dem Volk an das Volk» bilden.¹³ Hier erhöht sich mangels Korrekturmöglichkeiten respektive Diskurszwangs die Gefahr von redaktionellen Mängeln. So unbefriedigend solche handwerklichen Mängel aus gesetzgebungstechnischer Sicht auch sind, in der Praxis konnte bisher stets ein Weg gefunden werden, wie von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen mit dem vorbestehenden Rechtssystem zu einem neuen sinnvoll handhabbaren Ganzen verbunden werden konnten. Jüngstes Beispiel dafür bildet etwa die gesetzliche Umsetzung von Artikel 123b BV, der 2008 angenommenen sogenannten Unverjährbarkeitsinitiative.¹⁴

2.2.2 *Politische Ebene:*

Gegnerinnen und Gegner stören sich an Inhalten

Offensichtlich ist auch, dass Volksinitiativen von ihren jeweiligen politischen Gegnern als Gefahr für eine gute Ordnung wahrgenommen und dementsprechend auf politischer Ebene bekämpft werden. In den Worten Linders sorgt die direkte Demokratie dafür, «dass die politischen Eliten das Volk nicht so nehmen können, wie sie es gerne hätten, sondern so nehmen müssen, wie es ist» (Linder 2010, 782). In der Praxis können vor allem die Polparteien Volksinitiativen effizient für die Erreichung ihrer Ziele nutzen, sei es als Instrument der Innovation, der Opposition oder als Wahlkampfhelfer.¹⁵

Auf dieser, der politischen Ebene sind störende Initiativen denn auch in erster Linie zu bekämpfen. Volksabstimmungen, welche für eine «gute Ordnung» der Verfassung gefährlich sind, werden von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern in aller Regel abgelehnt, sofern der vorangegangene Diskurs offen und frei

war. Die seltenen Beispiele «unverantwortlicher Rechtsetzung» (vgl. dazu Leupold/Kuster 2011) sind als Mehrheitsentscheide hinzunehmen und können in einer rechtsstaatlichen demokratischen Ordnung jederzeit wieder in Frage gestellt und geändert respektive weiterentwickelt werden.

2.2.3 *Metaphysische Ebene:*

Überhöhung der geltenden Verfassung zu einem sakralen Objekt

Nüchtern betrachtet umfasst die Verfassung als rechtliche Grundordnung die obersten Rechtsnormen eines Staates. Sie ist jedoch nicht nur Organisationserlass, sondern muss auch inhaltlich gewissen Anforderungen genügen (siehe zum normativen Verfassungsbegriff Kap. 2.1). Gelegentlich wird die Verfassung im politischen, aber auch im philosophisch-staatsrechtlichen Diskurs zu einem schon beinahe sakralen Objekt überhöht.¹⁶ Dies zeigt sich gemäss Pierre Moor (2008, 210 f.) beispielsweise beim Sprechen über Rechtsänderungen: Währenddem Gesetze *geändert* werden, wird die Verfassung «*fortgebildet*». Volksinitiativen, welche per Definition die Verfassung oder eben das «sakrale Objekt» ändern, werden auch deshalb ganz besonders intensiv und kritisch geprüft.

Die Sakralisierung von Verfassung, Staatsrecht und Politik wird dann problematisch, wenn einzelne «heilige Sätze» definiert und politische Gegnerinnen oder Gegner, welche die Verfassung ändern wollen, als Verletzende der «heiligen Sätze» geradezu stigmatisiert werden.¹⁷ Solche «Theologisierung der Politik» (Friedrich Dürrenmatt) ist einem offenen und von rationalen Argumenten geprägten politischen Diskurs abträglich (vgl. die Hinweise a.a.O.). Die Überhöhung der Verfassung zu einem sakralen Objekt gerade auch in der Diskussion über Volksinitiativen ist abzulehnen, entsprechende Argumentationsformen im öffentlichen Diskurs gilt es aufzudecken, zu kritisieren und so der rationalen politischen Debatte wieder zuzuführen.

2.2.4 *Staatsrechtliche Ebene:*

Schranken der Verfassungsrevision

a) Gemäss dem geltenden Recht können nicht alle Volksinitiativen Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden. Artikel 139 Absatz 3 BV sieht folgende *Ungültigkeitsgründe* vor: Volksinitiativen müssen die Einheit der Form sowie der Materie wahren und dürfen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen. Lehre und Praxis anerkennen zudem als vierten (ungeschriebenen) Ungültigkeitsgrund die offensichtliche faktische Undurchführbarkeit einer Initiative.¹⁸ Volksinitiativen, welche gegen diese Schranken verstossen, sind von der Bundesversammlung für ungültig zu erklären.

Zweck dieser formellen und materiellen Schranken ist, diejenigen Volksinitiativen Volk und Ständen nicht zur Abstimmung zu unterbreiten, welche wegen formeller Mängel ein geordnetes und faires Verfahren verunmöglichen (Verletzung der Einheit der Form, z.T. auch der Einheit der Materie) oder bei denen aufgrund ihres Inhalts den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern kein echter Entscheidungsspielraum zukommt (Unmöglichkeit, Verstoß gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts).

Die Bundesversammlung hat bisher erst vier eidgenössische Volksinitiativen für ungültig erklärt: die sogenannte Chevallier-Initiative zur faktisch rückwirkenden Herabsetzung der Militärausgaben um 50% wegen (zeitlicher) Undurchführbarkeit (BBl 1955 II 1463), die Volksinitiative «gegen Teuerung und Inflation» (BBl 1977 III 919) sowie die Volksinitiative «für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» (BBl 1995 III 570) wegen fehlender Einheit der Materie sowie die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» wegen Unvereinbarkeit mit dem zwingenden Völkerrecht (BBl 1996 I 1355).¹⁹

- b) Im politischen Diskurs werden Volksinitiativen teilweise als *verfassungswidrig* oder als unvereinbar mit anderen Normen der Verfassung bezeichnet. Dieser Art der Argumentation ist entschieden entgegenzutreten. Volksinitiativen bezwecken definitionsgemäss eine Änderung der geltenden Verfassung. Die Rede von verfassungswidrigen Inhalten ist ausserhalb des Bereichs der Ungültigkeitsgründe deshalb schon rein logisch unsinnig.
- c) Hinzuweisen ist auf den Umstand, dass bei *kantonalen* Volksinitiativen zu den oben erwähnten Ungültigkeitsgründen gestützt auf Artikel 34 BV i.V.m. Artikel 49 BV noch jener der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hinzutritt. Letztinstanzlich zuständig für den Entscheid über die Gültigkeit kantonaler Initiativen ist das Bundesgericht. Dieses hat in einer reichen Praxis die Ungültigkeitsgründe konkretisiert. Nicht selten sah sich das Bundesgericht dazu gezwungen, Volksinitiativen ganz oder teilweise für ungültig zu erklären respektive die Ungültigerklärungen durch Vorinstanzen zu bestätigen.²⁰
- d) In der Lehre umstritten ist, ob es über die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts hinaus *weitere materielle Schranken* der Verfassungsrevision gibt oder geben sollte.²¹ Grundlagen weiterer materieller Schranken bilden entweder die Verfassung selbst oder aber Normen, welche der Bundesverfassung übergeordnet sind. Auch der Bundesrat befürwortet eine massvolle Erweiterung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision. Diese Vorschläge werden im Folgenden ausführlich dargestellt.

3 Erweiterung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision: Der Vorschlag des Bundesrates

3.1 Anlass der Vorschläge

- a) In den letzten Jahren wurden verschiedene Volksinitiativen, deren Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zumindest umstritten ist, entgegen dem Antrag von Bundesrat und Bundesversammlung von Volk und Ständen angenommen. Beispiele bilden die Alpen-, die Verwahrungs-, die Minarett- und die Ausschaffungsinitiative.²² Die daraus resultierende Erschütterung des politischen Establishments, aber auch die nüchterne Feststellung, dass im Zuge der Globalisierung das Völkerrecht quantitativ und qualitativ an Bedeutung gewonnen hat, hat die Frage nach dem Verhältnis von Volksinitiativen und Völkerrecht wieder vermehrt in den Blickpunkt des rechtlichen wie auch des politischen Interesses gerückt.
- b) Am 5. März 2010 verabschiedete der Bundesrat einen *Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht* (BBl 2010 2263). Der Bericht befasst sich in Beantwortung des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 20. November 2008 auch mit dem Verhältnis von Völkerrecht und Volksinitiativen. Dabei stellt der Bundesrat fest, dass Volksinitiativen, welche möglicherweise gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen, Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten sind. Bei einer allfälligen Annahme tritt eine Verfassungsbestimmung in Kraft, welche möglicherweise im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht. In der Praxis kann ein Konflikt zwischen Völker- und Landesrecht oft mittels völkerrechtskonformer Auslegung vermieden werden. Ist dies nicht der Fall, so müsste der betroffene Vertrag möglicherweise neu ausgehandelt oder gekündigt werden, die Schweiz hätte allenfalls die Konsequenzen zu tragen, die sich aus einer Verletzung ihrer internationalen Verpflichtungen ergeben könnten (BBl 2010 2341).

Der Bundesrat hielt zudem fest, dass der Versuch, die Gültigkeit von Volksinitiativen weiteren Schranken zu unterwerfen, wohl erhebliche juristische und politische Probleme aufwerfen würde. Zur Abklärung beauftragte der Bundesrat das EJPD, das EDA und die BK, in einem Zusatzbericht Möglichkeiten aufzuzeigen, wie Widersprüche zwischen dem verfassungsmässigen Initiativrecht und den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz verhindert werden könnten.

- c) Diesen Zusatzbericht verabschiedete der Bundesrat am 30. März 2011 (BBl 2011 3613). Der Bundesrat schlägt darin zwei Massnahmen vor, einerseits die Erweiterung des Vorprüfungsverfahrens vor der Unterschriftensammlung für

Volksinitiativen und andererseits eine Ausdehnung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision auf grundrechtliche Kerngehalte. Die Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz soll also einerseits mit verfahrensrechtlichen Massnahmen, andererseits mit der Erweiterung der materiellen Schranken gestärkt werden.

3.2 Ausbau des Vorprüfungsverfahrens

Bereits heute führt die Bundeskanzlei gestützt auf Artikel 69 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) ein Vorprüfungsverfahren von Volksinitiativen durch. Diese Prüfung umfasst jedoch neben dem Titel der Initiative bloss formelle Aspekte, insbesondere die Korrektheit der Unterschriftenliste.

Der Bundesrat schlägt nun vor, dieses Vorprüfungsverfahren auszubauen (BBl 2010 3632 ff.). Volksinitiativen sollen bereits vor dem Beginn der Unterschriftensammlung von der Bundesverwaltung – dem Bundesamt für Justiz und der Direktion für Völkerrecht – auf ihre Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz überprüft werden.²³ Untersucht wird also nicht nur die Vereinbarkeit mit dem zwingenden, sondern auch mit dem übrigen Völkerrecht. Sofern die materiellen Schranken der Verfassungsrevision erweitert werden sollten, wäre auch die Einhaltung dieser Schranken zu prüfen.

Das Vorprüfungsverfahren soll in einem ersten Schritt den Initiantinnen und Initianten ermöglichen, allfällige Probleme bezüglich Völkerrechtskonformität frühzeitig zu erkennen und, sofern sie dies wünschen, noch im Verlauf dieses Verfahrens und damit vor dem Start der Unterschriftensammlung zu beheben.

Das Schlussergebnis der Prüfung ist nicht bindend und kann nicht angefochten werden. Es wird ganz im Sinne des «more-speech-Ansatzes»²⁴ auf dem Unterschriftenbogen und im Bundesblatt bekanntgegeben. Der Bundesrat vergleicht das Ergebnis der Prüfung mit einer Ampel: «Vereinbarkeit mit einschlägigem Völkerrecht bedeutet grünes Licht, Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen kommt gelb gleich, und ein Verstoss gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts bedeutet rot.» (BBl 2010 3636) Der amtliche Hinweis soll den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern erleichtern, sich in Kenntnis der Völkerrechtskonformität ein eigenes Urteil über die Volksinitiative bilden zu können.

Bundesrat und Bundesversammlung sind bei der späteren Beurteilung der Gültigkeit einer Volksinitiative rechtlich nicht an die Stellungnahme der Verwaltung aus dem Vorprüfungsverfahren gebunden.

3.3 Grundrechtliche Kerngehalte als neue materielle Schranken der Verfassungsrevision

Neben dem Vorprüfungsverfahren schlägt der Bundesrat als zweite Massnahme vor, die grundrechtlichen Kerngehalte als neue materielle Schranken der Verfassungsrevision vorzusehen. Auffallend ist, dass der Inhalt der erweiterten Schranken sich nicht am Völkerrecht, sondern vielmehr am nationalen Verfassungsrecht orientiert. Bevor das geltende Recht und der Vorschlag an sich vorgestellt werden, rechtfertigt sich deshalb, den Blick auf die möglichen Referenzpunkte für die Beurteilung von Volksinitiativen zu legen.

3.3.1 Mögliche Referenzpunkte für materielle Schranken

Referenzpunkt für materielle Schranken für Volksinitiativen können völkerrechtliche oder landesrechtliche Normen bilden. Ausgehend vom Ziel, die Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht zu sichern, standen in der jüngeren Diskussion sich an völkerrechtlichen Normen orientierende Schranken im Vordergrund (vgl. Auer/Tornay 2007; Baumann 2010; Biaggini 2010; Hangartner 2011; Kiener/Krüsi 2009; Keller/Lanter/Fischer 2008; Marquis 2010; Zimmermann 2010).

- a) Wählt man das *Völkerrecht als Referenzpunkt* für die Beurteilung von Volksinitiativen, stellt sich die Frage, *welche* völkerrechtlichen Normen materielle Schranken der Verfassungsrevision bilden sollen. Ist es das *Ius cogens*, sind es zentrale Bestimmungen der EMRK, Menschenrechtsgarantien ganz allgemein, Bestimmungen von «vitaler Bedeutung» für die Schweiz, oder gar sämtliche völkerrechtlichen Verpflichtungen inklusive aller technischen Regelungen? ²⁵

Solche, über die Schranke der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts hinausgehenden, materiellen Schranken Kriterien gehen entweder von ihrem Umfang her zu weit oder sind inhaltlich wenig bestimmt. Insbesondere erschwert oder verunmöglicht die weitgehend fehlende Hierarchisierung²⁶ des Völkerrechts eine sich an der inhaltlichen Bedeutung orientierende Schrankenfestlegung.

In anderem Zusammenhang weist diesbezüglich der direkte Gegenentwurf des Bundesrates zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» in die richtige Richtung. In konsequenter Fortführung des Parallelismus sollen Staatsverträge mit Inhalten, welche landesrechtlich in der Verfassung zu regeln wären, wie Verfassungsänderungen dem obligatorischen Referendum unterstehen (BBl 2010 6986 f.).

Möglich wäre auch, für die Schrankenregelung auf das *formelle Kriterium* der Unkündbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen abzustellen. Mit der Regel, wonach Volksinitiativen ungültig zu erklären sind, wenn sie gegen unkündbare völkerrechtliche Verträge verstossen, könnten Konflikte vermieden werden, welche sich juristisch infolge der Unmöglichkeit der Kündigung nicht einseitig lösen liessen (BBl 2011 3641). Dieses Kriterium wäre zwar leicht anwendbar, überzeugt inhaltlich jedoch wegen des fehlenden Bezugs zur Wichtigkeit der Regelungen nicht. So ist beispielsweise die EMRK zweifellos besonders wichtig und trotzdem kündbar.

Abstrahiert man von der Situation, in der mit einer Volksinitiative die Verfassung geändert werden soll, läge eigentlich die Umkehr des Referenzpunktes nahe: Eingegangen werden sollten nur diejenigen völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche mit der geltenden Verfassung vereinbar sind.²⁷

- b) Statt Völkerrecht kann auch *Landesrecht* als Referenzpunkt für die Beurteilung von Volksinitiativen bestimmt werden. Nach dieser Konzeption bilden näher zu bestimmende verfassungsinhärente Prinzipien oder «Grundwerte» materielle Schranken der Verfassungsrevision. Mit seinem Vorschlag, die materiellen Schranken der Verfassungsrevision auf die Kerngehalte der Grundrechte der Bundesverfassung auszuweiten, hat der Bundesrat diesen Weg gewählt.

3.3.2 *Regelung de lege lata*

Artikel 139 Absatz 3 BV sieht vor, dass jene Volksinitiativen von der Bundesversammlung ungültig erklärt werden, welche «gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» verstossen. Gemäss der Praxis der Bundesbehörden fallen unter diese landesrechtliche Bestimmung «gegenwärtig das Gewaltverbot, das Verbot der Folter (Art. 3 EMRK; Art. 7 UNO-Pakt II), des Völkermords, der Sklaverei, der Leibeigenschaft und der Zwangsarbeit (Art. 4 Abs. 1 EMRK; Art. 8 Abs. 1 u. 2 UNO-Pakt II), das Verbot willkürlicher Tötung (Art. 2 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 1 UNO-Pakt II), die Grundsätze «nulla poena sine lege» und «ne bis in idem» (Art. 7 EMRK, Art. 15 UNO-Pakt II), die interne Religionsfreiheit (d.h. das Recht, in Freiheit eine eigene religiöse Anschauung zu entwickeln und sich auch wieder davon zu lösen; Schutz des sogenannten «forum internum» (Art. 18 Abs. 3 UNO-Pakt II e contrario) und die Grundzüge des humanitären Völkerrechts (Art. 3 der Genfer Abkommen von 1949).»²⁸

Volksinitiativen, welche gegen anderes, nicht vom Kreis der zwingenden Bestimmungen umfassten Völkerrecht verstossen, sind gemäss der Regelung von Artikel 139 Absatz 3 BV von der Bundesversammlung als gültig zu erklären, soweit kein anderer Ungültigkeitsgrund greift.²⁹

3.3.3 *Regelung de lege ferenda*

- a) Der Bundesrat schlägt vor, neben den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts auch die grundrechtlichen Kerngehalte der Bundesverfassung als materielle Schranke der Verfassungsrevision vorzusehen. Artikel 139 Absatz 3 BV soll neu folgendermassen lauten: «Verletzt die Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie, zwingende Bestimmungen des Völkerrechts oder den Kerngehalt der Grundrechte der Bundesverfassung, so erklärt die Bundesversammlung sie für ganz oder teilweise ungültig.»³⁰ Hingegen verzichtete der Bundesrat nach eingehender Prüfung auf den Vorschlag, die materiellen Schranken der Verfassungsrevision auch auf die Diskriminierungsverbote der BV zu erweitern (BBl 2011 3646 ff.).
- b) Gemäss Artikel 36 Absatz 4 BV geniessen die Kerngehalte der Grundrechte absoluten Schutz: Dabei geht es um jene für den Einzelnen derart elementaren Grundrechtsgehalte, dass deren Beeinträchtigung unter keinen Umständen zugelassen werden darf. Kerngehalte stellen vom Verfassungsgeber vorweggenommene Interessenabwägungen respektive Verhältnismässigkeitsprüfungen dar, welche dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden absolute Schranken setzen.

Artikel 36 Absatz 4 BV bildet Teil des Prüfungsprogramms bei Eingriffen in Freiheitsrechte. Da die Voraussetzungen von Artikel 36 BV stets kumulativ gegeben sein müssen, können Behörden Kerngehaltsgarantien nicht legitimerweise verkürzen – auch wenn das öffentliche Interesse im Einzelfall daran noch so hoch sein mag.

Die Kerngehalte der einzelnen Grundrechte stehen in einem engen Verhältnis zur Garantie der Menschenwürde von Artikel 7 BV, diese bildet eine Art Auffangkerngehalt. In der BV sind verschiedene weitere Kerngehalte festgehalten,³² insbesondere:

- Verbot der willkürlichen Tötung, Verbot der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 zweiter Satz BV);
- Verbot der Folter und jeder anderen Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (Art. 10 Abs. 3 BV);
- Staatlicher Zwang gegenüber Einzelnen zur inneren Identifikation mit einer fremden Meinung (Art. 16 BV);
- Verbot der systematischen Vorzensur (Art. 17 Abs. 2 BV);
- Verbot der Ausschaffung oder Auslieferung in einen Staat, in dem Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (Art. 25 Abs. 3 BV);
- Verbot von Eingriffen, die das Eigentum als Rechtsinstitut aushöhlen (Art. 26 BV).

3.3.4 Stärken und Schwächen des Vorschlags

- a) Bei einer Analyse des bundesrätlichen Vorschlags treten insbesondere folgende Stärken zu Tage:
- Mit den Kerngehalten der Grundrechte wird ein materialer und nicht ein formaler Ansatzpunkt gewählt. Damit ist gesichert, dass nur die Verletzung von in einer rechtsstaatlichen Demokratie wirklich zentralen Rechtspositionen zur Ungültigerklärung einer Volksinitiative führt.
 - Die Figur der grundrechtlichen Kerngehalte ist bekannt, etabliert und auch im Text der Verfassung bereits verankert.
 - Die Loslösung von der Diskussion um die Vereinbarkeit von Landes- mit Völkerrecht erhöht die Chance der Entideologisierung der Diskussion um die Erweiterung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision und betont den autonomen Charakter solcher Schranken. Die Idee der Selbstbindung kommt mit der Anknüpfung an eine landesrechtliche Rechtsfigur besonders deutlich zum Ausdruck. Materiell leistet der Vorschlag trotzdem einen Beitrag zur Vermeidung von Kollisionen zwischen dem Initiativrecht und besonders wichtigen völkerrechtlichen Bestimmungen. Dies weil der Inhalt der meisten grundrechtlichen Kerngehalte der BV auch in völkerrechtlichen Verträgen garantiert wird oder sich als Völkergewohnheitsrecht herausgebildet hat.³³ Positiv zu bewerten ist, dass sich der Bundesrat mit seinem Vorschlag klar vom Verständnis distanziert hat, wonach sämtliche völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz als übergeordnetes Recht dem Landesrecht, insbesondere auch der Bundesverfassung, vorgehen.
 - Der Vorschlag erschwert die Entstehung von Regelungen, welche elementare grundrechtliche Schutzpositionen nicht achten. Er verdeutlicht damit die Aufgabe jedes demokratischen Rechtsstaates, unmenschliche Regelungen zu verhindern. Mit der expliziten Verankerung im Verfassungstext nimmt der Vorschlag inhaltlich auch das Anliegen desjenigen Teils der Lehre auf, welcher aus der Unverfügbarkeit von Kerngehalten auch ohne explizite Verankerung im Verfassungstext eine autonome Schranke der Verfassungsrevision ableitet (vgl. Schefer 2006, 97; Kayser 2001, 250 f.).
 - Zwar ist der Schutzzumfang der Kerngehalte nicht vorbestimmt, sondern grundsätzlich offen. Auch Kerngehalte bedürfen der demokratischen Legitimierung. Eindringlich weist jedoch Schefer auf die geschichtliche Konstanz kerngehaltlicher Garantien und damit auf die «grosse Tiefe» des gesellschaftlichen Konsenses darüber hin. Kerngehalte sind «nicht Ausdruck einer momentanen, durch die aktuellen gesellschaftlichen und politischen Geschäfte hervorgerufenen Überzeugung, sondern [haben] sich gegen-

über vielfältigster Infragestellung und Kritik (...) [geschichtlich] bewährt.»³⁴ Kerngehalte müssen änderbar bleiben. Akteure bei dieser Weiterentwicklung sollen nicht nur Lehre und Rechtsprechung, sondern auch der Verfassungsgeber sein. Formell gesehen steht der Vorschlag des Bundesrates diesem Postulat nach Änderbarkeit zwar entgegen. Die neue Schranke muss jedoch als Erschwerung, nicht aber Verunmöglichung jeder Änderung begriffen werden. So verstanden hat die vorgeschlagene neue materielle Schranke der Verfassungsrevision die überaus wertvolle Funktion eines Übereilungsschutzes; es kommt ihr ein Warnzweck zu.

- Der Vorschlag des Bundesrates führt in Theorie und Praxis bloss zu einem geringfügigen Eingriff in das Initiativrecht. Es ist jedenfalls mit Blick auf die jüngere Vergangenheit kein Beispiel ersichtlich, in dem die neue Schranke dazu geführt hätte, dass eine zustande gekommene Initiative von der Bundesversammlung statt für gültig als ungültig hätte erklärt werden müssen. Allerdings wäre die sich gegenwärtig im Stadium der Unterschriftensammlung befindende eidgenössische Volksinitiative «Todesstrafe bei Mord mit sexuellem Missbrauch» (BBl 2010 5471) oder eine Volksinitiative, welche zur Überwindung des Kapitalismus die entschädigungslose Verstaatlichung sämtlicher Produktionsmittel fordern würde, wegen Verstosses gegen die Kerngehalte der heutigen Bundesverfassung für ungültig zu erklären. Selbstverständlich könnte die neue Schrankenbestimmung von Artikel 139 Absatz 3 BV vom Verfassungsgeber jederzeit auch wieder gestrichen oder geändert werden.
- b) Demgegenüber lassen sich auch Schwächen des Vorschlages anführen:
- Zuerst fragt es sich, ob eine solche Selbstbindung des Verfassungsgebers in Theorie und Praxis wirklich nötig ist. Schliesslich haben Volk und Stände ihre Zuständigkeit zur Verfassungsgebung bisher insgesamt in verantwortlicher Weise wahrgenommen (vgl. Leupold/Kuster 2011).
 - Selbstbindungen weisen strukturell folgende logische Schwäche auf: Solange man die Schranke hat, braucht man sie nicht. Hebt man sie auf, so bräuchte man sie.
 - Der konkrete Umfang zahlreicher Kerngehalte ist in der Praxis relativ unbestimmt. Der Bundesrat weist deshalb zu Recht darauf hin, dass die grundrechtlichen Kerngehalte «nicht in allen Teilen» einen «gefestigten Prüfungsstabsstab» bilden, was dessen Anwendung selbstredend erschwert (BBl 2011 3652). In den Augen von Biaggini tritt dazu, dass das Parlament für die Durchführung solch «subtile[r] Erwägungen alles andere als geeignet» sei (Biaggini 2010, 340).³⁵

- Nicht restlos geklärt ist, ob die vom Bundesrat vorgeschlagene Massnahme für die Erreichung des Ziels des Übereilungsschutzes nicht überschüssend ist. Gäbe es alternative Massnahmen oder Verfahren, welche die Zwecke der Warnung und des Schutzes vor Übereilung mit einem weniger einschneidenden Eingriff ins Initiativrecht erreichen könnten? Theoretisch sollte es dem Verfassungsgeber möglich bleiben, den Schutzzumfang eines grundrechtlichen Kerngehaltes punktuell zu verkleinern. Ansonsten besteht die zumindest abstrakte Gefahr der Versteinerung von Teilen der Verfassung. Ein solcher Vorgang führt zu einer Verminderung der demokratischen Legitimation der grundrechtlichen Kerngehalte, da die Änderbarkeit der Verfassung, respektive das Ausbleiben von Änderungsanträgen, ein wichtiger Bestandteil der Aufrechterhaltung und Erneuerung der demokratischen Legitimation der Verfassung bildet.
- c) Exkurs zur Selbstbindung: Den Kritikerinnen und Kritikern der Selbstbindung wird vorgeworfen, sie würden den Demokratiebegriff «verabsolutieren».³⁶ Unseres Erachtens lohnt sich eine Auseinandersetzung mit diesem Argument. Einerseits bilden Grundrechte einen unverzichtbaren Teil einer menschlichen Ordnung. Sie schützen grundlegende Rechtspositionen der Menschen, ihre Gewährleistung ermöglicht aber gleichzeitig auch erst die für jede Demokratie konstitutiven fairen und offenen politischen Prozesse. Andererseits müssen gerade auch Grundrechte von überwiegender Zustimmung getragen sein, auch sie bedürfen der demokratischen Legitimation. Die Definitionsmacht über die Verfassung muss letztlich bei den Bürgerinnen und Bürgern bleiben. Dies wird durch eine Vielzahl von Strukturen und Prozessen gesichert. Das Initiativrecht ist ein – allerdings besonders wichtiger und für das schweizerische politische System charakteristischer – Teil davon.

Nicht nur die Grundrechte, sondern auch die Änderbarkeit der Verfassung selber stellen damit einen unverzichtbaren Teil einer menschlichen Ordnung dar. Eine solche muss offen bleiben und darf nicht erstarren. Auch das Abstellen auf die Entscheidungsregel des Mehrheitsprinzips impliziert, dass Entscheide – auch über den Inhalt der Verfassung – in einer Demokratie jederzeit wieder rückgängig gemacht werden können. Diese Grundsätze stellen keineswegs eine «Verabsolutierung» des Demokratieprinzips dar. Vielmehr wird aus diesen Ausführungen deutlich, auf welcher fragiler Grundlage eine rechtsstaatliche Demokratie letztlich beruht. Ohne Willen der grossen Mehrheit zu einem friedlichen und menschengerechten Zusammenleben ist eine funktionierende Demokratie nicht möglich. So verstandene Demokratie beinhaltet paradoxerweise (?) mit anderen Worten immer sowohl eine radikale Offenheit als auch eine gewisse Selbstbindung, sei es als Teil der politischen Kultur oder

eines sogenannten Grundkonsenses (Müller 2009, 85 f.). Letztlich bleibt jede rechtsstaatliche Demokratie damit ein Wagnis – aus einer geschichtlichen Perspektive betrachtet sind jedoch sämtliche Alternativen dazu gescheitert.

4 Schlussfolgerungen

Im Titel wird die Frage gestellt, ob Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung gefährden. Diese Frage ist klar zu verneinen. Volksinitiativen bilden im Gegenteil ein Mittel, um auf lange Sicht eine gute, d.h. menschengerechte, offene, von Zustimmung getragene Ordnung der Verfassung zu sichern. Im schweizerischen politischen System bilden Volksinitiativen nichts Irreguläres, sondern ein normales Verfahren der Verfassungsgenese.

Allerdings wurden in den letzten Jahren entgegen dem Antrag von Bundesrat und Bundesversammlung einige Volksinitiativen angenommen, welche nicht in allen Teilen völkerrechtskonform sind. In seinem Zusatzbericht vom 30. März 2011 zum Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht schlägt der Bundesrat zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Verfassungsvorlagen mit dem Völkerrecht zwei Massnahmen vor. Einerseits soll das Vorprüfungsverfahren von Volksinitiativen vor der Unterschriftensammlung ausgebaut werden. Geprüft würde darin neu auch die Vereinbarkeit einer Initiative mit dem Völkerrecht und allenfalls mit den Kerngehalten der Bundesverfassung. Das Ergebnis des Vorprüfungsverfahrens ist nicht bindend und kann auch nicht angefochten werden. Andererseits sollen auch die materiellen Schranken der Verfassungsreform auf die grundrechtlichen Kerngehalte der Bundesverfassung erweitert werden. Neu würde die Bundesversammlung eine zustande gekommene Volksinitiative auch dann für ungültig erklären, wenn sie gegen grundrechtliche Kerngehalte der Bundesverfassung verstossen sollte.

Diese Vorschläge sind geeignet, um unbeabsichtigte Widersprüche einer Initiative mit dem Völkerrecht zu vermeiden, und bieten Gewähr dafür, dass grundrechtliche Kerngehalte nicht aufgrund einer übereilten Entscheidung, welche möglicherweise aufgrund aktueller Ereignisse oder gar Zufälligkeiten von übertriebenen Ängsten oder Emotionen geleitet ist, aufgehoben werden können.

Gleichzeitig wird durch die Wahl eines landesrechtlichen Referenzpunktes die Tatsache betont, dass es sich um eine autonome Schranke handelt, welche im normalen Verfahren der Verfassungsänderung auch wieder aufgehoben werden könnte. Es ist zu erwarten, dass sich die Hoffnung des Bundesrates, dass die Volksrechte mit diesen Vorschlägen in der Praxis gestärkt werden, erfüllen wird. Sie stellen deshalb einen zu begrüssenden Versuch dar, Eunomia, also die gute und wohlgefügte Ordnung, in der Schweiz zu stärken und zu erneuern. Gleichzeitig darf die Wirkung der Vorschläge auch nicht überschätzt werden. Letztlich kann

in einer Demokratie die Bereitschaft zum friedlichen menschlichen Zusammenleben nicht – etwa durch die Verankerung materieller Schranken der Verfassungsrevision – einfach rechtlich verordnet oder sonst wie definitiv gesichert werden. Eunomia bedarf des Willens und der Bereitschaft der grossen Mehrheit, die rechtsstaatlich demokratische Ordnung aufrechtzuerhalten.

*Michael Leupold, Dr. iur., Fürsprecher, Direktor des Bundesamts für Justiz,
E-Mail: michael.leupold@bj.admin.ch*

Michel Besson, Dr. iur., LL.M., Direktionsadjunkt im Bundesamt für Justiz, Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität Basel sowie Dozent für Bundesstaatsrecht bei Fernstudien Schweiz, E-Mail: michel.besson@bj.admin.ch

Anmerkungen

- 1 Vgl. z.B. die Vorworte der Herausgeber der ZSR 2007 I 429-434 und ZSR 2011 I 3–4.
- 2 Dabei handelt es sich nicht um eine neue Diskussion. Illustrativ etwa die Einleitung von Müller 1992, 385 f. zu den Gutachten Schindler 1992, Eichenberger 1992 und Kölz 1992. Zahlreiche weitere Belege finden sich im Beitrag von Schefer/Zimmermann 2011.
- 3 Siehe www.clubhelvetique.ch/pdf-dokumente/Auf-ruf_CH_09-2011.pdf (letztmals besucht am 4. September 2011).
- 4 Vgl. die Ip. 08.3631 der SVP-Fraktion, Stopp der Unterwanderung der direkten Demokratie.
- 5 So der Titel des Beitrags der NZZ vom 1. April 2011, S. 11, in welchem die Vorschläge des Bundesrates für den Ausbau des Vorprüfungsverfahrens und die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe geschildert wurden.
- 6 Ausführlich dazu Gudopp-von Behm (2009, 338).
- 7 Einige Autoren gehen weiter und orten in Solons Eunomia gar den Ursprung der attischen und damit den ersten Vorläufer der heutigen Demokratie. Solon habe mit seiner Idee eines rechtlich verfassten Bürgerstaates das Fundament der demokratischen Staatsform gelegt. Vgl. Tsigarida (2006, 137 ff.). Die Bürgerschaft war allerdings in verschiedenen Klassen verfasst. Für eine differenzierte Stellungnahme vgl. etwa Raaflaub (2006 421 ff.) oder Gudopp-von Behm (2009, 129 ff.).
- 8 Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Kley (2011a, 3 ff.).
- 9 Weiterführend zu den begrifflichen Unterscheidungen und den Organen der Verfassungsgebung, vgl. Haller/Kölz/Gächter (2008, 105 ff.).
- 10 An diesem Diskurs sind neben der demokratischen Öffentlichkeit auch weitere Institutionen beteiligt. Besonders deutlich wird dies beim verfassungsfortbildenden Prozess der Verfassungsinterpretation, an dem zuvorderst die Organe des Staates, potenziell aber sämtliche Institutionen und Bürger beteiligt sind (vgl. für einen aktuellen Beleg Kley 2011a, 21 f.) mit weiteren Hinweisen. Zu den methodischen Regeln der Verfassungsauslegung siehe Tschannen (2011, 51 ff.).
- 11 Vgl. die differenzierte Untersuchung von Schmidt (2010, 472 ff.).
- 12 Für ein aktuelles Beispiel solcher Kritik vgl. Schott (2011).
- 13 BGE 25 I 64 E5 S. 77 (Proportionalvertretung BS).
- 14 Vgl. die am 22. Juni 2011 verabschiedete Botschaft des Bundesrates, BBl 2011 5977.
- 15 Für eine illustrative Übersicht über die Einwirkungen der Volksinitiativen auf das politische System der Schweiz siehe Reich (2008a, 986 ff.) oder Linder (2009).
- 16 Pointiert Kley (2011b, 461): «Das in bester Absicht und idealistischem Denken entwickelte philosophische Staatsrecht verlässt die Regelungsgegenstände des freiheitlichen Staates und bildet die Grundlage eines säkularen Bürgerkatechismus, dessen Eckpfeiler Begriffe wie ‚Menschenwürde‘, ‚die‘ Menschenrechte, ‚Gerechtigkeit‘ oder ‚Nachhaltigkeit‘ darstellen.» (Hervorhebung durch die Verfasser).
- 17 Illustrativ dazu Kley (2005, 105 ff.).
- 18 Vgl. etwa BBl 1997 433 und für die Lehre statt vieler Rhinow/Schefer (2009, 419 ff.) oder Biaggini (2010, 329 f.).
- 19 Für eine stets aktualisierte Übersicht vgl. http://www.admin.ch/ch/d//pore/vi/vis_2_2_5_6.html (zuletzt besucht am 30. August 2011).
- 20 Vgl. statt vieler Grisel (2004, 261 ff.), Odermatt (1996), oder Steinmann (2008, Rz. 9 ff.) und für Beispiele aus der Rechtsprechung BGE 130 I 185 (IN 120); BGE 130 I 134 (12 autofreie Sonntage); BGE 129 I 392 (SchweizerInnen zuerst) oder Urteil 1C_103/2010 vom 26. August 2010 (Eine nachhaltige Steuerstrategie).

- 21 Einlässlich dazu der Beitrag von Schefer/Zimmermann (2011) mit zahlreichen Hinweisen.
- 22 Für die vertiefte Auseinandersetzungen mit einzelnen Initiativen vgl. Reich (2008b), Biaggini (2010) oder Hangartner (2011). Für eine auch nicht von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen umfassende Zusammenstellung vgl. Mader (2009, 96 f.).
- 23 Eine solche vorgängige Überprüfung von Volksinitiativen durch die Verwaltung (Kommission) sieht auch die Ausführungsgesetzgebung der EU zur mit Art. 11 § 4 EUV neu eingeführten Bürgerinitiative vor. Die entsprechenden Ausführungsbestimmungen sollen am 1. Januar 2012 in Kraft treten. Vgl. Bieber (2011, 111 f.).
- 24 Der sog. «more speech-Ansatz» bedeutet, dass im Bereich politischer Meinungsäusserungen Sprechverbote zur Verbesserung von Diskursen grundsätzlich problematisch sind. Anstatt einer repressiven Massnahme ist zusätzliche Kommunikation grundsätzlich besser geeignet, Fairness und Transparenz öffentlicher Meinungsbildungsprozesse zu sichern. Diese Regel aus dem amerikanischen Verfassungsrecht stützt sich auf die «concurring opinion» von Richter Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 377 (1927): «(T)he remedy to be applied is more speech, not enforced silence.» Im konkreten Fall ist der staatliche Eingriff in das grundrechtlich geschützte Initiativrecht durch die Publikation des Prüfungsergebnisses kleiner, als wenn die Initiative bereits in einem frühen Stadium für ungültig erklärt werden würde.
- 25 Vgl. Biaggini 2010, S. 340. Der Bundesrat prüfte in seinem Bericht neben der Ausweitung des Begriffes der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts die Erweiterungen der Ungültigkeitsgründe auf folgende Normkategorien: Erstens die Verletzung von Bestimmungen des Völkerrechts, die für die Schweiz von «vitaler Bedeutung» sind, zweitens die Verletzung internationaler Menschenrechtsgarantien, insbesondere der EMRK, und drittens auf eine Liste der bedeutenden völkerrechtlichen Bestimmungen oder Verträge, z.B. EMRK, UNO-Pakt II oder das WTO-Abkommen. Siehe BBl 2010 2330 ff. mit zahlreichen Hinweisen.
- 26 Grundlegende Ansätze finden sich bei Benoît (2010).
- 27 Vgl. Seiler (2010, 463) und für rechtsvergleichende Hinweise Hertig Randall (2010, 356 f.).
- 28 BBl 2010 2315. Vgl. weiter BBl 2011 3625 ff. und für die Lehre etwa Hangartner (2008, Rz. 28 ff.) und Tschannen (2011, 545 ff.).
- 29 So schon die Botschaft des Bundesrates zur sog. Rheinau-Initiative, BBl 1954 I 740: «Mit einer Verfassungsinitiative kann (...) eine Verfassungsänderung auch dann verlangt werden, wenn sich aus ihr Eingriffe in staatsvertragliche Verpflichtungen der Schweiz ergeben.» Vgl. auch Auer (2009, 40).
- 30 Entsprechend geändert wurden auch Art. 193 Abs. 4 BV (neu: «Die zwingenden Bestimmungen des Völ-

kerrechts und der Kerngehalt der Grundrechte der Bundesverfassung dürfen nicht verletzt werden.») und Art. 194 Abs. 2 BV (neu: «Die Teilrevision muss die Einheit der Materie wahren und darf die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts und den Kerngehalt der Grundrechte der Bundesverfassung nicht verletzen.»).

- 31 Weiterführend Schefer (2006, 93 ff.).
- 32 Vgl. BBl 2011 3643 f. Für eine besonders transparente textliche Fixierung siehe die KV-BE, ausgehend von deren Art. 28 Abs. 4.
- 33 BBl 2011 3651 mit illustrativen Hinweisen auf die vielfachen Bezugspunkte und Überschneidungen zwischen völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien und deren notstandsfesten Gehalten, dem zwingenden Völkerrecht (resp. dem *Ius cogens*) und den grundrechtlichen Kerngehalten der BV.
- 34 Siehe mit Blick auf die Menschenwürde Schefer (2001, 140). Meist verkennen die Kritiker der Regelung von Art. 36 Abs. 4 BV diesen Aspekt. Vgl. für ein aktuelles Beispiel Niggli/Riedo (2011) mit weiteren Hinweisen.
- 35 Schefer/Zimmermann (2011) fordern deshalb die Übertragung der Zuständigkeit für die Prüfung der Gültigkeit eidgenössischer Volksinitiativen an ein institutionell gestärktes Bundesgericht.
- 36 Für Auer (2009, 39) werden vom ihm als populistisch qualifizierte Initiativen von einer Konzeption getragen, welche «die direkte Demokratie zum obersten schweizerischen Staatsprinzip erklärt».

Literatur

- Auer, Andreas, 2008, Statt Abbau der Volksrechte – Ausbau des Rechtsstaates, *Neue Zürcher Zeitung* (NZZ) vom 10. September 2008, S. 15.
- Auer, Andreas, 2009, Direkte Demokratie und Rechtsstaat, in: Biaggini, Giovanni u.a. (Hrsg.), *Demokratie, Regierungsform, Verfassungsbildung*, FS René Rhinow, Basel, S. 31–42.
- Auer, Andreas/Tornay, Bénédicte, 2007, Aux limites de la souveraineté du constituant, *AJP* 2007, 740–747.
- Baumann, Robert, 2007, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, *ZBl* 2007, S. 181–210.
- Baumann, Robert, 2010, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, *ZBl* 2010, 241–274.
- Benoît, Anne, 2009, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?, *ZSR* 2009 I, S. 453–472.
- Besson, Michel, 2003, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Bern.
- Biaggini, Giovanni, 2010, Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», *ZÖR* 2010, S. 325–343.
- Bieber, Roland, 2011, Demokratisierung der Europäischen Union, *SZIER* 2011, S. 99–113.
- Eichenberger, Kurt, 1992, Rechtsgutachten über Fragen der Zulässigkeit von Volksinitiativen im Bund, *ZBl* 1992, S. 405–419.

- Grisel, Etienne, 2004, Initiative et référendum populaires, 3. Aufl. Bern.
- Gudopp-von Behm, Wolf-Dieter, 2009, Solon von Athen und die Entdeckung des Rechts, Würzburg.
- Haller, Walter/Kölz, Alfred/Gächter, Thomas, 2008, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl. Basel.
- Hangartner, Yvo, 2008, Art. 139 Abs. 2 BV (neu), in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen.
- Hangartner, Yvo, 2011, Unklarheiten bei Volksinitiativen – Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative), *AJP* 2011, S. 471–478.
- Hangartner, Yvo/Kley Andreas, 2000, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich.
- Hertig Randall, Maya, 2010, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, *ZSR* 2010 II, S. 221–380.
- Kayser, Martin, 2001, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Zürich.
- Keller, Helen/Lanter, Markus/Fischer, Andreas, 2008, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, *ZBl* 2008, S. 121–154.
- Kiener, Regina/Krüsi, Melanie, 2009, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, *ZBl* 2009, S. 237–257.
- Kley, Andreas, 2005, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: Bovay/Nguyen (Hrsg.), FS Pierre Moor, Bern, S. 95–114.
- Kley, Andreas, 2011a, Die öffentlichen Stellungnahmen der schweizerischen Staats- und Verwaltungsrechtslehrer, *ZBl* 2011, S. 2–36.
- Kley, Andreas, 2011b, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, Zürich.
- Kölz, Alfred, 1992, Rechtsgutachten über die Gültigkeit der Volksinitiative «40 Waffenplätze sind genug – Umweltschutz auch beim Militär», *ZBl* 1992, S. 420–430.
- Leupold, Michael/Kuster, Susanne, 2011, Verantwortungsvolle Rechtsetzung, *Anwaltsrevue* 2011, S. 306–312.
- Linder, Wolf, 2009, Zur Funktion der Volksrechte im schweizerischen Politiksystem, in: Biaggini, Giovanni u.a. (Hrsg.), Demokratie, Regierungsform, Verfassungsfortbildung, FS René Rhinow, Basel, S. 43–52.
- Linder, Wolf, 2010, Vom Zustand der Republik, *ZBJV* 2010, S. 767–783.
- Mader, Luzius, 2009, Religionsfreiheit, Völkerecht und Volksinitiativen: aktuelle Problemfelder, in: Epiney, Astrid/Pahud de Mortanges, René/Beydoun, Khalil (Hrsg.), Religionen und Migration im Europarecht und Implikationen für die Schweiz, Zürich, S. 93–109.
- Marquis, Julien, 2010, La validité matérielle des initiatives populaires en droit fédéral, *jusletter* 19. Juli 2010.
- Moor, Pierre, 2008, Réflexions autour du concept de constitution, *ZSR* 2008 I, S. 207–227.
- Müller, Georg, 1992, Zulässigkeit von Volksinitiativen – Schranken der Verfassungsrevision, *ZBl* 1992, S. 385–387.
- Müller, Jörg Paul, 2009, Die demokratische Verfassung, 2. Aufl. Zürich.
- Niggli, Marcel Alexander/Riedo, Christof, 2011, Unanastastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, *AJP* 2011, S. 762–770.
- Odermatt, Luzian, 1996, Ungültigkeit von Volksinitiativen, *AJP* 1996, S. 710–724.
- Raaflaub, Kurt, 2006, Athenian and Spartan eunomia, or: what to do with Solon's timocracy?, in: Josine Blok/André Lardinois (Hrsg.), Solon of Athens, Leiden, S. 390–428.
- Reich, Johannes, 2008a, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, *ZaöRV* 2008, S. 979–1025.
- Reich, Johannes, 2008b, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? : zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, *ZSR* 2008 I, S. 499–520.
- Schefer, Markus, 2001, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern.
- Schefer, Markus, 2006, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern.
- Schefer, Markus/Zimmermann, Alexandra, 2011, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, in diesem Heft, S. 347–367.
- Schindler, Dietrich, 1992, Rechtsgutachten über die Volksinitiative «40 Waffenplätze sind genug – Umweltschutz auch beim Militär», *ZBl* 1992, S. 388–404.
- Schmidt, Manfred, 2010, Demokratietheorien, 5. Aufl. Opladen.
- Schott, Markus, 2011, «Bürokratie-Stopp!» – Bemerkungen zur eidgenössischen Volksinitiative aus staats- und verfassungsrechtlicher Perspektive, *ZBl* 2011, S. 229–245.
- Seiler, Hansjörg, 2010, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Verfassungsrecht, Richterrecht und Politik, *ZSR* 2010 II, S. 381–546.
- Steinmann, Gerold, 2008, Art. 34 BV, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen.
- Tschannen, Pierre, 2011, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. Bern.
- Tsigarida, Isabella, 2006, Solon – Begründer der Demokratie?, Bern.
- Zimmermann, Tristan, 2007, Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, *AJP* 2007, S. 748–760.

Résumé

Ces dernières années, le peuple et les cantons ont adopté plusieurs initiatives populaires dont la compatibilité avec les obligations de la Suisse relevant du droit international public est controversée. On citera quelques exemples: l'initiative des Alpes, celle sur l'internement, celle contre les minarets ou encore l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels. Ces cas ont relancé la discussion sur les limites du droit d'initiative. Le Conseil fédéral propose, d'une part, de développer la procédure d'examen préalable et, d'autre part, d'étendre les limites matérielles de la révision de la constitution à l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale. Ses propositions ne sont pas motivées par le souci que les initiatives populaires représentent un danger pour l'ordre constitutionnel. Il s'agit premièrement d'informer les citoyens et citoyennes sur la compatibilité d'une initiative avec le droit international public avant le début de la collecte des signatures. Deuxièmement, il convient d'éviter que le peuple et les cantons ne votent à la légère des décisions qui portent atteinte à l'essence des droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale.