

# Initiativrecht unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit

## Überlegungen zu den Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen

*Astrid Epiney*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney, Initiativrecht unter Wahrung der Rechtsstaatlichkeit. Überlegungen zu den Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen, in: Georg Kreis (Hrsg.), Reformbedürftige Volksinitiative. Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente, Zürich 2016, S. 93-112. Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

### I. Einleitung

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit stehen einerseits in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander, während sie sich andererseits aber auch wechselseitig bedingen.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund ist denn auch die Bezeichnung des modernen Verfassungsstaates als „demokratischer Rechtsstaat“<sup>2</sup> zu sehen, ein Ausdruck, der als solcher in der Bundesverfassung zwar nicht verwendet wird, was aber nichts daran ändert, dass sowohl demokratische als auch rechtsstaatliche Elemente „Strukturprinzipien“ der schweizerischen Verfassungsordnung darstellen.<sup>3</sup> Diese „wechselseitige Abhängigkeit“ impliziert auch, dass die demokratischen Grundsätze und die rechtsstaatlichen Prinzipien – zu denen in erster Linie die Wahrung der Grundrechte und der Verhältnismässigkeit sowie die Prinzipien des Vorrangs und Vorbehalts des Rechts (letzteres übrigens unter Einschluss des Völkerrechts) gehören (vgl. insoweit auch Art. 5 BV)<sup>4</sup> – aufeinander abzustimmen bzw. zu einem Ausgleich zu bringen sind, dies in einer Weise, dass jedem der beiden Grundsätze ein hinreichendes Gewicht zukommt. Dabei ist die genaue Artikulation dieser Abstimmung durchaus einem gewissen Wandel unterworfen und im Übrigen von zahlreichen Faktoren abhängig, so dass es wenig überrascht, dass die konkreten Spielarten des demokratischen Rechtsstaats in den verschiedenen Staaten höchst unterschiedlich ausfallen.

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu z.B. *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.); *Raffaella Kunz*, Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“?, *ZaöRV* 2014, 329 (351 f.); *René Rhinow*, Hat die Mehrheit immer Recht?, *NZZ* v. 13.5.2015, 21.

<sup>2</sup> Vgl. die rechtsvergleichenden Hinweise bei *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 5, Rn. 4 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Epiney*, BV-Kommentar (Fn. 2), Art. 5, Rn. 118 f.

<sup>4</sup> Zu Begriff und Entwicklung des Rechtsstaatsprinzips, m.w.N., *Epiney*, BV-Kommentar (Fn. 2), Art. 5, Rn. 15 ff.

Soweit die schweizerische Verfassungsordnung betroffen ist, führen insbesondere die weitgehenden direktdemokratischen Rechte – und hier insbesondere das Initiativrecht (Art. 139 BV) – sowie die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesbesetze zu einem im Vergleich zu anderen Staaten eher grossen Gewicht demokratischer Rechte im Vergleich zum Rechtsstaatsprinzip, wobei das damit einhergehende spezifische verfassungsrechtliche Selbstverständnis in der Schweiz letztlich historische Gründe hat.<sup>5</sup> Während das System im Ergebnis während sehr langer Zeit insgesamt gut funktionierte, kam es in den letzten Jahren vermehrt zu Problemen, da durch Volk und Stände angenommene Volksinitiativen grundlegende Prinzipien des Rechtsstaats – wie das Verhältnismässigkeitsprinzip – missachteten, grundrechtliche Garantien im Übermass einschränkten oder im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verträgen standen.<sup>6</sup> Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, auf der Grundlage einer Skizzierung und auch kurzen Bewertung des *status quo* (II.) nach möglichen Ansätzen für eine Reform zu fragen (III.), bevor ein kurzes Fazit gezogen wird (IV.).<sup>7</sup>

## II. Zum *status quo*

Auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts ist das Initiativrecht (Art. 139 BV) in materieller Hinsicht kaum Schranken unterworfen; hinzu kommt, dass die Frage nach der Einhaltung der (wenigen) materiellen Schranken (Einheit der Materie und Beachtung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts) durch die Bundesversammlung – also ein primär politisches Organ – geprüft wird, wobei es allerdings durchaus (trotz des eingeräumten Gestaltungsspielraums)<sup>8</sup> um Rechtsfragen, nämlich um die Auslegung und Anwendung der Vorgaben des Art. 139 BV, geht. Diese im internationalen Vergleich – soweit ersichtlich einzigartige – Möglichkeit des Volkes (bzw. „initiativfähiger Gruppen“), den Erlass verfassungsrechtlicher Bestimmungen zu initiieren, ist vor dem Hintergrund gewisser (verfassungs-) geschichtlicher Entwicklungen und insbesondere des spezifischen Verständnisses bzw. Ansatzes der Austarierung des demokratischen und des rechtsstaatlichen Elements in der schweizerischen Verfassungsordnung zu sehen.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Vgl. nur Kunz, ZaöRV 2014 (Fn. 1), 329 (351).

<sup>6</sup> Vgl. für einen Überblick über insofern „problematische“ Initiativen und die Praxis der Bundesbehörden in den letzten Jahren Stéphane Grodecki, La démocratie directe en Suisse au XXI<sup>e</sup> siècle – une évolution nécessaire?, ZSR 2013 II 95 (112 ff.).

<sup>7</sup> Dabei wird – insbesondere soweit das geltende Verfassungsrecht sowie allgemeine Grundsätze betroffen sind – im Folgenden weitgehend auf Literaturnachweise verzichtet. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die einschlägigen und hinreichend bekannten Kommentare und Lehrbücher.

<sup>8</sup> Die Praxis der Bundesversammlung zur Ungültigerklärung von Initiativen mag im Einzelfall mit guten Gründen kritisiert werden; grundsätzlich aber dürfte sie sich im Rahmen des von der Verfassung diesbezüglich eingeräumten Gestaltungsspielraums bewegen.

<sup>9</sup> Vgl. schon den Hinweis oben I. sowie Kunz, ZaöRV 2014 (Fn. 1), 329 (351).

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang denn auch, dass das geltende „System“ des Initiativrechts letztlich – entgegen einem ersten Eindruck – durchaus auf gewissen *checks and balances* beruht, wenn man seine Einbettung bzw. Wechselwirkungen mit sonstigen verfassungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt. Von Bedeutung sind hier in erster Linie zwei Aspekte:

- Zunächst sind Bundesgesetze und Völkerrecht gemäss Art. 190 BV „massgebend“. Dies bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht und wohl auch der Ansicht des Bundesgerichts,<sup>10</sup> dass nicht nur Bundesgesetze, sondern auch für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Verträge auch dann anzuwenden sind, wenn sie in Konflikt mit der Bundesverfassung stehen (könnten). Dies gilt – entgegen einer gelegentlich geäusserten Ansicht<sup>11</sup> – auch für (im Verhältnis zum völkerrechtlichen Vertrag) später in Kraft getretene Verfassungsbestimmungen, so dass die *lex posterior* hier grundsätzlich nicht gilt.
- Weiter verlangt auch eine Initiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs in zahlreichen Konstellationen eine Ausführungsgesetzgebung durch die Bundesversammlung. Dieser kann – wegen Art. 190 BV – nicht aufgrund eines Verstosses gegen die Verfassung die Anwendung versagt werden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass gegen die Ausführungsgesetzgebung – soweit sie in der Form eines referendumpflichtigen Rechtsakts erfolgt, was häufig der Fall ist – das fakultative Referendum ergriffen werden kann.

Ganz allgemein geht damit das geltende System letztlich davon aus, dass über das Instrument der Volksinitiative zwar (fast) alle möglichen Bestimmungen in die Verfassung eingefügt werden können; gleichzeitig aber sind Bundesgesetze und Völkerrecht jedenfalls anzuwenden, und im Übrigen obliegt es damit in zahlreichen Konstellationen letztlich dem Parlament, die Verfassung letztverbindlich auszulegen. Im Ergebnis wird damit die durch Art. 139 BV vordergründig bestehende „Allmacht“ des Volkes limitiert. Nichtsdestotrotz setzt das skizzierte System sehr stark auf eine Art „politische Gewaltenteilung“; dem Bundesgericht kommt zwar auch eine wichtige Rolle zu, die jedoch im internationalen Vergleich viel weniger ausgeprägt

---

<sup>10</sup> BGE 139 I 16. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter v. 18.3.2013; *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK. Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV), ZBl. 2013, 316 ff.; *Christophe Herzig*, Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Jusletter v. 8.4.2013; *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 (260 ff.), der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; ebenso *Bundesrat*, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BB1 2011 3613 (3658); a.A. (und damit wie hier) etwa *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 (70 ff.); zum Problemkreis auch, m.w.N., *Epiney*, BV-Kommentar (Fn. 2), Art. 5, Rn. 98 f.

ist. Daran anschliessend ist es durchaus systemimmanent, dass es gewisse Verfassungsbestimmungen gibt bzw. geben kann, die nicht umgesetzt werden oder im Gefolge der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen und Völkerrecht keine oder nur eine zu vernachlässigende Rechtswirkung entfalten. Hauptsächliche Gründe hierfür sind einerseits die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht, andererseits die fehlende Möglichkeit, den Gesetzgeber zu „zwingen“, einen Verfassungsauftrag zu erfüllen. Hierfür gab bzw. gibt es durchaus einige Beispiele.<sup>12</sup> Allerdings impliziert ein solches „Auseinanderklaffen“ der verfassungsrechtlichen Vorgaben und der (gesetzlichen) Umsetzung bzw. der Rechtswirklichkeit gewisse Friktionen.

Deutlich wird damit auch, dass das skizzierte System nur dann in zufriedenstellender Weise funktionieren kann, wenn solche Friktionen grundsätzlich die Ausnahme darstellen, was wiederum impliziert, dass bei der Lancierung von Volksinitiativen eine gewisse „Selbstbeschränkung“ erfolgt, wobei in erster Linie auf folgende Aspekte hingewiesen sei:

- Falls sich nicht anwendbare oder nicht angewandte Verfassungsbestimmungen häufen, leidet die Legitimation der Verfassung, und es besteht die Gefahr, dass die Abstimmung von Volk und Ständen (teilweise) zu einer unverbindlichen Willensbekundung verkommt, womit letztlich die Funktionsfähigkeit des rechtlichen und politischen Systems beeinträchtigt werden kann.
- Da über Volksinitiativen auch zentrale grundrechtliche Gewährleistungen und grundlegende Prinzipien des Rechtsstaates in Frage gestellt bzw. durchbrochen werden können, sollte im Hinblick auf die Kohärenz der Verfassung darauf geachtet werden, dass sich neue Verfassungsbestimmungen (auch solche, die im Zuge einer Volksinitiative eingeführt werden) in das Gesamtsystem einfügen, entstehen doch ansonsten mehr oder weniger schwierig zu bewältigende Spannungsfelder, dies möglicherweise mit der Folge, dass grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien in Frage oder zur Disposition gestellt werden. Dies bedingt eine entsprechende Verantwortung (und Zurückhaltung) derjenigen Gruppierungen, die imstande sind, Volksinitiativen zu lancieren.
- Hinzu kommt, dass es für die Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft wenig hilfreich erscheint, dass über Volksinitiativen regelmässig völkerrechtliche Verpflichtungen – die wohlgemerkt freiwillig und nach Durchlaufen der vorgesehenen (direkt-) demokratischen Beteiligungsrechte zustande gekommen sind – in Frage gestellt werden, ganz abgesehen davon, dass hier in der Regel auch ein gewisses Konfliktpotential mit rechtsstaatlichen Grundsätzen zu gewärtigen ist.

Vieles spricht dafür, dass aufgrund der Entwicklung in den letzten rund 15 Jahren die skizzierten Voraussetzungen für ein zufriedenstellendes Funktionieren des Initiativrechts im Gesamtsystem der Verfassung zumindest nicht mehr zweifelsfrei gegeben sind, dies in erster

---

<sup>12</sup> S. in diesem Sinn zutreffend und pointiert *Künzli*, ZSR 2009 I (Fn. 11), 47 (73), der von einer Tradition „toter Verfassungsbestimmungen“ spricht.

Linie aufgrund der erfolgreichen Lancierung einer Reihe von Volksinitiativen, die grundlegende Aspekte des Rechtsstaats oder / und bedeutende völkerrechtliche Verträge der Schweiz in Frage stellen bzw. gegen diese verstossen.<sup>13</sup>

Zwar kann Friktionen und Spannungsfeldern in zahlreichen Fällen durch eine dem Grundsatz der praktischen Konkordanz verpflichtete Auslegung der Verfassung Rechnung getragen werden, wie das Bundesgericht denn auch in ständiger Rechtsprechung betont. Insofern gibt es bereits heute – auf der Grundlage der allgemein anerkannten rechtlichen Auslegungsmethoden – einen „Grundsatz der harmonisierenden Auslegung der Bundesverfassung“, wonach eine Verfassungsbestimmung niemals isoliert allein aufgrund ihres Wortlauts und auch nicht in massgeblicher Anlehnung an den Willen der Initianten, sondern auch und gerade im Gesamtzusammenhang der Verfassung (die auch die Beachtung des Völkerrechts vorsieht und die rechtsstaatlichen Grundsätze auch allgemein betont, Art. 5, 36 BV) auszulegen ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Falle eines (möglichen) Widerspruchs zwischen einer (neuen) Verfassungsbestimmung (gehe diese auf eine Volksinitiative zurück oder nicht) grundsätzlich davon auszugehen ist, dass diese nicht impliziert, dass der entsprechende völkerrechtliche Vertrag zu kündigen ist, es sei denn, dies sei ausdrücklich in der neuen Verfassungsbestimmung vorgesehen; denn es kann prinzipiell nicht angenommen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme einer Initiative, die gegen bestimmte Vorgaben eines völkerrechtlichen Vertrages verstösst, auch die Kündigung eines gesamten Vertragswerks einleiten wollten. Dies gilt insbesondere bei eher umfassenden und komplexen Vertragswerken mit universeller oder regional umfassender Geltung.<sup>14</sup>

Allerdings stösst das geltende Verfassungsrecht durchaus an Grenzen, dies insbesondere bei sehr klar formulierten Initiativen, die möglicherweise selbst ihren „relativen“ Vorrang gegenüber potentiell entgegenlaufenden anderen Verfassungsbestimmungen festschreiben oder/und diese (auch) modifizieren: Hier vermag auch die Auslegungsmethode der praktischen Konkordanz nur bedingt zu befriedigenden Lösungen führen, und auch das Spannungsfeld mit völkerrechtlichen Verträgen bleibt bestehen, so dass derartige Initiativen – soweit sie angenommen werden und grundlegende rechtsstaatliche Grundsätze in Frage stellen und/oder gegen bedeutende völkerrechtliche Verträge verstossen – unweigerlich die skizzierten Friktionen und Spannungsfelder nach sich ziehen.

Zwar könnte in Erwägung gezogen werden, einigen der skizzierten Probleme durch eine (erweiterte bzw. „innovative“) Auslegung der Ungültigkeitsgründe des Art. 139 Abs. 3 BV Rechnung zu tragen, insbesondere indem der Begriff des zwingenden Völkerrechts weit bzw.

---

<sup>13</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang zu in dieser Beziehung „problematischen“ Initiativen Fn. 6.

<sup>14</sup> Ähnlich *Künzli*, ZSR 2009 I (Fn. 11), 47 (67 ff.); *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011, 343 (354 f.); *Nina Blum/Vera Naegeli/Anne Peters*, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl. 2013, 527 (556 f.). In diese Richtung auch *Regine Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, 237 (249 f.).

weiter als bislang ausgelegt wird oder indem die ungeschriebene Schranke der Undurchführbarkeit von Initiativen weit gefasst wird. So könnte man den Begriff des *ius cogens* landesrechtlich fassen, womit ggf. auch für die Schweiz „besonders wichtige“ Verträge erfasst würden, oder man könnte den völkerrechtlichen Begriff des *ius cogens* extensiv auslegen, etwa indem auch allgemein das Verhältnismässigkeitsprinzip (wobei hier darauf hinzuweisen ist, dass gewisse Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips unter die notstandsfesten Garantien der EMRK fallen dürften und insofern – wohl auch nach Ansicht des Bundesrates – jedenfalls zum *ius cogens* nach Art. 139 Abs. 3 BV gehören)<sup>15</sup> darunter subsumiert wird. Gegen den ersten Ansatz sprechen gewichtige Bedenken, zumal er zu kaum lösbaren Anwendungsproblemen führte, und der zweitgenannte Ansatz mag im Einzelfall gut vertretbar sein, wobei er jedoch die grundlegenden Probleme nicht zu lösen vermöchte; ähnliche Erwägungen können in Bezug auf die erweiterte Auslegung des Ungültigkeitsgrundes der Undurchführbarkeit angestellt werden. Damit bleibt es bei der Feststellung, dass im Falle einer gehäuften Lancierung von Initiativen, die gegen grundlegende rechtsstaatliche Garantien verstossen bzw. mit diesen in einem Spannungsverhältnis stehen und/oder bedeutende völkerrechtliche Verträge in Frage stellen, ein bedeutendes Konfliktpotential mit rechtsstaatlichen Garantien zu gewärtigen ist, so dass das nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls notwendige „Gleichgewicht“ zwischen rechtsstaatlichen Anliegen und Demokratie (das durchaus unterschiedlich ausgestaltet sein kann) in Frage gestellt sein könnte. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit bedingen sich nämlich gegenseitig,<sup>16</sup> und es ist fraglich ob dieses Gleichgewicht angesichts der jüngeren Entwicklungen noch als gesichert gelten kann.

Vor diesem Hintergrund ist m.E. danach zu fragen, ob das geltende System in Art. 139 BV nicht revidiert werden sollte, wobei nach dem Gesagten eine Verfassungsrevision in Betracht gezogen werden könnte, stösst doch die „innovative“ Auslegung des Art. 139 Abs. 3 BV – wie erwähnt – unweigerlich an Grenzen, will man den skizzierten Herausforderungen Rechnung tragen.

### III. Mögliche Ansätze für eine Reform

Ausgangspunkt jeglicher Reformüberlegungen sollte notwendigerweise die unter II. erfolgte Analyse des *status quo* und damit das Anliegen der Gewährleistung eines angemessenen bzw. vertretbaren „Gleichgewichts“ zwischen demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen sein. Nach der hier vertretenen Ansicht können vor diesem Hintergrund die Zielsetzungen einer möglichen Reform daher wie folgt zusammengefasst werden:

---

<sup>15</sup> Vgl. hierzu instruktiv Jörg Künzli/Walter Kälin, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? Gedanken zu Art. 139 Abs. 3 BV, Jusletter v. 23.6.2014.

<sup>16</sup> Vgl. oben I. und die Nachweise in Fn. 1.

- Erstens sollten unanwendbare oder unangewandte Verfassungsbestimmungen zumindest weitgehend vermieden werden können. Dieses Problem dürfte sich heute aus rechtlicher Sicht insbesondere im Zusammenhang mit Verfassungsartikeln, die im Widerspruch zur EMRK stehen (könnten), stellen. Aber auch zumindest gewisse Relativierungen des Verhältnismässigkeitsprinzips können in dieser Beziehung problematisch sein. Aus politischer Sicht kann es hier um gewisse vertragliche Beziehungen mit dem Ausland gehen, die *de facto* nicht in Frage gestellt werden können.
- Zweitens sollte die effektive Beachtung grund- und menschenrechtlicher Gewährleistungen sowie grundlegender Prinzipien des Rechtsstaats sichergestellt werden.
- Drittens schliesslich wäre in geeigneter Weise dem Anliegen Rechnung zu tragen, dass nicht über häufig als solche „isolierte“ Volksinitiativen (bedeutende) völkerrechtliche Pflichten der Schweiz „nebenbei“ zur Disposition gestellt werden und das Initiativrecht letztlich dazu führen kann, dass vertraglich eingegangene Verpflichtungen jederzeit und lediglich im Zuge der „Momentaufnahme“ der jeweiligen Mehrheitsentscheidung wieder in Frage gestellt werden können, geht hiermit doch nicht nur eine Relativierung der vertraglichen Bindungen, sondern auch des Rechtsstaatsprinzips einher.

Um diesen Anliegen Rechnung zu tragen (wovon im Folgenden aus den unter II. aufgeführten Gründen ausgegangen werden soll), kommen grundsätzlich – wie auch die bisherige Diskussion zeigt<sup>17</sup> – vier „Kategorien“ von Vorgehensweisen bzw. Ansatzpunkten in Betracht, die im Folgenden kurz skizziert und bewertet werden sollen:

- Erstens könnte in Erwägung gezogen werden, auf die eine oder andere Weise die materiellen Schranken der Volksinitiativen zu ergänzen bzw. zu erweitern (1.).
- Zweitens könnte der *status quo* grundsätzlich beibehalten, jedoch die prozedurale Ausgestaltung angepasst werden (2.).

<sup>17</sup> Vgl. die Überlegungen zu einer Reform des Initiativrechts z.B. bei *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., 2011, § 44, Rn. 27 f.; s.a. die Hinweise bei *Giovanni Biaggini*, BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2007, Art. 139, Rn. 17; *Yvo Hangartner/Bernhard Ehrenzeller*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Vor Art. 192-195, Rn. 13 ff.; s. sodann z.B. *Gabriel Gertsch*, Die grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranke der Verfassungsrevision, Jusletter v. 17.11.2014; *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 2008, 121 ff.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, 237 ff.; *Vincent Martenet*, La validité des initiatives populaires fédérales – Le salut par les limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale ?, in: Andrea Good, Andrea/Bettina Platipodis (Hrsg.), Direkte Demokratie, FS Andreas Auer, Bern 2013, 149 ff.; *Giusep Nay*, Das Volk hat nicht immer Recht. Zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, FS Andreas Auer, 2013, 163 ff.; *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011, 343 ff.; *Peter Uebersax*, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative – eine Einladung zur Reflexion, ZBl 2014, 600 ff.; s. auch die von Avenir Suisse herausgegebene Studie, auffindbar unter [www.avenir-suisse.ch/fr/44730/initiative-populaire/](http://www.avenir-suisse.ch/fr/44730/initiative-populaire/).

- Drittens könnte den angesprochenen Problemen durch entsprechende Kollisionsregeln begegnet werden (3.).
- Schliesslich könnte bei der Form von Volksinitiativen angesetzt werden (4.).

#### 1. *Zur Ausweitung der materiellen Schranken des Initiativrechts*

Grundsätzlich ist es denkbar, die materiellen Schranken des Initiativrechts auszuweiten, dies letztlich mit dem Ziel, Initiativen mit gewissen Inhalten auszuschliessen. Diskutiert werden insbesondere folgende zusätzliche Schranken (wobei die Formulierungen im Einzelnen variieren):<sup>18</sup>

- grundrechtliche Kerngehalte;
- Verletzung des Diskriminierungsverbotes;
- Verletzung grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien (wie das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Rückwirkungsverbot oder allgemein Art. 5 BV oder Art. 36 BV);
- Unvereinbarkeit mit „wichtigen“ völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz.

Kombiniert werden könnten derartige zusätzliche materielle Schranken mit einer Vorverlegung der Gültigkeitsprüfung auf den Zeitpunkt vor der Unterschriftensammlung.

Gemeinsam ist diesen Vorschlägen, dass sie schwierige Auslegungsfragen aufwürfen, eine Problematik, der auch nur beschränkt durch eine möglichst „ideale“ Formulierung Rechnung getragen werden könnte. Jedenfalls käme den für die Prüfung der (Un-) Gültigkeit einer Initiative zuständigen Behörden ein beachtlicher Gestaltungsspielraum zu. Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorschläge durchaus (bekannte) rechtliche Kriterien und Grundsätze aufgreifen und daher grundsätzlich präzisierungsfähig sind, wie auch die (nationale und internationale) Rechtsprechung zeigt.

Allerdings ist zu bezweifeln, ob die Bundesversammlung als primär politische Behörde das geeignete Organ wäre, solche neuen Kriterien – die eben, wie erwähnt, in jedem Fall schwierige Auslegungsfragen mit sich brächten – anzuwenden. Hieran ändert auch der Grundsatz, dass die Bundesversammlung bei solchen Entscheidungen Recht anzuwenden hat und es gerade nicht um politische Fragen geht, nichts. M.E. sollte eine derartige substantielle Erweiterung der Ungültigkeitsgründe daher nur unter der Voraussetzung in Betracht gezogen werden, dass das Bundesgericht letztinstanzlich für die Ungültigerklärung zuständig wäre. Prozedural könnte dies auf verschiedene Weise sichergestellt werden (allgemeine Zuständigkeit des Bundesgerichts, Möglichkeit der Anrufung des Bundesgerichts durch eine Minderheit der Bundesversammlung oder die Initianten bzw. die Stimmbürger o.ä.).

---

<sup>18</sup> Zur Diskussion die Nachweise in Fn. 17.



Soll der Zeitpunkt der Gültigkeitsprüfung vorverlegt werden, bedingte dies wohl ebenfalls gewisse prozedurale Anpassungen (inkl. Rechtsschutz).

Schliesslich implizierte eine derartige Erweiterung der Ungültigkeitsgründe wohl auch, dass sich das Parlament selbst parallelen Schranken unterwürfe, dass sich also durch das Parlament initiierte Verfassungsrevisionen (bei denen sich ebenfalls die Frage nach dem Einbezug des Bundesgerichts stellte) an denselben Gründen messen lassen müssten, so dass es letztlich um die Formulierung autonomer Schranken der Verfassungsrevision geht.

Gewissen der erwähnten Schwierigkeiten könnte allenfalls dadurch begegnet werden, dass der zusätzliche Ungültigkeitsgrund sehr genau umschrieben würde, was praktisch wohl nur über die Aufzählung derjenigen völkerrechtlichen Verträge, gegen die nicht verstossen werden darf, oder die Festlegung eines Katalogs eher eng umschriebener Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 8 Abs. 2 BV) geschehen kann. In Betracht käme hier in erster Linie wohl eine Bezugnahme auf die EMRK und den UNO-Pakt II.

## 2. *Zum Verfahren bei der Einreichung und Lancierung von Volksinitiativen*

Vor dem Hintergrund, dass die in diesem Beitrag aufgeworfenen Fragen auch und gerade vor dem Hintergrund einer quantitativen Zunahme „problematischer“ Initiativen zu sehen sind, könnte in Erwägung gezogen werden, das Zustandekommen solcher Initiativen zu erschweren. In Betracht kommen hier in erster Linie folgende Massnahmen (wovon einige eine Verfassungsrevision bedingten, andere nicht):

- (substantielle) Erhöhung der Unterschriftenzahlen;
- striktere Vorgaben für die Bezeichnung von Volksinitiativen (keine „reisserischen“ Titel), etwa durch die Vorgabe, dass der Titel durch die Bundeskanzlei formuliert wird;
- materielle Vorprüfung (vor dem Beginn der Unterschriftensammlung) der Völkerrechtskonformität und/oder der Vereinbarkeit der Initiative mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien sowie ggf. entsprechende „Warnhinweise“ auf den Unterschriftenbögen.

Allerdings ist es höchst unsicher, ob solche Massnahmen die oben<sup>19</sup> skizzierten Zielsetzungen erreichen könnten. Spezifisch in Bezug auf die materielle Vorprüfung ergeben sich auch grundsätzliche Vorbehalte.<sup>20</sup>

## 3. *Kollisionsregeln*

---

<sup>19</sup> S.o. III., am Anfang.

<sup>20</sup> Hierzu eingehend *Andreas Auer/Nicolas Aubert/Evren Somer*, So besser nicht: Kritische Anmerkungen zum materiellen Vorprüfungsverfahren für Volksinitiativen im Bund, AJP 2013, 659 ff.

Da sich viele Probleme im Zuge der Annahme von Volksinitiativen, die in einem Spannungsverhältnis zu grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaates oder völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen, im Ergebnis erst in der konkreten (gesetzgeberischen) Durchführung oder Anwendung auf den Einzelfall stellen, könnte in Erwägung gezogen werden, über die sich bereits aus der Verfassung selbst ableitbaren Grundsätze (insbesondere den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts) hinaus eine neue Kollisionsregel einzuführen, die z.B. vorsieht, dass der Gewährleistung grundrechtlicher Garantien, ggf. beschränkt auf deren Kerngehalt, und/oder bestimmten elementaren rechtsstaatlichen Garantien, zumindest im Einzelfall und möglicherweise auch bei der gesetzgeberischen Durchführung Vorrang einzuräumen ist bzw. wäre.

Dieser Vorschlag implizierte eine Art Hierarchisierung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen. In Bezug auf seine konkrete Anwendung stiesse er auf ähnliche Probleme wie die Einführung neuer materieller Schranken der Verfassungsrevision.<sup>21</sup> Darüber hinaus vermag er ebenfalls nicht alle Probleme zu lösen. Fraglich ist hier insbesondere, wie mit Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen umgegangen werden soll, die gegen „normales“ Völkerrecht verstossen.

#### *4. Zur Form der Volksinitiativen: die allgemeine Anregung als einzige Form*

Angesichts des Umstands, dass Volksinitiativen, die mit grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats oder mit (bedeutenden) völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz in einem Spannungsverhältnis stehen, im Falle ihrer Annahme insbesondere deshalb schwierige Fragen der „Austarierung“ der Verfassungsrechtsordnung aufwerfen, weil sie sehr konkret formuliert sind und oft (zumindest auf den ersten Blick) wenig Handlungsspielraum lassen (und zudem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen können, wie das Beispiel der Zweitwohnungsinitiative zur Genüge illustriert), könnte in Erwägung gezogen werden, die Volksinitiative auf Bundesebene in Zukunft nur noch in der Form der allgemeinen Anregung vorzusehen.

Dieser Ansatz wäre systemkonform und führte auch innerhalb der Verfassungsordnung nicht zu Brüchen mit der jetzigen Rechtslage (wie eine Hierarchisierung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen oder neue autonome Schranken der Verfassungsrevision).

Die Beschränkung der Volksinitiative auf Bundesebene auf das Instrument der allgemeinen Anregung könnte die oben<sup>22</sup> genannten Zielsetzungen erreichen, da das Parlament die Vorlage so formulieren könnte, dass sowohl grundlegende Prinzipien des Rechtsstaates als auch wichtige völkerrechtliche Verpflichtungen eingehalten werden können.

---

<sup>21</sup> S.o. III.1.

<sup>22</sup> S.o. III., am Anfang.

Allerdings implizierte eine „Abschaffung“ der Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs zweifellos eine gewisse Einschränkung der Volksrechte, so dass die politische Realisierbarkeit fraglich sein könnte.

Zu beachten ist jedoch, dass die „Schlagkraft“ der allgemeinen Anregung nicht unterschätzt werden sollte, so dass der „Verlust“ an direkt demokratischen Rechten nicht überbewertet werden sollte: Denn auch die allgemeine Anregung kann die Bundesversammlung auf eine ggf. relativ konkret formulierte Ausgestaltung der Verfassung verpflichten, waren doch die bislang eingereichten Initiativen in der Form der allgemeinen Anregung mitunter recht präzise formuliert (was von der Bundesversammlung für zulässig erachtet wurde); die Bundesversammlung ist dann gehalten, eine Vorlage im Hinblick auf die Verwirklichung des Sinns und Zwecks der Initiative auszuarbeiten. Insofern könnte also auch eine Initiative in der Form der allgemeinen Anregung die Funktion der Volksinitiative als „Motor der Gesetzgebung“ erfüllen.

Gleichzeitig erlaubte sie es, den möglichen Spannungsfeldern – im Gefolge der Annahme von Volksinitiativen – mit grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien sowie wichtigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz Rechnung zu tragen und verringerte darüber hinaus die Rechtsunsicherheit, die häufig im Gefolge sich kaum in das Verfassungssystem einbettender oder sehr unklar formulierter Initiativen entsteht.

Zwar birgt die Formulierung des eigentlichen Verfassungstexts durch das Parlament das Risiko, dass den Anliegen der Initianten dann doch nicht wirklich Rechnung getragen wird; bei Lichte besehen besteht dieses Risiko allerdings auch bei ausformulierten Initiativen: Gewisse auf solche Initiativen zurückgehende Verfassungsbestimmungen werden wegen ihres Konfliktpotentials mit einer Reihe anderer Verfassungsgrundsätze (zu denen übrigens auch die Beachtung des Völkerrechts gehört) nur wenig „wortgetreu“ umgesetzt, und es wird – m.E. vor dem Hintergrund des Auslegungsgrundsatzes der „praktischen Konkordanz“ grundsätzlich durchaus zu Recht – danach gefragt, was denn die eigentlichen Zielsetzungen sind, und die Umsetzung wird (stellte man allein auf den Wortlaut der isolierten Verfassungsbestimmung ab) entsprechend „frei“ bzw. „innovativ“ gehandhabt. Erinnt sei hier an das Beispiel der Alpeninitiative oder auch die Zweitwohnungsinitiative.

Soweit das Völkerrecht betroffen ist, ist daran zu erinnern, dass – inzwischen – die direkt demokratischen Rechte für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge im Wesentlichen parallel zum innerstaatlichen Recht ausgestaltet sind. Dafür, es Volk und Ständen sozusagen permanent zu ermöglichen, einmal eingegangene vertragliche Verpflichtungen jederzeit über eine ausformulierte Volksinitiative in Frage zu stellen, gibt es keinen Anlass.

Eine Beschränkung der Volksinitiative auf diejenige der Form der allgemeinen Anregung implizierte nicht zwingend eine Infragestellung der diesbezüglichen Kompetenzen von Bundesversammlung und Bundesgericht, wenn auch selbstverständlich in diesem Zusammenhang darüber nachgedacht werden könnte, ob das Bundesgericht hier eine (gewisse)

Rolle spielen soll (z.B. in Bezug auf die Frage, die Bundesversammlung den Verfassungstext in Anbetracht von Sinn und Zweck der Initiative „korrekt“ formuliert hat).

#### IV. Fazit

Versucht man – vor dem Hintergrund der skizzierten Problematik und der möglichen Ziele einer Reform des Initiativrechts – eine abschliessende Bewertung der vorgestellten möglichen Ansätze für eine solche Reform, so erscheinen folgende Aspekte von besonderer Bedeutung zu sein:

- Eine materielle Erweiterung der Ungültigkeitsgründe implizierte gewichtige Modifikationen im „Gesamtsystem“, stellte sich hier doch zwangsläufig die Frage nach dem zuständigen Organ für die Ungültigerklärung, ganz abgesehen davon, dass es hier im Ergebnis um die Einführung autonomer Schranken der Verfassungsrevision ginge. Im Übrigen wäre je nach der im Einzelnen erfolgenden Formulierung solcher neuer Schranken nicht zwingend gewährleistet, dass alle aufgezeigten Probleme gelöst würden. So könnte etwa die Verpflichtung auf die Beachtung des Kerngehalts der Grundrechte nicht verhindern, dass gewichtige völkerrechtliche Pflichten der Schweiz über die „isolierte“ Lancierung von Volksinitiativen in Frage gestellt würden.
- Rein prozedurale Modifikationen oder auch eine Änderung der Praxis der Bundesversammlung in Richtung einer höheren Kontrolldichte bei der Einhaltung der Vorgaben des Art. 139 Abs. 3 BV könnte den oben<sup>23</sup> formulierten Anliegen wohl kaum genügend Rechnung tragen.
- Gleiches gilt für eine Art Kollisionsregel.
- Hingegen könnte über eine Beschränkung des Initiativrechts auf die Form der allgemeinen Anregung die Einhaltung grundlegender Prinzipien des Rechtsstaates (unter Einschluss der Kerngehalte der Grundrechte) sowie (wichtiger) völkerrechtlicher Abkommen gewährleistet werden, womit auch ein Beitrag zur Einheit und Kohärenz der Verfassung geleistet würde. Angesichts des Potentials der allgemeinen Anregung – das bislang wohl auch nur deshalb kaum genutzt wurde, weil eben die Form der ausformulierten Initiative zur Verfügung steht – sowie der erheblichen Schwierigkeiten der Umsetzung gewisser Verfassungsbestimmungen wäre durch diese Reduktion der Initiativformen im Ergebnis auch nicht zwingend ein „Weniger“ an direkter Demokratie zu befürchten. Im Gegenteil: Durch die Häufung von aus der Sicht grundlegender rechtsstaatlicher Prinzipien sowie (wichtiger) völkerrechtlicher Verträge problematischer Initiativen sowie die mitunter am Verfassungstext „vorbeigehende“ Umsetzung gewisser

---

<sup>23</sup> S.o. III., am Anfang.

zu Verfassungsrecht gewordener Initiativen besteht die Gefahr, dass bei einem Fortschreiten dieser Entwicklung das Institut der Volksrechte ernsthaft Schaden nimmt. Der hier favorisierte Ansatz der Beschränkung des Initiativrechts auf die Form der allgemeinen Anregung geht davon aus, dass diese so verwirklicht wird, wie in Art. 139 Abs. 2, 4 BV vorgesehen. Es ist aber auch denkbar vorzusehen, dass – im Sinne einer Art „Einheitsinitiative“ – das Parlament entscheidet, ob die Umsetzung auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe erfolgen soll. M.E. brächte dies jedoch eine zusätzliche und letztlich nicht notwendige Einschränkung des Initiativrechts mit sich.

Im Falle eines Festhaltens am Instrument der Volksinitiative in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs (erscheint die hier favorisierte Variante doch zumindest derzeit politisch wenig erfolgversprechend, was sich aber durchaus rasch ändern kann) wäre es m.E. sinnvoll, über eine Modifikation des Art. 139 BV nachzudenken. In Betracht kommt (alternativ oder kumulativ) Folgendes:

- Die Ungültigkeitsgründe des Art. 139 Abs. 3 BV könnten ergänzt werden. Eine solche Ergänzung sollte sich jedoch m.E. – insbesondere, wenn die Kontrolle der Gültigkeit weiterhin allein der Bundesversammlung obliegen sollte – durch eine hinreichende Klarheit auszeichnen, so dass Formulierungen wie „Kerngehalte der Grundrechte“ oder „wichtige völkerrechtliche Verträge“ vermieden werden sollten. In Betracht käme hier m.E. nur ein Bezug auf bestimmte völkerrechtliche Verträge, wobei die EMRK sowie der UNO-Pakt II im Vordergrund stünden, oder/und ein Bezug auf konkrete Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 8 Abs. 2 BV oder ausformulierte Kerngehaltsregeln), deren Bestimmung aber sehr schwierig sein dürfte.
- Auf diese Weise könnten zentrale rechtsstaatliche Gewährleistungen wohl in zahlreichen Fällen garantiert werden. Die sonstigen Fragen – insbesondere die gleichwohl möglich bleibende, wenn auch erschwerte Infragestellung weiterer zentraler völkerrechtlicher Verträge – wären auf der Grundlage des geltenden Rechts zu lösen, wonach Völkerrecht grundsätzlich auch dann anzuwenden ist, wenn es gegen die Verfassung verstösst (Art. 190 BV). Konflikte zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht wären nach dem Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts zu lösen, wobei die sog. Schubert-Rechtsprechung vorbehalten bleibt.
- Die Unterschriftenzahl für Initiativen in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs und in der Form der allgemeinen Anregung könnte differenziert ausgestaltet werden: So könnte für erstere 200'000 Unterschriften, für letztere weiterhin 100'000 verlangt werden. Aber auch eine Erhöhung der Unterschriftenzahlen für letztere ist in Betracht zu ziehen.
- A priori könnte auch in Erwägung gezogen werden, im Falle eines Verstosses einer Volksinitiative gegen völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz ein zweistufiges Verfahren vorzusehen: Zunächst wäre über die Frage nach der Kündigung des völkerrechtlichen Vertrages abzustimmen, bevor über den eigentlichen Initiativtext

abgestimmt wird (wobei letzteres nur im Falle einer Zustimmung von Volk und Ständen zur „Vorabstimmung“ über den völkerrechtlichen Vertrag erfolgte). Eine derartige Modifikation bedingte jedoch eine grundlegende Umgestaltung des Verfahrens und wäre im Übrigen noch im Einzelnen zu präzisieren (etwa in Bezug auf den Kreis der erfassten völkerrechtlichen Verträge, Zeitpunkt und Zuständigkeit der „Vereinbarkeitsprüfung“ u.a.m.).

Abschliessend bleibt daran zu erinnern, dass das geltende Verfassungsrecht m.E. relativ klare Regeln für das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht sowie die Auslegung des Verfassungsrechts vorsieht, auch für den Fall „völkerrechtswidriger Initiativen“ oder von Initiativen, die gegen grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien verstossen.<sup>24</sup> Diese Regeln sind – wie dies das Bundesgericht auch immer wieder betont hat – anzuwenden und erlauben an sich in zahlreichen Fällen im Ergebnis durchaus zufriedenstellende pragmatische Lösungen, womit die Probleme im Zuge der Entwicklung des Gebrauchs des Initiativrechts aber nicht negiert werden sollen.

---

<sup>24</sup> Hierzu aus der Rechtsprechung jüngst BGE 139 I 16. Aus der Literatur, m.w.N., *Epiney*, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 10); *Epiney*, BV-Kommentar (Fn. 2), Art. 5, Rn. 75 ff.