

# Direkte Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte – Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates \*

Giusep Nay

Das Bewusstsein, dass wir eine Demokratie sind, ist intakt, und das ist richtig und wichtig. Dass wir aber in gleichem Masse auch ein Rechtsstaat sind, dessen sind wir uns viel zu wenig bewusst.

Die Volksinitiative „für „demokratische Einbürgerungen“, welche die Demokratie gegen den Rechtsstaat ausspielen wollte, hat zwar eine klare Absagen an der Urne erfahren. Die grundsätzliche Frage nach dem notwendigen Ausgleich zwischen dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatprinzip ist aber geblieben, und sie ist nach der Annahme der Minarettverbotsinitiative und mit der gegenwärtig in den eidgenössischen Räten beratenen Ausschaffungsinitiative von höchster Aktualität.

## 1. Das demokratische Element

Die Bundesverfassung ist das seit der Gründung des Bundesstaates 1848 einigende Band der Schweiz. Wir sind ein Verfassungsstaat, in dem das demokratische Element grosses Gewicht hat. Die Mitwirkungsrechte der Bürgerinnen und Bürger bestehen nicht nur im Recht, die obersten Staatsorgane, insbesondere das Parlament zu wählen. Sie sind einzigartig, weil die Stimmberechtigten in einem ausgedehnten Mass auf dem Wege der Initiative und des Referendums *auch direkt über Sachfragen entscheiden*.

Daraus wird nicht zu Unrecht gefolgert, alle staatliche Macht gehe vom Volk aus. Ein solcher Satz kann auch und wird zunehmend missverstanden. In der Bundesverfassung steht er denn auch nicht, und er könnte dort so auch nicht stehen, bereits weil das Schweizervolk *und die Kantone* sich die Verfassung gaben. Die Mehrheit der neueren Kantonsverfassungen setzen die folgende Bestimmung an den Anfang: „Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk. Sie wird von den Stimmberechtigten und den Behörden ausgeübt“.

Mit dem zweiten Satz wird eine wesentliche und notwendige Klarstellung vorgenommen: Dass in der Demokratie alle staatliche Macht auf dem Willen des Volkes gründet, bedeutet nicht, dass das Volk auch alle Macht im Staate *ausübe*. Diese wird vielmehr von den Stimmberechtigten *und* den staatlichen Organen nach den Regeln ausgeübt, die sich Volk und Stände gegeben haben.

## 2. Das rechtsstaatliche Element

Die grundlegendste Regel, wie die Staatsgewalt auszuüben ist, ist das Rechtsstaatsprinzip.

„*Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht*“: so lautet der erste Absatz von Artikel 5 der Bundesverfassung. In den meisten Kantonsverfassungen findet sich dieses Bekenntnis zum Rechtsstaat in gleicher Weise in einer Bestimmung, die der zitierten über die vom Volk ausgehende Staatsgewalt auf dem Fusse folgt.

Im vierten Absatz des Artikels 5 der Bundesverfassung ist überdies festgehalten, dass Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben. Das ist ein Bekenntnis zu völkerrechtlicher Vertragstreue, das jenes zum Rechtsstaat vervollständigt. *Nicht nur „zwingendes Völkerrecht“ (dazu unten Ziffer 5) ist insbesondere für alle Vertreter staatlicher Behörden verpflichtend, auch das übrige Völkerrecht und darunter vorab die Menschenrechte, die in den geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen garantiert sind.*

Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zur neuen Bundesverfassung an die eidgenössischen Räte zu Artikel 5 fest:

„Die Eidgenossenschaft ist als Staat nicht nur ein machtvolles Gebilde, das Recht erzeugt, sondern zugleich eine rechtlich gebundene Organisation. ... Die für den Staat handelnden Organe haben ... die elementaren Gebote der materiellen Gerechtigkeit zu respektieren, wie sie sich namentlich aus den Grundrechtsgarantien ... ergeben. Solche elementaren Gebote haben zunehmend Eingang in das internationale Recht gefunden (Stichwort: zwingendes Völkerrecht).“

Dies stellt eine neue ausdrückliche verfassungsrechtliche Verpflichtung auch zu einer *materiellen* Rechtsstaatlichkeit dar, die von Volk und Ständen so in der Bundesverfassung als unserem Grundgesetz verankert wurde.

Die formellen Elemente des Rechtsstaates sind die Gewaltenteilung, die Gesetzmässigkeit der Verwaltung und die Verwaltungs- wie auch die Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese formellen Elemente wären wenig wirkungsvoll, wenn sie nicht durch materielle Elemente mit Inhalt gefüllt würden. Diesen Inhalt stellen die in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte dar, wie die Rechtsgleichheit, die persönliche Freiheit, die Meinungsäusserungsfreiheit, die Religionsfreiheit, die Wirtschaftsfreiheit usw. und nicht zuletzt das Willkürverbot. Dazu gehören ebenso die Menschenrechte, die in den völkerrechtlichen Konventionen, die wir nach den in der Verfassung dafür vorgesehenen demokratischen Regeln ratifiziert haben, garantiert werden. Im Artikel 190 der Bundesverfassung werden diese ausdrücklich für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend erklärt.

### **3. Kein Vorrang des Demokratieprinzips vor dem Rechtsstaatsprinzip**

Das Konzept des Rechtsstaats entstand, um die Allmacht des Staates einzuschränken. Die Grundrechte sind vorab Freiheitsrechte, die Bürgerinnen und Bürger vor Eingriffen des Staates schützen. Das Rechtsstaatsprinzip schützt darüber hinaus die demokratisch geschaffene Rechtsordnung, insbesondere auch die *Spielregeln, nach denen Staatsgewalt allein legitim ausgeübt werden kann.*

Mit der *Gewaltenteilung als einem grundlegenden Element* des demokratischen Rechtsstaates ist die Ausübung der Staatsgewalt auf die Legislative, die Exekutive und die Judikative aufgeteilt. Die Stimmberechtigten – wenn es um die Bundesverfassung geht, zusammen mit den Kantonen – haben wie das Parlament, der Bundesrat und das Bundesgericht die ihnen in der Verfassung zugewiesenen Aufgaben und Zuständigkeiten *und jeweils keine anderen.* Sie haben diese nach den Verfahrensregeln wahrzunehmen, wie sie in der Verfassung und in den Gesetzen festgelegt sind.

Die Rechtsordnung hat verschiedene Ebenen, wobei die unteren Ebenen mit den oberen im Einklang sein müssen. Eine Verordnung muss gesetzes- und ein Gesetz verfassungsmässig sein. Bundesrecht bricht kantonales Recht, und Gemeinderecht darf ebenso dem Kantonsrecht

wie dem Bundesrecht nicht widersprechen. Schliesslich muss das in Staatsverträgen für die Schweiz verbindlich erklärte Völkerrecht seiner Natur nach nicht einfach durch nationales Recht ausgeschaltet werden können, sonst wären diese Staatsverträge nichts wert.

Einen Vorrang des Demokratieprinzips vor diesen Spielregeln des Rechtsstaates, der sie ausser Kraft setzen würde, kann es nicht geben. Demokratisch festgelegte Spielregeln können nur auf dem dafür demokratisch festgelegten rechtsstaatlichen Weg abgeändert, nicht aber einfach missachtet werden, mit der Begründung, weil es das viel beschworene Volk tue, sei dies demokratisch; *die Staatsgewalt geht vom Volk aus, es übt sie aber nicht allein und nach Belieben aus* (oben Ziffer 1 am Ende). Konkret in unserem Zusammenhang: verletzt eine Volksinitiative „zwingendes Völkerrecht“, ist sie, wie unsere Bundesverfassung dies vorschreibt, ungültig zu erklären; die Initianten können die Vorschrift der Verfassung nicht einfach missachten, sondern müssten, wenn diese sie stört, vielmehr zunächst verlangen, diesen Grund für die Ungültigkeit einer Initiative aus der Verfassung zu entfernen. Weil diese Möglichkeit besteht, ist auch die Ausweitung der Ungültigkeitsgründe, die in Frage steht (dazu unten Ziffer 5), nicht undemokratisch.

Das Volk hat auch in der Demokratie nicht immer Recht, sondern allein und selbstverständlich aber dann, wenn es im Rahmen der verfassungsmässigen Ordnung entscheidet.

Der Rechtsstaat muss demokratisch und die Demokratie rechtsstaatlich legitimiert sein. In dieser Weise bedingen sie sich gegenseitig. Und weil sie sich bedingen, bestehen Spannungsfelder. Auf zwei solcher Spannungsfelder wird im Folgenden näher eingegangen.

#### **4. Die eingeschränkte Verfassungsgerichtsbarkeit**

Die Schweiz kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit, ist sehr oft zu hören, obwohl dies so gar nicht zutrifft. Wir kennen zwar kein besonderes Verfassungsgericht, das Bundesgericht übt jedoch seit seinem Bestehen eine volle Verfassungsgerichtsbarkeit über kantonale Erlasse und Entscheide aus; eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die für die Rechtsentwicklung in unserem Lande von grosser Bedeutung war und hohe Anerkennung geniesst. *Das Bundesgericht ist oberstes Gericht des Landes und Verfassungsgericht in einem, Letzteres allerdings nicht gegenüber Bundesgesetzen und Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates, und diese Einschränkungen wiederum mit Ausnahmen.*

##### **4.1 Der Artikel 190 der Bundesverfassung**

„Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“, so lautet Artikel 190 der Bundesverfassung. Auf den ersten Blick erscheint diese Aussage als eine Selbstverständlichkeit. Ihr eigentlicher, nur in historischer Auslegung erschliessbarer Sinn ist aber der, dass das Bundesgericht Bundesgesetze soll anwenden müssen, selbst wenn sie verfassungswidrig sind. Bei der Beratung der Bundesverfassung von 1874, mit der auch das fakultative Gesetzreferendum eingeführt wurde, fügte das Parlament eine solche Bestimmung ein, weil es wichtig sei, die gesetzgebende von der richterlichen Gewalt zu trennen, und damit die richterliche Gewalt sich nicht über die gesetzgebende erhebe.

In Tat und Wahrheit wird die Legislative damit - auch wenn es sich bei dieser um das Volk handelt – in einer unzulässigen und mit der Gewaltenteilung unvereinbaren Weise über die Judikative gestellt. Für den gewaltenteiligen Rechtsstaat ist es wesentlich, dass die *Judikative in der Rechtsanwendung das letzte Wort* hat. Dies muss auch gelten, wenn es um die Anwendung der von Volk und Ständen angenommenen Bundesverfassung geht. Andernfalls bleiben die darin garantierten Grundrechte, die Bürgerinnen und Bürger gerade auch gegenüber übermässigen bundesgesetzlichen Eingriffen in ihre Freiheitsrechte schützen sollen, toter Buchstabe. *Bei der Anwendung insbesondere der Bundesgesetze steht den Rechtsuchenden jedoch gemäss deren Artikel 190 der Schutz der Bundesverfassung nicht zur Verfügung.*

Diese Ausnahmebestimmung fand sich bereits in der alten Bundesverfassung. Sie hatte Ende des 19. und lange im letzten Jahrhundert jedoch in keiner Weise die gleiche praktische Bedeutung wie heute: Die Mehrzahl der Gesetze waren nicht Bundes-, sondern kantonale Gesetze, über die – wie dargelegt - stets eine volle Verfassungsgerichtsbarkeit bestand. Der Ausbau des Bundesrechts seit den 1970er Jahren vor allem im Bereich des Verwaltungsrechts - das neu geschaffene erstinstanzliche Bundesverwaltungsgericht ist mit über 60 Richterinnen und Richtern das grösste Gericht im Lande! - und die grössere Komplexität der rechtlichen Regelungen, verbunden mit der zunehmenden politischen Polarisierung bergen die immer grössere Gefahr in sich, dass die Bundesversammlung die ihr überlassene Aufgabe, auf die Verfassungsmässigkeit neuer Bundesgesetze in allen Teilen zu achten, nicht genügend wahrnehmen kann.

Nicht nur der Bundesrat, auch die Bundesversammlung wollte bei der Beratung unserer neuen Bundesverfassung die immer empfindlicher zutage tretende Lücke im Grundrechtsschutz schliessen. Beide Räte hatten der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne der konkreten Normenkontrolle auch über Bundesgesetze zugestimmt. *Das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden sollten wenigstens in einem konkreten Anwendungsfall die Verfassungsmässigkeit einer Bestimmung eines Bundesgesetzes nicht nur prüfen können, sondern diese gegebenenfalls auch nicht anwenden müssen und damit die Bundesverfassung zur Geltung bringen können.* Das scheiterte lediglich daran, dass sich die Räte nicht darüber einig waren, ob diese Frage in einer Variantenabstimmung dem Volk unterbreitet werden sollte oder nicht.

Das Bundesgericht verdeckt den wegen der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze bestehenden rechtsstaatlichen Mangel teilweise dadurch, dass es sehr weit geht in der verfassungskonformen Auslegung und Anwendung einer bundesgesetzlichen Bestimmung und so möglichst vermeidet, einen direkten Gegensatz zwischen einem Bundesgesetz und der Verfassung anzunehmen, für den die Einschränkung des Artikels 190 erst Bedeutung erlangt. Diese wirkt sich auch dort nicht aus, wo ein Grundrecht zugleich als Menschenrecht ebenfalls in einem völkerrechtlichen Abkommen wie die Europäische Menschenrechtskonvention oder der UNO-Pakt II über die bürgerlichen und politischen Rechte gewährleistet ist. *Soweit es um ein Menschenrecht geht, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Vorrang des Völkerrechts zu bejahen, das für die Rechtsanwendung im Artikel 190 gleich wie die Bundesgesetze als massgebend erklärt wird.* Diese teilweise Verfassungsgerichtsbarkeit quasi durch die Hintertür ist kein Ruhmesblatt für den Rechtsstaat und sie schafft auch zwei Kategorien von Grundrechten, nämlich solche, die den gerichtlichen Schutz geniessen (persönliche Freiheitsrechte, Verfahrensgarantien) und solche, bei denen dies nicht der Fall ist (Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie), weil sie in der EMRK nicht garantiert sind bzw. die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zu dieser nicht unterzeichnet hat.

Der Vollständigkeit halber ist anzuführen, dass der Artikel 190 nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis kein Prüfungsverbot, sondern allein ein Anwendungsgebot für Bundesgesetze bedeutet. Die Gerichte können und müssen - was aber leider trotzdem oft unterlassen wird – die Verfassungsmässigkeit einer Bundesgesetzbestimmung prüfen und gegebenenfalls deren Verfassungswidrigkeit wenigstens feststellen. Diese Feststellungsbefugnis ist nicht unwichtig im Sinne der checks and balances zwischen den Staatsgewalten, d. h. die Judikative kann und muss so die Legislative auffordern, verfassungswidrige Bestimmungen von Bundesgesetzen zu revidieren.

## 4.2 Die parlamentarische Initiative Müller-Hemmi

Die hängige parlamentarische Initiative Müller-Hemmi (07.476) will die *Lücke im verfassungsmässigen Grundrechtsschutz beseitigen*. Ihr Vorstoss vom Oktober 2007 beschränkt sich auf das Allernotwendigste: Im Artikel 190 soll das Bundesrecht unter Einschluss der Bundesverfassung, ebenso wie bisher das Völkerrecht, als massgebend erklärt werden. Dann gehen auch die in unserer Verfassung garantierten Freiheitsrechte ihnen widersprechenden bundsgesetzlichen Bestimmungen vor, wie dies allein der Verpflichtung zum Rechtsstaat in Artikel 5 der Bundesverfassung entspricht. Die staatspolitische Kommission des Nationalrates stimmte dem Vorstoss zu.

Mit Ausnahme der Niederlande und der skandinavischen Staaten kennen alle Rechtsstaaten ein Verfassungsgericht und eine volle Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Ausnahme wird oft angeführt, um zu sagen, wie diese Staaten könne auch die Schweiz weiter gut ohne eine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit leben. Ein Gebot, auch verfassungswidrige gesetzliche Bestimmungen anzuwenden, kennen die Niederlande und Skandinavien aber nicht. Dieses ist vielmehr einmalig und durch nichts mehr zu rechtfertigen.

## 5. Die Ungültigkeit von Volksinitiativen

### 5.1 Der Artikel 139 Absatz 3 der Bundesverfassung

Eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung ist nach Artikel 139 Absatz 3 der Bundesverfassung ungültig, wenn sie «*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*» verletzt. Der Bundesrat kam bei der Volksinitiative «*für demokratische Einbürgerungen*» zum Schluss, der darin vorgesehene Ausschluss jeglichen Beschwerderechts von nicht eingebürgerten Personen verletze zwar die Rechtsweggarantie der Uno-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Ebenso sei das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Artikel 13 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und Artikel 2 Absatz 3 des Uno-Pakts II verletzt. Da es sich dabei aber nicht um zwingendes Völkerrecht handle, könne die Volksinitiative nicht ungültig erklärt werden. Der Bundesrat stützt sich hier auf „*zwingendes Völkerrecht*“ als völkerrechtlichen Begriff und betrachtet allein die Verbote von Folter, Genozid, Sklaverei sowie die notstandsfesten Garantien der EMRK und des Uno-Paktes II als zwingende Normen.

In der Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung schrieb er hingegen noch, dass «*zumindest*» zwingendes Völkerrecht als inhaltliche Schranke der Verfassungsrevision anzuerkennen sei. Es sei *Aufgabe der Praxis, unter Einbezug der Lehre eine Rechtsprechung zu entwickeln und letzte Klarheit über die Tragweite des Begriffs des zwingenden Völkerrechts zu schaffen*.

In der Rechtslehre wird die Auffassung vertreten, der Begriff sei als eigener staatsrechtlicher zu verstehen, etwa im Sinne eines Bezugs auf objektive Fundamentalnormen der Völkerrechtsordnung. Dem ist zuzustimmen. «Gerechtigkeit und Recht sind dem staatlichen Handeln vorgeordnet», schrieb der Bundesrat zu Artikel 5 der Bundesverfassung, wie eingangs angeführt; die dort statuierte Rechtsbindung jeglicher Staatstätigkeit – also auch der Rechtsetzung – verpflichte dazu, die elementaren Gebote der materiellen Gerechtigkeit zu respektieren, die sich namentlich aus den Grundrechtsgarantien ergäben.

Das ist eine grundlegende Errungenschaft des Rechtsstaates, die ihren Niederschlag auch in zahlreichen internationalen Konventionen, denen wir beigetreten sind, gefunden hat. Effektiven Rechtsschutz vor Verletzung von Grund- und Menschenrechten durch unabhängige Gerichte als der dritten von den übrigen getrennten Staatsgewalt zu gewähren, ist eine Fundamentalnorm des demokratischen Rechtsstaates und des Völkerrechts. Es fragt sich daher, ob die Einbürgerungsinitiative, die dieses fundamentale Prinzip ausschloss, nicht «zwingendes Völkerrecht» in einem eigenständig weiter als das Völkerrecht gefassten Sinne von Artikel 139 unserer Bundesverfassung verletzt und deshalb hätte ungültig erklärt werden müssen?

Man kann unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips Verständnis dafür haben, dass die Bundesversammlung, der nach unserem geltenden Verfassungsrecht allein die Kompetenz zukommt, eine Volksinitiative auf Änderung der Bundesverfassung als ungültig zu erklären, nicht bereit ist, den geltenden Artikel 139 unserer Verfassung in einem solchen Sinne weit auszulegen. Die Bewahrung unserer rechtsstaatlichen Grundlagen verlangt dann jedoch, eine Änderung dieser Bestimmung im Sinne einer *Erweiterung der Gründe für die Ungültigkeit von Volksinitiativen zu beschliessen und Volk und Ständen zur Abstimmung vorzulegen*.

## 5.2 Die parlamentarische Initiative Vischer

Die parlamentarische Initiative Vischer (07.447) greift die Problematik auf, dass eine Volksinitiative auf Bundesebene nach der geltenden Praxis gültig erklärt werden muss, auch wenn sie materiell nicht umsetzbar sein wird, weil sie grundlegenden Bestimmungen des Grundrechtsschutzes oder der EMRK widerspricht. Die staatspolitische Kommission des Nationalrates stimmte der Initiative zu, welche die Kriterien für eine Ungültigerklärung erweitern und das Bundesgericht darüber entscheiden lassen will. Damit würde ein angemessener Ausgleich zwischen dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatprinzip hergestellt. Ausserdem würde mit der Zuständigkeit des Bundesgerichts eine nicht haltbare Lücke im Schutz der politischen Rechte auf Bundesebene geschlossen, die Artikel 34 der Bundesverfassung nicht nur auf kantonaler Ebene garantiert.

Es ist nicht einzusehen, weshalb die Garantie der politischen Rechte von Artikel 34 der Bundesverfassung auf Bundesebene nicht den gleichen richterlichen Schutz geniessen soll wie im kantonalen Bereich. Die darin garantierte unverfälschte Stimmabgabe bewahrt unter anderem nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Stimmberechtigten davor, zu Initiativen Stellung beziehen zu müssen, die wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht undurchführbar wären. Damit wird verhindert, dass die Stimmberechtigten über den wahren Gehalt dessen, worüber sie abstimmen, irreführt werden. Sie stimmen dann nicht etwas zu, das so gar nicht verwirklicht werden kann, mit dem demokratisch unhaltbaren Ergebnis, dass sie ihren Willen dann missachtet sehen.

Dieser Riegel gegen Volksinitiativen, die Grund- und Menschenrechte und grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien missachten, erweist sich angesichts vergangener und hängiger Initiativen zur Änderung der Bundesverfassung als notwendig.

### 5.3 Die nicht umsetzbaren Volksinitiativen

Die von Volk und Ständen angenommene Verwahrunginitiative hat zum ersten Mal die Problematik vor Augen geführt. Sie konnte nicht entsprechend ihrem Wortlaut umgesetzt werden, weil die lebenslängliche Verwahrung einer Person ohne angemessene richterliche Prüfung ihrer Notwendigkeit in bestimmten Abständen der nach den zitierten Bestimmungen der Bundesverfassung durch Bund und Kantone zu beachtenden und für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebende Europäische Menschenrechtskonvention widersprochen hätte.

Am 29. November 2009 wurde nun mit der Annahme der entsprechenden Initiative in der Volksabstimmung ein generelles Minarettbauverbot in unserer Bundesverfassung festgeschrieben. Dieses wird in gleicher Weise nicht umgesetzt werden können: Eine Beschwerde beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (EGMR) wäre ohne weiteres erfolgreich, und ein Bundesgerichtsurteil, das die Verfassungsbestimmung *tale quale* anwendete, müsste gestützt auf den Entscheid des EGMR gemäss ausdrücklicher Vorschrift des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 122) revidiert werden. Das legitimiert das Bundesgericht grundsätzlich auch, dem Rechtsuchenden den Umweg über Strassburg gar nicht zuzumuten und selber ein solches der Religionsfreiheit und dem Diskriminierungsverbot diametral widersprechendes absolutes Minarettbauverbot nicht anzuwenden, um nicht ein zu revidierendes Urteil fällen zu müssen. Der neue Artikel 72 Absatz 3 der Bundesverfassung stellt einen neuen Ausnahmetext in der Bundesverfassung dar, wie das 1973 aufgehobene Klöster- und das Jesuitenverbot, und kommt im Übrigen – Ironie der Geschichte – an die Stelle des erst 2001 ebenfalls aufgehobenen Bistumsartikels zu stehen. Die Nichtanwendung der mit der Initiative angestrebten Verfassungsbestimmung kraft Völkerrechts *bringt den Rechtsaat wieder ins Lot, lässt aber das Demokratieprinzip aus den Fugen geraten, weshalb dringender Handlungsbedarf besteht*.

Das gilt in noch vermehrtem Masse für die Ausschaffunginitiative, die Wegweisungen von Ausländerinnen und Ausländern aus der Schweiz fordert, ohne dass deren Verhältnismässigkeit im Einzelfall geprüft werden dürfte und dies selbst bei Verletzung des sogenannten Non-Refoulement-Prinzips nicht, d.h. selbst wenn dem Betroffenen dann insbesondere Folter und Tod drohen. Die Verhältnismässigkeit stellt jedoch eine grundlegende rechtsstaatliche Voraussetzung für die Zulässigkeit jeglichen staatlichen Eingriffs in Grund- und Menschenrechte dar (Art. 36 BV) und das Non-Refoulement-Prinzip ist Bestandteil des zwingenden Völkerrechts, dessen Verletzung zur Ungültigerklärung der Initiative führen muss, wie das die Bundesversammlung bei einer früheren Volksinitiative der Schweizer Demokraten entschied. Würde sie sich nicht an diese Praxis halten, würde sie endgültig den Beweis liefern, dass sie als politische Instanz nicht geeignet und zuverlässig genug ist, um allein über die Gültigkeit von eidgenössischen Volksinitiativen zu entscheiden. Die Versuche, die der Bundesrat unternahm, um einen Verstoß der Ausschaffunginitiative gegen zwingendes Völkerrecht zu verneinen, erweisen sich als unhehelflich: Eine Erklärung der Initianten, das Non-Refoulement-Prinzip solle vorbehalten bleiben, ist nach den anerkannten Auslegungsregeln unbeachtlich, weil sie keine Stütze im Wortlaut der Initiative findet und so nicht als vom Willen der Unterzeichner der Initiative getragen betrachtet werden kann. Das Gleiche gilt für eine Lösung, die Ausweisung in solchen Fällen zu verfügen, aber nicht zu vollstrecken. Damit würde das Kernanliegen der Initiative, nämlich die Ausschaffung

nicht umgesetzt, was auch eine Teilgültigkeit der Initiative ausschliesst, weil die Unterzeichner sie vor allem wegen dieses Kernanliegens unterstützten und deren Wille so missachtet würde.

## **6. Angemessener Ausgleich zwischen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip**

Kantonale Volksinitiativen kann das Bundesgericht im Rahmen einer Stimmrechtsbeschwerde letztinstanzlich als ungültig erklären und nicht zur Volksabstimmung zulassen, wenn sie höherrangigem Recht widersprechen und so nicht umgesetzt werden können.

Es hebt auch in kantonalen Volksabstimmungen angenommene Gesetze, die sich als verfassungswidrig erweisen, nach deren Erlass auf Beschwerde hin auf oder wendet sie im konkreten gerichtlichen Streitfall nicht an.

Es ist nun aber nicht ersichtlich, weshalb der in eidgenössischen Volksinitiativen und in Bundesgesetzen zum Ausdruck kommende Volkswille stärker gewichtet und höher eingestuft werden soll als bei kantonalen Volksinitiativen und Volksentscheiden, um das Demokratieprinzip anders als auf kantonaler Ebene in nicht haltbarer Weise dem Rechtsstaatsprinzip vorgehen zu lassen.

Mit der Verwirklichung der Anliegen der beiden dargestellten parlamentarischen Initiativen:

- a) Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit wenigstens im konkreten Gerichtsfall auch auf Bundesgesetze, damit das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden nicht weiterhin verfassungswidrige bundesgesetzliche Bestimmungen anwenden müssen,
- b) Erweiterung der Gründe für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen auf Änderung der Bundesverfassung auf Verletzung grundlegender rechtsstaatlicher Grundsätze, verbunden mit der Zuständigkeit des Bundesgerichts, der Garantie der politischen Rechte in diesem Bereich auch auf Bundesebene Nachachtung zu verschaffen,

wird *nichts Revolutionäres geschaffen, sondern allein ein dringend notwendiger und angemessener Ausgleich zwischen dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip* in unserem Land auch auf Bundesebene hergestellt.

## **7. Verfassungsmässige Einschränkung des Initiativrechts**

Über das Rechtsstaatsprinzip und die Menschenrechte hinaus ergibt sich aus Artikel 193 der Bundesverfassung eine Beschränkung des Initiativrechts. Eine Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung ist danach nur in der Form der allgemeinen Anregung zulässig; wird dieser zugestimmt, hat eine neu gewählte Bundesversammlung den Revisionsentwurf auszuarbeiten. Werden das Rechtsstaatprinzip, die Grundrechte und die Verbindlichkeit der übernommenen völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien mit einer auf dem Wege einer ausformulierten Initiative auf Teilrevision der Verfassung ausgehöhlt und ausgeschaltet, kommt das einer Totalrevision der Bundesverfassung gleich, die dann jedoch nicht auf dem in der Verfassung in zwei Schritten vorgesehenen Weg erfolgt, der Schnellschüsse verhindern und vor allem einen in allen Teilen kohärenten Verfassungsentwurf gewährleisten soll. Der angenommenen Minarettverbotsinitiative kann eine solche Bedeutung auch aus diesem weiteren Grund nicht zukommen, abgesehen davon,

dass dies nicht dem Willen der zustimmenden Mehrheit entspräche, nachdem die Initianten stets beteuerten, die Religionsfreiheit sei nicht tangiert. Der Volksentscheid ist zu akzeptieren, darin eingeschlossen aber der Konflikt mit den mitnichten ausser Kraft gesetzten Grund- und Menschenrechten, der nach den geltenden Regeln unseres gewaltenteiligen Rechtsstaates aufzulösen ist.

---

\* Aktualisierte Fassung des Beitrages in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig - Zehn Jahre Bundesverfassung, NZZ-Verlag 2009, erschienen in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 04/2009.