**Die Legitimität und Notwendigkeit der Erweiterung der materiellen Gründe für die Ungültigkeit von eidg. Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung**

*Giusep Nay*

*Inhalt*

*1. Einleitung*

1.1. Stand der parlamentarischen Beratungen

1.2. Handlungsbedarf zu Unrecht verneint

*2. Die geltenden materiellen Ungültigkeitsgründe*

*2.1. Zwingendes Völkerrecht*

*2.1.1. Ursprüngliche Absicht*

*2.1.2. Tatsächliche Praxis*

*2.2. Undurchführbarkeit*

*3. Unhaltbare Abweichung von der ursprünglichen Absicht des Verfassungsgebers*

*4. Handlungsbedarf zur Wahrung echter Demokratie*

*4.1. Die Untrennbarkeit von Demokratie und Menschenrechten*

*4.2. Ungültigkeitsgründe als der Demokratie inhärente Selbstbeschränkung legitim und notwendig*

*5. Geltende Regelung und Praxis wahrt echte Demokratie nicht*

*6. Erweiterung der Ungültigkeitsgründe in Verbindung mit dem verfassungsmässigen Schutz der politischen Rechte als Lösung*

*6.1. Nichtumsetzbarkeit wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht als Verletzung der unverfälschten Stimmabgabe*

*6.2. Vorrang der Grund- und Menschenrechte auch gegenüber einer partikularen Verfassungsbestimmung*

*6.3. Das „zwingende Völkerrecht“ als Ungültigkeitsgrund gemäss seinem ursprünglichen Sinn de constitutione lata*

*6.4. Nichtumsetzbarkeit wegen Verstosses gegen vorrangiges Recht auf Bundesebene als zusätzlichen Ungültigkeitsgrund de constitutione ferenda*

*6.5. Einschränkung der Ungültigerklärung auf das Notwendigste zur Wahrung der politischen Rechte*

*6.6. Vorläufige materielle Vorprüfung durch die Bundeskanzlei*

*6.7. Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht*

*7. Schluss*

**1. Einleitung**

**1.1. Stand der parlamentarischen Beratungen**

Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat beantragten mit Motionen den Bundesrat, zwei Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit den Grundrechten und mit dem Völkerrecht vorzusehen: erstens eine materielle Vorprüfung von Volksinitiativen und zweitens die Einführung eines zusätzlichen Grundes für die Ungültigerklärung einer Volksinitiative, wenn sie den grundrechtlichen Kerngehalten der Bundesverfassung widerspricht. In der dazu durchgeführten Vernehmlassung wurden insbesondere Zweilfel an der Wirksamkeit der Massnahmen und an der Vereinbarkeit mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit geäussert, so dass der Bundesrat in seinem Bericht vom 19. Februar 2014[[1]](#footnote-1) dem Parlament die Abschreibung der Motionen beantragte.

Der Ständerat verzichtete hingegen vorerst darauf und seine Staatspolitische Kommission (SPK-SR) erstellte einen Bericht zu den Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen, in dem der Reformbedarf geprüft wird[[2]](#footnote-2). Sie kommt zum Schluss Die Beliebtheit des Instrumentes der Volksinitiative stelle nicht nur eine Herausforderung für den Gesetzgeber dar, sondern auch für die direkte Demokratie selber. Die häufig hart geführten Diskussionen über die Umsetzungsgesetzgebungen gehörten zwar durchaus zum normalen politischen Prozess, könnten aber bei den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern den Eindruck erwecken, Volksinitiativen würden nicht korrekt umgesetzt. Auch sei es problematisch, wenn dem Volk Initiativen zur Abstimmung vorgelegt würden, deren Wortlaut eine striktere Umsetzung verhiessen, als aufgrund rechtsstaatlicher oder völkerrechtlicher Rahmenbedingungen möglich sei. Das Vertrauen in das Instrument könnte dadurch gemindert werden. Vor diesem Hintergrund hat die SPK-SR geprüft, ob die Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen ergänzt werden sollten. Dabei habe sich gezeigt, dass die heute geltenden Gründe für die Ungültigerklärung einer Volksinitiative sich durchaus bewährt hätten. Sie sollten nicht ergänzt werden durch weitere Gründe, welche nicht präzis genug formuliert werden könnten und somit Spielraum für eine politische, statt rechtliche Beurteilung der Gültigkeit böten. In zwei Punkten könnte die Kommissionsmehrheit sich jedoch eine Ergänzung bzw. Präzisierung der Ungültigkeitsgründe vorstellen: Neu sollen auch Volksinitiativen als ungültig erklärt werden, welche rückwirkende Bestimmungen enthalten und das Erfordernis der Einheit der Materie soll in der Praxis strenger angewendet bzw. die entsprechenden Kriterien im Gesetz präziser formuliert werden.

**1.2. Handlungsbedarf zu Unrecht verneint**

Die Beurteilung, es bestehe kein dringender Handlungsbedarf und kaum eine Möglichkeit, eine griffige Erweiterung der Ungültigkeitsgründe zu finden, kann nicht geteilt werden.

Die grossen Schwierigkeiten mit der Umsetzung von menschen- und grundrechtswidrigen Volksinitiativen sind einerseits in unserem demokratischen Rechtsstaat gewichtiger als sie die SPK-SR darstellt. Anderseits lassen sich Lösungen finden, die sowohl das Demokratieprinzip als auch die mit der Demokratie untrennbar verbundenen Grund- und Menschenrechte wahren und rechtlich durchaus griffig gestaltet werden können. In verschiedenen Publikationen[[3]](#footnote-3) hat der Verfasser, wie andere auch, auf die ungelösten schwerwiegenden Probleme hingewiesen und eine Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung gefordert wie auch konkret vorgeschlagen. Diese sollen hier zusammengeführt, rechtlich vertieft und aktualisiert werden, als Hommage an seinen sehr geschätzten Kollegen Claude Rouiller, der selber auch stets unverbrüchlich für das Recht als Grundlage der Demokratie eintritt, und beide tun wir dies gerade als mit der direkten Demokratie von ihrer Herkunft her eng vertraute und verbundene Staatsbürger. Den unabhängigen Richter und Juristen zeichnet aus, dass er für seine rechtliche Überzeugung unabhängig davon eintritt, ob sie bei der Politik gut oder schlecht ankommt und auch ob sie in einer politischen Lage, wie der gegenwärtigen, in der eine nicht haltbare populistische Überhöhung des Volkswillens sonst weitgehend unwidersprochen bleibt, Aussicht auf Erfolg hat oder nicht.

**2. Die geltenden materiellen Ungültigkeitsgründe**

Nach Art. 139 Abs. 3 BV erklärt die Bundesversammlung eine Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung, die „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzt für ganz oder teilweise ungültig. Gleichzeitig wurde bei der Nachführung der Bundesverfassung festgehalten, dass diese Schranke nicht nur für Volksinitiativen, sondern auch für Behördenvorlagen gelte. Das Erfordernis, dass eine Initiative durchführbar sein müsse, wurde zudem als selbstverständlich und eine ausdrückliche Verankerung im Verfassungstext daher als überflüssig betrachtet [[4]](#footnote-4).

Damit geht das positive Recht davon aus, dass Volksinitiativen auf Änderung der Bundesverfassung Grenzen des Rechts gesetzt sind. Damit darf dem Volk mit Initiativen auf Teilrevisionen der Bundesverfassung, um die es in Art. 139 BV geht, nicht alles zur Abstimmung unterbreitet werden, und hat das Volk entgegen einem beliebten Slogan nicht immer Recht. Gemäss Art. 193 Abs. 4 BV ist eine Verletzung zwingender Bestimmungen des Völkerrechts selbst bei einer Totalrevision der Bundesverfassung unzulässig..

**2.1.** **Zwingendes Völkerrecht**

**2.1.1. Ursprüngliche Absicht**

Der Ungültigkeitsgrund der Verletzung zwingenden Völkerrechts wurde in der neuen Bundesverfassung von 1999 im Rahmen ihrer Nachführung eingefügt. In seiner Botschaft dazu[[5]](#footnote-5) führte der Bundesrat aus, heikel sei die Frage, wie sich das Initiativrecht zum Vorrang des Völkerrechts verhalten solle, der heute als allgemein anerkannter Grundsatz gelte. Die Reformvorschläge wollten das Initiativrecht so weit als möglich schonen. Aus diesem Grund sollten nicht alle völkerrechtswidrigen Initiativen ungültig erklärt werden können, sondern nur solche, die gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verstiessen[[6]](#footnote-6). Diese Haltung entspreche der Auffassung der herrschenden Lehre, nach welcher „zumindest“ zwingendes Völkerrecht als inhaltliche Schranke der Verfassungsrevision anzuerkennen sei. Auch die Bundesversammlung habe in ihrer jüngsten Praxis zukunftsweisend bestätigt, dass ius cogens als inhaltliche Grenze jeder Verfassungsrevision anzusehen sei[[7]](#footnote-7). 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.

Abschliessend hielt der Bundesrat fest, die präsentierte Schrankenregelung, die einzig die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision statuiert, gebe den heutigen Stand der Rechtslage wieder. Sie sei nicht abschliessend zu verstehen, sondern lasse Weiterentwicklungen in diesem Bereich zu. «Gerechtigkeit und Recht sind dem staatlichen Handeln vorgeordnet», führte der Bundesrat zu den Kennzeichen des schweizerischen Bundesstaates weiter aus[[8]](#footnote-8). Die in Art. 5 BV statuierte Rechtsbindung jeglicher Staatstätigkeit verpflichte dazu, die elementaren Gebote der materiellen Gerechtigkeit zu respektieren. Diese ergäben sich namentlich aus den Grundrechtsgarantien und hätten auch «zunehmend Eingang in das internationale Recht gefunden (zwingendes Völkerrecht)».

Im Parlament und bei der Volksabstimmung gab das soweit ersichtlich zu keinen weiteren Diskussionen Anlass, so dass diese Ausführungen die massgeblichen Materialien zur Auslegung des „zwingenden Völkerrechts“ als Ungültigkeitsgrund darstellen.

In der Lehre plädiert namentlich Daniel Thürer[[9]](#footnote-9) dafür, den Begriff des zwingenden Völkerrechts als eigenen staatsrechtlichen zu verstehen, im Sinne eines Bezugs auf objektive Fundamentalnormen der Völkerrechtsordnung.

**2.1.2. Tatsächliche Praxis**

Bei der Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» kam der Bundesrat in der Botschaft dazu zum Schluss, sie verletze zwingendes Völkerrecht nicht[[10]](#footnote-10). Eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts sei gemäss Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention «eine Norm, die von der internationalen Staaten- gemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann». Der Bundesrat habe in verschiedenen Botschaften Beispiele von zwingendem Völkerrecht erwähnt; darunter fielen namentlich die Verbote von Folter, Genozid, Sklaverei und die notstandsfesten Garantien der EMRK wie auch des UNO-Paktes II. Wenn solche Normen staatsvertraglich verankert seien, könne sich der einzelne Staat aufgrund ihres zwingenden Charakters selbst durch Kündigung nicht von ihrer Berücksichtigung entbinden. Die (mit der Initiative nicht gewährleistete) Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung sowie das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 des UNO-Paktes II seien hingegen nicht Bestandteil des zwingenden Völkerrechts im Sinne der vorstehenden Ausführungen. Diesbezüglich habe sich der Bundesrat in seiner Botschaft vom 7. Juni 2004 zur Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz-Ja!)» ausdrücklich dagegen ausgesprochen, dass Normen aus völkerrechtlichen Verpflichtungen, selbst wenn sie für die Schweiz von so überragender Bedeutung seien, dass deren Aufkündigung nicht in Frage komme, mit zwingendem Völkerrecht gleichgestellt werden. Dies führe dazu, dass trotz der Unkündbarkeit des UNO-Pakts II und trotz des hohen Ranges der EMRK in der Hierarchie der Übereinkommen, beide Abkommen kein zwingendes Völkerrecht im Sinne von Art. 139 Abs. 3 BV darstellten.

Eine entsprechende Prüfung bei der Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ insbesondere mit Blick auf unabänderliche Bestimmungen in den wichtigsten Menschenrechtspakten zeige ebenfalls, wie der Bundesrat in der Botschaft zusammenfassend ausführte[[11]](#footnote-11), dass die Initiative kein zwingendes Völkerrecht verletze und deshalb gültig sei. Die Initiative verstosse allerdings klar gegen eine Reihe international garantierter Menschenrechte, so gegen die Art. 9 (Religions- und Weltanschauungsfreiheit) und 14 (Diskriminierungsverbot) EMRK sowie gegen die Art. 2 (Diskriminierungsverbot) und 18 (Religions- und Weltanschauungsfreiheit) sowie möglicherweise auch Art. 27 (Minderheitenschutz) UNO-Pakt II. Der absolute und ausnahmslos formulierte Initiativtext lasse eine völkerrechtskonforme Auslegung kaum zu, sodass die Verfassungsbestimmung, sollte sie in Kraft treten, mit den genannten Menschenrechtspakten kollidieren würde.

Die Ausschaffungsinitiative verstiess nach der Auffassung des Bundesrats[[12]](#footnote-12) ebenfalls nicht gegen zwingendes Völkerrecht und wurde daher gültig erklärt, weil sie so ausgelegt werden könne, dass insbesondere das zum zwingenden Völkerrecht gehörende «Non-Refoulement-Prinzip» respektiert werde. Eine Annahme der Initiative würde indessen bei der Umsetzung zu erheblichen Kollisionen mit rechtsstaatlichen Garantien der Bundesverfassung führen, insbesondere mit dem darin enthaltenen Schutz des Privat- und Familienlebens sowie mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit behördlicher Massnahmen. Darüber hinaus könnten auch wichtige Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts, zum Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU, nicht mehr eingehalten werden.

**2.2. Undurchführbarkeit**

Die Bundesbehörden anerkannten die faktische Undurchführbarkeit einer Initiative als ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision. Stelle eine Initiative ein Begehren, das unmöglich sei und somit nicht erfüllt werden könne, sei es materiell gegenstandslos und dürfe nicht der Abstimmung unterbreitet werden[[13]](#footnote-13). So wurde die 1954 zustande gekommene Chevallier-Initiative ungültig erklärt, weil sie die Kürzung von Ausgaben in Rechnungsjahren verlangte, die nach Inkrafttreten der Bestimmung bereits abgelaufen gewesen wären[[14]](#footnote-14).

**3. Unhaltbare Abweichung von der ursprünglichen Absicht des Verfassungsgebers**

Es ist zu verstehen, wenn im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung lediglich die bislang ungeschriebene materielle Schranke des zwingenden Völkerrechts für Verfassungsänderungen als Ungültigkeitsgrund, festgeschrieben wurde. Eine weiter gehende Regelung drängte sich jedenfalls nicht unbedingt auf, waren Bundesrat und Bundesversammlung bis dahin ja nicht mit grund- und menschenrechtswidrigen Initiativen konfrontiert. Daran, dass dieser Ungültigkeitsgrund in Art. 139 Abs. 3 BV ausdrücklich als eine nicht abschliessende Mindestschranke mit Entwicklungsmöglichkeiten aufgenommen wurde, hielten sich Bundesrat und Bundesversammlung hingegen – obwohl es sich um eine rechtliche Frage handelt aus politischen Gründen und mangelndem Mut dem rechtspopulistischen Druck entgegenzutreten - in einer nicht zu verstehenden Weise nicht, zumal sich die wegen Verletzung grundlegender Menschenrechte nicht umsetzbaren Volksinitiativen nun häuften.

Auch das Bundesgericht und teilweise die Lehre gehen zu schnell und zu Unrecht davon aus, die alleinige ausdrückliche materielle Schranke des „zwingenden Völkerrechts“ für Volksinitiativen auf Teilrevisionen impliziere den Gegenschluss, dass ein Verstoss gegen „normales“ Völkerrecht damit als Ungültigkeitsgrund ausgeschlossen sei[[15]](#footnote-15). Bereits der Wortlaut – „oder“ und nicht „und“ in der Aufzählung der Ungültigkeitsgründe – legt dies nahe. Und die dargelegte Entstehungsgeschichte zeigt klar das Gegenteil auf. Praxis und Lehre erkennen zudem auch die faktische Undurchführbarkeit als einen über die in der Verfassung ausdrücklich genannten Ungültigkeitsgründe hinaus gehender Ungültigkeitsgrund an[[16]](#footnote-16).

Bundesrat und Bundesversammlung prüften zu Unrecht und in unhaltbarer Weise entgegen der ursprünglichen Absicht bisher nicht, ob die angeführten Initiativen nicht im Sinne der Weiterentwicklung des Begriffs des zwingenden Völkerrechts hätten ungültig erklärt werden können und müssen. Eine Erweiterung der Ungültigkeitsgründe in diese Richtung wäre durch den bei der Nachführung der Bundesverfassung klar bekundeten Willen, „zumindest“ bei Verletzung zwingenden Völkerrechts eine Initiative ungültig zu erklären, nicht nur gerechtfertigt, sondern geboten gewesen. Nachdem der Begriff „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ Thürer folgend[[17]](#footnote-17) als ein landesrechtlicher Begriff verstanden wurde[[18]](#footnote-18), bestünde dazu auch ein erheblicher Spielraum. In Verbindung damit, dass es sich um einen eigenen staatsrechtlichen Begriff handelt, erweitert der Hinweis auch bei der Erläuterung der Schranke des Rechts für alles staatliche Handeln nach Art. 5 Abs. 1 BV auf das „zwingende Völkerrecht“, die Weiterentwicklungsmöglichkeiten bei diesem Ungültigkeitsgrund für Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung zusätzlich.

Der Ungültigkeitsgrund des zwingenden Völkerrechts wurde demgegenüber, anstatt ihn, wie beabsichtigt zu erweitern, vielmehr entgegen den Erklärungen in den Materialien eingeengt, wie dies aus den angeführten Entscheiden der Bundesversammlung und ihren Begründungen[[19]](#footnote-19) ersichtlich ist. Vom ursprünglichen Verständnis des Begriffs des zwingenden Völkerrechts dahin, ein Rechtsstaat könne sich nicht über völkerrechtliche Normen hinwegsetzen, die international als elementare Bestimmungen zum Schutz fundamentalster Grundrechte und des humanitären Völkerrechts verstanden werden und die unabhängig von der Ratifikation oder Kündigung der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge einen für alle Rechtsstaaten verbindlichen Charakter aufwiesen[[20]](#footnote-20), wichen Bundesrat und Bundesversammlung leider gänzlich ab.

**4. Handlungsbedarf zur Wahrung echter Demokratie**

**4.1. Die Untrennbarkeit von Demokratie und Menschenrechten**

Demokratie ist die Herrschaft des Volkes. Ein Volk besteht aus Menschen, denen allen die gleiche Würde zukommt und jedem damit auch die gleichen Rechte, die diese Würde gewährleisten, zustehen. Diese Rechte heissen deshalb Menschenrechte und sie bedeuten vorab, dass der Mensch das Recht hat, Rechte zu haben (Hannah Arendt). Eine Volksgemeinschaft von Menschen mit allen dieser gleichen Würde kann ihre Herrschaft nur als ein die Menschenrechte garantierender Rechtsstaat ausüben. Widrigenfalls würde die Natur einer *Volks*herrschaft als Herrschaft von Menschen mit gleichen Rechten über Menschen mit ebenfalls den gleichen Rechten verfälscht. Eine echte Demokratie ist allein gewahrt, wenn Demokratie und Menschenrechte sowie Rechtsstaat untrennbar sind.

Jürgen Habermas zeigt in seiner politischen Diskurstheorie[[21]](#footnote-21) auf, dass die Prinzipien von Menschenrechten und Volkssouveränität, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie nicht im Widerspruch zueinander stehen, vielmehr in ihrer Realisierung gegenseitig aufeinander angewiesen sind. Nur der demokratische Prozess gewährleistet nach Habermas, dass die Gesellschaftsbürger gleichmässig in den Genuss gleicher subjektiver Freiheiten gelangen. Umgekehrt könne nur eine gesicherte Privatautonomie der Gesellschaftsbürger die Staatsbürger instand setzen, von ihrer politischen Autonomie den richtigen Gebrauch zu machen. „Die Interdependez von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie kommt in diesem Ergänzungsverhältnis von privater und staatbürgerlicher Autonomie zum Vorschein: Jede von beiden zehrt von Ressourcen, die sie füreinander darstellen“, so Habermas[[22]](#footnote-22). Richtig verstandene Volkssouveränität ist – wenn seine viel weitläufigeren rechtsphilosophischen Reflexionen, als sie hier angeführt werden können, so auf einen Punkt gebracht werden dürfen - nur gegeben, wenn Menschen mit gleichen Teilnahmerechten sich eine Ordnung geben, die auch gleiche Teilnahmerechte für alle schaffen will und schafft. Volkssouveränität und die Menschenrechte - die von grundlegendster Bedeutung für diese gleichen Teilnahmerechte sind - sind auf diese Weise im demokratischen Rechtsstaat untrennbar miteinander verbunden[[23]](#footnote-23).

Der Unterschied zwischen Demokratie und Diktatur liegt nicht nur darin, dass in der Demokratie die Gesamtheit des Volkes die Macht ausübt und nicht allein ein Einzelner oder eine kleine Gruppe. Entscheidend für richtig verstandene Demokratie ist, dass sich eine Volksmehrheit in der Demokratie im Gegensatz zum Diktator keine unbeschränkte Macht anmasst. Sonst fielen Volkssouveränität und Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit und Demokratie in unzulässiger Weise auseinander.

Unsere Bundesverfassung kennt denn auch keine Bestimmung, die eine unbeschränkte Machtausübung des Volkes festlegen würde. In mehreren Kantonsverfassungen findet sich zwar die richtige Bestimmung: „Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk“. Diese darf jedoch nicht missverstanden werden. Art. 5 Abs. 1 BV, der lautet: „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht“, stellt klar, dass auch die Macht des Volkes durch das Recht beschränkt ist. Alle Staatsgewalt beruht auf dem Willen des Volkes, aber als einer Gemeinschaft von Menschen, die alle Anspruch auf die gleichen Grundrechte haben. Damit ist nicht jedes staatliche Handeln im Namen des Volkes auch legitim, vielmehr ist das Recht eine unbedingte Schranke. In Art. 5 Abs. 4 BV ist zudem festgehalten, dass Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten haben. Das ist ein Bekenntnis zu völkerrechtlicher Vertragstreue und damit zu den Menschenrechten, die in den demokratisch ratifizierten völkerrechtlichen Verträgen garantiert sind. Das Recht ist damit nicht nur selbstverständlich nur legitim, wenn es in der Demokratie gründet, ebenso zwingend ist auch die Demokratie nur legitim, wenn sie im Recht und vorab in den Menschenrechten gründet. Demokratie und Recht wie Volkssouveränität und Menschenrechte sind so auch positivrechtlich gesehen nicht trennbar.

**4.2. Ungültigkeitsgründe als der Demokratie inhärente Selbstbeschränkung legitim und notwendig**

Jedenfalls bei Volksinitiativen auf Teilrevision (sic!) der Bundesverfassung ist eine die Menschenrechte und die unabdingbaren Grundlagen des Rechtsstaates - wie namentlich auch die Gewaltenteilung mit einer unabhängigen Judikative als die oberste rechtsprechende Gewalt[[24]](#footnote-24) - wahrende inhaltliche Schranken nicht nur legitim, sondern auch notwendig. Sie ist legitim, weil es sich, wie dargelegt, richtig betrachtet um eine der Demokratie inhärente und so zu ihrer Wahrung auch notwendige Selbstbeschränkung handelt.

Auf die Frage, wie es sich damit bei einer Totalrevision der Bundesverfassung – wo die Fragestellung eine andere ist, weil dort der gesamte Verfassungsbestand grundsätzlich zur Disposition steht – kann und soll hier nicht eingegangen werden. Dass unsere Bundesverfassung eine Totalrevision vorsieht und dafür aus guten Gründen mit einem zweistufigen Verfahren zusätzliche Hürden aufbaut, erlaubt jedoch das Initiativrecht bei einer Teilrevision inhaltlich stärker einzuschränken, ohne das Gleichgewicht zwischen Demokratie- und Rechtsstaatprinzip in unhaltbarer Weise zuungunsten des letzteren zu verschieben. Die Grundlagen unseres demokratischen Rechtsstaates können, wenn die Grund- und Menschenrechte als eine Schranke betrachtet werden, die eine Teilrevision ausschliesst, dann immer noch auf dem Wege der Totalrevision verändert werden, wenn Volk und Stände dies wollen sollten. Diese müssen sich dabei hingegen dessen bewusst sein, dass die Demokratie bei substanziellen Veränderungen dieser tragenden Grundlagen die Demokratie abschaffen würde.

Das wirft die Frage der Abgrenzung zwischen Teil- und Totalrevision auf, die in der Lehre nicht vertieft wird[[25]](#footnote-25). Auch dies kann und soll hier indessen nicht weiter erörtert werden. Die Frage, wie weit eine weiter als ein eng verstandener Ungültigkeitsgrund des zwingenden Völkerrechts gehende inhaltliche Schranke für Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung gehen kann und soll, wird jedoch mit entscheidendem Gewinn vor dem Hintergrund einer immer noch bestehenden Möglichkeit einer Totalrevision betrachtet. Daraus lassen sich dann auch Anhaltspunkte für die Abgrenzung zwischen einer Teil- und einer Totalrevision der Verfassung finden.

**5. Geltende Regelung und Praxis wahrt echte Demokratie nicht**

Die geltende Regelung in Art. 139 Abs. 3 BV und die bisherige Praxis dazu wahren weder die Menschenrechte noch die Rechtsstaatlichkeit, wie echte Demokratie es erfordert[[26]](#footnote-26). Dies zeigen die angeführten und die weiteren bekannten Fälle, in denen angenommene Volksinitiativen als gültig erklärt wurden und dann nicht dem Volkswillen entsprechend umgesetzt werden konnten eindrücklich auf[[27]](#footnote-27). Der Bericht der SPK-SR, der hier nur bestimmte Schwierigkeiten sieht, verkennt, dass bereits mehrere Initiativen nicht dem Volkswillen gemäss umgesetzt werden konnten und können[[28]](#footnote-28).

Das Parlament[[29]](#footnote-29) und teilweise auch die Lehre[[30]](#footnote-30) scheinen sich damit zu begnügen, die Menschenrechte und den Rechtsstaat als gewahrt zu betrachten, indem dagegen verstossende Initiativen trotzdem durch den Gesetzgeber umgesetzt werden, sie dann aber durch die Gerichte im konkreten Fall nicht angewendet werden. Das mag bei wenig bedeutenden Ausnahmefällen tragbar sein, nicht hingegen bei der Häufung von schwerwiegenden Konfliktfällen, die zu verzeichnen ist und deren Ende nicht abzusehen ist, im Gegenteil[[31]](#footnote-31). Das zerstört die Glaubwürdigkeit des demokratischen Rechtstaates, der ohne das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in ihn nicht gewahrt ist. Auf der Strecke bleiben die Menschenrechte, wenn die Ausführungsgesetzgebung die Grund- und Menschenrecht oder andere Grundlagen des Rechtsstaates verletzt; beachtet sie diese oder wird das Ausführungsgesetz durch die Gerichte nicht angewendet, wird der Volkswille missachtet. In unhaltbarer Weise bleiben so entweder das Rechtsstaats- oder das Demokratieprinzip auf der Strecke, allenfalls auch beide mehr oder weniger.

Klar sein muss, dass die Menschenrechte nicht zur demokratischen Disposition stehen, weil sie, wie dargelegt, mit echter Demokratie untrennbar verbunden sind und die Demokratie sich selber abschafft, wenn sie Abstriche an den Menschenrechten glaubt „demokratisch“ beschliessen können zu müssen. Bei Teilrevisionen der Bundesverfassung ist es in jedem Fall gerechtfertigt und zur Wahrung echter Demokratie notwendig, dies zu verhindern. Dabei ist zu sehen, dass das Initiativrecht dadurch nicht wirklich eingeschränkt wird, denn über Initiativen abstimmen zu können, die nicht umgesetzt werden können und auch nicht werden, verhilft gar nicht dazu, einen Volkswillen durchsetzen zu können.

**6. Erweiterung der Ungültigkeitsgründe in Verbindung mit dem verfassungsmässigen Schutz der politischen Rechte als Lösung**

Die geltende Regelung in der Bundesverfassung – jedenfalls so wie sie ausgelegt und angewendet wird - ist weitgehend als unbefriedigend anerkannt und es fehlen denn auch nicht Bemühungen von politischer Seite und Vorschläge aus der Lehre, diese zu verbessern[[32]](#footnote-32)llen, dass im gewaltenteiligen Rechtssungsgericht bzw. beim Bundesgerichtdesverfassungnschaften,arstellt - zwar insbesondere du. Darunter ist auch der Vorschlag des Verfassers, der als Besonderheit bei der Garantie der politischen Rechte unserer Bundesverfassung ansetzt, die den Volkswillen schützt. Dieser soll hier näher vorgestellt werden, als Beitrag zur Gewährleistung eines wahren demokratischen Rechtsstaates, der zum Selbstschutz das Initiativrecht seiner Bürgerinnen und Bürger beschränken kann, ja muss.

**6.1. Nichtumsetzbarkeit wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht als Verletzung der unverfälschten Stimmabgabe**

Die Rechtsgrundlage, um gegen höherrangiges Recht verstossende Initiativen ungültig erklären zu können, bildet die Garantie der politischen Rechte von Art. 34 BV, was in der Diskussion der Änderungsvorschläge weitgehend übersehen wird. Nach der ständigen und vielfältig konkretisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen verbürgen die politischen Rechte den Anspruch darauf, *„dass kein Abstimmungs- und Wahlergebnis anerkannt werde, welches nicht den freien Willen der Stimmbürger zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt“[[33]](#footnote-33)*. Das Bundesgericht bejaht - wie allgemein und auch durch die Bundesversammlung anerkannt – gestützt drauf die Undurchführbarkeit als Grund, eine Initiative ungültig zu erklären. Es prüft dazu vor allem die Vereinbarkeit der Initiative mit dem übergeordneten Recht. Eine Volksinitiative auf *kantonaler* Ebene, die dem übergeordneten Bundesrecht widerspricht und für die Prüfung von deren Gültigkeit das Bundesgericht seit Einführung des Initiativrechts 1891 zuständig ist, ist *rechtlich* nicht durchführbar oder umsetzbar. Dies ist der tiefere Grund, weshalb sie gestützt auf Art. 34 BV ungültig zu erklären ist, wenn dies in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel auch nicht unmittelbar so zum Ausdruck gebracht wird. In BGE 128 I 190 E. 5 mit Hinweisen hat das Bundesgericht indessen ausdrücklich festgehalten, die Undurchführbarkeit könne faktisch oder rechtlich sein[[34]](#footnote-34). Eine rechtlich nicht umsetzbare Initiative verletzt in gleicher Weise wie eine faktisch undurchführbare die freie Willenskundgabe und die unverfälschte Stimmabgabe, weil der Volkswille bei einer Annahme nicht respektiert werden kann. Daher dürfen solche Initiativen der Abstimmung nicht unterbreitet werden. Die Garantie der unverfälschten Stimmabgabe verlangt, dass die Stimmberechtigten nicht über den wahren Gehalt des Abstimmungsgegenstandes getäuscht werden. Sie sollen nicht etwas, das so nicht zur Debatte steht, weil es gar nicht verwirklicht werden kann, zustimmen können, mit dem demokratisch unhaltbaren Ergebnis, dass sie ihren mit ihrer Stimme kundgetanen Willen dann missachtet sehen.

Der Bürger hat bei kantonalen Volksinitiativen dort, wo das zuständige kantonale Organ unter dem Gesichtswinkel der bundesrechtlichen Garantie des Stimmrechts diese nach kantonalem Recht von Amtes wegen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht prüft, einen Anspruch, dass die obligatorische Kontrolle der Rechtmässigkeit korrekt durchgeführt wird, damit die Stimmbürgerschaft sich nicht zu Bestimmungen äussern muss, die von vornherein materiell höherrangigem Recht widersprechen[[35]](#footnote-35). Da diese Prüfung auf Bundesebene in Art. 139 Abs. 3 BV vorgeschrieben ist, besteht der gleiche, aus Art. 34 BV folgende Anspruch auch bei eidgenössischen Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung. Das politische Recht, eine Volksinitiative einreichen und darüber abstimmen zu können, ist auch hier nur gewahrt, wenn die Initianten und die zustimmenden Stimmberechtigten ihren Willen nicht wegen Verstosses gegen höherrangiges Recht gar nicht verwirklicht sehen können.

Das, was auf kantonaler Ebene rechtens ist, muss auch auf Bundesebene gelten, auch wenn hier die Bundesversammlung allein und ohne Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht[[36]](#footnote-36) über die Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Volksinitiative entscheidet, denn diese ist ebenso an Art. 34 BV gebunden.Auch eine eidgenössische Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung verletzt die politischen Rechte im dargelegten Sinn, wenn sie zur Abstimmung zugelassen wird, obwohl sie rechtlich nicht umsetzbar ist. Sie kann gleich wie eine kantonale Volksinitiative, die übergeordnetem Bundesrecht widerspricht, nicht umgesetzt werden.

**6.2. Vorrang der Grund- und Menschenrechte selbst gegenüber einer partikularen Verfassungsbestimmung**

Gemäss der herrschenden und gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts, geht Völkerrecht jedenfalls dann stets dem Landesrecht vor, wenn es dem Schutz der Menschenrechte dient. Weder die sog. Schubert-Praxis, die einen Vorbehalt bei einem durch den Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommenen Konflikt mit dem Völkerrecht vorsieht, noch die Lex-posterior-Regel, wonach spätere Bestimmungen früheren vorgehen, gelten in diesem Fall[[37]](#footnote-37).Hinzu kommt, dass ein Urteil des Bundesgerichts gemäss Art. 122 des Bundesgerichtsgesetzes zu revidieren ist und die EMRK sich so in jedem Fall durchsetzt, wenn dieses zu einer Verurteilung der Schweiz durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte führt. Wenn vereinzelt immer wieder geltend gemacht wird, der Gesetzgeber habe den Vorrang des Völkerrechts nicht festgelegt, so schafft diese Bestimmung des Bundesgerichtsgesetzes jedenfalls in Bezug auf die EMRK Klarheit.

Seine Rechtsprechung zum Vorrang der Menschenrechte vor Landesrecht hat das Bundesgericht im angeführten, wegweisenden Urteil zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative bekräftigt. Es hat dabei zunächst in E. 3 geprüft, ob der Widerruf einer Niederlassungsbewilligung verhältnismässig und mit Art. 8 EMRK vereinbar sei, was es verneint und daher die gestützt auf Art. 63 AuG erlassene Widerrufsverfügung aufhebt. Wenn es sodann in E. 4 zum Schluss kommt, nichts anderes ergebe sich aus den mit der Annahme der Ausschaffungsinitiative in die Verfassung aufgenommenen Art. 121 Abs. 3 – 6, so bedeutet dies – und das ist bemerkenswert und wurde bisher zu wenig beachtet - , dass die ratifizierten völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien auch gegenüber solchen partikularen Verfassungsbestimmungen den Vorrang geniessen. Im Rahmen seiner Prüfung der *praktischen Konkordanz* stellt das Bundesgericht schliesslich weiter klar, dass auch die Grundrechtsgarantien unserer Verfassung Vorrang haben vor anderen Einzelbestimmungen der Verfassung und dass auch hier weder die Schubert-Praxis noch die Lex-posterior-Regel gelten[[38]](#footnote-38).

Mit der „Durchsetzungsinitiave“, über die Volk und Stände anfangs des nächsten Jahres zu befinden haben werden, versuchen die Initianten vergeblich, die Anwendung dieser Rechtsprechung in ihrem Fall zu verhindern, indem sie in einer neuen Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 IV. bestimmen wollen, die Bestimmungen der Initiative über die Landesverweisung und deren Vollzugsmodalitäten gingen dem nicht zwingenden Völkerrecht vor. Auch eine solche neue spätere Einzelbestimmung allein für die Landesverweisung könnte das Bundesgericht nicht anwenden, soweit dies zu Einzelfallentscheiden führt, die der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR widersprechen. Wenn das Bundesgericht in BGE 139 I 16 E. 4.2.1.einleitend zu seinen Erwägungen zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen im Sinne der *praktischen Konkordanz* ausführt, solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräume, sei auslegungsmässig grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Regelungen auszugehen, kann es klarerweise nicht die Meinung des Bundesgerichts sein, eine Übergangsbestimmung wie in der „Durchsetzungsinitiative“ könne den Grundsatz des Vorrangs der Grund- und Menschenrechte in einem Einzelbereich wie den der Landesverweisung ausschliessen, wie die Initianten anzunehmen scheinen. Andernfalls stünde diese Aussage in direktem Widerspruch zur Nichtgeltung der Schubert-Praxis bei den Grund- und Menschenrechten in E. 5 des gleichen Entscheides, die ja gerade bedeutet, dass weder der Gesetzgeber noch der Verfassungsgeber mit einer partikularen Bestimmung deren Vorrang ausschliessen kann, auch wenn er dies ausdrücklich sagte. Es geht bei dieser Aussage denn auch um einen Konflikt zwischen grundsätzlich gleichwertigen Bestimmungen, die beide nicht auf Grund- und Menschenrechtsstufe stehen, wie dies in BGE 128 II 1 E. 3d, auf den verwiesen wird, der Fall ist[[39]](#footnote-39). Eine eindeutige Konfliktregel in einer Verfassungsbestimmung, die bei gegenläufigen Grundrechtsinteressen die erforderliche Güterabwägung selber vornimmt und zum Ausdruck bringt, dass das eine Grundrecht dem anderen vorgeht und dieses im Konfliktfall verdrängt, schliesst das Bundesgericht in E. 4.2.2. nicht gänzlich aus[[40]](#footnote-40). Dies sei aber nicht leichthin anzunehmen, erst recht nicht, wenn eine Verfassungsnorm in Widerspruch zu grundrechtlichen Ansprüchen gerate, welche in für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten garantiert seien.

**6.3. Das „zwingende Völkerrecht“ als Ungültigkeitsgrund gemäss seinem ursprünglichen Sinn de constitutione lata**

Die Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung in Art. 139 Abs. 3 BV sollten in erster Linie soweit als möglich auf dem Wege der Auslegung und Anwendung des „zwingenden Völkerrechts“ weiterentwickelt werden. Das ist dank der nicht abschliessenden Aufzählung entgegen verbreiteter Meinung, wie dargelegt, möglich und zulässig; ja, dies ist gemäss der bei der Nachführung der Bundesverfassung ausdrücklich erklärten entsprechenden Absicht aus Vertrauensschutzgründen geboten [[41]](#footnote-41). Unter Mitberücksichtigung der Undurchführbarkeit einer Initiative, die als ungeschriebenen Ungültigkeitsgrund anerkannt ist[[42]](#footnote-42), könnte eine Praxis entwickelt werden, die dem Rechnung trägt, dass Gerechtigkeit und Recht dem staatlichen Handeln vorgeordnet ist und sich namentlich aus den Grund- und Menschenrechtsgarantien ergibt, wie der Bundesrat dies festhielt[[43]](#footnote-43), und die dagegen verstossende und damit nicht umsetzbare Volksinitiativen ungültig erklärt.

Wie weit dies - in der gegenwärtigen unhaltbaren Lage, in die sich die Politik mit dem Abweichen vom ursprünglichen Verständnis des Kriteriums des „zwingenden Völkerrechts“ gebracht hat, - aus *politischen* Gründen allenfalls nur mit einer entsprechenden Ergänzung von Art. 139 Abs. 3 BV über eine Teilrevision der Bundesverfassung erfolgen sollte, sei hier offen gelassen.

**6.4. Nichtumsetzbarkeit wegen Verstosses gegen vorrangiges Recht auf Bundesebene als zusätzlichen Ungültigkeitsgrund de constitutione ferenda**

Auf dem Wege der Teilrevision der Bundesverfassung könnte und müsste in Art. 139 Abs. 3 BV[[44]](#footnote-44) vorgesehen werden, dass eine Volksinitiative - als Zusatz zum enger verstandenen Ungültigkeitsgrund des „zwingenden Völkerrechts“ - auch ungültig erklärt wird, *wenn sie offensichtlich nicht umsetzbar ist, weil sie mit den Grund- und Menschenrechten oder den verfassungsmässigen Grundlagen des Rechtsstaates nicht vereinbar ist.* Unter Rückgriff auf die Praxis des Bundesgerichts, wie sie dem Bundesgerichtsentscheid zur Nichtumsetzbarkeit der Ausschaffungsinitiative zu entnehmen ist, könnte dieser neue Ungültigkeitsgrund in der Praxis konkretisiert werden. Eine Volksinitiative könnte und müsste so ungültig erklärt werden, wenn und soweit sie wegen Verstosses gegen vorrangiges Recht gemäss der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung[[45]](#footnote-45) nicht umgesetzt werden kann. Dies würde nicht das Initiativrecht schwächen, weil die Stimmberechtigten bei einer Annahme mangels Umsetzbarkeit nur verschaukelt werden, vielmehr stärkte dies die echte Demokratie, indem die Grund- und Menschenrechte so stets gewahrt blieben und zudem auch die im Rechtsstaat für dessen Glaubwürdigkeit wichtige *Kohärenz unserer Rechtsordnung* gewährleistet wäre. Letzteres zumal wenn mit einer neu einzuführenden Beschwerdemöglichkeit gegen den Entscheid der Bundesversammlung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Initiative an das Bundesgericht[[46]](#footnote-46) sichergestellt wäre, dass die gleiche Vorrangregel zur Ungültigkeit einer Initiative führt, wie sie das Bundesgericht bei der Prüfung der Anwendbarkeit einer angenommen Initiativbestimmung zur Geltung bringt.

Gemäss Art. 5 BV ist das Recht „Grundlage und Schranke staatlichen Handelns“ und dessen Abs. 2 bestimmt: „Staatliches Handeln muss ... verhältnismässig sein.“ In der Lehre wird mit überzeugenden Argumenten die Auffassung vertreten, das Verhältnismässigkeitsprinzip sei als Teil des ius cogens zu betrachten[[47]](#footnote-47) . Ausserdem müssen Einschränkungen der Grundrechte nach Art. 36 BV stets vor allem auch verhältnismässig sein. Das Recht als Grundlage des Staates und der Grundrechtsschutz würde obsolet, wenn diese den Rechtsstaatcharakter und die hervorragende Bedeutung der Grundrechte begründenden Bestimmungen nicht auch im Falle einer partikularen Bestimmung der Verfassung gelten würden, sei diese nun auf dem Wege der Gesetzgebung oder einer Volksinitiative in die Bundesverfassung aufgenommen worden, wie das Bundesgericht nun auch wegweisend entschieden hat. Die Lehre, die sich weitgehend noch davor scheut, wird nicht darum herumkommen, eine Hierarchie unter den Normen der Bundesverfassung anzuerkennen und Kriterien dazu zu entwickeln; Anhaltspunkte dafür lassen sich u.a. gerade aus Art. 36 BV ableiten und ebenso aus der eingangs angeführten notwendigen Abgrenzung zwischen Total- und Teilrevision der Bundesverfassung.

Die Wahrung der politischen Rechte und damit gerade auch des Initiativrechts erheischt daher eine Erweiterung der Ungültigkeitsgründe auch über das weit verstandene „zwingende Völkrrech“ sowohl auf die ratifizerten völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien als auch auf die verfassungsmässigen Grundrechte und die Grundlagen des Rechtsstaates. Das Initiativrecht wird, wenn eine Volksinitiative wegen Verletzung von Grund- und Menschenrechten und Verstosses gegen die Grundlagen des Rechtsstaates nicht zur Abstimmung gelangen kann, wie dargelegt, erst gewahrt und keineswegs in unzulässiger Weise eingeschränkt.

**6.5. Einschränkung der Ungültigerklärung auf das Notwendigste zur Wahrung der politischen Rechte**

Die Verbindung des Kriteriums der Umsetzbarkeit, als das aus der Garantie der politischen Rechts folgende Erfordernis, mit den erweiterten Ungültigkeitsgründen, wie sie vorgeschlagen werden, sorgte dafür, dass die Anwendbarkeit von deren zugegeben eher weiten Fassung auf das zum Schutz der unverfälschten Stimmabgabe Notwendigste doch eingeschränkt bleibt. Eine Initiative muss *offensichtlich* rechtlich nicht umsetzbar sein, damit sie zum Schutz der politischen Rechte ungültig erklärt werden kann. Dabei ist die Möglichkeit der menschenrechts- und verfassungskonformen Auslegung auszuschöpfen, wie dies das Bundesgericht auch im Anwendungsfall einer angenommenen Initiative tut. Erfolgt eine solche Prüfung einer Volksinitiative in diesem Sinn eingehend bevor sie einer Abstimmung unterbreitet wird, trägt deren Resultat überdies auch bei einer Gültigerklärung wesentlich dazu bei, deren allein umsetzbaren und damit wahren Gehalt zu klären und so eine einwandfreie Willensbildung der Stimmberechtigten zu gewährleisten.

**6.6. Vorläufige materielle Vorprüfung durch die Bundeskanzlei**

Eine vorläufige summarische Prüfung der Gültigkeit einer Initiative auch in materieller Hinsicht durch die Bundeskanzlei, die bereits heute eine formelle Prüfung vornimmt, - wie sie nun auch die SPK-SR allerdings nur fakultativ - vorschlägt, ist zu begrüssen. Sie wäre angesichts der erweiterten Ungültigkeitsgründe umso wichtiger und nicht dem Gutdünken des Initiativkomitees zu überlassen, denn eine unverfälschte Willensbildung auch der Unterzeichner einer Initiative ist von Amtes wegen zu gewährleisten. Ein negatives Ergebnis oder ernstliche Bedenken müssten summarisch begründet diesem vor dem Beginn der Unterschriftensammlung zur Kenntnis gebracht werden und auf den Unterschriftenbogen vermerkt sein. Lässt das die Initianten und Unterzeichner unbeeindruckt, bestünden um so weniger demokratische Hemmungen, die Initiative gegebenenfalls ungültig zu erklären.

**6.7. Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht**

Durch eine Ausnahme von Art. 189 Abs. 4 BV, nach welcher Bestimmung Akte der Bundesversammlung beim Bundesgericht nicht angefochten werden können, müsste zugelassen werden, dass Beschlüsse der Bundesversammlung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Volksinitiativen auf dem Beschwerdeweg an das Bundesgericht weitergezogen werden können[[48]](#footnote-48).

Es bestehen keine Gründe, bei eidgenössischen Volksinitiativen etwas anderes vorzusehen, als was sich in Bezug auf kantonale Volksinitiativen bewährt hat: die Zuständigkeit des Parlaments für den Entscheid über die Gültigkeit oder Ungültigkeit, aber mit dem Recht sowohl der Initianten als auch der übrigen Stimmberechtigten, eine Beschwerde gegen die Ungültig- oder Gültigerklärung beim Bundesgericht einzureichen. Die Schliessung dieser - spätestens seit der starken Verlagerung der Volksinitiativen von der kantonalen auf Bundesebene - empfindlichen Lücke im richterlichen Schutz der politischen Rechte bei eidgenössischen Volksinitiativen drängt sich bei einer Erweiterung der Ungültigkeitsgründe umso mehr auf, als sich damit differenziert zu betrachtende Rechtsfragen von so grundlegender Bedeutung stellen, dass im gewaltenteiligen Rechtsstaat die oberste Justizinstanz auch hier für eine kohärente und konsequente Rechtsprechung muss sorgen können.

**7. Schluss**

Zusammenfassend kann ganz kurz festgehalten werden: Wenn ein politischer Wille zu handeln, wo zu handeln ist, vorhanden wäre, wäre auch ein legitimer rechtlicher Weg gegeben.

1. Amtliches Bulletin, Geschäftsnummer 14.024. [↑](#footnote-ref-1)
2. Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen. Prüfung des Reformbedarfs, Bericht der SPK-SR vom 20. August 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. Giusep Nay, Initiativrecht und Wahrung des Verfassungsbestandes, in: Georg Kreis (Hg.), Wahrungs des Verfassungsbestandes, Zürich 2015. Ders., Das Volk hat nicht immer Recht, in: FS Auer: Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht, Bern 2013, S. 163 ff. Ders., Der Wille der Stimmbürger, NZZ 06.12.2013, Gastkommentar in Meinung & Debatte. Ders., Volk nicht verschaukeln, Asyl 3/14, Editorial. [↑](#footnote-ref-3)
4. Botschaft des Bundesrates zur neuen Bundesverfassung, BBl 1997 I 445. [↑](#footnote-ref-4)
5. BBl 1997 I 446 ff. [↑](#footnote-ref-5)
6. Diese weitgehende Schonung des Initiativrechts erfolgte mit Blick auf die vielen politischen und rechtlichen Mittel, die eingesetzt werden könnten, um einen Normkonflikt zu vermeiden, wurde dazu angemerkt. [↑](#footnote-ref-6)
7. Als Beispiel dafür wurde die Ungültigerklärung der Volksinitiative "für eine vernünftige Asylpolitik" wegen Verstosses gegen das Prinzip des Ausschaffungsverbots (non-refoulement) angeführt: siehe BBl 1994 I 1496 ff. Dort hattte der Bundesrat in Anlehnung an die vorherrschende Lehre zum Begriff des zwingenden Völkerrechts festgehalten: „Ein Rechtsstaat kann sich nicht über völkerrechtliche Normen hinwegsetzen, die international als elementare Bestimmungen zum Schutz fundamentalster Grundrechte und des humanitären Völkerrechts verstanden werden und die unabhängig von der Ratifikation oder Kündigung der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge einen für alle Rechtsstaaten verbindlichen Charakter aufweisen.“ [↑](#footnote-ref-7)
8. Botschaft BBL 1997 I 15. [↑](#footnote-ref-8)
9. Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 201. Daniel Thürer, Volksherrschaft und Herrschaft, in: DanielThürer, Europa als Erfahrung und Experiment – Grundidee und Gerechtigkeit, Zürich 2015, Bd. 3 S. 439 ff. [↑](#footnote-ref-9)
10. BBl 1996 8958 ff. Das Parlament folgte ihm darin, die Initiative wurde in der Volksabstimmung dann abgelehnt. [↑](#footnote-ref-10)
11. BBl 2008 7604. [↑](#footnote-ref-11)
12. BBl 2009 5098. [↑](#footnote-ref-12)
13. So die Botschaft zur neuen Bundesverfassung: BBl 1997 I 445. [↑](#footnote-ref-13)
14. BBl 1955 II 334 ff. [↑](#footnote-ref-14)
15. BGE 139 I 16 E. 5.2.1. und Astrid Epiney/Stefan Diezig,in: Waldmann/Belser/Epiney (Hg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 139 N 38 und N 48 f. mit Hinweisen (zit. BSK BV – Epiney/Diezig). [↑](#footnote-ref-15)
16. BSK BV – Epiney/Diezig, Art. 139 N 45. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fn 9 oben. [↑](#footnote-ref-17)
18. So der Zusatzbericht des Bundesrates vom 30, März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3619. [↑](#footnote-ref-18)
19. Oben 2.1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Fn 7 oben. [↑](#footnote-ref-20)
21. In: Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1992. [↑](#footnote-ref-21)
22. Der demokratische Rechtsstaat – eine paradoxe Verbindung widersprüchlicher Prinzipien?, in: Zeit der Übergänge – Kleine politische Schriften IX, Suhrkamp 2001, S. 151. [↑](#footnote-ref-22)
23. Habermas, Fn 21, S. 151 ff., wandelt das ab unter dem Zwischentitel „Diskurstheoretische Begründung der Grundrechte: Diskursprinzip, Rechtsform und Demokratieprinzip“. Er spricht insbesondere von Grundrechten, die sich aus der politisch autonomen Ausgestaltung des Rechts auf das grösstmögliche Mass gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten ergeben, und von Grundrechten auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung, und hält fest (S. 161): „Wenn man das System der Rechte auf diese Weise einführt, wird die Zusammengehörigkeit von Volkssouveränität und Menschenrechten, also die Gleichursprünglichkeit von politischer und privater Autonomie verständlich“. [↑](#footnote-ref-23)
24. Art. 188 Abs. 1 BV. [↑](#footnote-ref-24)
25. Dazu BSK BV – Epiney/Diezig, Art. 138 N 10 f., wo bei der Totalrevision nach Art. 138 BV von einem rein formellen Kriterium ausgegangen wird, im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Einheit der Materie jedoch zutreffend auch inhaltliche Aspekte gesehen werden. [↑](#footnote-ref-25)
26. Reformbedarf in vergleichbarem Sinn sieht u.a. auch Vincent Martenet, La validité des Initiatives populaires fédérales, in FS Auer (Fn 3), S. 149 ff. [↑](#footnote-ref-26)
27. Siehe BSK BV – Epiney/Diezig, Art. 139 N 39 mit Hinweisen. [↑](#footnote-ref-27)
28. Näher dazu 6.1. unten mit dem Beispiel der Ausschaffungsinitiative. [↑](#footnote-ref-28)
29. Siehe die in der Einleitung (Fn 1 und 2) angeführten Berichte. [↑](#footnote-ref-29)
30. BSK BV – Epiney/Diezig, Art. 139 N 42. [↑](#footnote-ref-30)
31. Es sei auf die „Durchsetzungsinitiative“ (BBl 2015 2701) und die „Selbstbestimmungsinitiative“ (BBl 2015 1965) verwiesen. [↑](#footnote-ref-31)
32. Siehe BSK BV – Epiney/Diezig Art. 139 N 39 mit Hinweisen. [↑](#footnote-ref-32)
33. BSK BV – Tschannen, Art. 34 N 32 mit Hinweisen. [↑](#footnote-ref-33)
34. „Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les voeux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable (GRISEL, op. cit., p. 254). L'impossibilité peut être matérielle ou juridique.“ [↑](#footnote-ref-34)
35. So BGE 139 I 195 E. 1.3.1. [↑](#footnote-ref-35)
36. Dazu noch unten Ziff. 6.7. [↑](#footnote-ref-36)
37. BGE 139 I 16 (Umsetzung der Ausschaffungsinitiative):

- E. 5.1. in Bezug auf die Gesetzgebung, wobei die Lex-posterior-Regel allgemein im Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht nicht zur Anwendung gelangt.

- E. 5.2. in Bezug auf eine später erlassene Verfassungsbestimmung (hier Art. 121 BV), die der EMRK widerspricht, wo das Bundesgericht festhält, den vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertungen könne insoweit Rechnung getragen werden, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik zugesteht. Bei einem Widerspruch geht daher die EMRK auch Enzelbestimmungen in der Bundesverfassung stets vor. [↑](#footnote-ref-37)
38. Siehe dazu auch Thürer (Fn 9), S. 441 ff. [↑](#footnote-ref-38)
39. Das Gleiche wird für die „Selbstbestimmungsinitiative“ zu gelten haben, soweit sie in einem Zusatz zu Art. 5 Abs. 4 BV festlegen will, partikulare Verfassungsbestimmungen gingen den völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien vor. Wo diese in Art. 190 die Geltung der EMRK für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden ausschliessen will, ist sie kontraproduktiv, solange die EMRK nicht gekündigt wird, weil so die Zuständigkeit des EGMR und damit der „fremden Richter“ bestehen bleibt: dazu Giusep Nay, Die kontraproduktive Initiative, Gastkommentar auf Journal21 (mit franz Übersetzung) vom 20.03.2015 (siehe www.journal21.ch). [↑](#footnote-ref-39)
40. Im dazu angeführten Beispiel in BGE 128 I 63 E. 5 ging es um das Recht eines Adoptivkindes, seine leiblichen Eltern zu kennen, das mit verfassungsrechtlichen Positionen Dritter, namentlich der biologischen Eltern, kollidieren könne. [↑](#footnote-ref-40)
41. Ziffer 3. oben. [↑](#footnote-ref-41)
42. Zur auch zu beachtenden rechtlichen Undurchführbarkeit oben 6.1. [↑](#footnote-ref-42)
43. Oben 2.1.1. Abs. 2. [↑](#footnote-ref-43)
44. Dabei müsste auch Art. 194 Abs. 2, der die gleiche Einschränkung wiederholt, entsprechend ergänzt werden. [↑](#footnote-ref-44)
45. BGE 139 I 16 E. 4 und 5. [↑](#footnote-ref-45)
46. Dazu unten 6.7. [↑](#footnote-ref-46)
47. BSK BV Epiney/Diezig Art. 139 N 37 mit Hinweisen. [↑](#footnote-ref-47)
48. Wofür eine entsprechende Teilrevision der Verfassung notwendig ist. Dazu näher: Giusep Nay, Unhaltbare Lücken im Grundrechtsschutz, plädoyer 5/08, S. 28 f., wo auch darauf hingewiesen wird, dass der mangelnde richterliche Rechtsschutz gegen verfassungswidrige Bundesgesetze aufgrund von Art. 190 BV sich wegen der Verlagerung vor allem ebenfalls der Gesetzgebung von den Kantonen zum Bund immer als problematischer erweist, wenn der Vorrang der EMRK diese Lücke auch zu einem grossen Teil ausfüllt. Dieser Hinweis behält seine Bedeutung, obwohl der Ständerat im Gegensatz zum Nationalrat und dann doch auch die Bundesversammlung eine Streichung des Art. 190 BV ablehnte. Dieser hat keinen Platz in einem Rechtsstaat, weil er die Judikative als oberste rechtsprechende Gewalt in unzulässiger Weise in Einzelfällen daran hindert ihre Funktion wahrzunehmen. [↑](#footnote-ref-48)