



# Das getriebene Parlament: Volksinitiativen als mehrfache Herausforderung

---

René Rhinow

Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für  
öffentliches Recht, Ständerat 1987–1999,  
Präsident der SGP 1999–2001

---

## 1. Einleitung

Der gegenwärtige Umgang mit Volksinitiativen stellt für alle Staatsorgane eine grosse Herausforderung dar. Es ist hier nicht der Ort, über die Gründe für die «Initiativenflut»<sup>1</sup> und deren allgemeine Probleme in der aktuellen «politischen Lage»<sup>2</sup> zu reflektieren oder Vorschläge für sich allenfalls aufdrängende neue Schranken oder für andere mögliche Reformen zu evaluieren. Im Fokus sollen Stellung und Rolle des Parlamentes angesichts dieser Initiativenflut stehen – eine Thematik, die oft nur in Ansätzen behandelt wird.<sup>3</sup> Es geht deshalb im Folgenden darum, einen selektiven Problemaufriss zu wagen, wobei in diesem Rahmen vieles nur kurz berührt werden kann.

## 2. Eigenheiten der aktuellen Initiativpraxis

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Überlegungen ist kurz auf fünf Ei-

genheiten der in letzter Zeit behandelten Volksinitiativen hinzuweisen:

- In keiner Legislatur sind so viele «be-frachtete» Volksinitiativen von Volk und Ständen angenommen worden wie vor und in der gegenwärtigen Legisla-tur 2011–2015 (Ausschaffungsinitiative 2010, Zweitwohnungsinitiative 2012, «Abzocker»-Initiative 2013, Massenein-wanderungs- und Pädophileninitiative 2014). Diese Initiativen werfen für das Parlament zunehmend Probleme auf, vor allem was ihre Auslegung und Umset-zung anbetrifft.
- Es handelt sich zwar um Initiativen in Form des ausgearbeiteten Entwurfs (Art. 139 BV)<sup>4</sup>, doch ist ihr Inhalt oft programmhaft, *unsorgfältig* und *überschiessend* redigiert worden. Sie sind mehr auf die Funktionen eines perma-nenten Wahlkampfes, des parteilichen Marketings, der Mobilisierung einer eigenen Anhängerschaft und des «Zeichensetzens» zugeschnitten als auf eine seriöse Einbettung neuer Normen in die Bundesverfassung. Als Beispiele seien die Zweitwohnungs-, Ausschaffungs- und Einwanderungsinitiative angeführt.<sup>5</sup>
- Volksinitiativen werden zunehmend nicht von Oppositionskräften eingereicht, son-

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa *Alain Griffel*, Volksinitiative: auf dem Weg zur allgemeinen Anregung, Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 8/2014, 401 f.

<sup>2</sup> Der Versuch eine Übersicht findet sich z.B. in *meiner* Schrift «Wie weiter mit dem Bundesrat», Zürich/St. Gallen 2001, 27–31.

<sup>3</sup> Vgl. auch das Heft 2011/3 der Zeitschrift *LeGes – Ge-setzgebung & Evaluation* mit verschiedenen Beiträgen.

<sup>4</sup> Seit 1990 ist nur eine Volksinitiative in Form der All-gemeinen Anregung eingereicht worden, sodass diese für die folgenden Erwägungen ausser Betracht fällt.

<sup>5</sup> *Georg Lutz*, Geringer Reformbedarf trotz Funktionswan-del der Volksinitiative, *LeGes* 2011/3, 371 ff., vertritt die an sich überzeugende These, dass sich die Volksinitiative von einem Rechtsetzungsinstrument zu einem strategi-schen Agenda-Setting-Instrument entwickelt hat, um den Wahlkampf zu beflügeln. Damit wird aber verdunkelt, dass die Initiative trotzdem Instrument der Rechtsetzung bleibt – diese leidet unter dieser Entwicklung.

dern von den Bundesratsparteien selbst. Dies entspricht dem Funktionswandel hin zur «Marketing-Initiative».

- Initiativen beschlagen zunehmend *komplexe Themen*. Diese lassen sich schwerlich in einem auf die Mobilisierung einer Abstimmungsmehrheit ausgerichteten Text stimmig und mit der erforderlichen Sachgerechtigkeit und Differenziertheit erfassen (wie etwa das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht).
- Auch nimmt die Unsitte zu, *Bestimmungen mit Gesetzescharakter* auf die Stufe der Verfassung zu heben (wie etwa mit der Initiative zum Schutz der Privatsphäre), ja sogar ganze Gesetzespassagen mittels Volksinitiative in die Bundesverfassung einzubringen (Durchsetzungsinitiative).
- Schliesslich werfen Initiativen zunehmend heikle Fragen auf zu ihrem *Verhältnis zum übrigen Verfassungsrecht* und dessen Grundwerte sowie zum *Völkerrecht*.

Was bedeutet diese Entwicklung für die Bundesversammlung? Ich greife vor allem vier Bereiche heraus: die Verlagerung der Verfassungsrechtsetzung auf Initiativkomitees, der Zugriff von Initiativkomitees auf die ausführende Gesetzgebung, der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber sowie die unbefriedigende Rolle der Bundesversammlung als «Verfassungsgericht».

### 3. Zur partiellen Verlagerung der Verfassungsrechtsetzung – auch eine demokratietheoretische Herausforderung

Es gehört zu den Eigenheiten der Volksinitiative in der Form des ausgearbeiteten Entwurfes als «Antrag aus dem Volk an das Volk», dass der eingereichte Initiativtext

von der Bundesversammlung unverändert, tel quel, Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden muss. Die Bundesversammlung hat (nur, aber immerhin<sup>6</sup>) die Pflicht, die Initiative zur Annahme oder Ablehnung zu empfehlen (Art. 139 Abs. 5 BV). Mit diesem Vorgehen wird von Verfassungswegen ein ausserordentlicher Weg der Rechtsetzung eröffnet: im «Normalfall» liegen Vorbereitung und Ausarbeitung der Erlassentwürfe bei der Bundesverwaltung (mit Einschluss allfälliger Expertenkommissionen und Vernehmlassungsverfahren. Ein besonderes Gewicht kommt dabei der *Konzeptphase* zu. Bevor mit der Gesetzesredaktion begonnen wird, sollen die Ziele der angestrebten Normierung und die inhaltlichen wie gestalterischen Grundsatzfragen mit ihren Vor- und Nachteilen dargelegt werden.<sup>7</sup> Nach Abschluss des Vorverfahrens unterbreitet der Bundesrat die resultierende Vorlage dem Parlament; dieses beschliesst die endgültige Fassung in einem oft langwierigen Zweikammer- und Kommissionensystem. Das mehrfach gestufte Verfahren findet seinen multiplen Sinn u.a. in der Gewährleistung von Sachkunde, demokratischer Öffentlichkeit, föderalistischer Mitwirkung sowie in der Umsetzungs- und Vollzugstauglichkeit und der Qualitätssicherung in der Rechtsetzung.<sup>8</sup> In Art. 141 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes findet sich eine lange (freilich in sich nicht durchwegs stimmige) Liste von Anforderungen an die bundesrätliche Botschaft, auf welche die Begründung eines Erlassentwurfes einzuge-

<sup>6</sup> Nach *Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs*, St. Galler Kommentar zu Art. 139 Abs. 5 Satz 2 BV, stellt die Abstimmungsempfehlung – etwas euphorisch – «als demokratische Leitentscheidung der Parlamentes im materiellen Sinn einen gesetzgeberischen Akt dar».

<sup>7</sup> Vgl. *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Basel, Genf 2013, insb. 82 ff.

<sup>8</sup> Vgl. dazu *Müller/Uhlmann* (Fn 7), 49 ff.; *Alain Griffel* (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, 16 Essays, Bern 2014.

hen hat. Beispielsweise seien erwähnt: die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht, die im vorparlamentarischen Verfahren diskutierten Standpunkte und Alternativen, die vorgesehene Umsetzung des Erlasses, die geplante Auswertung dieser Umsetzung und die Prüfung der Vollzugstauglichkeit, die Abstimmung von Aufgaben und Finanzen, die personellen und die finanziellen Auswirkungen des Erlasses und seines Vollzuges auf Bund, Kantone und die Gemeinden sowie die Art der Kostendeckung, die Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt usw.

Es ist nicht abwegig, diesen oft langen Weg der Rechtsetzung als (*Lern-*)*Prozess der Reifung* zu bezeichnen, in dem über eine endgültige Textfassung in einer diskursiven Abwägungsprozedur gerungen wird. Eine besondere Tragweite muss bei Verfassungsrevisionen der Grundrechts- und Völkerrechtskonformität, der Wahrung der föderalistischen Kompetenzausscheidung sowie der Umsetzungsproblematik zukommen.

Die Volksinitiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfes *umgeht dieses Diskursverfahren* vor der endgültigen Textfassung praktisch vollständig. Es ist ausschliesslich ein selbsternanntes und von keiner Seite legitimiertes *Initiativkomitee*, welches den künftigen Verfassungstext entwirft, ohne dass Gewähr für die Prüfung der obgenannten Kriterien sowie für eine sorgfältige Rechtsetzung und stimmige Einbettung in den übrigen Verfassungstext besteht. Das Bundesgesetz über die politischen Rechte verlangt in Art. 68 Abs. 1 Bst. e einzig und allein, dass das Initiativkomitee aus mindestens sieben und höchstens 27 stimmberechtigten Urhebern der Initiative bestehen muss, deren Namen und Adressen auf der Unterschriftenliste anzugeben sind. Dieses verfolgt ein politisches Anliegen,

das im Initiativtext und erst recht im Titel möglichst plakativ, medienwirksam und abstimmungsförderlich zum Ausdruck gebracht wird. Andere Aspekte stehen eher im Hintergrund. Warum, beispielsweise, ist in Art. 121a Abs. 3 BV (Einwanderungsinitiative) von einem Vorrang von «Schweizerinnen und Schweizern» die Rede – während im Nachhinein auch für die Initianten klar ist, dass es sich eigentlich um «Inländer» handelt? Ein fahrlässiges Versehen mangels Sorgfalt oder ein bewusster Lockvogel?

Dieser Verfahrensunterschied zum «normalen» Rechtsetzungsweg ist gross. Aus demokratietheoretischer Sicht fällt bei der Initiative vor allem zweierlei auf: Es ist nicht ein vom Volk gewähltes und repräsentatives Organ, welches den Textentwurf verabschiedet, sondern ein beliebig zusammengesetztes Komitee aus der Zivilgesellschaft. Der Gang der (Verfassungs-) Rechtsetzung bis zum endgültigen Verfassungstext wird nicht durch eine kritische demokratische und partizipative Öffentlichkeit begleitet. Dass neuerdings auch Volksinitiativen zuerst medienwirksam « angekündigt » und erste Entwurfstexte inoffiziell publiziert werden<sup>9</sup>, macht dieses Manko nicht wett. Im Lichte einer *responsiven Demokratie*<sup>10</sup> kann die Frage aufgeworfen werden, ob die oft direktdemokratisch hochgelobte Volksinitiative nicht auch gravierende demokratische Kosten aufweist. Vielleicht hat der gebannte Blick auf die Volksrechte, vor allem auf die Initiative, teilweise den Blick auf die grosse Tragweite einer kritischen Öffentlichkeit,

<sup>9</sup> So geschehen bei der lancierten Volksinitiative zum Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht, die jetzt den polemischen Titel «Schweizer Recht statt fremde Richter» trägt.

<sup>10</sup> Jörg Paul Müller weist in seinen Schriften immer wieder auf den unerlässlichen und grundlegenden responsiven Charakter der Demokratie hin (vgl. etwa: Der politische Mensch – menschliche Politik. Demokratie und Menschenrechte im staatlichen und globalen Kontext, Basel, Genf, München 1999).

der Repräsentation und des unabdingbaren diskursiven Forums des Parlamentes für jede rechtsstaatliche Demokratie stellt – eine helvetische Eigenheit, die neuerdings auch dazu führt, dass das Parlament als Institution schlechtere und populistischer abgewertet wird. Aus Sicht der Rechtstheorie, verstanden als Regelungswissenschaft, führt diese Ver- und Abkürzung des Verfahrens durch Textherstellung im Arkanbereich zur tendenziellen Vernachlässigung der oben aufgelisteten Kriterien einer möglichst klaren, sorgfältigen, durchdachten, umsetzungsgeeigneten und vollzugstauglichen (Verfassungs-)Rechtsetzung.<sup>11</sup> Eigentlich ist es erstaunlich, dass die Problematik «Anforderungen an die Textausarbeitung von Volksinitiativen» bislang kaum thematisiert worden ist.

Es ist immer wieder zu betonen, vor allem im Vorfeld von Abstimmungen, dass «privat» fabrizierte Volksinitiativen nach ihrer Annahme durch Volk und Stände in unveränderter Fassung Bestandteil des obersten Grundgesetzes bilden und – im Gesamtrahmen der Verfassung – auch so umgesetzt werden müssen. Aufgrund von Reaktionen nach einer Volksabstimmung scheint es, als ob diese Konsequenz nicht allen Stimmberechtigten bei allen Vorlagen bewusst war. Verfassungstexte sind mehr als «Zeichen», mehr als Denkmäler («die da oben sollen endlich etwas tun»), mehr als Postulate. Das (böse) Erwachen folgt dann regelmässig bei der Umsetzung.

#### 4. Problematische Tendenzen

Nun kann man einwenden, der Volksinitiative sei diese Problematik seit jeher

inhärent. Das ist zweifellos richtig. Doch diese hat mit der Anzahl und dem Charakter der Volksinitiativen in jüngster Zeit neue Dimensionen angenommen. Zunehmend werfen Initiativen rechtsstaatliche Probleme auf, so Konformitätsfragen mit dem Völkerrecht und mit Menschenrechten, oder mit ihrer Neigung, komplexe Probleme ungeachtet ihres Verhältnisses zur bestehenden Rechtsordnung nach der «Holzhammer-Methode» neu regeln zu wollen (z.B. die Volksinitiativen für demokratische Einbürgerungen, für eine lebenslängliche Verwahrung für nicht therapierbare ... Gewaltstraftäter, gegen den Bau von Minaretten oder die Ausschaffungs- und die Einwanderungsinitiative). Es ist zumindest fraglich, in welchem Ausmass der Stimmbürgerschaft bewusst war (und bewusst sein konnte), welche Grundwerte und Strukturprinzipien der Verfassung im Anwendungsfall tangiert sein können oder welches die «Nebenwirkungen» der Initiative sind. Solche Initiativen führen zu erheblichen Umsetzungsproblemen auf Gesetzesebene. Beinhaltet sie nach ihrem Detaillierungsgrad Bestimmungen mit Gesetzescharakter (z.B. die Erbschaftssteuer-, Einwanderungs-, Ausschaffungs-, Zweitwohnungs-, Privatsphären- und besonders die Durchsetzungsinitiative), so stellen sie die Kohärenz der Rechtsordnung in Frage. Der mögliche Einwand, dass die Bundesverfassung keinen «materiellen» Verfassungsbegriff kenne, sodass auch Bestimmungen mit verfassungsunwürdigem Inhalt Gegenstand einer Volksinitiative bilden können, sticht nicht. Denn es geht in diesem Zusammenhang nicht um das Problem einer allenfalls mangelnden Zulässigkeit der Initiative wegen punktueller «Verfassungsunwürdigkeit». Vielmehr stellt sich die Frage, ob mittels Verfassungsinitiative die ordentliche rechtsstaatlich-demokratische Willensbildung bei der Gesetzgebung beliebig

<sup>11</sup> Michael Leupold/Michel Besson, Gefährden Volksinitiativen die «gute Ordnung» der Verfassung?, LeGes 2011/3, 389 ff., 392, erwähnen nur die Gefahr von redaktionellen Mängeln infolge des fehlenden Diskurszwangs.

umgangen werden kann.<sup>12</sup> Wie wäre im Übrigen eine Initiative zu beurteilen, die ein Gerichtsurteil oder einen Regierungs- und Verwaltungsentscheid im Nachhinein aufheben wollte? Wäre dies ein Grund für die Anerkennung einer «neuen» ungeschriebenen Schranke des Initiativrechts, die sich auf die Gewaltenteilung und/oder auf das Rückwirkungsverbot stützen müsste?

Der Gipfel eines rechtsstaatlich unhaltbaren und unverantwortlichen Initiativtextes dürfte mit dem neu geschaffenen *Strafartikel des Sozialmissbrauchs* erreicht worden sein, der in der Durchsetzungsinitiative aufgeführt wird und als Grund für eine Landesverweisung gelten soll. Ein neuer diffuser Straftatbestand, formuliert von einem Initiativkomitee, soll ohne ein demokratisches Diskursverfahren, ohne wissenschaftliche Fundierung seiner Tragweite und in Missachtung der Anforderungen an die erforderliche Bestimmtheit von Straftatbeständen direkt in die Verfassung aufgenommen werden?

Gewiss kann das Parlament eine Initiative zur Ablehnung empfehlen. Doch bleibt das wachsende Risiko, dass Initiativen angenommen werden, weil sie – nicht zuletzt aufgrund irreführender, bereits für Propagandazwecke aufgeladener Titel (z.B. «fremde Richter») zum Ausdruck einer (auch geschürten) Missstimmung werden, ungeachtet der konkreten Textfassung. *Andreas Auer* beklagt zu Recht, dass «alle acht in den letzten 10 Jahren eingereichten Volksinitiativen in ihrem Titel an diffuse Ängste, Gefühle und Vorurteile appellierten», im Grunde genommen bereits Teil der Abstimmungskampagnen bildeten und möglicherweise zum Abstimmungsergebnis

beigetragen haben.<sup>13</sup> Dann ist zu bedenken, dass auch abgelehnte Initiativen einen nachhaltigen Einfluss auf die weitere Gesetzgebung haben können<sup>14</sup>, die dann allerdings in der Hand von Bundesrat und Parlament liegt. Hier kann das Parlament seine Aufgabe der Rechtsetzung wahrnehmen. Initiativen treiben in diesen Fällen das Parlament nur indirekt an.

## 5. Der hinkende Gegenvorschlag

Schliesslich steht der Bundesversammlung das Recht zu, einen (direkten) *Gegenvorschlag* auszuarbeiten resp. ausarbeiten zu lassen. Mit dem Gegenvorschlagsrecht hat das Parlament die Möglichkeit, Volk und Ständen einen politisch «abgefederten» oder die rechtsstaatlichen oder völkerrechtlichen Anforderungen besser berücksichtigenden Text zu unterbreiten. In der Vergangenheit hatten Gegenvorschläge oft Erfolg bei den Stimmberechtigten, indem in mehr als der Hälfte der Fälle die Volksinitiative zurückgezogen und von den übrigen 16 immerhin 6 angenommen wurden.<sup>15</sup> Insofern gewinnt das Parlament seine Rechtsetzungshoheit in der von der Initiative erfassten Materie partiell zurück, freilich unter dem Druck der vorliegenden Initiative. Allerdings ist die Handlungsfreiheit des Parlamentes eingeschränkt, denn das Gegenvorschlagsrecht ist aufgrund der Regelung des Parlamentsgesetzes in Art. 102 Abs. 2 hinkend. Empfiehlt die

<sup>13</sup> *Andreas Auer*, Volksinitiativen: Der Titel soll's nicht mehr richten, ZBl 11/2014, 577. Auer plädiert für die «ent-emotionalisierte» Festlegung der Initiativ-Titel durch die Bundeskanzlei.

<sup>14</sup> *Gabriele Rohner*, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848–2012, Zürich/Basel/Genf 2012.

<sup>15</sup> Bei den insgesamt 40 ausgearbeiteten Gegenentwürfen wurde in 24 Fällen die Initiative zurückgezogen, 16 kamen zusammen mit der Initiative zur Abstimmung, wovon 6 angenommen und 10 verworfen worden sind.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Peter Uebersax*, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungsinitiative – eine Einladung zur Reflexion, ZBl 11/2014, 600 ff.

Bundesversammlung sowohl die Initiative als auch den Gegenvorschlag zur Annahme, so muss sie den Stimmberechtigten auch empfehlen, bei der Stichfrage den Gegenvorschlag anzunehmen. Damit ist es dem Parlament verwehrt, darüber abzustimmen, welche der beiden Vorlagen es (nach Beschlussfassung über den konkreten Gegenvorschlag) vorzieht und dem Volk zur Annahme empfehlen will. Eine entsprechende Äusserung der Präferenz zwischen den beiden Vorlagen ist nur dem Parlament verwehrt, während sie den Stimmberechtigten im Rahmen der Doppelabstimmung gemäss Art. 139b Abs. 2 BV zur Verfügung steht.<sup>16</sup> Wie die Praxis zeigt, kann der Weg eines Gegenvorschlages hürdenreich sein. Initianten pflegen oft von einer unannehmbaren «Verwässerung» ihres Anliegens zu sprechen, ja von einer Torpedierung «von oben». Der Gegenvorschlag hat in einem polarisierten Milieu auch zunehmend Mühe, ausreichend Support und Ressourcen im Abstimmungskampf zu mobilisieren. Schliesslich kann der Gegenvorschlag politisch kaum dazu dienen, bloss die im Initiativtext zu kurz gekommenen Anforderungen an eine sorgfältige Rechtsetzung besser zu erfüllen. Dafür lässt sich kaum eine wirkungsvolle Unterstützung gewinnen. Eine erstaunliche Wendung nimmt das Gegenvorschlagsrecht, wenn die Initianten selbst im Parlament von diesem Gebrauch machen, um das Hauptanliegen ihrer Initiative zu «retten».<sup>17</sup>

Als vorläufiges Fazit kann festgehalten werden, dass die Bundesversammlung als

eigentlicher «Motor und Herr» der Rechtsetzung zunehmend im Wettbewerb mit Initiativkomitees steht. Diese machen ihm die ureigene Hausaufgabe der Gesetzgebung streitig, setzen es unter Druck und bestimmen teilweise das agenda setting. Sind wir auf dem Weg zu einem management by initiatives? Sollten sich die Initiativen häufen, die aus derselben politischen Ecke stammen und einem strategischen Plan folgen, um das Land auf diesem Weg zu «regieren», so könnte von einer neuartigen «ausserparlamentarischen Opposition» gesprochen werden. In den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts entstand in Deutschland eine ausserparlamentarische Bewegung unter dem Kürzel APO, die vor allem von sozialistischen Studenten getragen wurde. Diese fand – in einem Land ohne Volksrechte auf Bundesebene – ausserhalb des Parlamentes statt, weil sie entweder in den im Parlament vertretenen oder sonstigen Parteien (noch) kein Sprachrohr hatte oder auch gar nicht haben wollte.<sup>18</sup> Hat die Rechte von den Linken gelernt? Die schweizerischen Volksrechte als klassische Instrumente einer punktuellen Opposition vermöchten einer solcher «Zweckentfremdung» Tür und Tor zu öffnen – sofern das Volk bereit ist, dieses Vorgehen mitzutragen.

<sup>16</sup> Sie ist im Übrigen in der Bundesverfassung (Art. 139 Abs. 5) nicht vorgeschrieben; vgl. dazu näher *Graf/Theiler/von Wyss-Nico Häusler*, Komm. zum ParlG, Art. 103 N.3f.

<sup>17</sup> So verlangten Mitglieder der CVP in der Bundesversammlung einen direkten Gegenvorschlag gegen ihre Volksinitiative «Gegen die Heiratsstrafe». Sie reagierten damit auf die Kritik an der im Initiativtext enthaltenen Definition der Ehe und versuchten so, ihr Hauptanliegen nicht zu gefährden (vgl. NZZ Nr. 40, 18.2.15, S. 21).

<sup>18</sup> Nach *Wikipedia*: «In der Bundesrepublik Deutschland verstärkte sich ab Mitte der 1960er Jahre mit der Studentenbewegung, die mit der APO oft synonym gesetzt wird, die bis dahin bedeutendste ausserparlamentarische Opposition in Deutschland. Ihre besonders von den Universitätsstädten ausgehenden Aktivitäten erreichten in den Jahren 1967 und 1968 ihren Höhepunkt. Die häufig in Bezugnahme auf diese Zeit ihrer Hochphase auch 68er-Bewegung genannte studentische APO wurde im Wesentlichen getragen durch den Sozialistischen Deutschen Studentenbund (SDS).»

## 6. Zur doppelten Verlagerung der Gesetzgebung – oder die Bundesversammlung im Clinch zwischen Initianten und Bundesrat

Je häufiger rechtsstaatlich problematische Initiativen zu behandeln sind, desto grösser wird die Herausforderung (auch) für das Parlament und den verfassungsrechtlich vorgesehenen Rechtsetzungsweg. Die Umsetzung der entsprechenden Verfassungsnormen wirft schwierige Probleme auf, nicht nur, weil die Initiativtexte unklar oder mehrdeutig sind, sondern weil das Parlament weiterhin in der fortgesetzten (partei-)politischen Kampfarena steht – in Anlehnung an einen berühmten Spruch von Clausewitz als Fortsetzung der Verfassungspolitik mit anderen Mitteln. Einerseits reklamieren die Initianten fälschlicherweise die Deutungshoheit über «ihren» Text<sup>19</sup>, andererseits versuchen die Initiativgegner so viel von ihren nicht berücksichtigten Interessen zu retten, was zu retten ist. Und dann kommen noch spätberufene oder spät erwachte Gegner der angenommenen Verfassungsbestimmung hinzu, die auf die untragbaren Folgen der Initiative hinweisen (wie etwa bei der Zweitwohnungsinitiative). Das Parlament hat Mühe, in diesem Kreuzfeuer und angesichts unterschiedlicher politischer Erwartungen, die mit der Annahme der Verfassungsinitiative noch nicht «geklärt» und festgelegt sind, den Anforderungen an eine rechtsstaatlich gebotene Fassung der Umsetzungsbestimmungen gerecht zu werden. Ja, es haben bereits diejenigen Mitglieder der Bundesversammlung Mühe, die rechtsstaatliche Postulate vertreten, die Ratsplena vom

Erfordernis einer grundwerte-konformen Gesetzgebung zu überzeugen. Das jüngste Gerangel um die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative und der Zweitwohnungsinitiative belegen dies mit aller Deutlichkeit.

## 7. Erpresserische Durchsetzungsinitiativen als Durchbrechung der Gewaltenteilung?

Eine nächste Stufe der politischen Erpressung des Parlamentes wurde mit der Androhung oder gar Einreichung von sog. *Durchsetzungsinitiativen* noch im Verfahren der ordentlichen Ausführungsgesetzgebung erreicht.<sup>20</sup> Offenbar soll der Bundesversammlung nach dem Motto «Und bist Du nicht willig, so brauch ich Initiativgewalt» diktiert werden, wie sie den mehrdeutigen oder verfassungs- resp. völkerrechtlich problematischen Initiativtext umzusetzen habe. Kann darin ein Verstoß gegen die verfassungsrechtlich verankerte Kompetenzverteilung erblickt werden? Die Bundesverfassung legt die Zuständigkeit zur Gesetzgebung klar in die Hand von Bundesrat und Bundesversammlung (unter Vorbehalt des fakultativen Referendums). Und eine Gesetzesinitiative kennt die Bundesverfassung nicht. Deren Einführung wurde in der Vergangenheit mehrfach abgelehnt und bewusst nicht in die Bundesverfassung 1999 aufgenommen.<sup>21</sup> Der Bundesversammlung kommt bei der Gesetzgebung eine verfassungsrechtliche Monopolstellung zu. Die 2003 eingeführte «Allgemeine Volksinitiative», mit welcher es in der Form der allgemeinen Anregung möglich gewesen

<sup>19</sup> Bei der Auslegung einer Volksinitiative ist der Wille der Initianten nicht ausschlaggebend, sondern allenfalls «mitzubeherrschenden» (BGE 129 I 395).

<sup>20</sup> Pikant ist nicht nur, dass die Durchsetzungsinitiative Gesetzescharakter aufweist. Sie ist auch zeitlich unbefristet, obwohl sie in den Übergangsbestimmungen der BV stehen soll.

<sup>21</sup> *Alexander Mattern*, Die Gesetzesinitiative im Bund und in den Kantonen, 1991, 65 ff.

wäre, die Einführung oder Änderung von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen zu verlangen, wurde wenige Jahre später (2009) wieder aus der BV entfernt, bevor sie überhaupt in Kraft treten konnte – ein abschreckendes Beispiel verunglückter Verfassungsgebung.

Zu wiederholen ist, dass die Bundesverfassung den Detaillierungsgrad sowohl bei der Allgemeinen Anregung wie bei der formulierten Initiative formell nicht beschränkt. Die Thematik ist aber insofern neu, als bislang meines Wissens nicht erfolgreich versucht wurde, über punktuelle Bestimmungen hinaus ganze Gesetzespassagen via Volksinitiative in die Bundesverfassung zu inkorporieren. Es ist deshalb dringend zu wünschen, dass diese Thematik von der Staatsrechtslehre aufgenommen wird.<sup>22</sup> Unbestritten ist zudem in der Wissenschaft, dass es der Bundesversammlung auch unter der Geltung der «neuen» Bundesverfassung nicht verwehrt ist, neue ungeschriebene Schranken des Initiativrechts zu anerkennen.<sup>23</sup> Die Problematik ist aber heikel, weil schwierige Abgrenzungsfragen zu lösen wären. Denn die bisherigen Volksinitiativen sind durchzogen von punktuellen Bestimmungen einer unteren Normstufe. Und diese wurden zu Recht nicht unzulässig erklärt.

## 8. Eine weitere Dimension der Verhandlungsdemokratie?

Die schweizerische Demokratie wurde immer wieder als Verhandlungsdemokratie qualifiziert, weil bei der Gesetzgebung

<sup>22</sup> Nach *Uebersax* (vgl. oben FN 12, 611) könnte die Missachtung der Normstufe als «*unité de rang*» als neue Schranke des Initiativrechts «aus einer integralen Auslegung des bestehenden Verfassungsrechts» abgeleitet werden.

<sup>23</sup> vgl. etwa *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2007, N 17 zu Art. 139.

oft versucht wird, durch möglichst breit abgestützte Kompromisse «referendumsresistente» Vorlagen auszuarbeiten.<sup>24</sup> Das in jüngster Zeit feststellbare Bargaining bei der Umsetzung von Verfassungsinitiativen belegt diese Sicht aufs Anschaulichste (z.B. bei der Zweitwohnungsinitiative) – und zieht dabei weitere Kreise. Denn dieses Aushandeln beschränkt sich nicht auf die in der Bundesversammlung vertretenen Parteien, sondern schliesst auch die (ursprünglichen) Initianten der neuen Verfassungsbestimmungen (und der Durchsetzungsinitiative) mit ein, die zum Teil mit einer Partei deckungsgleich sind. Zugleich profitieren sie von einer Drohkulisse des Referendums, welche sie selbst aufgerichtet haben. So nehmen die ursprünglichen Initiativkräfte sowohl auf dem Weg der Verfassungsgebung als auch – diesmal als Opponenten – auf die umsetzende Gesetzgebung massgeblich Einfluss.

Ein wesentliches Motiv für die Einreichung einer Durchsetzungsinitiative dürfte im Umstand liegen, dass damit erneut eine rechtsstaatlich-demokratische Gesetzgebung usurpiert werden kann. Demgegenüber gestattet ein fakultatives Gesetzesreferendum bloss, ein Ausführungsgesetz zu Fall zu bringen, nicht aber zu gestalten.

## 9. Der Bundesrat als sprenger Vorfahrer

Die Bundesversammlung steht aber nicht nur im Clinch mit Initianten, sondern auch mit dem Bundesrat. In einigen Initiativen wird eine Frist gesetzt für deren Umsetzung durch den Gesetzgeber.<sup>25</sup> Diese Befristun-

<sup>24</sup> Vgl. etwa *Wolf Linder*, Schweizerische Demokratie, 3. Aufl., Bern 2012, 341 ff.

<sup>25</sup> So etwa in den Übergangsbestimmungen zu Art. 75b BV (Zweitwohnungen), Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung) sowie in der Initiative zum «Schutz der Privatsphäre», (BBL 2014 8641f.) vom 11.11.2014.

gen sind in der Referendumsdemokratie prekär. Denn einmal kann das Parlament nicht gezwungen werden, Verfassungsaufträge korrekt auszuführen (siehe das Beispiel der Alpeninitiative; Art. 84 BV). Aber auch dann, wenn die Bundesversammlung ihre Verhandlungen fristgerecht abschliesst, ist der Auftrag nicht unbedingt erfüllt: Einmal ist es möglich, dass infolge eines zustande gekommenen Referendums die Frist überschritten wird. Hat das Referendum zudem an der Urne (einmal oder mehrfach) Erfolg, kann die entsprechende Gesetzgebung, eventuell auf längere Zeit, nicht in Kraft treten (siehe das Beispiel der Mutterschaftsversicherung).<sup>26</sup> Jahrzehnte lang *unerfüllte Verfassungsaufträge* sind keine unbekannte Erscheinung in der politischen Praxis. Deshalb sehen neuere Initiativtexte vor, dass für den Fall, dass die Ausführungsgesetzgebung am festgelegten Zeitpunkt<sup>27</sup> noch nicht in Kraft getreten sein sollte, der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen «vorübergehend» auf dem Verordnungsweg erlässt. In anderen Fällen legte die Initiative gar keine Frist fest, sondern verpflichtete den Bundesrat direkt, die Ausführungsbestimmungen innert 6 Monaten resp. innert eines Jahres nach Annahme der Initiative auf dem Verordnungsweg zu erlassen, «bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen».<sup>28</sup> Der Bundesrat als vorläufiger oder gar längerfristiger Ersatzgesetzgeber, oder – um einen Begriff aus der Welt der Skirennen zu bemühen – als «Vorfahrer» der gesetzge-

benden Behörde – ein weiterer Einbruch in die verfassungsmässig austarierte Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen und eine *Unterwanderung des Legalitätsprinzips*, wie es in Art. 164 BV normiert ist. Danach sind dem Grundsatz nach die wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes, also von der Bundesversammlung mit Referendumsvorbehalt zu erlassen, während dem Bundesrat der Vollzug übertragen ist.

Nun mag man einwenden, dass diese bundesrätliche Rechtsetzung nur eine provisorische «Notfall»-Lösung darstelle. Doch das wäre eine stark verkürzte Sicht. Mit dieser Klausel wird einmal ein zeitlicher Druck auf Regierung und Parlament ausgeübt, was für sich allein noch gerechtfertigt werden kann. Schwerer wiegt, dass die reelle Gefahr besteht, dass das bundesrätliche Provisorium zur Verordnungsgesetzgebung zur Dauer-Rechtsetzung entartet, weil die Ausführungsgesetzgebung auf Jahre hinaus oder gar nicht zustande kommt. Man stelle sich zum Beispiel vor, der Bundesrat habe gemäss Ziff. 11 der Übergangsbestimmungen zu Art. 121a BV (Einwanderungsinitiative) die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente durch Verordnung festzulegen, weil die Ausführungsgesetzgebung innert der vorgeschriebenen Frist von drei Jahren nicht in Rechtskraft treten konnte ... Doch nicht genug: Bundesrätliche Verordnungen können im Rahmen einer *inzidenten Normenkontrolle* vorfrageweise überprüft werden. Es wäre somit möglich, dass das Bundesgericht und andere Organe der Rechtsanwendung einzelnen Bestimmungen von bundesrätlichen Verordnungen die Anwendung versagen<sup>29</sup> – eine wohl kaum bedachte Konsequenz dieser bedingten

<sup>26</sup> Wenn die Bundesverfassung dem Gesetzgeber eine Frist setzt, so stellt sich die kaum behandelte Frage, ob eine allfällige Volksabstimmung auch innerhalb dieser Frist Platz haben müsste. Im Grunde genommen besteht der Gesetzgeber auf Bundesebene aus dem Parlament und (fakultativ) dem Volk.

<sup>27</sup> In der Regel 1–3 Jahre nach der Verabschiedung durch Volk und Stände.

<sup>28</sup> Übergangsbestimmung zu Art. 95 Abs. 3 BV (Aktienrecht, «Abzockerinitiative») und 118a BV (Schutz vor Passivrauchen).

<sup>29</sup> Vgl. etwa René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thumherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3., vollständig überarbeitete Auflage, Basel 2014, Rz 458.

Kompetenzverlagerung an den Bundesrat. So würde nicht nur der Bundesrat zum Ersatzgesetzgeber, sondern das Bundesgericht zur Rechtspflegeinstanz in höchstpolitischen Materien ...

Besonders problematisch erscheinen zudem die *faktischen Vorwirkungen* der bundesrätlichen Legiferierung: Werden mit diesen Rechtsätzen Rechte und Pflichten Privater geregelt und spielt dabei die Rechtssicherheit eine grosse Rolle, oder ist auf Verwaltungsebene bereits mit der Umsetzung begonnen worden, so wird das Parlament in seiner «definitiven» Gesetzgebung kaum wesentlich von den gelegten Spuren des Bundesrates abweichen können. Die Bundesversammlung befindet sich somit in einer Sandwich-Position: zuerst entreissen ihr die Initianten das Rechtsetzungsmonopol, dann nimmt ihr der Bundesrat unter Umständen das Heft aus den Fingern ...

## 10. Das überforderte Parlament als Verfassungsrichter

Die Bundesversammlung wird auch insofern gefordert, als sie Rechtskontrollen vornehmen muss. Hier handelt es sich zwar nicht um neue Kompetenzwahrnehmungen. Dass sie die rechtliche Zulässigkeit von Volksinitiativen prüfen muss, namentlich auf die verfassungsmässigen Schranken hin (Art. 139 Abs. 2 BV), gehört zum traditionellen Repertoire ihrer Aufgaben. Bereits bisher ist aber oft und zu Recht moniert worden, dass das Parlament als politische Behörde nicht das geeignete Organ zur Vornahme von Rechtskontrollen sein kann – und daher auch regelmässig mit dieser Aufgabe überfordert ist. Politische Überlegungen überlagern oder verdrängen naturgemäss die gebotenen juristischen Abwägungen. Dies wirkt sich gerade bei der Frage der Zulässigkeit von Volksinitiativen verheerend aus, schwebt doch nicht nur das

Damoklesschwert einer Losung «In dubio pro populo» über allen Beratungen, sondern wird auch regelmässig heftig mit der «Anti-Volks-Keule» geschwungen, um eine Erklärung der Unzulässigkeit eines Volksbegehrens zu verhindern.<sup>30</sup> Wer – aus welchen fundierten Gründen auch immer – für die Unzulässigkeit einer Initiative einsteht, läuft Gefahr, auf dem medialen Servierbrett zum Abschluss freigegeben zu werden. Erst recht würde dies gelten, wenn die Bundesversammlung bestimmte autonome, materielle Schranken der Verfassungsrevision als ungeschriebene Schranken anerkennen würde.<sup>31</sup>

Der aktuelle Initiativenbetrieb wirft auch in diesem Zusammenhang bedrängende Fragestellungen und gesteigerte Probleme auf. Je mehr Initiativen rechtsstaatliche und völkerrechtliche Probleme aufwerfen, desto schwieriger wird die Aufgabe einer «Rechtsprüfung». Ist es an der Bundesversammlung, das diffizile Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht in Bezug auf konkrete Normierungen zu beurteilen? Unter welchen Voraussetzungen sollen Initiativen gemäss Art. 139 Abs. 3 BV teilungsgültig erklärt werden? Wie soll das Parlament Stellung nehmen zum Verhältnis von Initiativbestimmungen zu Grundwerten der Bundesverfassung und den Menschenrechten oder allgemein zu anderen, geltenden Verfassungsnormen? Die unter methodischem Blickwinkel von Konsens getra-

<sup>30</sup> Bislang sind 4 eidgenössische Volksinitiativen für ungültig erklärt worden: die sog. Chevalier Initiative sowie die Volksinitiativen «gegen Teuerung und Inflation», «für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» und «für eine vernünftige Asylpolitik», vgl. die Nachweise bei Leupold/Besson, Fn 11, 394.

<sup>31</sup> Der Bundesrat hatte vorgeschlagen, die grundrechtlichen Kerngehalte der Bundesverfassung als materielle Schranken der Verfassungsrevision einzuführen (vgl. Leupold/Besson, oben Fn 11, 389 ff., 399 ff.); die entsprechende Vorlage wurde aber im Vernehmlassungsverfahren mehrheitlich abgelehnt. Vgl. auch Markus Schefer/Alexandra Zimmermann (LeGes 2011/3, 343 ff. mit Hinweisen auf die Literatur).

gene Auslegungsformel der «praktischen Konkordanz»<sup>32</sup>, die zwischen unterschiedlichen Bestimmungen der Verfassung herzustellen sei, mag dem Richter als grundsätzliche Leitlinie dienen, doch hilft sie dem Parlament bei der Beurteilung von Volksinitiativen nur bedingt. Denn sie gilt nicht unbegrenzt; nicht alle Wertungswidersprüche können auf diese Weise aufgelöst werden.<sup>33</sup> Zu leicht verleitet sie zu politischen Stimmbezügen. Und nachdem sogar prominente Juristen die (unhaltbare) These verkünden, eine jüngere Verfassungsnorm gehe allen älteren in jedem Fall vor<sup>34</sup>, ist der Verwirrung Tür und Tor geöffnet.

und unser politisches System schleichend zu destabilisieren vermögen. Darunter hat vor allem auch die Bundesversammlung mit ihrer Kernaufgabe der Rechtsetzung zu leiden. Ungeachtet allfälliger Reformen ist ihr zu empfehlen, von ihren verfassungsmässigen Kompetenzen klar und deutlich Gebrauch zu machen. Letztlich geht es um unsere rechtsstaatliche Demokratie schlechthin.

## 11. Ein selbstbewusstes Parlament?

Mit den vorstehenden Gedanken geht es nicht darum, die Volksinitiative generell in ein schlechtes Licht zu rücken. Sie ist und bleibt ein unverzichtbares, direktdemokratisches Element unserer konsensualen Demokratie und unserer politischen Kultur.<sup>35</sup> Doch weisen einige Initiativen der letzten Zeit auf Tendenzen hin, welche die Grundwerte unserer Verfassung zu gefährden

<sup>32</sup> Vgl. etwa neuerdings *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, Zentralblatt 6/2013, 316 ff., 320f., auch mit kritischen Hinweisen zur Geltung des Grundsatzes.

<sup>33</sup> So mit Recht *Biaggini* (Fn 32), 321f.

<sup>34</sup> So erklärt Bundesrichter *Hansjörg Seiler* in einem Interview in der NZZ vom 28.11.13, 15, auf die Frage hin, ob die Haltung des Bundesgerichts, Verfassungsnormen jüngeren Datums gingen älteren nicht automatisch vor, neu sei: «Bis jetzt bin ich davon ausgegangen, dass bei Normen mit Rechtssatzcharakter die Regel der *Lex specialis* oder der *Lex posterior* gilt. Das heisst, dass die speziellere oder jüngere Norm vorgeht, ohne dass man das ausdrücklich sagen muss.»

<sup>35</sup> Allerdings dürfte es zu weit gehen, sie als «das politische Identifikationsmerkmal der Schweiz» zu bezeichnen (so aber *Martin Wyss* in LeGes 2011/3, 333). *Georg Lutz* (oben Fn 5, 373 f.) stellt zu Recht fest, dass der Begriff «Volks»-Rechte einen irreführenden Aspekt aufweist, da es sich meistens um Verbandsrechte oder Parteienrechte handle.