

Droit et culture

Recueil de textes à l'occasion
des 75 ans de Pierre Moor

Professeur honoraire à la Faculté de droit,
des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

EDITEURS:

Anne-Christine Favre

Docteur en droit, Professeure ordinaire à la Faculté
de droit, des sciences criminelles et d'administration
publique de l'Université de Lausanne

Alexandre Flückiger

Docteur en droit, Professeur ordinaire à la Faculté
de droit de l'Université de Genève

L'ouvrage est publié avec l'appui du fonds FER
de la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de
Lausanne.

Impressum

Septembre 2015

Ouvrage tiré à 200 exemplaires

Imprimé par NB Media

Graphisme: Léonor Tanquerel

Von der Kultur der Rechtsetzung

Zur partiellen Verlagerung der Verfassungsrechtsetzung – auch eine demokratietheo- retische Herausforderung

René Rhinow

*Professor Dr. iur., em. Ordinarius für öffentliches
Recht an der juristische Fakultät der Universität
Basel*

Pierre Moor hat sich in verschiedenen Beiträgen Grundfragen der Rechtstheorie angenommen und dabei auch wegleitende verfassungstheoretische Erkenntnisse beigesteuert.¹ Die nachfolgenden Betrachtungen² widmen sich einem Ausschnitt aus der aktuellen Verfassungspraxis, die Moor stets in seine Überlegungen mit einbezogen hat. Insbesondere

1 Vgl. etwa Pierre Moor, Les développements informels du droit constitutionnel, in: Demokratie Regierungsreform Verfassungsfortbildung, Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, hrsg. von Giovanni Biaggini, Georg Müller, Jörg Paul Müller, Felix Uhlmann, Basel 2009, 139 ff.

2 Der vorliegende Text entspricht weitgehend Passagen meines Aufsatzes „Das getriebene Parlament: Volksinitiativen als mehrfache Herausforderung“, in: Parlament, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Parlamentsfragen, April 2015, Nr. 1., 25 ff., 26 ff.

geht es darum, gewisse Tendenzen der Handhabung von Volksinitiativen auf Bundesebene zu beleuchten.

Der Weg der (Verfassungs-) Gesetzgebung wird in der Bundesverfassung klar vorgezeichnet: Unabhängig von der Phase der Auslösung des Verfahrens liegen Vorbereitung und Ausarbeitung von Erlassentwürfen bei der Bundesverwaltung (mit Einschluss allfälliger Expertenkommissionen und des Vernehmlassungsverfahrens). Ein besonderes Gewicht kommt dabei der *Konzeptphase* zu. Bevor mit der Gesetzesredaktion begonnen wird, sollen die Ziele der angestrebten Normierung und inhaltliche wie gestalterische Grundsatzfragen mit ihren Vor- und Nachteilen erarbeitet werden.³ 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 ihren multiplen Sinn u.a. in der Gewährleistung von Sachkunde, demokratischer Öffentlichkeit, föderalistischer Mitwirkung und Umsetzungs- und Vollzugstauglichkeit sowie in der Qualitätssicherung in der Rechtsetzung.⁴ 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 einzugehen hat. Beispielsweise seien erwähnt: die Auswirkungen auf die Grundrechte, die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht, die im vorparlamentarische

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

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

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. Man kann mit Fug von einer spezifisch *schweizerischen Kultur der Rechtsetzung* sprechen, die auch vom stets drohenden oder, bei der Verfassungsgebung, erforderlichen Referendum geprägt ist und in der Politikwissenschaft als Markenzeichen einer Verhandlungsdemokratie bezeichnet wird.

Demgegenüber gehört es 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 immerhin⁵) die Pflicht, die Initiative zur Annahme oder

5 Nach *Bernhard Ehrenzeller/Roger Nobs*, St. Galler Kommentar zu Art. 139 Abs. 5 Abs. 2 BV, stellt die Abstimmungsempfehlung

Ablehnung zu empfehlen (Art. 139 Abs. 5 BV). Mit diesem Vorgehen wird von Verfassungswegen ein ausserordentlicher Weg der Rechtsetzung eröffnet. Denn die Volksinitiative⁶ *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.

1. **Demokratiethoretische Tragweite**

In demokratiethoretischer Sicht sind die erwähnten Unterschiede zum „normalen“ Rechtsetzungsweg von grosser Bedeutung: es ist bei der Initiative erstens nicht ein vom Volk gewähltes und repräsentatives Organ, welches den Textentwurf verabschiedet, sondern ein beliebig zusammengesetztes Komitee aus der Zivilgesellschaft. Und zweitens wird der Gang der (Verfassungs-) Rechtsetzung bis zum endgültigen Verfassungstext nicht durch eine kritische demokra-

– etwas euphorisch – „als demokratische Leitentscheidung der Parlamentes im materiellen Sinn einen gesetzgeberischen Akt dar“.

6 Wie unter Umständen auch die Parlamentarische Initiative.

tische und partizipative Öffentlichkeit begleitet. Dass neuerdings auch Volksinitiativen zuerst medienwirksam „angekündigt“ und erste Entwurfstexte inoffiziell publiziert werden,⁷ macht dieses Manko nicht wett. Im Lichte einer *responsiven Demokratie*⁸ kann deshalb 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, der Repräsentation und des unabdingbaren diskursiven Forums des Parlamentes für jede rechtsstaatliche Demokratie verstellt – eine helvetische Eigenheit, die neuerdings auch dazu führt, dass das Parlament als Institution schlechtgeredet und populistisch 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, umsetzungsgerechten und vollzugstauglichen (Verfassungs-) Rechtsetzung.⁹ Eigentlich ist es erstaunlich, dass die

7 So geschehen bei der lancierten Volksinitiative zum Verhältnis Landesrecht – Völkerrecht, die jetzt den polemischen Titel „Schweizer Recht statt fremde Richter“ trägt.

8 *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).

9 *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.

Problematik „Anforderungen an die Textausarbeitung von Volksinitiativen“ bislang kaum thematisiert worden ist.

Auch wenn es eine juristische Selbstverständlichkeit darstellt, so ist in der Öffentlichkeit immer wieder zu betonen, vor allem im Vorfeld von Abstimmungen, dass „privat“ fabrizierte „formulierte“ 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.

2. 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 vor allem mit dem Charakter der Volksinitiativen in jüngster Zeit neue Dimensionen angenommen. Neuere Initiativen enthalten nicht mehr „eindimensionale“ Grundsatz- und Richtungsentscheide (wie etwa die Abschaffung der Armee, ein EU-Beitritt, verlängerte Ferien etc.), sondern materielle rechtsetzende Normen in abstrakter, aber auch konkreter Form. Sie wollen auch Bestimmungen der Gesetzgebung „heraufstufen“, um ihnen mehr Gewicht zu verleihen (wie bei der Privatsphären-Initiative). Sie werfen zunehmend rechtsstaatliche Probleme auf, so Konformitätsfragen mit dem Völkerrecht und mit Menschenrechten, oder sind vom Versuch getragen, 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). Oft ist auch 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. Die Initiativtexte sind oft mehrdeutig oder widersprüchlich; solche Initiativen führen zu erheblichen Umsetzungsproblemen auf Gesetzesesebene. Beinhaltend 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. In diesen Fällen erweist sich das Manko eines diskurs- und öffentlichkeitsgeprägten Gesetzgebungsprozesses als verhängnisvoll.

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 und in welchem Ausmass mittels Verfassungsinitiative die ordentliche rechtsstaatlich-demokratische Willensbildung bei der Rechtsetzung und deren Anwendung beliebig „umgangen“ werden kann.¹⁰

10 Vgl. dazu *Peter Uebersax*, Zur Zulässigkeit der Durchsetzungs-

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 Propagandezwecke 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 bei-

getragen haben.¹¹ Dann ist zu bedenken, dass auch abgelehnte Initiativen einen nachhaltigen Einfluss auf die weitere Gesetzgebung haben können¹², 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.

3. Der Gegenvorschlag als Ausweg?

Ein zweiter Einwand weist darauf hin, dass der Bundesversammlung das Recht zusteht, 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.¹³ Insofern gewinnt das Parlament seine Rechtsetzungshoheit und die Rechtsetzungskultur in der von der Initiative erfassten Materie partiell zurück, freilich unter dem Druck der vorliegenden Initiative. Allerdings kann der Weg eines Gegenentwurfes hürdenreich sein. Initianten pflegen oft von einer unan-

11 *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

12 *Gabriele Rohner*, Die Wirksamkeit von Volksinitiativen im Bund 1848 – 2012, Zürich/Basel/Genf 2012

13 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.

nehmbaren „Verwässerung“ ihres Anliegens zu sprechen, ja von einer Torpedierung „von oben“. Der Gegenvorschlag hat zudem in einem polarisierten Milieu zunehmend Mühe, ausreichend Support und Ressourcen im Abstimmungskampf zu mobilisieren. Auch kann er politisch nicht 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. Schliesslich stellt das System des doppelten Mehrs bei der Volksabstimmung hohe Anforderungen an die Stimmbürgerschaft.

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. 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.

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“ Text¹⁴, andererseits versuchen die Initiativgegner soviel 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.

4. *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 in

14 Bei der Auslegung einer Volksinitiative ist der Wille der Initianten nicht ausschlaggebend, sondern allenfalls „mitzuberücksichtigen“ (BGE 129 I 395).

Verfahren der ordentlichen Ausführungsgesetzgebung erreicht.¹⁵ 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.¹⁶ 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 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

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

16 *Alexander Mattern*, Die Gesetzesinitiative im Bund und in den Kantonen, 1991, 65 ff.

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.¹⁷ 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.¹⁸ Die Problematik ist aber heikel, weil schwierige Abgrenzungsfragen zu lösen wären. Denn bisherige Volksinitiativen waren immer wieder durchzogen von punktuellen Bestimmungen einer unteren Normstufe. Und diese wurden zu recht nicht unzulässig erklärt.

5. Eine weitere Dimension der Verhandlungsdemokratie?

Wie erwähnt wurde die schweizerische Demokratie immer wieder als Verhandlungsdemokratie qualifiziert, weil bei der Gesetzgebung oft versucht wird, durch möglichst breit abgestützt Kompromisse „referendumsresistente“ Vorlagen auszuarbeiten.¹⁹ Das in jüngster Zeit feststellbare Bargaining bei der Umsetzung von Verfassungsinitiativen belegt diese Sicht aufs Anschaulichste (zB. bei der Zweitwohnungsinitiative) – und zieht dabei weitere

17 Nach *Uebersax* (vgl. oben FN 6, 611) könnte die Missachtung der Normstufe als „*unité de rang*“ als neue Schranke des Initiativrechts „aus einer integralen Auslegung des bestehenden Verfassungsrechts“ abgeleitet werden.

18 Vgl. etwa *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, 2007, N 17 zu Art. 139.

19 Vgl. etwa *Wolf Linder*, Schweizerische Demokratie, 3. Aufl., Bern 2012. 341 ff.

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 politischen 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. Denn 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 vom Parlament erarbeitetes Ausführungsgesetz zu Fall zu bringen, nicht aber, es zu gestalten.

Der Verfassungsjurist hütet sich, Verfassungs- und Rechtsetzungsfragen vorschnell in Kategorien der Kultur einzuordnen. Doch so wie der aktuelle Zustand der Politik in unserem Land mit Erscheinungen einer sich verändernden – und je nach Standort auch verblassenden – politischen Kultur erfasst werden kann, so scheint sich auch bei der Verfassungsrechtsetzung ein Kulturwandel abzuzeichnen. Sollte der Prozess einer „Umgehung“ des Parlamentes, einer Vernachlässigung der Textsorgfalt und der Ausklammerung einer reflexiven und kritischen Öffentlichkeit weitergehen, so würde dies zu einer *Schwächung der rechtsstaatlichen Demokratie* führen.