

## Volkswille und Rechtsstaatlichkeit im Widerstreit

Vortrag von Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard vor der NHG/TS Winterthur vom 19.9.2011

Der Erlass eines verfassungsmässigen *Verbots, in der Schweiz Minarette zu bauen*, der auf eine Volksinitiative zurückgeht, die am 29. November 2009 von Stimmberechtigten und Kantonen gutgeheissen wurde, hat ein Dutzend Mitglieder nordostschweizerischer Gruppen der Neuen Helvetischen Gesellschaft/Treffpunkt Schweiz veranlasst, eine gedruckte Studie von 35 Seiten Umfang herauszugeben, die auch in der Internetseite dieser Gesellschaft zugänglich ist. Sie sucht die Problematik dieser neuen Verfassungsbestimmung auszuleuchten.

Diese Bestimmung ist jedoch *kein Einzelfall*. Sie reiht sich ein in eine breitere Hintergrunds-Auseinandersetzung, die in der Überschrift der heutigen Veranstaltung zusammengefasst ist, ein Hintergrund, den wir näher betrachten sollten. Als Nachfolger der alten, von 1761 bis 1858 bestehenden Helvetischen Gesellschaft, einer der geistigen Urheberinnen der modernen, liberalen, bundesstaatlichen Eidgenossenschaft von und seit 1848, sind wir uns den Versuch dieser Analyse wohl schuldig.

In der Schweiz schwelt derzeit *ein Richtungsstreit zwischen zwei grundlegend verschiedenen Staatsauffassungen*. Vielen ist kaum bewusst, wie fundamental die Differenz ist. Klärende Betrachtung der beiden Bestrebungen ist angezeigt. Denn zwischen beiden drängt sich eine Ausmarchung auf. Worum handelt es sich?

Die Schweizer Stimmberechtigten sind wohl in ihrer ganz überwältigenden Mehrzahl fest überzeugt, dass unser Land eine Demokratie ist und bleiben soll. Und zwar nicht bloss eine repräsentative Demokratie, in der die Bürgerschaft grad einmal alle vier Jahre ihre Repräsentanten ins Parlament wählen darf, aber sonst nichts zu bestimmen hat. Wir verstehen uns in der Regel als Anhänger der direkten Demokratie. Daran gibt es grundsätzlich nichts zu rütteln.

Das heisst nun für viele, dass in den dem Volksentscheid offen stehenden Bereichen die Stimmberechtigten freie Hand hätten. Sie und nur sie bestimmten, was zum Beschluss zu erheben sei. „Volkes Wort ist Gottes Wort“, und basta.

So weit so gut. Nun hat man aber in den letzten Jahren *bei einzelnen Volksbegehren* immer wieder zu hören bekommen, sie seien zwar nicht ungültig, *verstiessen aber gegen andere, unabhängig davon weiterbestehende rechtliche Vorschriften*. Oder sie seien mit Sinn, Zweck und Geist der Bundesverfassung kaum vereinbar. Das Ergebnis war hin und wieder eine unvollkommene Umsetzung einer neuen Verfassungsbestimmung in die Rechtswirklichkeit, allenfalls eine von den Initianten nicht vorausgesehene einschränkende „verfassungskonforme“ Auslegung. Und im Hintergrund tauchte etwa sogar das Risiko einer internationalen Sanktion gegen die Schweiz auf – gar nicht zu reden von den begleitenden innenpolitischen Zerwürfnissen.

*Um welche Initiativen geht es?* Erstens : Am 8. Februar 2004 haben Volk und Stände einen Artikel 123a in die Bundesverfassung gesetzt, wonach *extrem gefährliche, nicht therapierbar rückfallsgefährdete Sexual- und Gewaltstraftäter lebenslänglich und ohne Unterbruch zu verwahren sind*. Nur neue wissenschaftliche Erkenntnisse dürfen zu

einer Neuurteilung Anlass geben. Kommt es dann zur Entlassung in die Freiheit, so haftet die entlassende Behörde bei Rückfall.

*Der Beweggrund für die Initiative* war ein brutaler Sexualmord eines verurteilten Sexualstraftäters in provisorischer Freiheit, das heisst ein zu starker Resozialisierungsoptimismus der für diesen Täter Verantwortlichen.

*Bewirkt hat die Initiative* eine sorgfältigere, strengere Begutachtung und Bearbeitung solcher Fälle, aber auch, wegen ihrer bisweilen übermässigen rechtlichen Folgen, mehr Zurückhaltung beim Aussprechen fast unaufhebbarer Verwahrung.

*Die rechtliche Problematik* des neuen Artikels liegt vor allem darin, dass eine Sicherheitsverwahrung, die über die Dauer der Freiheitsstrafe hinausgeht, nach Menschenrechtskonvention regelmässig überprüfbar bleiben muss. Es ist absurd, eine Neuüberprüfung nur bei neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen zuzulassen. Verunfallt zum Beispiel der Verwahrte in der Anstalt und wird dabei Para- oder Tetraplegiker, so entfällt sein Rückfallsrisiko und damit der Verwahrungsgrund. Weiterverwahrung wäre dann reiner Racheakt. Die Dauerverwahrung ist übrigens ein Eingriff in den an sich unantastbaren Kernbereich der persönlichen Freiheit und darf schon deshalb nicht absolute Gültigkeit beanspruchen, sondern müsste nach dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen und im Zweifel zugunsten des Angeklagten gehandhabt werden. Die Behördenhaftung stimmt mit dem Staatshaftungsprinzip der Bundesgesetzgebung nicht überein, das heisst, nicht eine Behörde oder deren Mitglieder haften, sondern für sie haftet primär der Staat, dies nicht nur aus finanziellen Gründen, sondern auch, damit die Behörde ihre Verantwortung frei und nicht bedrängt durch Haftbarkeitsängste wahrnimmt. Und die Staatshaftung verjährt.

*Das Fazit* ist, dass der Artikel möglichst menschenrechts- und verfassungskonform ausgelegt werden muss und damit entgegen der Absicht der Initianten etwas entschärft wird.

Zweitens: Am 30. November 2008 haben Volk und Stände auf dem Initiativweg noch einen Artikel 123b hinzugefügt. Er *erklärt die Verfolgung und den Vollzug ausgefallter Strafen gegenüber sexuellen oder pornographischen Straftätern, die sich an Kindern vor der Pubertät vergehen, für unverjährbar.*

*Beweggrund* ist die infolge der erhöhten sexuellen Freizügigkeit und ihrer ungenierteren öffentlichen Darstellung sowie infolge der Missbrauchgelegenheiten, aber auch der verstärkten legalen Publizität der neuen elektronischen Medien intensiver ins öffentliche Bewusstsein getretene Rolle der kriminellen Pädophilie.

Die Initiative hat *das Bedürfnis* einer nachdrücklicheren strafrechtlichen Repression der Pädophilen-Kriminalität bestätigt. Sie sucht dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Pädophilie-Opfer vielfach erst nach vielen Jahren wagen, Sühne für das Erlittene zu verlangen.

*Die rechtsstaatliche Problematik* liegt darin, dass mit dem Grundsatz punktuell radikal gebrochen wird, wonach längerer Zeitablauf dem Zugriff der Justiz ein Ende setzen soll. Dieser Grundsatz baut auf der Erfahrung auf, dass die Zeit einerseits Unrecht des öftern heilt und andererseits die Verlässlichkeit der Beweismittel, so das

Erinnerungsvermögen der Beteiligten und die Verfügbarkeit von Sachbeweisen, zunehmend abbaut. Die Lebensumstände aller Beteiligten ändern sich mit den Jahren, und zwar vielfach grundlegend, so dass ein Eingreifen der Justiz dann unter Umständen mehr schadet als nützt, neue Opfer schafft, wegen des Zeitablaufs Milderungsgründe eintreten können und die Strafe ihren Präventionszweck gar nicht mehr zu erfüllen vermag. Beispiel ist der Fall Polanski, wo das Opfer sich entschieden dagegen wehrte, nochmals in die Mühlen der Justiz und des schamlosen öffentlichen Interesses gezerrt zu werden. Der neue Artikel lässt mit seiner apodiktischen Formulierung aber keinen anderen Weg offen. Er lässt zum Beispiel einen 90-Jährigen noch für eine Jugendverfehlung büssen und wirkt unter Umständen unverhältnismässig. Er verstösst gegen ein Grundprinzip, von dem bisher höchstens bei ganz monströsen, nicht alltäglichen Verbrechen, etwa Völkermord, abgewichen wurde, wo es auch keine Verjährung gibt. Auf den amtlichen Entwurf eines die grössten Schnitzer korrigierenden Ausführungsgesetzes kann ich hier nicht auch noch eintreten.

*Das Fazit:* Die Banalisierung solcher Abweichungen rüttelt am ausgewogenen Gefüge der Rechtsordnung. Dann wird es schwer zu verstehen, wieso bei einem schweren Verbrechen wie Mord, Mehrfachmord, Brandstiftung oder Landesverrat die ordentliche Verjährung gelten soll, wenn die Bundesverfassung selbst für leichte Sexualstraftaten oder solche, die noch im Jugendlichenalter begangen wurden, die Verjährung generell aufhebt. Letzteres versucht man derzeit allerdings, mit dem Ausführungsgesetz zu vermeiden.

Drittens: Am 29. November 2009 haben Volk und Stände *der Initiative zugestimmt, welche den Bau von Minaretten in der Schweiz künftig verbietet.*

*Als Beweggrund* ist der Wille anzunehmen, einer als aggressiv fremdartig vermuteten Religion nicht zu gestatten, ihre Kultorte plakativ sichtbar zu machen. Das Abstimmungsergebnis ist als Signal zu verstehen, wonach einer befürchteten Überflutung mit unerwünschten fremdartigen Wertvorstellungen Einhalt zu gebieten sei.

*Die Initiative rief ausser dem* angestrebten Baustopp eine vertiefte Erörterung des Verhältnisses schweizerischer Werte zu Immigration und zu anderen, undifferenziert wahrgenommenen Kulturen hervor. Sie weckte aber auch unfreundliche Kommentare namentlich im Ausland, erwies sich jedoch als direktdemokratischer Vorreiter allgemeiner xenophober Erscheinungen in Europa.

*Das Minarettbau-Verbot erweist sich als Ausnahmebestimmung* zu der in der Verfassung festgeschriebenen Rechtsgleichheit, zum Diskriminierungsverbot und zur Kulturfreiheit, trifft aber letztere nicht in ihrem Kerngehalt. Das Verbot verträgt sich nicht mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte.

*Das Fazit* ist die Notwendigkeit, vertieft über das Verhältnis von freiem Volkswillen und verlässlicher Rechtsordnung nachzudenken – was mit diesen Ausführungen geschehen soll.

Zu behandeln wäre an dieser Stelle auch noch die in der Abstimmung *angenommene Ausschaffungs-Initiative der SVP*. Diese Partei lässt sich in keiner Weise in ein Gespräch ein, das eine mit den Grundsätzen der nationalen wie internationalen Rechtsordnung vereinbare, doch noch immer strenge Verwirklichung herbeiführen sollte.

Lieber riskiert sie auswärtige Sanktionen, selbst gravierender Art, gegen die Schweiz. So zerrüttet sie im Glauben, patriotisch zu handeln, Recht, Respekt und Geltung unseres Landes. Dieses Feld ist so weit, dass ich aus zeitlichen Gründen und um nicht in eine laufende politische Auseinandersetzung einzugreifen, hier auf ein näheres Eingehen verzichten muss.

*Es sind noch weitere Initiativen in Vorbereitung, denen eines gemeinsam ist: Sie wollen in bestimmten Breichen den Stimmberechtigten zusätzliche Entscheidungsmacht zuhalten.* Nicht alle richten sich dabei gegen den Rechtsstaat. Es geht auch um die Beschränkung der Handlungsfreiheit politischer Behörden, in denen die Initianten nicht über die Mehrheit verfügen. So die Initiative auf Volkswahl des Bundesrates, welche das Bestimmen der der Deutschschweizer Mehrheit wenig bekannten Vertreter der lateinischen Schweiz erschweren und den Einfluss der Medien wie der gekauften Propagandabüros erhöhen würde. Oder der Versuch, das weltweit schon einzigartig ausgebaute Schweizer Staatsvertragsreferendum noch breiter anwendbar zu machen, auf Kosten der zeitgerechten aussenpolitischen Handlungsfähigkeit der Schweiz und auf die Gefahr, dass es deren ausländischen Partnern verleidet, mit eidgenössischen Behörden zu verhandeln, wenn das mühsam erzielte Ergebnis ständig von der Desavouierung durch Referenden bedroht ist.

Wir müssen somit schon überlegen, ob die Demokratie, die sich in unserem Land durch einen Gebrauch mit Augenmass bewährt hat, nicht im Begriffe ist, durch eine Ausdehnung ins Übermass in ihrer Vertrauenswürdigkeit und Verlässlichkeit Schaden zu nehmen. So weit der immer häufigere Appell an die Stimmberechtigten sich indessen unbekümmert um Folgen über die Rechtsstaatlichkeit hinwegsetzt, haben wir es mit Zeitgenossen zu tun, welche ihnen Wichtiges in den inländischen Zuständen gegen das Andringen ihre Sensibilität störender Erscheinungen dadurch schützen wollen, dass sie *diesen Einflüssen mit Hilfe eines bestimmten, festen und unverrückbaren Volkswillens Mauern entgegenzusetzen* suchen.

Auf der anderen stehen jene, welche in diesen Ausbrüchen eines schrankenlosen Volkswillens *einen untragbaren Einbruch in die Rechtsentwicklung teils der letzten 250, teils der letzten 60 Jahre erblicken.* Es ist eine Rechtsentwicklung, die Dämme gegen Staatswillkür und staatliche Erniedrigungen des menschlichen Individuums aufzurichten versucht hat – nicht ohne Erfolge.

*Das ist der Rechtsstaat, der jedem Menschen unantastbare rechtliche Garantien zusichert* und das staatliche Handeln an gesetzliche Regeln bindet, von denen heute erwartet wird, dass sie auf demokratischen Wegen zustande kommen.

Das setzt der Beliebigkeit des Umgangs mit der Staatsmacht und mit dem Individuum Schranken. Nun entdecken aber viele überzeugte Demokraten, dass diese Schranken auch ihnen entgegengehalten werden. Mit anderen Worten: Sie vernehmen – nicht immer zu ihrem Behagen –, dass *auch für den Volkswillen Limiten gelten* sollen.

Wir stehen also vor einem Konflikt zwischen jenen, für die gewissermassen *eine Allmacht des Stimmvolkes* besteht, dieses also nach Gutdünken entscheiden kann, und jenen anderen, welche daran erinnern, dass unser Staat jedermann gewisse unverbrüchliche Rechte zusichert, überhaupt auf Recht und nicht auf Willkür, auf Rechtssicherheit sowie auf Treu und Glauben aufgebaut ist. Ausserdem hat er *internationale Verpflichtungen*

abgeschlossen, denen er *sich nicht immer einfach durch Kündigung oder gar durch widersprechende Volksentscheide entziehen kann.*

Wir stehen somit vor einer *noch nicht fertig durchgestandenen Auseinandersetzung zwischen dem Prinzip des unbeschränkten, freien Volkswillens und dem Grundsatz der rechtsstaatlichen Ordnung.* Dieser Disput bringt viel Bitterkeit in unser politisches Leben, kann aber nicht ohne eine vertiefte Betrachtung dessen, worum es geht, zu Ende geführt werden.

Allerdings hat sich die Entwicklung der Demokratie und des Rechtsstaates in der Schweiz generationenlang parallel, ohne Zusammenstösse, vollzogen. Indessen hatte ich als einer, der ein Erwachsenenleben lang Rechtsfragen der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht hat, schon seit langem den Eindruck, dass gerade in rechtsstaatlicher Hinsicht weite Teile der Bevölkerung Wesentliches einer langen Entwicklung nicht verinnerlicht haben. Eine solche Disparität ist geeignet, in einer direkten Demokratie in Spannungen auszumünden.

Doch nun wird es Zeit, konkret zu bezeichnen, wovon wir sprechen und worum es geht.

Die Auffassung, die Stimmberechtigten könnten völlig frei entscheiden, wird häufig mit dem Hinweis begründet, bei uns sei das Volk ja souverän, ja es sei *der Souverän.*

Unter einem Souverän versteht man ursprünglich den Landesherrn, der selbstherrlich zu walten befugt, also „rex legibus solutus“, ein an keine Gesetze gebundener Landesfürst sei; denn die Gesetze macht ja er und hebt die auch wieder auf.

Mit dem Umwandeln der absoluten, eben: ungebundenen Monarchien in konstitutionelle, d.h. auf Verfassungsurkunden verpflichtete Monarchien, wurden die Monarchen an Regeln gebunden, so auch an die Garantie gewisser Rechte ihrer Untertanen. Wo an die Stelle der Monarchien Republiken, meist mit demokratischen Regierungsformen, traten, wurde die Ausübung der Souveränität, das heisst, der obersten Staatsgewalt im unabhängigen Staat, in verschiedenem Ausmass auf das Volk übertragen, aber auch gewaltenteilig fraktioniert. Das heisst zum Beispiel, dass zur Ausübung der höchsten Gewalt im Staate, nämlich der verfassunggebenden, das Zusammenwirken mehrerer Organe erforderlich gemacht wurde. So hatte etwa das Volk ein Parlament zu wählen, und dieses hatte dem Volk Vorschläge zur Annahme oder zur Verwerfung vorzulegen. Bei uns liegt die Verfassungsgebung wohl in der Hand der Stimmberechtigten, aber in geteilter Funktion: einmal direkt als Volk, doch grundsätzlich auch als Stimme der Kantone, deren Mehrheit mitentscheidet. Nicht zu vergessen ist, dass dabei auch die Bundesversammlung mitwirkt, und auch sie aufgeteilt in zwei Kammern. Und die oberste gerichtsherrliche Gewalt wird nicht von den politischen Staatsorganen, sondern von den judiziarischen separat ausgeübt. Diese Gewaltenteilung dient dazu, Unüberlegtes und Willkürliches nach Möglichkeit zu verhüten und Machtballungen in wenigen Händen oder gar in einer einzigen Faust auszuschliessen.

Das zeigt, dass die Einführung der modernen Demokratie und Volkssouveränität von Anbeginn von rechtsstaatlichen Neuerungen und Sicherungen begleitet wurde. Damit sollten Entartungen der Entscheidungsprozesse verunmöglicht und dem Abgleiten der

Demokratie in die Ochlokratie, das heisst die Pöbelherrschaft, wie sie die antike athenische Demokratie erlebt hatte, aber auch die Diktatur der Mehrheit unterbunden werden.

*Volkssouveränität ist also von Anbeginn an nicht als schlichte kollektive Selbstherrlichkeit zu verstehen.* Ausserdem sollte man davon absehen, den Begriff so zu missbrauchen, wie dies in unserem Lande zu oft geschieht: Wenn die Stimmberechtigten einer Gemeinde entschieden haben, hat keineswegs ein Souverän gesprochen, sondern nur das oberste Organ einer autonomen Gebiets Herrschaft, die übergeordnetem kantonalem und eidgenössischem Recht unterstellt ist. Selbst die kantonalen Stimmberechtigten sind nur noch ganz beschränkt in der Lage, Souveränitätsrechte auszuüben; das Meiste, was sie tun, bewegt sich im autonomen Bereich dessen, was nicht an die übergeordnete Eidgenossenschaft delegiert ist.

Nur die Eidgenossenschaft als Ganzes ist nämlich in fast allen staatlichen Tätigkeitsbereichen ein Völkerrechtssubjekt im Sinne eines rechtlich unabhängigen Staates.

Allerdings werden von dieser Souveränität oder Unabhängigkeit heute des öfteren falsche Vorstellungen kolportiert. Falsch ist etwa, wenn Politiker dergleichen tun, als wären von uns geschlossene Staatsverträge unbeachtlich und das Völkerrecht nichts, das uns angehe. Ebenso falsch ist es aber auch, wenn andere immer wiederholen, die staatliche Unabhängigkeit gebe es heute kaum mehr. Sie vergessen, dass es sich dabei um eine rechtliche Unabhängigkeit handelt, die nichts mit den faktischen Abhängigkeiten zu tun hat, z.B. jenen in der Rohstoff-, Energie- und Lebensmittelversorgung, und mit den Sachzwängen, z.B. die Behinderung des freien Flugverkehrs durch Vulkanasche. Auch die Einbindung der Staaten in rechtliche Regeln ändert an deren rechtlicher Unabhängigkeit nichts. Nur ist diese immer nur relativ. Auch das freie, selbstbestimmte Individuum muss trotz seiner Privatautonomie im Rahmen der tatsächlichen Lebensbedingungen und in den Schranken einer Rechtsordnung existieren. Freiheit ohne Grenzen gibt es nicht – oder nicht mehr.

Nicht selten wird die Ungebundenheit des Volkswillens auch damit begründet, dass unser Staat ja souverän sei, mit anderen Worten also, tun könne, was er wolle. In der Tat hat man den Staaten, auch als Ausfluss des Nationalismus des 19. Jahrhunderts, bis ins 20. Jahrhundert hinein grosse Freiheiten zugebilligt. Eine davon war die Befugnis, Krieg zu erklären. Denn der Krieg war, wie der preussische Strategietheoretiker Clausewitz festgehalten hat, „die Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln“.

Das Völkerdesaster des I. Weltkrieges hat dann nicht nur zum Versuch einer neuen internationalen Ordnung in der Gestalt des Völkerbundes Anlass gegeben. Die moralische Empörung über die Kriegsverursacher schlug sich in dem jeder vorausschauenden Weisheit entbehrenden Rachefrieden von Versailles nieder. Beides mündete in das noch grössere Desaster des II. Weltkrieges. Dessen Greuel gaben dann den Anstoss dazu, es mit einer noch besseren neuen Ordnung zu versuchen.

Diese hat die kriegerische Aggression als Mittel staatlicher Politik für völkerrechtswidrig erklärt. Tatsächlich sind bewaffnete Konflikte genau dieser Art selten geworden. Die Waffengewalt hat sich auf Bürgerkriege, Operationen kaum als staatliche Organe fassbarer Kriegsherren, auf Terrorakte, Piraterie und Mordbrennereien verlagert. Solches kann dann freilich mehr oder weniger treffend als internationale Polizeiaktionen

deklarierte bewaffnete Interventionen der Völkergemeinschaft oder von Teilen derselben rufen.

Zugleich sind aber *die Staaten in ein wachsendes Netz von Garantien der individuellen und der ethnischen Menschenwürde, des Schutzes vor Diskriminierung, des Rechtes auf Leben, des Folterverbotes und internationaler, insbesondere auch strafrechtlicher Gerichtsbarkeit eingeflochten worden*. Die meisten Staaten haben es unangebracht befunden, sich dem schlicht zu entziehen. Mit der Umsetzung liegt zwar vieles noch sehr im Argen. Dies hindert jedoch nicht, dass ständig irgendwo auf Befolgung dieser menschenfreundlichen Regeln gedrängt wird und diese weder in Vergessenheit geraten noch aus der tagespolitischen Diskussion auszuschneiden vermögen.

Diese *Regeln zur Humanisierung* sowohl der zwischenstaatlichen Beziehungen als auch zur Vermenschlichung der Mindeststandards des staatlichen Umgangs mit Individuen und Bevölkerungsgruppen waren aber nicht die einzigen rechtlichen Errungenschaften der letzten sechzig Jahre. Auch im staatsinternen Bereich setzte sich ein *Zug zu verbesserter Rechtssicherheit* durch. In der Schweiz beobachten wir nicht allein die verfassungsmässige Gewährleistung einiger zusätzlicher Grundrechte des Menschen und die Übernahme ebensolcher Vertragsrechte. Die Möglichkeiten des Einzelnen, sich gegen Zumutungen der Staatsverwaltung zu beschweren, bestehen nicht länger darin, dass er sich an deren vorgesetzte Stellen, also an den Regierungs- oder den Bundesrat wenden muss, Stellen, die womöglich vorher das Vorgehen der Verwaltung angeordnet haben. Vielmehr wird der Weg an eine verwaltungsunabhängige, nicht nach politischen Kriterien überlegende Verwaltungsjustiz mehr und mehr geöffnet, der individuelle Rechtsschutz also verbessert.

Diese Verbesserungen sind im wesentlichen in Bestimmungen der Bundesverfassung sowie in einzelnen wichtigen internationalen Abkommen festgehalten, so in der *Europäischen Menschenrechtskonvention* und im *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*. In der einfachen Bundesgesetzgebung finden sich Vorschriften über das Geltendmachen und Verwirklichen von Grundrechts- und von verfassungsrechtlichen Garantien.

Was nun an Volksinitiativen auffällt, die in neuester Zeit aus *emotionsgeladenen Situationen* heraus entstehen, ist, dass sie sich tendenziell in einen Widerspruch zu solchen Garantien setzen. Nun ist es allerdings verfassungsrechtlich zulässig, Ausnahmen zu grundlegenden Rechtssätzen der Bundesverfassung herzustellen, sofern diese Ausnahmebestimmungen im Verfahren der Verfassungs-Teilrevision in die Verfassungsurkunde eingefügt werden. Das ist denn auch jeweils der Fall. Damit werden allerdings tragende Fundamente der Verfassung durchlöchert und geschwächt. Der zusammenhängende ideelle Gehalt, *die leitenden Wertvorstellungen des Verfassungsrechts erleiden Einbussen*. Das ist auch der Grund, warum die antijüdischen und antikatholischen Ausnahmeartikel der Bundesverfassungs-Urkunden von 1848 und 1874 nach und nach als genierlich beseitigt worden sind.

Ein weiteres Problem kann sich dadurch ergeben, dass nach Artikel 191 der Bundesverfassung Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. „Massgebend“ heisst: Die Gerichte haben sich daran zu halten. Dies bedeutet, dass *die Bundesversammlung mit der Bundesverfassung nicht vereinbare Gesetze erlassen kann*, jedenfalls, wenn nicht infolge eines Referendums die Volksmehrheit ihr in den Arm fällt. Dies hat nichts zu tun mit

Artikel 164 Ziffer 1 Absatz b der Bundesverfassung. Dieser gibt zwar der Bundesversammlung das Recht, über Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte zu befinden. (Wie weit, das heisst wie wenig weit!, dabei gegangen werden darf, wird in Artikel 36 der Bundesverfassung präzise umschrieben.) Damit sind aber nicht Ausnahmen zu solchen Rechten gemeint, sondern nur Schranken ihres Umfangs, also Leitplanken für ihren Bedeutungsbereich. Auch Verfassungsrechte sind nämlich, wie jedes Recht, nicht unbegrenzt. Dies ist übrigens eine ganz wichtige Erkenntnis, die man sich zum Verstehen all dessen, was hier abgehandelt wird, merken muss. Man muss *bedenken, dass jedes Recht irgendwo an ein anderes Recht, an ein Recht eines andern, zu stossen pflegt*. Schon deshalb muss es eine Limite haben. Und die Rückseite eines Rechts pflegt gewöhnlich eine Pflicht zu sein, obwohl man dies heute gerne vergisst. Niemand wünscht sich aber ausufernde Pflichten, die ein unbeschränktes Recht ja nach sich ziehen könnte.

Zur modernen Entwicklung freiheitlich demokratischer Staaten gehört seit dem 20. Jahrhundert indessen eine *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Das heisst, dass der einzelne Mensch die Befugnis hat, ihn treffende Verfassungsverletzungen einem Gericht vorzulegen. Die Schweiz schützt in diesem Sinne seit dem 19. Jahrhundert und in allmählich ausgebauter Art das Verfassungsrecht von Bund und Kantonen gegen dieses missachtende Entscheide von Staatsorganen. Ausgenommen ist allerdings davon auf Grund von Artikel 191 der Bundesverfassung das von der Bundesversammlung erlassene Gesetzes- und Staatsvertragsrecht. Wenn die Schweiz da weniger weit geht als die meisten vergleichbaren Staaten, so hängt dies damit zusammen, dass man sich bis heute gescheut hat, die Stellung der Volksvertretung als „oberste Gewalt im Bund“ (so Artikel 148 Absatz 1 der Bundesverfassung) etwas anzutasten. Dies obschon der Verfassungsgeber – Volk und Stände – über der Bundesversammlung steht. Es liegt hier eine der der Schweiz eigentümlichen, nicht unbedingt logischen Ausprägungen des demokratischen Gedankens zugunsten des einfachen Gesetzgebers vor und wohl auch eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der richterlichen Macht.

Noch aktueller als eine nicht verfassungskonforme Gesetzgebung sind jedoch im vorliegenden Zusammenhang Verfassungsinitiativen, die völkerrechtlichen Verpflichtungen zuwiderlaufen. *Völkerrecht* kann aus Völkergewohnheitsrecht bestehen, oder aus bi- oder multilateralen Normen, aber auch aus Erlassen überstaatlicher Organisationen, welche zivilisierten oder doch freiheitlich-demokratischen Staaten gemeinsame Verhaltensregeln festschreiben.

*Volksinitiativen* auf Änderung der Bundesverfassung sind indessen nicht bei jedem Verstoß gegen solche internationale Vorschriften *teilweise oder ganz ungültig*. Das trifft *nur zu*, wenn oder inwiefern sie – laut Artikel 139 Absatz 3 der Bundesverfassung – „*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*“ verletzen. Als zwingend gelten im Völkerrecht die Verbote von Angriffskriegen, von Völkermord, von Sklaverei und des Folterns, aus schweizerischer Sicht auch das Verbot, illegal anwesende Ausländer in ein Land auszuschaffen, in denen ihnen grausame oder menschenunwürdige Behandlung, aber auch die Tötung droht. Wo ein Rechtsstaat noch die Todesstrafe ausspricht, liefert die Schweiz Verbrecher deswegen nur gegen genügende Gewähr aus, dass nichts dergleichen verhängt oder vollzogen wird.

Das ist ein sehr schmaler Ausschnitt aus dem Völkerrecht. Die Problematik ergibt sich deswegen häufig nicht mit Bezug auf ihn. Die Schwierigkeit taucht vielmehr meist im Hinblick auf internationale Verträge auf, welche die Staaten auf einen Mindeststandard



festzulegen suchen, ohne dass dies geradezu rechtlich zwingend wäre. Es ist dabei an die Europäische Menschenrechtskonvention, an die Genfer Konventionen im Bereiche der Schutzfunktionen des Roten Kreuzes oder an den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte zu denken.

Nun wird da aber mancher fragen, inwiefern das Völkerrecht demokratisch zustande gekommen sei, wenn man es doch heute hin und wieder dem freien Volkswillen entgegenstellen wolle. So weit es sich um Vertragsrecht handelt, ist es meistens, da es sich in der Grosszahl um rein technische Vorschriften geht, vom Bundesrat, also einer indirekt demokratisch eingesetzten, und von der Volksvertretung, also einer vom Volk gewählten Behörde, geschaffen. Manche völkerrechtliche Verträge haben auch dem fakultativen Referendum unterstanden und sind so vom Volk ausdrücklich – oder durch dessen Nichtergreifen stillschweigend – gutgeheissen worden. Handelt es sich um einen Erlass einer supranationalen Behörde oder internationalen Sicherheitsorganisation, so rührt *die demokratische Legitimation* daher, dass die Schweiz durch Beschluss der Bundesversammlung und Genehmigung durch Volk und Stände derselben beigetreten ist. Das Völkergewohnheitsrecht endlich empfängt, wie jedes Gewohnheitsrecht, seine Verbindlichkeit dadurch, dass seine Regeln lange Zeit schon befolgt werden und in der allgemein überwiegenden Überzeugung sich als verpflichtend durchgesetzt haben.

Dies ist wohl auch der Augenblick bei diesen Ausführungen, um zu erwähnen, *dass das Bundesgericht anerkannt hat, die Bundesversammlung sei befugt, ausdrücklich von internationalen Verpflichtungen abweichende, einfache Gesetze gültig zu erlassen. Ausgenommen sind freilich international gewährleistete Grundrechte.* Ebenso ist im Auge zu behalten, dass eine spätere Bundesverfassungs-Vorschrift den Vorrang vor einer älteren internationalen Verpflichtung erlangen kann. Mit dem entstehenden Pflichtenkonflikt muss dann der Bund zurechtzukommen suchen: mit Neuverhandlung des betroffenen internationalen Abkommens, eventuell der Kündigung desselben, des öfteren aber mittels einer völkerrechtskonformen Interpretation des neueren internen Rechtes.

Zu beachten ist nämlich, *dass völkerrechtliche Abkommen ihre Verletzung nicht ohne weiteres folgenlos lassen.* Das kann zu Inspektionen aussenstehender Stellen, zu gütlichen Regelungsversuchen oder zu peinlichen Begutachtungen, ja sogar Verurteilungen, Entschädigungspflichten und zum Anlass inländischer Urteilsrevisionen führen.

Vor allem aber müssen wir dort, wo Ausnahmeartikel für die Bundesverfassung auf dem Initiativweg durchgedrückt werden, gegenteilig lautenden Übereinkünften unser Augenmerk widmen, mit denen sich ein Staat, falls er sich an sie hält, einen Grossteil seines Rufes der Wohlanständigkeit sichert. *Verletzungen solcher Abkommen fallen rufschädigend aus,* können unter Umständen internationale Missbilligungen auslösen, bedeuten aber vor allem, dass sie praktisch kaum gekündigt werden können, ohne dass man in die Nähe schurkenstaatlicher Erscheinungen gerückt wird, also in der Völkergemeinschaft an Ansehen und Vertrauen einbüsst. Das ist eine Tatsache, für welche die einseitig auf den Binnenblick und die Verwirklichung nationaler Eigenwilligkeit fokussierten Mitbürger blind sind. Eine für einen von der Exportwirtschaft, also von guten internationalen Beziehungen lebenden Kleinstaat verhängnisvolle Einstellung!

In Bezug auf *Initiativtexte, die mit nicht zwingendem Völkerrecht kollidieren,* das aber in der betreffenden Materie für die Schweiz praktisch nicht kündbar bleibt, und

bezüglich von Initiativtexten, die gegen grundlegendste Regeln unserer Rechtsordnung verstossen, stellt sich aber nun doch die Frage, wie ihnen zu begegnen sei. Denn *ungültig erklärt werden können sie auf Grund der jetzigen Regeln nicht*. Artikel 139 Absatz 3 BV erklärt nämlich: „Verletzt die Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder zwingende Bestimmungen des Völkerrechts, so erklärt die Bundesversammlung sie für ganz oder teilweise ungültig.“ Ohne solche Ermächtigung dürfte wohl auch eine Ungültigerklärung erfolgen, wo eine Initiative geradezu Unmögliches verlangt – was freilich kaum je genug Unterschriften zustande brächte.

Ein vielfach beschrittener, doch nicht stets gangbarer Weg ist, eine im Rechtssystem allzu sehr aneckende Initiative möglichst völkerrechtskonform beziehungsweise möglichst *mit der übrigen Rechtsordnung harmonisiert auszulegen*.

Eine weitere Reaktion auf eine nicht zu verhindernde, aber Kollisionen verursachende Initiative besteht vor der Abstimmung darin, ihr einen *direkten Gegenvorschlag*, das heisst einen anderslautenden, als besser befundenen Entwurf einer Verfassungsnorm gegenüberzustellen. Statt dessen wird auch etwa ein *indirekter Gegenvorschlag* gemacht, nämlich eine Gesetzesänderung vorgeschlagen, welche die tauglich scheinenden Teile des Anliegens der Initianten aufnimmt. Das ist dann sinnvoll, wenn die Initiative inhaltlich mangels Gesetzesinitiativrecht des Volkes etwas auf Verfassungsniveau begehrt, das am besten auf der Ebene der einfachen Gesetzgebung geregelt wird. Gegenvorschläge, besonders direkte, können bisweilen den vorbehaltenen Rückzug von Initiativen veranlassen.

Die Korrektur auf dem Initiativwege zustande gekommener dissonanter Verfassungsartikel kann auch durch einen *nachfolgenden Änderungsvorschlag* angebahnt werden. Dabei wird es klug sein, nicht allzu früh auf Revision zu dringen. Ein Beispiel ist der Vorschlag von Rechtsprofessoren, um das Minarettbau-Verbot aus der Abstimmung vom 29. November 2009 gelegentlich zu ersetzen. Sie haben einen Verfassungsartikel empfohlen, der alle Religionsgemeinschaften verpflichten würde, bei ihren Selbstdarstellungen „auf einander und auf das Empfinden und das Wohl der übrigen Bevölkerung“ Rücksicht zu nehmen, „ein bedrängendes Auftreten“ zu vermeiden und zu einem von Toleranz getragenen Zusammenleben das Ihre beizutragen. Sie hätten sich ferner den demokratischen Anforderungen zu fügen und die Menschenrechte zu respektieren. – Das ist ein Ersatzvorschlag, der unsere bewährten Werte wahren würde, ohne in polemisch wirkende Defensivvorkehrungen auszubrechen, der aber umgekehrt auch exzessives Verhalten von Glaubensgemeinschaften verhältnismässig statt schematisch zugespitzt zu dämpfen verspricht.

Das Minarettbau-Verbot ist ein vielbesprochener Fall einer Ausnahme von mehreren Grundrechtsgarantien, bei dem aber die Ausnahmeregelung diese Grundrechte nicht in ihrem Kerngehalt beeinträchtigt. *Es gilt aber, wachsam zu sein gegenüber Versuchen, die zentralen Anschauungen unserer Rechtsordnung allmählich in ihr Gegenteil umzukehren*.

*Ein krasses Beispiel* ist die anfangs des Jahres 2010 in Gang gesetzte Initiative, welche für jene, die in Kombination mit einer sexuellen Handlung mit einem Kind, sexueller Nötigung oder Vergewaltigung eine vorsätzliche Tötung oder Vergewaltigung begehen, die Todesstrafe vorschreibt, und zwar ausdrücklich ohne Rücksicht auf Gutachten oder wissenschaftliche Erkenntnisse. Die Initiative überträgt dem Richter die Bestimmung

der Hinrichtungsmethode. Die Initiative verlangt schliesslich, dass ihre Regelung auch auf Taten anzuwenden sei, die vor Inkrafttreten der neuen Ordnung begangen, aber noch nicht rechtskräftig beurteilt sind. Anders lautende Staatsverträge seien nicht anwendbar.

Dass die Initianten ihr Vorhaben angesichts empörter Reaktionen wieder fallen liessen, ist kein Grund, sich nicht mit diesem extremen Begehren zu befassen, das je nach den Ereignissen hätte Erfolg haben können. Ungereimt erscheint daran schon, dass vorsätzliche Tötung wie Mord gleich behandelt werden sollen, obschon die Tatbestände unterschiedliche Merkmale haben, und ungereimt wirkt, dass *nicht* sexuelle grausame andere Verbrechen dann doch nicht für todeswürdig erachtet wurden. Die Initiative widerspricht vor allem dem in den meisten freiheitlich-demokratischen Staaten heute geltenden Verbot der Todesstrafe, deren abschreckende Wirkung immer wieder massiv überschätzt wird. Die Initiative hätte sich auch mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, die ein Recht auf Leben erteilt, nicht vertragen und setzt dieses Recht in anvisierten Fällen samt der Konvention und der Vertragstreue der Schweiz ausser Kraft. Höchst fragwürdig ist die Verpflichtung des Richters auf die Todesstrafe als einziges Strafmass. Offenbar sollen strafmildernde und strafmildernde Umstände unberücksichtigt bleiben. Krass ist, dass Gutachten und wissenschaftliche Erkenntnisse vom Richter ausser acht zu lassen sind. Damit tun die Initianten kund, dass sie die Bemessung der Strafe nach dem Grad des Verschuldens, ja sogar von der Frage, ob der Täter überhaupt schuldig war, nicht beeinflusst haben sollen. Damit schlugen die Initianten eine Grundlage des Strafrechts in den Wind, die eine Errungenschaft der letzten 250 Jahre bildet. Dass es ein milderer Jugendstrafrecht gibt, ignorieren sie schauerlicherweise völlig. Also obligatorische Todesstrafe für 15-Jährige oder wahnhaftige Geisteskranke?

Ganz unerhört war die Absicht der Initianten, die Wahl der den Verurteilten aufzuerlegenden Todesart integral dem Richter zu überlassen. Sollte dieser sich am Ende zwischen dem Scheiterhaufen, dem Rädern, dem Vierteilen und dem Ausdärmen entscheiden? Die Frage ist nicht ganz abwegig. Denn die Initianten haben sich selber entlarvt, indem sie in ihren Text folgenden Satz der jetzigen Bundesverfassung aufnahmen: „Folter und jede andere Art grausamer oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung sind verboten.“ Dem hängten sie aber einen neuen, zweiten Satz an: „Ausgenommen ist die Todesstrafe“. Sie sagen damit, dass diese eine Ausnahme vom Grausamkeits- und Erniedrigungsverbot bilden darf – eine wüste Entgleisung!

Nehmen wir aber an, sie hätten eher ans Erschiessen, Henken, Köpfen, Vergasen, den elektrischen Stuhl oder Giftspritzen gedacht. Was immer sie gedacht haben sollten, sie haben jedoch damit völlig ignoriert, dass in unserem Strafrecht *der Grundsatz* „keine Strafe ohne Gesetz“ eisen gilt. Er bedeutet nicht nur, dass niemand bestraft werden darf, der nicht eine Verhaltensweise an den Tag legt, die einem gesetzlich möglichst genau umschriebenen Tatbestand entspricht. Der Grundsatz heisst auch, dass keine Straftat ausgesprochen werden darf, die nicht im Gesetz definiert ist. Die Wahl derselben darf nicht schlicht dem Richter überlassen sein.

*Es handelt sich um einen Grundsatz, der erstmals in Artikel 39 der „Magna Charta“ formuliert worden ist, die der englische König Johann im Jahre 1215 erlassen hat. Er ist also älter als die Eidgenossenschaft! Auf dem europäischen Festland hat ihn 1787 der Reformkaiser Joseph II. für Österreich in seiner Constitutio Criminalis Josephina aufgenommen. Die Erklärung der Menschenrechte anlässlich der Französischen*

Revolution führte das 1789 weiter. Im 19. Jahrhundert wurde der Grundsatz Gemeingut der zivilisierten Staaten. Das Schweizerische Bundesgericht leitete ihn aus dem Gleichbehandlungsgebot der Bundesverfassung ab. Der Grundsatz ist also Verfassungsrecht, aber so selbstverständlich, dass er nicht einmal wörtlich in die nachgeführte Bundesverfassung von 1998 übernommen wurde. Man findet aber dort seine Spur, auch ausserhalb des Gleichbehandlungsgebots. Denn Artikel 31 Absatz 1 befiehlt: „Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fälle und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.“ Dies liesse sich unschwer so verstehen, dass die Todesstrafe als Entzug der Freiheit, zu leben, gesetzlich zu präzisieren wäre. Man könnte also durchaus argumentieren, die vorgeschlagenen Todesstraf-Artikel hätten im Falle ihrer Annahme nicht ohne ein die Einzelheiten verdeutlichendes Anwendungsgesetz vollzogen werden können. Und ein solches hätte dann noch dem fakultativen Referendum, das heisst, einer Chance, zur Vernunft zurückzukehren, unterstanden.

Im übrigen heisst „keine Strafe ohne Gesetz“ auch, dass keine Strafbestimmung, besonders keine strengere, rückwirkend auf Taten angewendet werden darf, die vor Erlass der Bestimmung begangen worden sind. Auch das wollten die Initianten gröblich missachten.

Das Beste wäre, man könnte solchen unbedachten oder gar böswilligen Einbrüchen in die bewährten Fundamente unserer Rechtsordnung gleich von Anbeginn einen Riegel schieben. Darum ist im Falle von Konflikten mit dem Völkerrecht schon erörtert worden, man solle die *Ungültigerklärung von Initiativen über das zwingende Völkerrecht hinaus auf alles Völkerrecht oder – vorsichtiger – auf die für die Schweiz lebenswichtigen, unentbehrlichen Teile des Völkerrechts ausdehnen*. Die Crux ist eine genügend treffsichere Umschreibung dieses Erstreckens von Ungültigkeitsgründen. Man hat ferner bereits daran gedacht, die Respektierung der Menschenrechte zwingend vorzuschreiben. Wo aber, wie bei der Todesstraf-Initiative, geradezu Grundlagen des Rechtssystems erschüttert würden, müsste noch *eine besondere Ungültigkeitsformel gegen solchen groben Unfug* gefunden werden. Auch hier liegt die Schwierigkeit in der genauen Umschreibung. Der Weg dazu wäre aber sehr wohl schärfer zu überdenken.

Wie immer auch, *die Frage nach einer genügenden Vorprüfung von Initiativtexten stellt sich*. Die verfassungsmässige oder völkerrechtskonforme Auslegung bereits angenommener, nonkonformer Initiativen führt nämlich oft zu einer Interpretation, die sich vom wirklichen Willen der Initianten und derjenigen, die diese unterstützt haben, entfernt. Dies ist aus dem Gesichtspunkt der Demokratie unbefriedigend.

Darum hat die Bundesverfassung in Artikel 139 Absatz 3 den auch die Prüfung von Initiativen auf ihre Gültigkeit vorgesehen, bevor sie Volk und Ständen unterbreitet werden. Prüfendes Organ ist aber die Bundesversammlung. Diese ist erfahrungsgemäss weniger zu rechtlich präzisen Unterscheidungen als zu politischen und wirtschaftlichen Interessenabwägungen geeignet. Im Zweifelsfall überlässt sie es den Stimmberechtigten, über die Zukunft der Initiative zu entscheiden. Es bestehen ohnedies Hemmungen, 100 000 oder mehr unterschreibende Stimmberechtigte zu desavouieren.

Aus diesen Gründen wird vorgeschlagen, die *Vorprüfung vor den Beginn der Unterschriftensammlung zu verlegen*. Ein negativer Bescheid würde die Initianten davor bewahren, nach den Mühen der Unterschriftensammlung frustriert vor einem Veto zu

stehen. Zudem möchte man den Entscheid zum Beispiel der Bundeskanzlei oder besser dem Bundesgericht, wenn nicht einer irgendwie gemischten Spezialinstanz übertragen. Selbst Anhänger einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit machen indessen darauf aufmerksam, dass solche Entscheide fast unvermeidlicherweise neben juristischen auch politische Erwägungen auslösen, sicher aber zusätzlich noch politische Druckversuche und Abrechnungen hervorrufen. Sie hegen deshalb Befürchtungen, das Bundesgericht könnte, falls zuständig, politisiert beziehungsweise in seiner Unabhängigkeit angezweifelt werden.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat nun zu Beginn des Jahres 2011 die Absicht geäußert, einen Antrag für *eine unverbindliche, nur beratende Vorprüfung vor der Unterschriftensammlung* auszuarbeiten. Ein negativer Vorprüfungsbefund würde diese Sammlung nicht verhindern, müsste jedoch auf den Unterschriftenbogen aufgedruckt sein. Diese milde Vorprüfungsweise mag zur Besinnung beitragen. Hartnäckige Initianten und Unterschreiblustige wird sie freilich nicht abhalten. Gerade sie sind jedoch die Urheber der problematischen Volksbegehren. – Der Politologe Wolf Linder findet allerdings diesen Vorschlag gut, weil er den traditionellen politisch-demokratischen Entscheidungsweg offen hält, und weil dies erlaubt, gegen eine international prononciert von oben herab gesteuerte Rechtsentwicklung die bis heute fehlende Rolle der Opposition zu markieren – ob wirksam oder fatal, sagt er freilich nicht.

Im Frühjahr 2011 hat nun die aus jungen Studienabsolventen und Studierenden bestehende Studiengruppe „foraus – Forum Aussenpolitik“ *drei Varianten zur besseren Harmonisierung von Volksinitiativrecht, Verfassungs-Grundrechten und Völkerrecht vorgelegt. Die Minimalvariante* bestünde wie bis anhin aus einer Vorprüfung durch die Bundesversammlung dahingehend, ob eine Initiative die Einheit der Form und der Materie wahrt sowie das zwingende Völkerrecht respektiert. Diese Vorprüfung hätte aber neu vor der Unterschriftensammlung die Gültigkeitsfrage des Initiativtextes zu beantworten. Das Vorverlegen der Prüfung würde diese vom Druck der mindestens 100 000 Unterzeichnenden befreien.

*Eine zweite, als optimal bezeichnete Variante* würde voraussetzen, dass eine neue Verfassungsgerichtsbarkeit den in der Bundesverfassung enthaltenen Grundrechten den Vorrang vor anderen Verfassungsbestimmungen, vor allem Bundesgesetzen, aber auch vor dem Völkerrecht gäbe. Theoretisch könnte dies bedeuten, dass völkerrechtliche Grundrechte hinter Verfassungsgrundrechten zurückzutreten hätten. Das könnte für Anhänger einer absoluten Volkssouveränität ein bescheidenes Entgegenkommen bedeuten. Allerdings entsprechen heutzutage die in unserer Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte weitestgehend jenen des Völkerrechtes, allenfalls mit Nuancen bei der Interpretation.

Bezüglich der Initiativen sähe diese sogenannte Optimalvariante zwar nur die bisherigen inhaltlichen Schranken vor. Sie würde hingegen neu festschreiben, dass Volksbegehren, die in irgend einem Punkt den Grundrechten der Verfassung widersprechen, in diesem Punkt einfach nicht angewendet würden. Die rechtsanwendenden Behörden könnten also, wenn sie im Einzelfall Grundrechtsverletzungen einer angenommenen Initiative entdecken würden, die Anwendbarkeit derselben punktuell beschneiden. Dies würde also erlauben, zweifelhaften, von Volk und Ständen akzeptierten Initiativen den Weg in die Bundesverfassung offen zu halten, bei einer Grundrechtswidrigkeit ihnen aber die Wirksamkeit versagen. Die Verfasser meinen sogar, dass sich bei solchen Anfechtungsmöglichkeiten ad hoc die Kündigung anderslautender

völkerrechtlicher Verträge vermeiden liesse. Dies scheint auf den ersten Blick eine bestechende Kombination von demokratischer Entscheidungsfreiheit und grundrechtstreuerer Umsetzungsschranke. Das geht weiter als die Praxis der rechtsordnungskonformen Auslegungsversuche fragwürdiger Texte.

Ungeklärt scheint mir aber bei dieser sogenannten Optimalvariante die Möglichkeit echter Ausnahmeklauseln zu Grundrechten, so der Wehrpflicht der Männer im Verhältnis zur Rechtsgleichheit. Zu wenig klar dünkt mich auch, was geschehen soll, wenn eine auf dem Initiativweg geschaffene Verfassungsbestimmung ein Grundrecht nicht in seinem Kerngehalt, sondern eher nur marginal negiert; ist das vernachlässigenswert oder ist der Initiativtext dann rigoros zu vollziehen?

Beizufügen ist noch der Hinweis auf *die Maximalvariante* der jungen Studiengruppe. Danach wären grundrechtswidrige Initiativen ungültig und dies vor Beginn der Unterschriftensammlung durch das Bundesgericht zu prüfen und festzuhalten. – Der zweiten wie der dritten Variante wäre also eine gegenüber den anderen Verfassungsbestimmungen problematisch erhöhte Kraft der Verfassungs-Grundrechte eigen. Die dritte, maximale Variante liefe vollends darauf hinaus, dass Grundrechtsgarantien der Verfassung durch Volksbegehren allenfalls vermehrt, nicht aber verringert werden könnten. Irgendwelche Reduktionen wären hier nur noch auf parlamentarische beziehungsweise bundesrätliche Vorstösse hin oder bei Totalrevision der Bundesverfassung möglich.

Interessant ist, dass die Waadtländer Kantonsregierung anregt, man möge die in Artikel 191 der Bundesverfassung vorgesehene Unanfechtbarkeit von Bundesgesetzen dahin verringern, dass ein Kanton inskünftig vor Bundesgericht geltend machen dürfte, ein Bundesgesetz verletze *die verfassungsmässige Kompetenzausscheidung zwischen Kantonen und Bund*. Dadurch erhielte diese Ausscheidung ebenfalls einen erhöhten Schutz, mit anderen Worten, die grundlegende Bedeutung des Föderalismus würde verstärkt.

Man sieht also: Nicht nur das Verhältnis Völkerrecht – Grundrechte – Volksrechte bedarf einer tiefeschürfenden Neuüberlegung und entsprechenden Ausdiskutierens. Vielmehr ergibt sich diese Notwendigkeit ebenfalls, sofern eine verstärkte Initiativ-Vorprüfung als wünschbar erachtet wird: Das Wie, das Wieweit und die Kompetenzerteilung „durch wen“ müsste noch gründlich erörtert werden. *Eine rationalen Entscheiden verpflichtete, gesicherte menschenwürdige Grundsätze hochhaltende, ihrer Grenzen bewusst bleibende Demokratie verdient dies und sollte den Vorrang vor einer ebenso mythisch wie emotional überhöhten Vorstellung von einer unbändigen Machtvollkommenheit des Staatsvolkes behalten.*

Der kluge Nahost-Berichterstatter Werner van Gent hat am 25. Januar 2011, dem Tag des Beginns des Aufstandes in Aegypten, in der in der Universität Zürich abgehaltenen Jahresversammlung der Schweizerischen Helsinki-Vereinigung für Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte zum Thema der politischen Polarisierung und der bürgerlichen Mitte zutreffend erklärt, *dass bei allen politischen Veränderungen der Rechtsstaat im Zentrum zu stehen habe. Denn auf ihm gründe die Demokratie und nicht umgekehrt.*