

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 75 (1956)

Artikel: Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision : ein Beitrag zur Lehre von den inhaltlichen Schranken

Autor: Kägi, Werner

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896191>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision

(Ein Beitrag zur Lehre von den inhaltlichen Schranken)

Referat

von Dr. iur. Werner Kägi,
Professor an der Universität Zürich

VORWORT

Die vorliegende Arbeit greift – einer Anregung folgend und der umfangmäßigen Begrenzung (einigermaßen!) gehorchend – aus dem großen Problemkreis eine Frage heraus: das Problem der inhaltlichen Schranken der Volksinitiative, d.h. der unantastbaren Grundnormen unserer Verfassung. Diese Frage ist in den letzten Jahren in der Praxis wie in der Theorie oft sehr schnell und sehr apodiktisch erledigt worden. Sie ist uns aber gestellt – unausweichlich gestellt – als eines der großen Grundprobleme des Verfassungsrechtes unserer Zeit.

Der Verfasser weiß, wie unfertig und unvollkommen die vorliegende Arbeit ist. Sie würde ihr Anliegen aber schon dann als einigermaßen erfüllt betrachten, wenn sie zwei Ziele erreichen könnte: Einmal daß die dogmatischen Voraussetzungen der bisherigen Antworten erneut kritisch überprüft werden; und sodann, daß die Einzelprobleme im Rahmen des Ganzen unserer freiheitlichen Grundordnung gesehen werden.

I. TEIL

Grundlagen

Die Beurteilung der vielerlei rechtlichen Probleme, vor die uns die Volksinitiative heute stellt, ist sehr entscheidend bestimmt durch die Grundauffassung von der Demokratie, von der Verfassung und vom Verhältnis beider. Man wird in der Lösung der Fragen *de lege lata* nur dann grundsätzlich argumentieren, wenn man die einzelne Verfassungs- und Gesetzesbestimmung in den Systemzusammenhang der ganzen Rechtsordnung hineinstellt; und man wird auch in der Stellungnahme zu den Postulaten *de lege ferenda* nur dann klaren Kurs halten, wenn man vom Ganzen unserer Grundordnung ausgeht. Dieses Zurückgehen auf die grundlegenden Auffassungen vermag zwar nicht alle gegensätzlichen Anschauungen über die einzelnen Rechtsfragen der Volksinitiative aus der Welt zu schaffen, aber solche grundsätzliche Besinnung – die Notwendigkeit, offen über die letzten Positionen seiner Stellungnahme Rechenschaft zu geben – führt jedenfalls zu einer heilsamen Klärung der Problematik. Bei einem solchen Vorgehen hätten wohl einige Kontroversen vermieden, andere zumindest fruchtbarer werden können.

Man hat in den letzten Jahren das Bestehen von Schranken der Verfassungsrevision bald nachdrücklich behauptet, bald ebenso nachdrücklich geleugnet; man hat von der einen Seite leidenschaftlich die Ungültigkeit von einzelnen Volksinitiativen vertreten, von der andern Seite ebenso leidenschaftlich abgelehnt; man hat sich in dieser Auseinandersetzung wechselseitig bald des «Opportunismus», bald des «Formalismus» bezichtigt. Und alles das ist jeweils auf beiden Seiten im Namen «der Demokratie» und im Namen «der Verfassung» geschehen!

Nur von der Klärung dieser Grundbegriffe und Grundnormen her dürfen wir eine Klärung der Proble-

matik erwarten¹. Dies soll möglichst objektiv geschehen. Objektivität im Sinne von «Voraussetzungslosigkeit» ist allerdings auch hier nicht möglich, aber es ist schon einiges erreicht, wenn die Abklärung der grundsätzlichen Fragen losgelöst von der konkreten Entscheidung für oder gegen den Inhalt einer bestimmten, mehr oder weniger leidenschaftlich umstrittenen Volksinitiative erfolgen kann². Und zudem müssen sich die Anschauungen der Wissenschaft und des Volkes – oder doch der großen Mehrheit des Volkes – über diese Grundfragen in den relativ ruhigen Zeiten der politisch-staatsrechtlichen Entwicklung klären und festigen, wenn sie die Bewährungsprobe in unruhigeren oder gar krisenhaften Zeiten bestehen sollen.

1. KAPITEL

Verfassung

Eine grundlegende und dringliche Aufgabe unserer Rechtsgemeinschaft ist es, die Achtung vor der Verfassung, die weitherum bedroht ist, wiederherzustellen und zu mehren. Das ist eine pädagogische Aufgabe: der staatsbürgerlichen Erziehung im allgemeinen und der Erziehung der Juristen im besonderen. Wirksamer als alle Ermahnungen und Belehrungen ist auch hier das vorbildliche Tun: die Verfassungstreue der Behörden. Es sind

¹ Das Problem der Verfassungsrevision (bzw. der Schranken der verfassungsgebenden Gewalt, der Volkssouveränität, der Souveränität) ist ein altes Problem des «allgemeinen» Staatsrechtes; lange als ein Grenzproblem oft nur hypothetisch behandelt, ist es in den letzten Jahren als ein wirkliches und dringliches Problem mehr und mehr in den Mittelpunkt gerückt. Uns ist es hier als konkretes Problem des schweizerischen Staatsrechtes gestellt.

² Niemand ist von solcher Parteinahme (und damit von der Argumentation ad hoc und von der *petitio principii*) ganz frei; jene Objektivität aus innerer Unbetheiligkeit und Indifferenz – Droysen spricht einmal abweisend von «eunuchischer Objektivität»! – ist nicht nur nicht möglich, sondern auch als Ideal abzulehnen.

Feierstunden der rechtsstaatlichen Demokratie, wenn das Argument der Legalität gegenüber dem Argument der Opportunität sich behauptet, wenn die Verfassungstreue auch dem mächtigen Interesse nicht weicht.

Neben dieser Aufgabe stellt sich aber noch eine andere: die Klärung der Idee und des Begriffes der Verfassung. Diese Feststellung mag zunächst, angesichts der umfangreichen Literatur zum schweizerischen Staatsrecht, die sich seit mehr als hundert Jahren immer wieder mit diesen Grundfragen befaßt hat, überraschen. Die Arbeit von Generationen brachte in mehrfacher Hinsicht eine Klärung und Differenzierung der Erkenntnis. Trotzdem aber können wir nicht übersehen, daß es Zeiten gegeben hat, die nicht nur eine größere Achtung vor der Verfassung bezeugten als die unsrige, sondern auch ihr Wesen und ihren Sinn tiefer und umfassender erkannt haben. Zeiten, in denen die Grundwerte allzuselbstverständlich werden, und Zeiten, in denen sie dem Relativismus verfallen, neigen im Verfassungsdenken zur fortschreitenden Formalisierung. Der Zusammenhang zwischen Form und Inhalt lockert sich; es geht – im Streben nach «Allgemeingültigkeit» und «Voraussetzungslosigkeit» – um die «reinen» Formen, an «keinen Inhalt» gebunden, für «jeden beliebigen Inhalt» bereit. Dieses Denken aber ist in großer Gefahr, ob der Logik den Logos zu verlieren. Seine Auswirkungen bleiben nicht auf den theoretischen Bereich beschränkt; jene «rechtslogischen» Aussagen haben vielmehr – wie wir im folgenden immer wieder dartun werden – bedeutsame Auswirkungen auf die Auslegung des geltenden schweizerischen Rechts, auf die Rechtsanwendung, die Rechtsethik und die Rechtspolitik. Es ist für das Verfassungsdenken im ganzen wie im einzelnen von wahrhaft grundlegender Bedeutung, von was für einer Idee und was für einem Begriff von Verfassung man ausgeht³.

³ Auch für die Erziehung zur Achtung vor der Verfassung ist eine Klärung der Idee und des Begriffes der Verfassung eine wichtige Voraussetzung. So wird insbesondere etwa eine Erziehung zur

Was heisst «Verfassung», und zwar nun in der konkreten Fragestellung: «Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft»?

*§ 1. Die Verfassung als Grundordnung
unserer Rechtsgemeinschaft*

Unsere Verfassung ist durch folgende wesentliche Momente gekennzeichnet^{3a}:

I. Verfassung als Grundordnung der freien Gemeinschaft

«Verfassung» wird zumeist definiert als die grundlegende Organisation des Staates⁴. Die «Verfassung» setzt die obersten «Behörden» («Gewalten», «Organe») ein, bestimmt ihre Kompetenzen und ordnet ihr Verhältnis. Der rechtslogische Kern der «Verfassung» ist nach dieser Auffassung die Norm, welche den obersten Gesetzgeber einsetzt und

Legalität oder Verfassungstreue in einem rein formalen Sinne wenig erfolgreich sein; dagegen kann ihr Sinn im Dienste der tragenden Grundwerte der Verfassungsordnung sehr wohl auch für weitere Kreise des Volkes einsichtig gemacht werden.

^{3a} Die folgenden Umschreibungen stehen nicht, wie die Elemente eines Aggregates, streng unterscheidbar und unterschieden nebeneinander, sondern es sind Umschreibungen, bei denen wir – im Bestreben, die Wesenszüge unserer rechtlichen Grundordnung möglichst zu verdeutlichen – auch die Überschneidungen und Wiederholungen bewußt in Kauf nehmen.

Es ist ein Versuch, die Analyse der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung, die ich in der Arbeit «Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates» (geschrieben 1940/1941, veröffentlicht 1945) unternommen habe, an der konkreten schweizerischen Verfassung weiterzuführen.

⁴ W. Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft (1927) S. 1, 119 ff., 126, 141 ff., 206 ff.; Z. Giacometti, Staatsrecht der Kantone (im folgenden kurz: KStR) S. 15 f.; G. Burdeau, Cours de Droit Constitutionnel (1946) S. 35; P. Virga, Diritto Costituzionale (o. J., 1951) S. 45. Dazu kritisch: W. Kägi, in «Demokratie und Rechtsstaat» (Festgabe für Z. Giacometti) S. 130 f.

sein Verfahren regelt⁵. Rechtslogisch unabdingbar – «Verfassung im absoluten materiellen Sinne» – ist nur diese eine Rechtsnorm.

Wir möchten demgegenüber die «Verfassung» bestimmen als die «Grundordnung der freien Gemeinschaft». Auch unsere Verfassung ordnet die grundlegende Organisation des Bundesstaates; sie normiert die Zuständigkeit des Verfassungsgesetzgebers, des Gesetzgebers, der obersten Exekutivgewalt und des obersten Gerichts, wie auch die Grundzüge des Verfahrens der Verfassungsgesetzgebung und der gewöhnlichen Gesetzgebung. Diese «Organisation» der obersten Staatsgewalt ist ein notwendiger und wesentlicher Bestandteil unserer Grundordnung. Aber unsere Grundordnung läßt sich nicht auf ein Organisationsstatut reduzieren, und die Normen über den obersten Gesetzgeber bilden auch nicht ihren rechtslogischen Kern⁶. Die Hierarchie der grundlegenden Normen kann in einer freien Rechtsgemeinschaft nicht zweifelhaft sein: Grundsätzlich jedenfalls stehen die organisatorischen Normen dienend zu den grundlegenden Verhaltensnormen («Grundrechte»). Diese Verhaltensnormen – die persönliche Freiheit, die politische Freiheit, die föderative Freiheit und die Grundprinzipien des Rechtsstaates – bilden in unserer Rechtsordnung den «bloc des idées incontestables» (Maurice

⁵ W. Burckhardt, Organisation S. 207; Z. Giacometti, Verfassungsgerichtsbarkeit (1933) S. 1 f.; KStR S. 16 f. («Verfassung im absolut materiellen Sinne», «die eigentliche Verfassung»); H. Kelsen, Reine Rechtslehre (im folgenden kurz: RR) S. 75: «die Verfassung, ...deren wesentliche Funktion darin besteht, die Organe und das Verfahren der generellen Rechtserzeugung, d. h. der Gesetzgebung zu regeln»: General Theory of Law and State (1945) S. 124 f., 258, 267.

⁶ Diese Feststellung der positivistischen Theorie ist nicht «positivistisch», sondern beruht auf der *petitio principii*, daß «Verfassung» = «grundlegende Organisation». Die radikale Durchführung dieser These führt schließlich zu jener Verkehrung, welche die Grundrechte der Person dann bestenfalls noch als negative Bestimmung des Inhaltes von Gesetzen zu sehen vermag. Vgl. Anm. 8.

Hauriou). Sie sind die unverrückbaren und unantastbaren Grundnormen unserer freiheitlichen Ordnung. Sie sind der rechtsnormative Ausdruck jener Grundwerte, die wir als die «Konstanten» unseres Staatswesens, jener großen Postulate, die wir als unsere «Staatsidee» bezeichnen. Sie sind die wahrhaft grundlegenden unter allen Verfassungssätzen. Der zentralste aller dieser Grundwerte, die zentralste aller dieser Grundnormen aber ist die Freiheit und Würde der menschlichen Person⁷.

Von diesen Grundnormen her erhält unsere Verfassung als liberale, föderalistische, demokratische, soziale und rechtsstaatliche Ordnung ihre entscheidende Prägung. Die Verwirklichung und der Schutz dieser grundlegenden Verhaltensnormen ist Aufgabe der staatlichen Organisation⁸. Nur von jenem Zentrum her ist der Sinn unserer Verfassung im ganzen wie im einzelnen richtig zu erfassen.

II. Verfassung als rechtliche Grundordnung

Zunächst ist zwar festzustellen, daß die Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft nicht nur eine rechtliche Grundordnung ist. Sie besteht vielmehr aus Normen der verschiedensten Art (religiöse, moralische, rechtliche

⁷ Die Problematik wird durch die extremen Fälle verdeutlicht: Die anarchische Gemeinschaft (die totale Freiheit) kennt keine organisatorischen Normen, sondern nur Verhaltensnormen («Grundrechte» im prägnanten Sinne von vor- und überstaatlichen Rechten); der totale Staat dagegen ist nur Organisation, jedenfalls ohne Verhaltensnormen im Sinne von Grundrechten gegenüber der allmächtigen Organisationsgewalt.

Die ganze Problematik, die im Rahmen einer rechtsstaatlichen Verfassungstheorie behandelt werden müsste, kann hier nur angedeutet werden. Eine der Schwächen des rechtsstaatlichen Denkens und der rechtsstaatlichen Position im 20. Jh. beruht jedenfalls darin, daß der rechtsstaatliche Verfassungsbegriff durch das dezinistionistische Denken mehr und mehr ausgehöhlt worden ist. Vgl. unten S. 773a ff.

⁸ Die «Grund- und Freiheitsrechte» sind nicht, wie Kelsen RR 75 meint, «im wesentlichen nichts anderes (!) als eine solche negative Bestimmung» (des Inhaltes der Gesetze). Vgl. auch General Theory of Law and State S. 125, 261 f., 266.

usw.). Das neuere Rechtsdenken hat die Bedeutung – die für das Recht grundlegende Bedeutung – jener anderen Normen neu erkannt⁹; es sucht wieder das Ganze jenes «normativen Teppichs» (Alfred Verdross), der die Grundordnung der freien Gemeinschaft bestimmt, zu erfassen¹⁰. In unserer freiheitlichen Gemeinschaft wird die soziale Ordnung nicht nur in weitem Umfang durch ethische Normen bestimmt, sondern diese sind auch ein unabdingbares Fundament der Rechtsordnung¹¹.

Nachdem so nach der einen Seite die falsche Isolierung der rechtlichen Verfassung abgelehnt worden ist, muß aber nach der andern Seite ebenso bestimmt ihre relative Eigen-gesetzlichkeit als rechtliche Grundordnung vertreten werden¹². Die Sätze der Verfassung sind Rechtssätze im

⁹ Es war das Verdienst des Positivismus, die Eigenart der Rechtsnormen gegenüber den andern Normen der sozialen Ordnung verdeutlicht zu haben. Es war aber der Abweg des positivistischen Denkens vieler Richtungen, die Verselbständigung des Rechtes bis zur völligen Isolierung zu treiben. Das neuere Rechtsdenken sieht die unlösbaren Zusammenhänge wieder klarer.

¹⁰ Vgl. Alfred Verdross, Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, in «Forum der Rechtsphilosophie», Köln 1950, S. 9 ff. «Diese Unterscheidung (zwischen positivem Recht und Moral) darf und kann niemals zu einer Zerschneidung führen». Vgl. auch Völkerrecht 2. Aufl. 1950, S. 24 f.

¹¹ Gerade darin beruht ein bedeutsamer Gegensatz zwischen der Struktur der freiheitlichen und der Struktur der totalitären Staatsordnung. – Übrigens gilt bis zu einem gewissen Grade auch das Umgekehrte. Zwar bedarf die sittliche Entscheidung grundsätzlich des Rechtes als einer Bedingung nicht; in der Freiheit des Martyriums triumphiert das freie Gewissen auch gegenüber der äußerlich unwiderstehlichen Gewalt. Aber das ist doch der Ausnahmefall. In der freien Gemeinschaft gewährleistet das Recht (Freiheitsrechte!) die äußere Freiheit für die sittliche Entscheidung und ihre Auswirkung auf die soziale Ordnung.

¹² Im Blick auf das große Ziel der Verwirklichung der «freien Gemeinschaft freier Menschen», das unsere Staatsidee postuliert, ist die Ordnungsform des positiven Rechtes allerdings «bloß» ein Mittel und insofern seine Selbstherrlichkeit keine «absolute», bedingungslose. Aber nicht diese – gleichsam «eschatologische» – Relativierung des Rechtes ist hier das Problem.

prägnanten Sinne des Wortes. Es sind nicht bloße «Programmsätze», im Sinne von mehr oder weniger unbestimmten Postulaten an den Gesetzgeber; es ist auch nicht lediglich «politisches Recht», im Sinne von Normen, deren Anwendung dem freien Ermessen der obersten Behörden anheimgestellt wäre. Die Sätze der Verfassung sind vielmehr unbedingte Rechtsimperative, dem Willen auch der obersten Behörden entrückt. Diese Rechtsnatur aber muß jenen Sätzen, welche die Grundlage der ganzen innerstaatlichen Rechtsordnung bilden, den Grundnormen, in besonderer Weise eignen¹³.

III. Verfassung als oberstes Gesetz

Die Rechtssprache bringt dieses Zuhöchstsein des Verfassungsgesetzes in den verschiedenen Sprachen in ähnlicher Weise zum Ausdruck, indem sie die Verfassung als «Grundgesetz», als «lex fundamentalis», als «loi fondamentale», als «legge fondamentale», als «fundamental law» («supreme law», «paramount law») bezeichnet. Dieses Zuhöchstsein kommt in der «erhöhten formellen Gesetzeskraft» zum Ausdruck, das heißt alle übrigen Staatsakte, auch die gewöhnlichen Gesetze, brechen sich am Grundgesetz. Das logische Korrelat dieser «erhöhten formellen Gesetzeskraft» aber ist

¹³ Vgl. unten 2. Teil; W. Kägi, Verfassung S. 39 ff., S. 59 ff. Für ein folgerichtiges positivistisches Rechtsdenken besteht die Schwierigkeit darin, daß als Rechtsnorm per definitionem nur die erzwingbare Norm anerkannt wird; rechtliches Sollen ist darnach stets nur ein durch die Androhung einer Unrechtsfolge sanktioniertes Sollen. Alle Normen, die sich an das oberste Organ («Grenzorgan») richten, sind daher a priori keine Rechtsnormen.

Für ein nicht-positivistisches Rechtsdenken – das nicht einem Theorem zuliebe den in der Rechtsgemeinschaft anerkannten Zusammenhang von Recht und Moral zerreißt – sind auch die obersten Normen der Rechtsordnung, die Verfassungsnormen, Rechtsnormen. Ihr Sollen ist zwar nicht mehr ein äußerlich erzwingbares, sondern durch den «Appell an das Gewissen des Grenzorganes» begründetes Sollen. «Das Grenzorgan wird also verpflichtet, ein bestimmtes Verhalten aus reiner Achtung vor der Norm zu beobachten» (A. Verdroß, in «Forum» S. 10 f.).

die «erschwerte Abänderbarkeit» der Verfassungsnormen¹⁴. Dem «Gesetz der Gesetze» muß logischerweise eine besondere «Unverbrüchlichkeit» eignen.

Auch in der schweizerischen Literatur kommt diese Idee des «obersten» oder «grundlegenden» Gesetzes, bei aller Nüchternheit der Sprache, doch sehr deutlich zum Ausdruck: die Verfassung wird auch bei uns immer wieder als «Grundgesetz» (*loi fondamentale*, *loi suprême*, *legge fondamentale*, «Gesetz der Gesetze» u. ä.) bezeichnet¹⁵. Und in der positivrechtlichen Ordnung ist der Gedanke grundsätzlich jedenfalls durchgeführt. Der Vorrang der Normen der Verfassungsstufe ist auf kantonalem wie auf eidgenössischem Boden anerkannt; aber es fehlt in weitem Umfange an der wirksamen Sanktion. Gegenüber den wichtigsten Akten der Bundesgewalt ist sowohl die Verfassungsgerichtsbarkeit *par voie d'action* (OG Art. 84) wie auch jene *par voie d'exception* (akzessisches richterliches Prüfungsrecht: BV 113 Abs. 3) ausgeschlossen. Dadurch aber wird nicht nur der Unterschied zwischen der Verfassung und den gewöhnlichen Gesetzen relativiert, sondern auch die Unverbrüchlichkeit des Grundgesetzes abgeschwächt.

Auch die «erschwerte Abänderbarkeit» ist im Prinzip im schweizerischen Staatsrecht durchgeführt: im kantonalen Verfassungsrecht reduziert sie sich allerdings, zumal für die Partialrevision, zum Teil auf einen minimalen Unterschied¹⁶; im Bundesverfassungsrecht ist der Unterschied im Verfahren zwischen der Verfassungsgesetzgebung und der gewöhnlichen Gesetzgebung, vor allem aus föderativ-bundesstaatlichen Gründen, etwas stärker betont, indem

¹⁴ Vgl. Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., S. 534; Giacometti, BStR S. 22 f.

¹⁵ Jakob Dubs, *Das öffentliche Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft*, Bd. I S. 46, 49; W. Burckhardt, *Organisation*, S. 205; Fleiner, BStR S. 392, 399; Giacometti, BStR 21 f., A. Panchaud, ZSR 1950 S. 17a, 21a f. («*arche sainte*»).

¹⁶ Z. Giacometti, KStR 454 ff., 463 ff. – In allen Fällen ist immerhin die Bundesgenehmigung nach BV Art. 6 erforderlich.

für die Verfassungsrevision das obligatorische Referendum und die Zustimmung von «Volk und Ständen» gefordert ist (BV Art. 123 im Gegensatz zu BV Art. 89).

Für unseren Zusammenhang ist wesentlich die Feststellung, daß die Schöpfer der Bundesverfassung die Verfassung jedenfalls als «oberstes» Gesetz («Grundgesetz») gesehen haben und es – trotz BV Art. 113 Abs. 3¹⁷ – als solches anerkannt wissen wollten. Auch die Theorie, die unsere staatsrechtliche Entwicklung begleitet hat, war im allgemeinen bemüht, gegenüber widerstrebenden Tendenzen die «Unverbrüchlichkeit» des «obersten Gesetzes» hochzuhalten¹⁸.

IV. Verfassung als Inbegriff der inhaltlich grundlegenden Normen

«Verfassung» ist nicht nur «formal» das «oberste» Gesetz, sie ist auch «materiell» der Inbegriff der wichtigsten Rechtsnormen. Jenes Zuhöchstsein und dieser grundlegende Inhalt gehören sinngemäß untrennbar zusammen.

Das gilt auch für das schweizerische Verfassungsdenken: das Grundgesetz ist die Form für die inhaltlich grundlegenden Normen. Weder die Verfassung von 1848 noch

¹⁷ Wenngleich auf Grund von BV 113 Abs. 3 auch ein verfassungswidriges Gesetz gilt, weil keine Möglichkeit der Anfechtung gegeben ist, so darf dieser Artikel doch nicht in dem Sinne verstanden werden, daß die Bundesversammlung geradezu «ermächtigt» wäre, in diesem Verfahren verfassungswidrige Normen zu setzen. Wenn so anstelle jenes «Fehlerkalküls» eine Zuständigkeit zur «materiellen Verfassungsänderung» angenommen würde, dann träte anstelle der föderativ-bundesstaatlich gestalteten verfassungsändernden Gewalt im Wege des obligatorischen Referendums eine (relativ) unitarische auf Grund eines bloß fakultativen Referendums.

¹⁸ W. Burckhardt, Kommentar, Vorwort S. VI, VIII; Z. Giacometti, Festgabe für Fleiner (1937) S. 45 ff.; BStR S. VIII f., 32 f.; Panchaud, ZSR 1950 S. 17a ff.; H. Nef, ZSR 1950 S. 133a ff., 151a ff.; W. Kägi, Verfassung, insbes. S. 39 ff. und dort Zit.; «Zurück zur Verfassung!», in «Die Schweiz», Jahrbuch der NHG 1947 S. 40 ff.

die Verfassung von 1874 haben nun zwar eine Legaldefinition des wesentlichen (das heisst hier: verfassungswesentlichen) Inhaltes gegeben, aber dem Verfassungsgesetzgeber von 1848 und von 1874, ja eigentlich bis gegen Ende des 19. Jh., war dieser Zusammenhang (und damit das Gebot der Konzentration!) noch klar gegenwärtig. Die Verfassungen von 1848 und 1874 beschränken sich im allgemeinen noch auf die wesentlichen Verhaltensnormen (Grundrechte), die wesentlichen organisatorischen Normen und die wesentlichen Normen der Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen¹⁹. Diese wesentlichen Verfassungsnormen sind übrigens nicht alle ausdrücklich in den Verfassungsurkunden niedergelegt; es gibt eine Reihe von grundlegenden Rechtssätzen («materielles Verfassungsrecht»), die entweder nicht geschriebenes Recht darstellen oder aber lediglich in einfachen Gesetzen verankert sind²⁰.

Dieser Zusammenhang von wesentlichem Inhalt und Verfassungsform ist bereits in der einleitenden und zentralen Bestimmung der Verfassung als der «Grundordnung der freien Gemeinschaft» ausgesprochen (vgl. oben unter I.). Logischerweise würde sich von hier aus noch eine Abstufung der wesentlichen Normen hinsichtlich der Abänderbarkeit ergeben, und zwar zwischen den absolut wesentlichen (nicht abänderbaren, «ewigen» Normen) und den relativ wesentlichen (abänderbaren) Normen (vgl. auch unten V.

¹⁹ J. Dubs, Öffentl. Recht I 51; C. Hilty, Bundesverfassungen (1891) S. 409; W. Burckhardt, Komm. Vorwort S. VIII; Giacometti, BStR 19 f., 27 f.

²⁰ Vgl. für die richtige Auslegung der lückenhaften Grundrechtsverbürgungen in unseren Verfassungen insbes. Z. Giacometti, KStR 169 ff.; BStR 241 ff.; Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikationen der Freiheit (Rektoratsrede 1955) S. 7 ff.; W. Kägi, ZSR 1952 (Jubiläumsband) S. 192; W. Burckhardt, Kommentar zur BV, 3. Aufl. S. 111 Anm. 1: «Als ob alles Verfassungsrecht in den geschriebenen Sätzen der BV enthalten wäre!» Vgl. dazu nun insbes. H. Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechtes, in «Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht», Berner Festgabe für den Schweiz. Juristenverein 1955, S. 95 ff.

und 2. Teil, 2. Kap. § 3). Das 19. Jh. hat diese inhaltliche Hierarchie der Verfassungsnormen zwar nicht in einer ausgearbeiteten Theorie dargelegt; aber es hat es nicht deshalb unterlassen, weil es diese Hierarchie nicht gesehen oder nicht anerkannt hätte, sondern im Gegenteil, weil sie ihm selbstverständlich war²¹. Dieser Block unantastbarer Grundnormen war dem Verfassungsdenken des 19. Jh. noch weitherum eine nichtdiskutierte und nicht zu diskutierende Voraussetzung.

Selbst als dann mehr und mehr auch nicht-verfassungswesentliche Materien in die Verfassungsurkunde hineinkamen²², hat man das in der Theorie zumindest als Irregularität empfunden²³. Auch im 20. Jh. hat sich noch etwas von der klassischen Verfassungsidee erhalten, wonach das Grundgesetz sinngemäß die Form für die inhaltlich wesentlichen Normen (grundlegenden Normen, «Grundnormen», «Fundamentalnormen») ist.

V. Verfassung als grundsätzlich dauernde Ordnung

Die Idee der Verfassung ist nicht nur mit der Idee des wesentlichen Inhaltes, sondern auch mit der Idee des dauernden Inhaltes verknüpft. Die inhaltlich grundlegenden Normen (die «Konstanten») einer staatlichen Ordnung sind auch die grundsätzlich dauernden Normen und werden eben deshalb in die dauerhafte Form des «Grundgesetzes» gekleidet. Dieser Zusammenhang ist für die mo-

²¹ Lange Zeit hat man auch in der Interpretation historischer Urkunden und philosophischer Werke die selbstverständlichen (und eben deshalb unausgesprochenen) Voraussetzungen des betr. Zeitalters übersehen; die neuere Geschichtsschreibung und Textdeutung gibt sich darüber kritisch Rechenschaft. In der juristischen Auslegung dagegen wird diese Einsicht auch heute vielfach noch geradezu systematisch negiert. Vgl. H. Huber, *Recht, Staat und Gesellschaft* (Bern 1954) S. 12 ff.

²² Vor allem auch im Wege der Volksinitiative, die im Bunde als Verfassungsinitiative, nicht aber als Gesetzesinitiative besteht.

²³ Vgl. die in Anm. 19 zit. Autoren.

derne Verfassungsidee grundlegend. Zwar ist es nicht mehr die Vorstellung einer im ganzen wie im einzelnen absolut unveränderlichen («ewigen») Grundordnung. Die modernen Verfassungen rechnen vielmehr von vornherein mit Änderungen und ordnen selbst die Zuständigkeit und das Verfahren. Aber diese Änderung ist rechtlich an besondere Voraussetzungen geknüpft («erschwerte Abänderbarkeit», vgl. oben III); in vielen Verfassungen sind neben den Erschwerungen formell-verfahrensmäßiger Natur auch ausdrücklich «materielle» Schranken enthalten²⁴.

Das Moment der Dauerhaftigkeit der Verfassung wird auch im schweizerischen Verfassungsdenken betont²⁵ und kommt auch in der positivrechtlichen Ordnung zum Ausdruck. Zwar mag es zunächst scheinen, als ob der Verfassungsgesetzgeber vor allem die Revidierbarkeit betonen wollte; 1848 wie 1874 wird der 3. Abschnitt unserer BV mit dem Satz eingeleitet: «Die Bundesverfassung kann jederzeit revidiert werden» (Art. 111 bzw. 118²⁶). Daß dieser Gedanke der friedlichen Fortbildung der Verfassung in einem geregelten Verfahren 1848 sehr nachdrücklich betont und auch 1874 bzw. 1891 klar festgehalten wurde, kann nach den Erfahrungen mit dem Bundesvertrag von 1815, dem eine Revisionsklausel fehlte, nicht überraschen. Aber diese Formel wollte nicht einen normfeindlichen Dezisionismus inaugrieren. Nicht nur ist der Wille deutlich, die verfassungsändernde Gewalt an bestimmte Verfahrensvorschriften zu binden²⁷; die Bundesverfassung enthält, wie

²⁴ Vgl. 2. Teil, Anm. 42.

²⁵ Vgl. die Nachweise bei W. Kägi, Verfassung S. 51 ff.; zu den dort in Anm. 18 ff. Zitierten wäre noch nachzutragen die frühe und klare Erkenntnis der Dauer als Grundbedingung der Verfassungsordnung bei J. J. Bachofen, WW Bd. I 436 ff.

²⁶ Die Revision vom 29. Juli 1891 hat dann noch die Worte «ganz oder teilweise» eingefügt.

²⁷ BV Art. 120 ff. und, gestützt auf BV Art. 122, das BG über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der Bundesverfassung vom 27. Jan. 1892, BS Bd. I S. 169 ff., AS 1951 S. 17 ff.

wir zu zeigen versuchen werden, auch «materielle» Schranken der Revision²⁸. Obwohl ein ausdrückliches Revisionsverbot hinsichtlich bestimmter Artikel bzw. Grundsätze der Verfassung fehlt, sind doch nach richtiger Auslegung die grundlegenden Normen auch unseres Verfassungssystems als nicht revidierbar («unantastbar», «ewig») zu qualifizieren. Wenngleich es richtig und wichtig ist, gegenüber gewissen Tendenzen der Abwertung zunächst formal die Gleichwertigkeit der Normen der Verfassungsstufe zu betonen²⁹, so kann und darf doch unser Verfassungsrecht die Hierarchie der Rechtssätze nicht einfach durch die Theorie vom «einerlei Verfassungsrecht» leugnen.

Auch unser Verfassungsdenken hält also an der Dauer als einem Wesensmerkmal der Verfassung fest. Diese Dauer beruht einerseits auf den unveränderlichen (rechtlich nicht revidierbaren) Grundnormen, die den Kern des Verfassungssystems bilden, anderseits auf den zwar revidierbaren, aber doch nur im erschwerten Verfahren der Verfassungsgesetzgebung revidierbaren Grundnormen. Eine a priori nur auf relativ kurze Zeit begrenzte Verfassungsgesetzgebung – z. B. ein auf 4 Jahre limitierter «Verfassungszusatz» – stellt eine Anomalie, ja recht eigentlich eine *contradictio in adiecto* dar³⁰.

VI. Verfassung als autonome Ordnung

«Verfassung» im Gegensatz zu jeder Form der «charte octroyée» bedeutet immer auch eine Grundordnung, die mit Zustimmung der unter ihr lebenden Menschen – genauer: der Mehrheit der unter ihr lebenden politisch mündigen Bürger! – gesetzt (und verändert) wird. Das Verfassungsrecht muß zwar im Einzelfall, wie alles Recht, angewendet werden ohne Rücksicht auf die Be-

²⁸ Vgl. unten 2. Teil, 2. Kapitel.

²⁹ Vgl. BGE 22 S. 1020 ff., 56 I 332 unten; dazu W. Kägi, Verfassung S. 61.

³⁰ Vgl. zu dieser Verfassungsgesetzgebung auf Zeit W. Kägi, Verfassung S. 111.

jahung seiner Geltung durch den Betroffenen (sog. «Heteronomie des Rechtes»); für die Legitimität der Rechtsordnung aber fordert unser demokratisches Zeitalter die freie Zustimmung der Rechtsunterworfenen, idealiter die Zustimmung aller Rechtsunterworfenen (Einstimmigkeit), praktisch die Zustimmung der Mehrheit der an der betreffenden Volksabstimmung teilnehmenden politisch berechtigten Bürger. Jene Ordnung der vollkommenen Autonomie – in der jeder, indem er dem Grundgesetz gehorcht, eigentlich nur sich selbst gehorcht³¹ – ist praktisch nur in Annäherungen möglich. Es gibt in jeder Gemeinschaft einzelne Glieder und ganze Gruppen, welche die bestehende Verfassung insgesamt ablehnen; es gibt auch gegenüber jedem einzelnen Verfassungssatz eine mehr oder minder große Opposition. Aber wir dürfen praktisch jedenfalls auch jene Verfassungsordnung noch als «autonome» bezeichnen, deren Grundgesetz als Ganzes von der großen Mehrheit des Volkes in Freiheit bejaht wird. Dieser Grundgedanke ist übrigens auch schon in der grundlegenden Bestimmung der Verfassung als der Grundordnung der freien Gemeinschaft ausgesprochen. «Autonome Ordnung» ist eine Ordnung der Selbstbestimmung, die rechtlich in besonderer Weise durch die politische Freiheit gewährleistet wird.

Dieser Gedanke der autonomen Verfassungsordnung ist im schweizerischen Verfassungsdenken besonders tief verwurzelt. In keinem Land der Neuzeit konnten so früh Schritte in der Richtung der «direkten» («unmittelbaren», «reinen») Demokratie getan werden wie in der Schweiz³². Das Fundament der «Demokratie der einfachen Gesetz-

³¹ Vgl. die berühmte Formulierung des Grundproblems des Gesellschaftsvertrages durch Rousseau in seinem *Contrat social* I/6. Wir halten uns gegenwärtig, daß Rousseau nicht von der Verfassung, sondern vom Gesellschaftsvertrag spricht.

³² Vgl. etwa den stolzen Einleitungssatz zur Verfassung des Kt. Uri vom 6. Mai 1888: «Das Volk des Kt. Uri gibt sich, nach dem mehr als halbtausendjährigen, freien Selbstbestimmungsrechte seiner Vorfahren, nachstehende Kantonsverfassung...»

gebung» und der «Demokratie der Verwaltung» aber ist die Verfassungsgesetzgebung durch das Volk (Volksinitiative und obligatorisches Referendum)³³.

VII. Verfassung als begrenzte und begrenzende Ordnung

In all den vorangehenden Bestimmungen ist dies implicite schon ausgesprochen. Verfassung als normative Ordnung ist immer und notwendigerweise Begrenzung. Sie ist Begrenzung der Macht, damit freiheitliche Ordnung überhaupt möglich ist; sie ist aber auch Begrenzung der Freiheit, damit die Ordnung des Ganzen gewahrt wird; sie ist endlich Begrenzung der Willkür, damit die Freiheit der einen neben der Freiheit der anderen bestehen kann³⁴. «Unbegrenzte Zuständigkeit» ist für rechtsstaatliches Denken ein Widerspruch in sich selbst; die rechtsstaatliche Verfassungsidee ist a priori und grundlegend ein Bekenntnis zur Begrenzung aller menschlichen Satzungsgewalt.

Diese Idee der Verfassung als einer begrenzten und begrenzenden Ordnung ist auch im schweizerischen Verfassungsdenken wegleitend gewesen. Zwar finden sich in der Literatur – vorwiegend in der Kampfliteratur – des letzten Jahrhunderts Stellen, welche die oberste Entscheidungsgewalt im Staate als unbeschränkt und unbeschränkbar bezeichnen. Zum Teil geht diese Tendenz auf direkte Einflüsse des französischen Revolutionsdenkens zurück³⁵, zum Teil aber auf die Tendenz jedes neuen Regimes, sich durch die Verabsolutierung der eigenen obersten Entscheidungsgewalt gegen allfällige Restaurationsversuche zu sichern.

³³ Vgl. Z. Giacometti, KStR 25, 419 f., 551. Die klare Erkenntnis dieses Zusammenhanges schon bei A.-E. Cherbuliez, *De la Démocratie en Suisse* (1843) S. 81.

³⁴ Vgl. W. Kägi, *Verfassung* S. 43 f.

³⁵ R. Jagmetti, *Der Einfluß der Lehren von der Volkssouveränität und vom pouvoir constituant auf das schweiz. Verfassungsrecht*, ZüDiss 1920; E. d. His, *Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechtes*, Bd. I 172 ff., Bd. II 236, 238 ff., Bd. III 190 ff., 291 ff.; W. Kägi, ZSR 1952 S. 209 f.; «Demokratie und Rechtsstaat» (Festgabe für Z. Giacometti) S. 108 ff., 129 f.

Was in solcher politisch-apologetischer Absicht über die Absolutheit (= Schrankenlosigkeit) der obersten Gewalt ausgesagt worden ist, darf aber nicht einfach als Rechtsprinzip – die «juristische Allmacht» des Verfassungsgesetzgebers – behauptet werden³⁶.

Ausdrücklich findet sich in den Verfassungen von 1848 und 1874 weder das Prinzip der Allmacht noch das Prinzip der Begrenzung; aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung, die gewisse grundlegende Prinzipien und Institutionen als unabänderlich erklärt, darf aber nicht einfach der Schluß gezogen werden: folglich wollte die Verfassung die Schrankenlosigkeit. Unsere Verfassung wollte und will die Begrenzung; sie kann als freiheitlich-rechtsstaatliche Ordnung sinngemäß gar nicht anders interpretiert werden. Und zwar gilt das nicht nur hinsichtlich der verfassungsmäßigen Behörden (der «pouvoirs constitués»), sondern auch hinsichtlich der verfassungsändernden Gewalt (des «pouvoir de revision») und der verfassungsgebenden Gewalt (des «pouvoir constituant»). Die Grundnormen der persönlichen Freiheit, der politischen Freiheit, der föderativen Freiheit und des Rechtsstaates – die «Konstanten» unserer Staatsidee – sind auch rechtsnormative Schranken der obersten Staatsgewalt, des Verfassungsgesetzgebers³⁷. So will es die Logik der freiheitlichen Grundordnung: jene Grundnormen sind auch für die oberste Satzungsgewalt unantastbar und unabänderlich.

Daß unsere Verfassung eine begrenzende und begrenzte Grundordnung ist, kommt auch in der Präambel der

³⁶ Vgl. Bundesblatt 1954 I 742.

³⁷ Wir betonen: die Grundnormen – nicht die Ausführung im einzelnen. Vgl. 2. Teil, 2. Kap. § 3. Der Notstand kann auch die rechtsstaatliche Demokratie zu einer (vorübergehenden) Abkehr von diesen Grundnormen zwingen; aber sie bewähren ihre normative Kraft doch auch im Ausnahmezustand noch darin, daß Ziel und Zweck des Ausnahmezustandes letztlich nur der sein kann, die Wiederherstellung jenes Normalzustandes, in dem die Grundnormen wieder voll gelten, zu ermöglichen.

Bundesverfassung klar zum Ausdruck: «Im Namen Gottes des Allmächtigen!» Man mag diese Formel mehr theistisch oder mehr deistisch deuten: sie spricht jedenfalls die letzte entscheidende Begrenzung aller menschlichen Ordnung aus. Alle menschlichen Souveränitäten sind darnach nur begrenzte Souveränitäten; alle menschliche Satzungs-gewalt ist darnach a priori eine beschränkte Satzungs-gewalt. Wo Gott in dieser Weise als die oberste konstituierende Gewalt der Verfassungsordnung anerkannt wird, ist die konstituierende Gewalt des Volkes relativiert.

Es ist nun zwar zutreffend, daß man aus der Präambel (wie aus dem «Zweckartikel» BV Art. 2) nicht im Einzelfall einfach Rechtsnormen «ableiten» darf; und doch ist es unrichtig zu behaupten, sie habe «rechtlich keine Bedeutung», sondern «lediglich den Charakter einer historischen Erzählung»³⁸. Die Bedeutung, auch in rechtlicher Hinsicht, ist sehr grundlegend. Ein atheistisches Denken wird keinerlei Schranken des menschlichen Verfassungsgesetzgebers anerkennen; er ist, folgerichtigerweise, der unnormierbar Normierende. Der Einleitungssatz unserer Verfassung aber ist das Nein zu solcher menschlicher Hybris. Er ist das Bekenntnis zur geschöpflichen Würde der menschlichen Person als dem Grundwert unserer Verfassungsordnung, aber damit gleichzeitig auch das Bekenntnis zu einer letzten Begrenzung aller menschlichen Rechtsautorität – auch der demokratischen! Das Volk als letzte Instanz, als «Grenzorgan», soll an jene letzte Schranke, die ihm gesetzt ist, erinnert werden. Es hat nicht die Allmacht über das Recht; es ist nicht der souveräne Demiurg politischer Ordnung³⁹.

³⁸ W. Burckhardt, Komm. S. 1 f.

³⁹ Vgl. Max Huber, Grundlagen nationaler Erneuerung (1934) S. 64 ff. (= Heimat und Tradition S. 82 f.; Giacometti, BStR 35; Karl Barth, Eine Schweizer Stimme 1938–45 S. 201 ff.; Oskar Bauhofer, Rechenschaft der Demokratie (1946), 5 ff., 41 ff., 55 ff.; H. Marti, Die religiöse Präambel der Bundesverfassung (1954) S. 6 ff.; E. Staehelin, Im Namen Gottes des Allmächtigen;

Die Anerkennung dieser Begrenzung hat in der schweizerischen Rechtsgemeinschaft eine lange Tradition. Nicht nur hat über allen eidgenössischen Bünden seit 1291 diese Anrufung Gottes gestanden – mit der einzigen Ausnahme jener Zeit der Ohnmacht und Erniedrigung, da eine fremde Gewalt unsere Grundordnung bestimmte –, sondern unsere großen Staats- und Rechtsdenker haben auch im 19. und 20. Jh., mit den verschiedensten Begründungen, aber in der Sache doch im wesentlichen übereinstimmend, diese letzte Begrenzung der Staatsgewalt vertreten. Wie stark dieses Bewußtsein der Begrenzung aller menschlichen Rechtssetzungsautorität übrigens noch im 19. Jh. gewesen ist, wird besonders deutlich angesichts der Tatsache, daß das schweizerische Rechtsdenken am Widerstandsrecht – als Recht der äußersten Grenze – festhielt, zu einer Zeit, da sich das deutsche Rechtsdenken sehr entschieden davon abwandte⁴⁰.

Der Satz: «Im Namen Gottes des Allmächtigen!» steht weiterhin über unserem Grundgesetz. Ist es ein unwahr gewordenes Ornament, eine verblaßte Phrase, deren Entfernung die Redlichkeit gebietet? Oder ist es auch heute – gerade heute, angesichts der totalitären Tendenzen unseres Zeitalters – das grundlegende Bekenntnis zur letzten Begründung und Begrenzung unserer normativen Grundordnung?

§ 2. Die Abwertung der Verfassung

Der Sinn für die Verfassung und die Achtung vor der Verfassung haben im Laufe der Jahrzehnte verschiedene Schwankungen durchgemacht. Niedergangszeiten sind durch Zeiten einer neuen Aufwertung abgelöst worden. Von jeder Generation mußte die Verfassungsidee neu erworben wer-

vom Kampf um die Christlichkeit der Schweiz. Eidgenossenschaft, in Festgabe für Eberhardt Vischer, 1935, S. 210 ff.; W. Kägi, Von den Grundlagen reformierter Politik, in «Reformatio» 1952 S. 195 ff.; «Die Schweiz hält durch» (1948) S. 127 ff.

⁴⁰ W. Kägi, ZSR 1952 S. 211.

den, um lebendiger Besitz zu werden; und jede Zeit mußte das Grundgesetz in seinem grundsätzlichen Anspruch gegen vielerlei Tendenzen verteidigen. Es gibt auch hier keinen von einem Fatum bestimmten linearen Niedergang.

Aber es ist nun allerdings nicht zu verkennen, daß die Verfassungsidee in der Theorie wie in der Praxis im 20. Jh., zumal seit dem 1. Weltkrieg, eine bedenkliche Abwertung erfahren hat, die vielerorts zu einer radikalen Krise führte. Ich habe in meiner früheren Arbeit «Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates»⁴¹ versucht, die Natur dieser Krise zu untersuchen und ihre tieferen Ursachen deutlich zu machen. Diese Krise hat in jedem Staat ihre je besonderen Ursachen und Aspekte, und doch auch wieder Züge, die durchgängig gemeinsam sind.

Um zu den Fragen, vor die uns die neuesten Auseinandersetzungen über die Volksinitiative führen, klar Stellung nehmen zu können, muß man sich Rechenschaft geben über jene Entwicklungstendenzen, die auch bei uns die rechtliche Grundordnung bedrohen. «Abwertung der Verfassung» ist dabei durchaus in einem wertenden Sinne gemeint, als Verlust, Preisgabe, Auflösung, Relativierung jener grundlegenden Normen (Werte), die im vorangehenden Paragraphen entwickelt worden sind. Um diese Abkehr zu verdeutlichen, folgen wir in der Analyse der Tendenz der Verfassungsentwicklung der Reihenfolge, die in § 1 beachtet worden ist, so daß die «Negationen» I–VII von § 2 den «Positionen» I–VII von § 1 entsprechen. Wir wollen durch die klare Aufweisung dieser Entwicklungstendenzen die Dinge nicht dramatisieren, wohl aber die Lage und die Gefahren möglichst deutlich machen.

I. Die Verfassung als Form für irgendwelche Inhalte

Abgesehen von einigen Extremisten denkt in der Schweiz niemand daran, die Freiheit – die persönliche, die föderative und die demokratische Freiheit – als grund-

⁴¹ Erschienen 1945, geschrieben 1940/41.

legendes Rechtsgut unserer Gemeinschaft und damit als Sinn und Ziel unserer rechtlichen Grundordnung, preiszugeben. Und doch hat sich im Verfassungsdenken jener grundlegende und unabdingbare Zusammenhang zwischen der normativen Grundordnung und der Freiheit gelockert; da und dort ist er überhaupt verblaßt und dahingefallen. Die allerverschiedensten Anschauungen und Bestrebungen haben hier zusammengewirkt. Der Ordnungsgedanke ist im Verfassungsdenken wichtiger geworden als der Freiheitsgedanke. Die organisatorischen Grundnormen erhalten den Vorrang gegenüber den grundlegenden Verhaltensnormen. Die Grundrechte werden aus vor- und überstaatlichen Rechten abgewertet zu Rechten, die bloß noch nach Maßgabe der Verfassung oder gar bloß nach Maßgabe der Gesetzgebung gewährleistet sind. Der Vorrang des Ordnungsgedankens und damit der organisatorischen Normen ist die Voraussetzung dieses Rechtsdenkens, das sich gerne seiner «Voraussetzungslosigkeit» rühmt.

Die andere Tendenz, die eng damit zusammenhängt, ist die relativistisch-formalistische. Das Kriterium der Rechtsnorm beruht allein in der Methode ihrer «Erzeugung», in der Art und Weise ihres Zustandekommens. Der Ausgangspunkt dieses Verfahrens der Rechtserzeugung ist die «Grundnorm». Diese «Grundnorm» aber hat nicht «material-statischen», sondern lediglich «formal-dynamischen Charakter»; «jeder beliebige Inhalt kann Recht sein»⁴².

Dieses Rechtsdenken aber führt – von seinen Voraussetzungen aus durchaus folgerichtig – zu einem Verfassungsbegriff, der nur noch formal bestimmt ist als Norm der positiv-rechtlich höchsten Stufe, als «höchste staatliche Zuständigkeitsordnung». Die «eigentliche Verfassung» – die «Verfassung im absolut materiellen Sinne» – aber beinhaltet nicht jene für den Verfassungsstaat konstitutiven Grundnormen (Grundrechte), sondern mit «rechts-

⁴² Kelsen, Reine Rechtslehre S. 63 ff.

logischer Notwendigkeit» nur jenen Normenkomplex, der die Organe und das Verfahren der Verfassungsgesetzgebung und der gewöhnlichen Gesetzgebung einsetzt⁴³. Die angestrebte «Allgemeingültigkeit» des Begriffs wird erkaufte um den Preis seiner fast völligen Entleerung⁴⁴. Der Grundwert der «freien Gemeinschaft freier Menschen» wird nicht mehr als bestimmender Kern, Sinn, Zweck und damit als unabdingbarer Inhalt der Verfassung als rechtlicher Grundordnung gesehen. Die Verfassung kann vielmehr jeden beliebigen Inhalt haben. Als tatsächliche Feststellung ist dies durchaus zutreffend; für die geschichtliche wie für die vergleichende soziologische Darstellung der verschiedensten Verfassungsordnungen ist der Ausgangspunkt zunächst jener wertindifferente Verfassungsbegriff, der alle Ordnungen – vom liberalen Rechtsstaat bis zur totalitären Tyrannis – gleicherweise umfaßt. Aber dieser Begriff ist auch auf die Theorie des Verfassungsrechtes übertragen worden, als ob es sich auch hier darum handeln könnte, eine allgemeingültige Theorie des rechtlichen Sollens zu schaffen, die für alle verfassungsrechtlichen Ordnungen – also wiederum für den liberalen Rechtsstaat wie für die totalitäre Tyrannis – gleicherweise Gültigkeit beanspruchen kann⁴⁵!

Dieser wertneutrale Verfassungsbegriff hat, gefördert durch diese Theorien, auch im praktischen Verfassungsdenken weite Verbreitung gefunden. Die Vorstellung von der Verfassung als einem Gefäß für irgendwelche Inhalte kommt durch ihre – scheinbare – Einfachheit und Klarheit verschiedenen Zeittendenzen sehr entgegen: einerseits einem relativistischen Utilitarismus, andererseits einem dezisionistischen Demokratismus (vgl. dazu ausführlich im 2. Kapitel). Wenn aber die Verfassung a priori jeden beliebigen Inhalt haben kann, dann liegt auch die andere Auf-

⁴³ Z. Giacometti, BStR S. 21 f.; KStR S. 16 ff.; Verfassungsgerichtsbarkeit S. 1 f.; vgl. auch oben Anm. 5 ff.

⁴⁴ W. Kägi, in «Demokratie und Rechtsstaat» S. 129 ff.

⁴⁵ Was für die eine Disziplin sinnvoll und notwendig ist, wird in der anderen sinnlos und nichtssagend.

fassung nahe, daß durch die Verfassungsrevision jede beliebige Norm gesetzt, aufgehoben oder geändert werden kann⁴⁶.

Alle anderen Abwertungen hängen letztlich entscheidend mit dieser Ablösung der Verfassungsidee vom tragenden Fundament zusammen.

II. Die Aufweichung der Rechtsnatur der Verfassung

Die Idee und der Anspruch der Verfassung als einer rechtlichen Grundordnung war auch im letzten Jahrhundert nicht unbestritten; die Spannung zwischen dem momentanen politischen Willen und den rechtlichen Geboten des Grundgesetzes hat es auch damals gegeben. Und doch hat sie erst das 20. Jh. so gesteigert, daß es in den meisten Staaten zu einer eigentlichen Verfassungskrise gekommen ist⁴⁷.

Die Infragestellung der rechtlichen Grundordnung erfolgt zunächst von der Wirklichkeit her. Die «Realien» der Verfassungsgesetzgebung sind gleichsam widerspenstiger geworden: der raschere Wechsel und die Komplizierung der zu ordnenden Verhältnisse, das Entfallen jener relativen Normalität der Situation, die Voraussetzung aller rechtsnormativen Ordnung ist usw.⁴⁸

Aber noch bedeutsamer als diese Infragestellung der rechtlichen Verfassung durch die gesteigerte Seinsproblematik ist die Schwächung der Verfassungsidee selbst. Erst wenn der Wille zum Recht, zur Befolgung der Rechtsimperative des Grundgesetzes schwach wird, werden die Verhältnisse übermächtig. Die Achtung vor dem Grundgesetz aber ist durch das Nützlichkeitsdenken,

⁴⁶ Vgl. unten 2. Teil, 2. Kapitel.

⁴⁷ W. Kägi, Verfassung S. 9 ff., ZSR 1952 S. 217 ff.; und neuerdings H. Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates, in «Demokratie und Rechtsstaat» (Festgabe für Z. Giacometti) S. 59 ff. und die dort zit. neuere Literatur.

⁴⁸ W. Kägi, Verfassung S. 26 f., 81 f.; H. Huber, a. a. O. S. 79 ff., Recht, Staat und Gesellschaft S. 17 f.

das in der harten Grundsätzlichkeit keinen Wert mehr zu erkennen vermag – gemindert worden. Verschiedentlich schien sich zwar in den letzten Jahrzehnten eine Umkehr anzubahnen, vor allem nach dem 2. Weltkrieg, dessen Rechtsnot den Sinn und Wert des rechtlichen Grundgesetzes ganz neu deutlich gemacht hatte. Der Blick in die Abgründe der Rechtlosigkeit hat das Rechtsgewissen der Völker wachgerüttelt. Auch in der Schweiz, der jener Zusammenbruch erspart geblieben war, wurde der Wille zum Rechtsstaat und zur Verfassung neu geweckt⁴⁹. Aber täuschen wir uns nicht: die Verfassungsfrage ist heute für weite Kreise nicht mehr eine wirklich grundlegende Frage. Das Rechtliche ist bei den politischen Entscheidungen irgendwie sekundär geworden. Ein politischer Wille, der möglichst direkt ein bestimmtes Ziel zu verwirklichen sucht, liegt dem Zeitgeist näher als ein Handeln, das zuerst die Rechtsfrage stellt⁵⁰. Der Einwand der Verfassungswidrigkeit wird als «Formalismus» abgetan oder sonst irgendwie verharmlost. Häufiger als der unbedingten Verfassungstreue begegnet man der situationsbedingten. Die lange Zeit der Hochkonjunktur seit dem 2. Weltkrieg aber hat weder den Sinn für die Hierarchie der Werte noch den Geist der Legalität gefestigt. Der Wille zur Demokratie und zum Sozialstaat ist stärker als der Wille zum Rechtsstaat. Das Verfassungsrecht hat eine Aufweichung er-

⁴⁹ Es ist übrigens nicht so, wie das Schlagwort es oft darzustellen versucht, daß die Verfassungstreue «im Volk» allgemein lebendig wäre, dagegen «von den Behörden» her immer wieder bedroht ist. Es wird in vielen Ämtern mit großem Verantwortungsbewußtsein um die Legalität gerungen, während andererseits in vielen Aktionen «des Volkes» (genauer: der Gruppen, die «im Namen des Volkes» handelnd auftreten!) ein platter Utilitarismus und schlecht verhüllter Machtwille sich leicht über alle Bedenken und Argumente der Legalität hinwegsetzt und «so oder so» einfach einen Mehrheitsentscheid anstrebt.

⁵⁰ H. Huber, Niedergang des Rechtes in «Demokratie und Rechtsstaat» S. 71 ff.

fahren, nicht zuletzt durch das Fehlen einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit (vgl. unten III)⁵¹.

III. Die Infragestellung des Vorranges der Verfassung als oberstes Gesetz

Es kommt nicht von ungefähr, daß unserer Zeit das Pathos der «Unverbrüchlichkeit» – die Verfassung als «rocher de bronze»! – irgendwie fremd, um nicht zu sagen peinlich ist. Der Vorrang des Grundgesetzes (der *lex fundamentalis*) hat sich abgeschwächt und verwischt. Verschiedene Momente haben in diesem Prozeß zusammengewirkt, einmal der Mißbrauch der Verfassungsinitiative für bloße Gesetzesmaterien, sodann und vor allem aber das Fehlen der Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Erlassen der Bundesbehörden und die Einschränkung des richterlichen Prüfungsrechtes durch BV Art. 113 Abs. 3⁵².

IV. Das Entfallen des materiellen Verfassungsbegriffes

Die Übereinstimmung von Form und Inhalt – die Verfassung als die auszeichnende Form für die inhaltlich grundlegenden Rechtsnormen – ist in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr entfallen. Diese Entwicklung hängt mit der unter I. dargelegten eng zusammen. Mit dem Verblassen des konstitutiven Grundwertes muß sich zwangsläufig auch der Unterschied zwischen dem verfassungswesentlichen und dem nicht verfassungswesentlichen Inhalt verwischen.

In der Schweiz will man dafür vor allem die Volksinitiative verantwortlich machen. Und es läßt sich in der

⁵¹ Vgl. H. Nef, ZSR 1950 S. 133a ff., 204a ff.

⁵² Vgl. für diese klärende Wirkung bereits die klassische Argumentation von Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (24. Februar 1803); H. R. Großmann, Die staats- und rechtsideologischen Grundlagen der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten und in der Schweiz, ZüDiss 1948; D. Schindler, jun., Richterliches Prüfungsrecht und politischer Mehrheitswille, in ZSR 1955 S. 289 ff.

Tat zeigen, daß viele der nicht verfassungswesentlichen Normen auf dem Wege der Volksinitiative – direkt oder als Gegenvorschlag – in unser Grundgesetz hineingekommen sind. Diese Tendenz wurde noch verstärkt durch den Umstand, daß dem Volk nach Bundesrecht die Gesetzesinitiative nicht zusteht. Wegleitend für die Verfassungspolitik ist jedenfalls in den meisten Fällen nicht mehr die grundsätzliche Frage, ob eine Materie wirklich verfassungswesentlich sei, sondern einfach die opportunistische Absicht, eine bestimmte Norm als Verfassungsnorm gegen künftige Änderungen wirksamer zu schützen.

Aber diese Deroutierung der Verfassungspolitik ist durch die Desorientierung der Verfassungstheorie vorbereitet und verstärkt worden. Der Opportunismus der Praxis wurde erst möglich durch den Relativismus der Theorie. Eine Theorie, die vom Credo ausgeht: «Alle Werte sind subjektiv», muß bei der These landen, daß es – abgesehen vom logisch notwendigen Inhalt (vgl. oben I.) – gar kein Kriterium für den wesentlichen Verfassungsinhalt gibt. Der Relativismus führt zwangsläufig zur These vom «einerlei Verfassungsrecht», das lediglich «formal-dynamisch» bestimmt ist: die Normen, die im Wege des Verfassungsgesetzgebungsverfahrens gesetzt werden. Eine Hierarchie innerhalb der Normen der Verfassungsstufe – die Abgrenzung der inhaltlich wesentlichen Normen als Verfassung im «materiellen» Sinne – aber erscheint nach dieser Auffassung nicht angängig.

Diese Relativierung der wesentlichen Inhalte und Aushöhlung des materiellen Verfassungsbegriffs hat die praktische Verfassungspolitik der Richtpunkte mehr und mehr beraubt und damit den Opportunismus gefördert. Wenn es nach der Theorie der Weisheit letzter Schluß ist, daß eine Unterscheidung zwischen «wesentlichem» und «nicht wesentlichem» Inhalt der Verfassung nicht getroffen werden kann, dann darf man sich über die Simplifizierungen des verfassungspolitischen Denkens in der Praxis nicht wundern. Wenn die Verfassung ein wertneutrales Gefäß für

jeden beliebigen Inhalt ist, dann kann es auch für die Revision keinerlei Schranken geben.

Unsere Bundesverfassung ist in ihrem heutigen Zustand ein Spiegelbild dieser Entwicklung. Die vielen unwesentlichen (= nicht verfassungswesentlichen) Normen erschweren nicht nur den Überblick, sondern sie schwächen auch das Gewicht der wesentlichen Normen und des Grundgesetzes überhaupt⁵³.

V. Die Relativierung der Dauer

Auch im schweizerischen Verfassungsleben sind starke Tendenzen nachweisbar, die dem Anspruch der Verfassungsnormen auf Dauerhaftigkeit entgegenwirken. Einerseits ist es der raschere Wechsel der Verhältnisse, der einer dauerhaften normativen Ordnung widerstrebt; andererseits aber ist es eine Schwächung des Sinnes für das Normative: der Anspruch der Norm auf dauernde Geltung weicht vor dem augenblicklichen politischen Willen der Mehrheit leichter zurück als früher. Man greift rascher zum Mittel der Partialrevision der Verfassung. «Derart, daß – wie Carl Hilty schon 1891 voraussagte – nun schließlich die Grundgesetzgebung des Staates in einem flüssigen Aggregatzustande sich befindet und die Verfassung am Ende in nichts anderem mehr bestehen wird als in der jeweils geltenden Auffassung des Staatslebens, wie sie sich in der «öffentlichen Meinung» (einem an und für sich schon sehr beweglichen Begriffe) und ihren jeweiligen Organen vorfindet»⁵⁴.

Die fortschreitende «Dynamik» des Verfassungsrechtes – mit dem bequemen Modewort wird die Schwächung und Auflösung seines grundsätzlichen Geltungsanspruches beschönigt – beruht übrigens auf einer Wechselwirkung jener beiden Tendenzen, die sich gegenseitig steigern. Die Unruhe eines oft auf kurzfristige Ziele und Zwecke

⁵³ Z. Giacometti, BStR S. 27, 729 f.

⁵⁴ Die Bundesverfassung der Schweiz. Eidgenossenschaft (1891) S. 409.

ausgerichteten Nützlichkeitsdenkens drängt ständig auf Revision unbequemer Rechtsnormen, ohne Sinn für Dauer, ohne Respekt für das Grundgesetz. Jene Unrast und Revisionssucht wird umgekehrt wieder stark genährt und gefördert durch die Leichtfertigkeit, mit der man zum Mittel der Verfassungsrevision greift. Die verfassungsstaatliche Institution der Revision des Grundgesetzes droht mehr und mehr zu einem bequemen Mittel der Pressuren, der Agitation und der Wahlpropaganda des politischen Alltags zu entarten⁵⁵.

Diese Tendenz aber wird dadurch stark gefördert, daß mehr und mehr unwesentliche (= nicht verfassungswesentliche) Normen in das Grundgesetz hineinkommen (vgl. oben unter IV.). Die wirklich fundamentale Norm – etwa BV Art. 4, BV 49 Abs. 1, BV 50 Abs. 1, BV 55 Abs. 1, BV 58, BV 71, BV 91 usw. usw. – ist eine dauernde, grundsätzlich unveränderliche Norm. Die «erschwerte Abänderbarkeit» und die «erhöhte formelle Gesetzeskraft» der Verfassungsnorm ist das logische Korrelat des wesentlichen Inhaltes. Der nicht verfassungswesentliche Inhalt dagegen ist in aller Regel der rascherem Wechsel unterworfenen Inhalt; so enthalten viele Verfassungsartikel, in mehr oder weniger weitem Umfange, inhaltlich sekundäre Rechtsnormen, z.T. Normen, die von vornherein als sehr zeitbedingte erscheinen, z.T. Normen, die durch den raschen Wechsel der Verhältnisse überholt worden sind. Solche sekundäre Normen, die im 20. Jh. zwangsläufig immer wieder Verfassungsrevisionen rufen müssen, finden sich etwa in den Artikeln 23^{bis}, 32^{bis}, 32^{ter}, 32^{quater}, 35, 39, 41^{bis} usw. Auch wenn man die Tatsache der Komplizierung der Verhältnisse im 20. Jh. gebührend würdigt, kommt man doch um die Feststellung nicht herum, daß der Wille zur Konzentration auf das Wesentliche – die verfassungs-

⁵⁵ Vgl. schon den Hinweis auf einen frühen Mißbrauch bei J. Dubs, Das öffentl. Recht I S. 51: «Die Verfassungsrevision wird dadurch zu einer Art legalen Putsches». Vgl. auch Ed. His, Geschichte Bd. III S. 313; H. Huber, NZZ 15. Jan. 1955 Nr. 129.

politische Askese – geschwächt worden ist. Damit aber entfällt eine Gewähr für die Dauer. Auch wenn die Revisionen nur einzelne Teile der Verfassung betreffen, so überträgt sich der Eindruck der «Dynamik» doch unvermeidlich auf das Ganze. Die Verfassung erscheint nicht mehr als der Inbegriff des Dauernden, Unveränderlichen.

Die Abwertung des Grundgesetzes auch nach dieser Richtung kommt sehr deutlich zum Ausdruck in der sich immer mehr einbürgernden Praxis der «befristeten Verfassungszusätze»⁵⁶.

VI. Die hinkende Autonomie

Wir haben früher (vgl. § 1 Ziff. VI) festgestellt, daß der Gedanke der Autonomie der Grundordnung in kaum einem andern Volk so tief verwurzelt ist wie in der Schweiz: das Volk entscheidet direkt – und nicht lediglich durch seine Repräsentanten – über die Verfassung. Das obligatorische Verfassungsreferendum ist das grundlegende unter den Volksrechten; im Akt der Verfassungsgebung – in der Setzung der rechtlichen Grundordnung – tritt der souveräne Wille am sinnfälligsten in Erscheinung. Das steht in keiner Weise zur Diskussion; das wird auch von extremer Seite – wenigstens offen – nicht in Frage gestellt.

Und doch ist diese Autonomie heute in verschiedener Hinsicht eine hinkende geworden. Einmal ist es nur noch vom «Männervolk» aus gesehen eine autonome Ordnung. Was in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts noch eine Selbstverständlichkeit und bis zum Ende des Ersten Weltkrieges doch noch das Normale war, ist in der Staatenwelt nach dem Zweiten Weltkriege geradezu zur Ausnahme geworden. Auf Grund der heutigen Rechtsanschauungen kann man eine Ordnung, welche mehr als die Hälfte der erwachsenen Staatsbürger vom Aktivbürgerrecht ausschließt, nicht mehr als eine autonome Ordnung im demokratischen Sinne ansprechen; auch die nicht zu verkennende

⁵⁶ Vgl. die Nachweise in der in Anm. 4 des 2. Teils zit. Arbeit von M. Kuhn, S. 5. Anm. 17/18.

Tatsache, daß die allgemeine Rechtsstellung der Frau in unserer Ordnung besser ist und vor allem auch wirksamer geschützt wird als in den meisten Staaten mit dem Erwachsenenstimmrecht, ist kein Einwand⁵⁷.

Sodann ist der Gedanke der Autonomie etwas verblaßt in den langen Zeiten des Vollmachtenregimes und des Dringlichkeitsrechtes. Die Zeiten eines klaren staatlichen Notstandes, in denen die teilweise Suspension der ordentlichen Verfassung als imperatives Gebot evident ist, sind übrigens dem Autonomiegedanken weit weniger abträglich als jene Zeiten, da die Abkehr von der Verfassung weniger durch das unerbittliche Gebot der Staatsraison als durch Erwägungen der momentanen Zweckmäßigkeit bestimmt war. Der Mißbrauch der Dringlichkeitsklausel und der schleppende Abbau des Vollmachtenregimes haben zu einer gewissen Gewöhnung an das «autoritäre Bundesstaatsrecht» (Z. Giacometti) geführt, d.h. aber an eine Ordnung, die vom Staatsbürger aus gesehen weitgehend nicht mehr autonom (im Sinne der letzten Entscheidung durch das Volk), sondern heteronom bestimmt war⁵⁸.

Endlich bleibt daran zu erinnern, daß die Autonomie auch von Seiten ihres Trägers beeinträchtigt werden kann und zwar dadurch, daß ein mehr oder weniger großer Teil des Volkes die Volksrechte – hier konkret: das Stimmrecht bei Verfassungsabstimmungen – nicht ausübt⁵⁹. Die durch-

⁵⁷ W. Kägi, Der Anspruch der Schweizerfrau auf politische Gleichberechtigung (Zürich 1956) S. 44 ff.

⁵⁸ Vgl. Z. Giacometti, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis in der schweizerischen Eidgenossenschaft, mit dem Untertitel «Das autoritäre Bundesstaatsrecht», in Festgabe für Fleiner (1937) S. 45 ff. S. 46: «Die Entwicklung geht in der Richtung einer neuen, im Verhältnis zur referendumsdemokratischen Staatsform der Bundesverfassung autoritären Staatsform.»

⁵⁹ Gleichzusetzen ist dem der Fall, wo das Stimmrecht zwar formell ausgeübt wird, aber ohne den Willen zur selbständigen Urteilsbildung und Verantwortung. Schon im Einzelfall zumeist schwer nachzuweisen, ist dies aber vollends statistisch nicht erfaßbar.

schnittliche Stimmbeteiligung in eidgenössischen Angelegenheiten betrug von 1848–1945 zirka 60%. Die Vorlagen wurden in der Regel nicht einmal von der Hälfte der (männlichen) Aktivbürger angenommen; in vielen Fällen machte die annehmende Mehrheit nicht einmal 20% der erwachsenen Einwohner aus⁶⁰. Soweit es die Männer angeht, handelt es sich zwar um ein freiwilliges Sich-Ausschließen von der Teilhabe an der Souveränität. Formellstaatsrechtlich ist ein solcher Beschluß über eine Verfassungsnorm, der durch Zustimmung lediglich einer kleinen Minderheit des Volkes zustande kam, in Ordnung; und doch fehlt einer solchen Rechtsnorm die echte demokratische Legitimierung. Auch die beliebte Fiktion, welche das Nichtstimmen als stillschweigende Zustimmung interpretieren möchte, ändert nichts daran.

Der große Grundgedanke der Autonomie der Verfassung ist insofern ein hinkender geworden⁶¹.

VII. Das Entschwinden der Begrenzung

Die entscheidende Erklärung für die verschiedenen Tendenzen, die im Vorstehenden aufgewiesen worden sind, aber liegt wohl darin, daß das Bewußtsein der Begrenzung menschlicher Satzungsgewalt – und die Ehrfurcht vor dieser

⁶⁰ Vgl. H. Nef, Festgabe für Giacometti, S. 212f.

⁶¹ Damit hängt eng zusammen die für die Demokratie lebenswichtige Frage der Volkstümlichkeit des Rechtes. Der alte Kampftruf «Volksrecht» gegen «Juristenrecht» kann längst nicht mehr wegleitend sein; aber das große Problem bleibt. Eugen Huber hat noch darum gerungen; vgl. seine Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB (1914) Bd. I S. 1 ff., 14 ff.; August Egger, Kommentar zum ZGB, Einleitung und Personenrecht S. 28, 31. Heute wagt man sich nicht mehr recht an dieses bedrängende Problem heran. Vgl. aber für eine damit zusammenhängende Frage H. Fritzsche, Volkstümliche Rechtspflege (1949) S. 7 ff. Was die Entfremdung zwischen Volk und Recht für das politische Geschick eines Volkes bedeuten kann, hat uns das deutsche Beispiel gezeigt; vgl. etwa H. Mitteis, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. S. 149 ff., 157. – Um mit der grundlegenden Frage anzufangen: Wie steht es mit der Volkstümlichkeit der Verfassung?

Begrenzung – schwindet. In der Schweiz stehen wir zwar nicht vor jener krisenhaft gesteigerten Problematik, in die andere Völker durch einen weitgetriebenen Relativismus, Skeptizismus und Nihilismus schließlich gedrängt worden sind. Und doch können wir auch im schweizerischen Verfassungsdenken der Gegenwart ein Verblassen des Sinnes für jene letzte Begrenzung feststellen. Für ein skeptisch-relativistisches Denken – das sich gerne als «wissenschaftlich» ausgibt! –, bedeutet die Präambel unserer Bundesverfassung nicht mehr eine Begrenzung menschlicher Satzungs-gewalt. Verfassungsgebung ist nicht mehr ein Akt der Ordnungsstiftung im Rahmen unabdingbarer (vor- und überstaatlicher) Normen bzw. Gebote, sondern der durch keinerlei Normen begrenzte Akt der obersten Gewalt des Volkes, die sich gerade in dieser Ungebundenheit als die «souveräne» Gewalt erweist und bewährt. Ausdruck dieser Wende ist das Dogma von der Allzuständigkeit (Schrackenlosigkeit) der demokratischen Entscheidungsgewalt. Die souveräne Entscheidung «erzeugt» das Recht; alle Normen, die sie «erzeugt», sind eo ipso Recht. «Verfassung» aber wird so zum Gefäß für jeden beliebigen Inhalt⁶².

Diese Anschauungen von der Unbegrenztheit und Unbegrenzbarkeit sind weitgehend aus dem ausländischen Rechts- und Staatsdenken – z.T. aus dem absolutistischen Erbe,

⁶² Die verbreitete Verwendung des Ausdrucks «Rechtserzeugung» ist zunächst ein äußeres Zeichen – aber eben doch ein sehr bedeutsames äußeres Zeichen – für diese Entwicklung. Es ist das Rechtsdenken des homo faber. Die Rechtsnormen werden «erzeugt». (Man ist heute geneigt, in der technischen Sprache weiterzufahren: Sie werden «am laufenden Bande erzeugt»!) Oft hat man auch den Eindruck, daß bei der Setzung von Verfassungsnormen die Ehrfurcht vor diesem Tun nicht mehr da ist, weder in den Initiativkomitees noch in den Ratsälen. Die verschiedentlich gerügte mangelnde Sorgfalt in der sprachlichen Fassung von Verfassungsartikeln ist ebenfalls ein Indiz dafür, daß die Aufgabe – die Setzung von Grundnormen – nicht immer in der ganzen verpflichtenden Größe vor Augen steht.

z. T. aus der relativistisch-positivistischen Doktrin – übernommen worden. Hatten die radikalen Ausprägungen dieser Theorien auf schweizerischem Boden lange Zeit wenig Chancen, so blieben sie doch nicht ohne starke Auswirkungen. Die Simplifikationen jener «fausses idées claires» kamen den utilitaristischen und den radikaldemokratischen Tendenzen unserer Zeit gleicherweise entgegen.

* * *

Das Korrelat dieser Abwertung der Verfassung als rechtlicher Grundordnung aber ist die Verabsolutierung der demokratischen Entscheidungsgewalt. Dieser Prozeß ist im folgenden Kapitel zu würdigen⁶³.

2. KAPITEL

Demokratie

Der zweite Grundbegriff, der für die Behandlung unseres Problems einleitend geklärt werden muß, ist der Begriff der Demokratie.

Mit viel logischem Scharfsinn wird oft aus bestimmten Sätzen der Verfassung ein Ergebnis herausgeholt; nicht weniger scharfsinnig wird von anderer Seite auf Grund des gleichen Textes das Gegenteil behauptet. Eine kritische Betrachtung wird zu der Erkenntnis geführt, daß das Ergebnis in einen wie im andern Fall gar nicht dem angerufenen Satz der Verfassung entnommen worden ist, sondern in den Voraus-Setzungen der betr. Auslegung begründet ist: in der Grundauffassung von der Verfassung (vgl. 1. Kapitel) und in der Grundauffassung von der Demokratie. Darüber gibt man sich selten klare Rechenschaft; das läßt man zumeist im bequemen Halbdunkel, um dann aber im Einzelfall um so apodiktischer seine Folgerungen zu ziehen.

⁶³ Gewisse Wiederholungen in der Darstellung dieser Korrelation sind unvermeidlich, aber für die Verdeutlichung der grundlegenden Zusammenhänge doch wohl auch unschädlich!

Es mag überraschen, daß «Demokratie» auch für die älteste Demokratie ein Problem sein sollte. Und doch besteht diese Problematik in der Theorie wie in der Praxis. Im Blick auf unseren Gegenstand – das Recht der Volksinitiative – müssen uns zwei Aspekte beschäftigen: Einmal die Schranken der demokratischen Entscheidungsgewalt und sodann die Grenzen demokratischer Kompetenz.

§ 1. Zwei Grundauffassungen von der Demokratie

Wenn wir im folgenden zwei Grundauffassungen von der demokratischen Entscheidungsgewalt – die «absolutistisch-dezisionistische» und die «rechtsstaatliche» – einander gegenüberstellen, dann soll damit weder gesagt sein, daß diese beiden Grundauffassungen in der Vergangenheit oder in der Gegenwart sich durchgängig in dieser idealtypischen Reinheit aufweisen lassen, noch daß die eine die andere im historischen Ablauf einfach abgelöst habe. Aber es handelt sich doch um ausgeprägte Tendenzen, die in den geschichtlichen und gegenwärtigen Auseinandersetzungen zumeist in klarer Frontstellung aufweisbar sind. Und wenngleich es auch schon in früheren Zeiten starke Wellen eines absolutistischen Demokratismus gegeben hat, so ist die Entwicklung zum dezisionistischen Demokratismus doch eine Frucht des 20. Jh. Trotzdem nehmen wir in unserer Kontrastierung die Darstellung der absolutistisch-dezisionistischen Auffassung vorweg, weil diese Position einfacher zu umschreiben ist als die rechtsstaatliche.

A. Die absolutistisch-dezisionistische Auffassung von der Demokratie.

Diese Auffassung von der Demokratie stellt eine eigenartige Mischung rationaler und mythischer Elemente dar. Das Kriterium für die «Demokratie» liegt nicht in einem Inhalt, sondern in der Art der obersten Entscheidung (= «Dezision», daher: «dezisionistisch»). Und zwar ist diese oberste («souveräne») Entscheidungsgewalt im abso-

lutistisch-dezisionistischen Verständnis durch folgende Momente gekennzeichnet⁶⁴:

1. Die demokratische Mehrheit entscheidet absolut. Die oberste («souveräne») Gewalt steht über allem Recht. Sie kann an die Rechtsnormen, die sie «erzeugt», nicht gebunden sein; die ganze innerstaatliche Rechtsordnung steht zu ihrer Disposition. Sie ist in ihrer Rechtssetzung durch keinerlei Normen, auch nicht durch «grundlegende», «fundamentale» Normen beschränkt; es gibt nach dieser Auffassung weder «vor- und überstaatliches» noch «unveränderliches» Recht. Dieser Absolutismus ist – so paradox es zunächst klingen mag – zutiefst relativistisch; die Verabsolutierung der Entscheidungsgewalt ist das Korrelat der Relativierung der Grundwerte (Grundnormen, «ewigen» Normen).

Die Entscheidungsgewalt der Mehrheit ist schrankenlos. Während ein gemäßigter Positivismus diese absolute Entscheidungsgewalt immer noch unter der (selbstverständlichen) Voraussetzung gewisser grundlegender sittlicher und rechtlicher Normen gesehen hat, hat sie ein dezisionistisches Denken mit letzter Folgerichtigkeit verabsolutiert. Gerade in dieser Schrankenlosigkeit erweist sich ihre Souveränität. Diese absolute Entscheidung der Volksmehrheit aber ist – gemäß den alten Attributen jedes Absolutismus – unwiderstehlich, nicht verantwortlich, nicht überprüfbar.

2. Die demokratische Mehrheit ist allzuständig. Die Entscheidungsgewalt des Volkes (= der Mehrheit des Volkes) ist nicht nur absolut, sondern auch umfassend. Auch nach dieser Richtung hat das demokratische Verfassungsdenken das absolutistische Erbe übernommen. Das Dogma von der «juristischen Allmacht» («formale Omnipotenz», «potentielle Totalität») hatte zwar in einem liberalen Zeitalter bloß theoretische Bedeutung, um das demo-

⁶⁴ Vgl. für die nähere Begründung und Dokumentation der nachfolgenden Punkte 1–7: W. Käge, «Rechtsstaat und Demokratie» in Festgabe für Giacometti S. 108–120.

kratische Rechtssystem als ein geschlossenes zu konstruieren. Die liberalen Theoretiker haben ethisch-politisch noch eindeutig dementiert, was ihnen logisch-juristisch unausweichlich schien. Mehr und mehr aber erhielt diese «juristische Allmacht» positive Bedeutung. In der Ideologie der «absoluten» («massiven») Demokratie wird mit Nachdruck behauptet, daß die Entscheidungsgewalt des Volkes unbeschränkt und unbeschränkbar ist: ein schrankenloses *ius ad omnia*. Diese Allmachtvorstellung hat enthemmend auf jenes dezisionistische Denken eingewirkt, das die «potentielle Totalität» mehr und mehr aktualisiert.

3. Die demokratische Mehrheit ist an keine Form gebunden. Alle Form ist Begrenzung; die absolute Gewalt erweist (und erlebt) ihre Souveränität gerade im Durchbrechen und Mißachten bestehender Normen und Formen. Eine frühe Apologie – um nicht zu sagen Apotheose – der völligen Ungebundenheit des demokratischen Souveräns, die in der jakobinischen Tradition zu starker Nachwirkung gelangte, ist die Lehre des Abbé Sieyès. Sind die «*pouvoirs constitués*» an die Satzungen des «*pouvoir constituant*», d.h. also an die Verfassung gebunden, so ist das Volk, die «Nation» als verfassungsgebende Gewalt, völlig frei von jeder Form. Es ist auch in dieser Hinsicht das «unnormierbar Normierende». Alle Formen (und Formlosigkeiten), die es wählen mag, sind *eo ipso* gut und legitim; sein Wille ist in jeder Form der höchste Wille, vor dem alle positive Satzung zurückweichen muß. Die Formfeindlichkeit des 20. Jh. hat auch nach dieser Richtung zu einer letzten Steigerung des Dezisionismus geführt.

4. Die demokratische Mehrheit läßt sich nicht repräsentieren. Rousseau hat es im *Contrat social* mit kompromißloser dogmatischer Schärfe ausgesprochen: «*La volonté générale ne se représente point*» (II/1, III/13, III/15). Etwas von diesem Mißtrauen – um nicht zu sagen Feindschaft – gegenüber der Repräsentation hat sich im radikalen demokratischen Denken der ganzen Folgezeit

erhalten. Das Prinzip der Identität wird, mehr oder weniger radikal, als das eigentlich demokratische Prinzip dem Prinzip der Repräsentation entgegengestellt.

5. Die demokratische Mehrheit verfügt über eine unteilbare Gewalt. Auch hier hat der Monismus des Denkens Rousseaus, seine leidenschaftliche Stellungnahme gegen die Gewaltenteilung in jeder Form, stark nachgewirkt. Das Denken des radikalen Demokratismus ist als absolutistisches auch gewaltenmonistisch. Von jener «letzten» Einheit der «volonté générale», der souveränen Gewalt des Volkes her, muß sowohl die rechtsstaatliche Gewaltenteilung (auf Grund der drei klassischen Funktionen) wie die föderative Gewaltenteilung immer wieder in Frage gestellt werden.

6. Die demokratische Mehrheit entscheidet gerecht. Der Anspruch auf das Zuhöchstsein, auf die letzte Entscheidungsgewalt erhält seine Rechtfertigung erst, wenn die Entscheidung des Trägers dieser souveränen Gewalt auch inhaltlich als gerecht erscheint. So wie die Lehren von der Fürstensouveränität die Entscheidung des Fürsten als Emanation der Gerechtigkeit zu erweisen versuchten, so wurde später in der Lehre von der Volkssouveränität diese Gerechtigkeit für die Entscheidungen des Volkes beansprucht. Dem «Gottesgnadentum des Fürsten» wird das «Gottesgnadentum des Volkes» entgegengestellt. Ursprünglich als Attribut des idealen Gemeinwillens behauptet, hat es ein späteres radikaldemokratisches Denken eo ipso auch für die Entscheidung der jeweiligen Mehrheit beansprucht.

7. Vox populi – vox Dei! Diese blasphemische Formel wird heute zwar nur noch selten angerufen, aber die Deifikation des Volkes wird ja auch dort vollzogen, wo das Zuhöchstsein, die Absolutheit, die Allzuständigkeit, das Entbundensein von jeder Form, die ungeteilte Macht, die Gerechtigkeit und Unfehlbarkeit als seine Attribute beansprucht werden. Die Allmacht Gottes wird auf eine menschliche politische Gewalt übertragen.

*B. Die rechtsstaatliche Auffassung von der Demokratie*⁶⁵

Wir möchten versuchen, sie im folgenden in Antithese zu der unter A) entwickelten Auffassung darzulegen.

1. Die demokratische Mehrheit entscheidet nicht absolut. Auch die oberste Entscheidungsgewalt ist nicht schrankenlos, über allem Recht stehend, ein «unnormierbar Normierendes», sondern sie ist durch grundlegende Rechtsnormen begrenzt. Auch das demokratische *pouvoir constituant* ist nicht der souveräne Demiurg allen Rechtes, sondern er ist selbst an diese Grundnormen des Rechtsstaates gebunden. So wie für einen relativistischen Positivismus die Verabsolutierung der obersten Entscheidungsgewalt das logische Korrelat zu den relativen und veränderlichen Normen darstellt, so entspricht dem System absoluter, unabänderlicher («ewiger») Grundnormen, das die rechtsstaatliche Demokratie fundiert, eine beschränkte (relativierte) Souveränität.

2. Die demokratische Mehrheit ist nicht allzuständig. Auch der demokratische Staat ist nicht totale, sondern begrenzte Ordnung. Die Mehrheit kann in einer totalitär entartenden Demokratie zwar tatsächlich alle Grenzen überschreiten, aber rechtlich ist das *pouvoir constituant* in einer rechtsstaatlichen Ordnung nicht allzuständig, auch nicht «potentiell totalitär».

3. Die demokratische Mehrheit ist an die Rechtsformen gebunden. Demokratische Willensbildung und -äußerung ist nur in einem geordneten Verfahren möglich; nur die Rechtsform ermöglicht die freie Bildung eines Gemeinwillens aus freien Einzelwillen. Es ist gerade nicht so, wie Sieyès meinte, daß der Volkswille sich «in jeder Form» äußern kann und daß «alle Formen gut sind»; wie es auch nicht wahr ist, daß in der Mißachtung aller Formen und Normen sich ein besonders urwüchsiger und kraftvoller demokratischer Wille äußert.

⁶⁵ Vgl. für die nähere Begründung und Dokumentation der rechtsstaatlichen Gegenposition 1–7: a.a.O. S. 134–142.

4. Keine Demokratie ohne Repräsentation! Wir dürfen hier vom Grenzfall der Zwergdemokratie, in der die «Identität von Regierenden und Regierten» in weitestem Umfang möglich ist, absehen. Vgl. zur Frage der Repräsentation unten §3.

5. Rechtsstaatliche Demokratie ist nur in gewaltenteiliger Ordnung möglich.

Auch der demokratische Gewaltenmonismus muß – nach einem fatalen Gesetz – zum Mißbrauch führen. So ist die Gewaltenteilung auch für den heutigen demokratischen Rechtsstaat eine Lebensbedingung. Diese grundlegende Erkenntnis ist heute so wahr wie am ersten Tag des «Esprit des Lois»; die konkrete Verwirklichung der Gewaltenteilung, unter den neuen soziologischen Bedingungen, ist dagegen jeder Generation neu aufgegeben. Es gibt kein für alle Zeiten und Völker gültiges Schema der «klassischen Dreiteilung» auf Grund der drei Funktionen der Legislative, der Exekutive und der Justiz; und vor allem gibt es neben dieser «klassischen Dreiteilung» noch ungezählte weitere Möglichkeiten und Formen der Gewaltenteilung. Es ist gerade in der direkten Demokratie, die mit der Verabsolutierung und der Allzuständigkeit immer auch zum Gewaltenmonismus neigt, wichtig, das verfassungspolitische Denken aus der Fixierung durch alte Schemata zu lösen und für die «vérité éternelle» der Gewaltenteilung im Sinne des «Esprit des Lois» (XI/4) frei zu machen.

6. Die Entscheidung der demokratischen Mehrheit ist nicht eo ipso gerecht.

Wo die Überzeugung herrschend wird, daß der Entscheid der Mehrheit eo ipso gerecht ist, erhält eine politische Gemeinschaft etwas Unmenschlich-Abgeschlossenes, wird zur «société close» im Sinne von Henri Bergson. Der freiheitliche Rechtsstaat dagegen ist eine «société ouverte», in der auch gegenüber der Mehrheit die Gerechtigkeitsfrage offen bleibt. Die Demokratie bietet durch das Mitbestimmungsrecht der Bürger besondere Möglichkeiten für die

Verwirklichung der Gerechtigkeit, aber sie wird nicht eo ipso durch den Mehrheitsentscheid realisiert. Auch Mehrheiten können Ungerechtes tun bzw. fordern. In einem Jahrhundert, das so leicht der Mystifikation des Kollektivs verfällt, muß man an die Binsenwahrheit erinnern, von der sich das demokratische Denken nicht ungestraft entfernt: daß sich die Gebote der Gerechtigkeit als absolute Gebote – durch das persönliche Rechtsgewissen des Einzelnen – immer auch an die Mehrheit richten. Im Volksentscheid kann ein Gebot der Gerechtigkeit mehr oder weniger klar verwirklicht, oder auch mehr oder weniger radikal verleugnet werden; aber das Gebot steht über dem Mehrheitswillen.

7. Demokratie als menschliche Ordnung. Das hohe Ziel demokratischer Ordnung ist die «freie Gemeinschaft freier Menschen». Die Größe der Demokratie aber beruht darin, daß der einzelne Bürger als Mitverantwortlicher und Mitentscheidender ernst genommen wird.

Die Verwirklichung solcher Demokratie ist nur möglich in einer Ordnung der Begrenzung und Mäßigung. Eine Grundvoraussetzung im Ringen um dieses Ziel aber ist die Überwindung jener falschen Verabsolutierung der Demokratie, die wir oben als absolutistisch-dezisionistische Auffassung näher zu qualifizieren versuchten.

* * *

In der Praxis – vor allem auch in der Diskussion um das Problem der Schranken der Volksinitiative – ringen verschiedene Auffassungen von der Demokratie und von der demokratischen Entscheidungsgewalt miteinander. Zum Teil handelt es sich um vermittelnde Positionen, zum Teil allerdings auch um sehr extreme Standpunkte. So ist das, was wir oben als «dezisionistische Auffassung» qualifizierten, in vielen Stellungnahmen deutlich nachweisbar, wenngleich man es in der Regel auch vermeidet, sie folgerichtig zu Ende zu denken und offen darzulegen.

Die vorstehende Gegenüberstellung will nicht die Vielzahl der Ansichten in ein Schema zwingen. Sie behauptet auch nicht, daß die Verfassung von 1848 oder die Totalrevision von 1874 oder die Partialrevision von 1891 eindeutig auf dem Boden jener Auffassung gestanden habe, die oben als die «rechtsstaatliche» bezeichnet wird. Das Ringen zwischen den beiden Grundauffassungen geht weiter. Unsere «Kategorientafeln» der «absolutistisch-dezisionistischen» und der «rechtsstaatlichen» Grundauffassung von der Demokratie möchten einerseits die Erkenntnis der verschiedenen Positionen und Tendenzen klären, andererseits aber das Postulat der rechtsstaatlichen Demokratie – im ganzen wie im einzelnen – verdeutlichen.

§ 2. Demokratie und Verfassung

Demokratie ist nur möglich als verfassungsmäßige («konstitutionelle»). In diesem Satz, der heute, soweit das freie Denken reicht, ziemlich einmütige Zustimmung findet, kommt eine eindruckliche historische Erfahrung zum Ausdruck. Was im rechtsstaatlichen Denken schon längst fester Besitz war, ist durch das, was sich in der ersten Hälfte des 20. Jh. auf europäischem Boden ereignet hat, in einer Art und Weise erhärtet worden, die kein Ausweichen mehr erlaubt. So kann die These heute sehr apodiktisch formuliert werden: Demokratie ist nur möglich auf der Grundlage einer Verfassung. Mit der romantischen Illusion einer Demokratie, in der das Volk seinen Willen in völliger Ungebundenheit bildet und äußert, und die eben darin den Ausdruck des Unverfälschten und Ursprünglichen sehen wollte, brauchen wir uns heute nicht mehr auseinanderzusetzen, obwohl einzelne Überbleibsel dieser Auffassung auch in den heutigen Diskussionen um die Schranken bzw. Schrankenlosigkeit der Volksinitiative deutlich nachweisbar sind. Wohl aber muß gezeigt werden, was diese «Verfassung» bedeutet. Es geht ja nicht einfach um die formale Bindung an irgendein Grundgesetz, sondern

um eine Grundordnung, welche die Demokratie inhaltlich und formal prägt, ja überhaupt erst ermöglicht. Es geht um die rechtsstaatliche Grundordnung der Demokratie.

Für die allgemeine Problematik «Demokratie und Verfassung», beziehungsweise «Demokratie und Rechtsstaat» muß ich an dieser Stelle auf einige frühere Arbeiten verweisen⁶⁶; das besondere Problem der Schranken der Volksinitiative aber gelangt im 2. Teil zu ausführlicher Darstellung.

§ 3. Demokratie und Repräsentation (von den Grenzen der direkten Demokratie)

Es ist nicht der Ort, die heutige Situation der Demokratie im allgemeinen und der schweizerischen Demokratie im besonderen zu behandeln. Aber im Blick auf unser Thema muß doch ein Aspekt – das Verhältnis von direkter Demokratie und Repräsentation – kurz gewürdigt werden.

1. Wir können in der Gegenwart eine ausgeprägte Tendenz beobachten, jedes (wirkliche oder vermeintliche) Versagen der Behörden einfach mit einem neuen Schritt in der Richtung der direkten Demokratie, das heißt mit einer Ausweitung der Volksrechte, zu parieren.

Hinter diesen Tendenzen stehen vielerlei Überzeugungen und Motive. Vor allem die in der Schweiz weitverbreitete Überzeugung – von Rousseau dogmatisch wirksam untermauert, aber auf alte Traditionen zurückgehend – daß eigentlich nur die «direkte» («unmittelbare») Demokratie wirkliche Demokratie sei. Das gute Funktionieren in den engeren Gemeinwesen (in Kantonen und Gemeinden) mochte immer wieder nach Übertragung in das umfassendere Gemeinwesen drängen. Die Abwehr gegenüber den autokratischen Regimes in der Umwelt, aber auch die Reaktion auf das «autoritäre Bundesstaatsrecht» der Dring-

⁶⁶ Verfassung als rechtl. Grundordnung des Staates, insbes. Kapitel 7; «Zurück zur Verfassung!» im Jahrbuch «Die Schweiz» 1947 S. 57 ff.; Zur Entwicklung des Schweiz. Rechtsstaates seit 1848, ZSR 1952 S. 173 ff.; Rechtsstaat und Demokratie S. 107 ff.

lichkeits- und Notrechtspraxis hat diese direkt-demokratischen Tendenzen weiter gefördert. In vielen Fällen ist zwar der direkte Appell an den demokratischen Souverän auch lediglich Ausdruck eines rein opportunistischen Willens, die Methode, von der man sich in einer bestimmten Situation am meisten Erfolg verspricht. Bei vielen aber ist doch auch noch etwas vom alten demokratischen Fortschrittsoptimismus lebendig geblieben, für den die verfassungspolitische Leitformel nach wie vor «Ausweitung der Volksrechte» lautet.

Die Schweiz durfte, begünstigt durch ein einzigartiges historisches Geschick, viele Schritte in der Richtung auf die direkte Demokratie tun, und sie konnte es früher und auf soliderem Boden als die meisten anderen Staaten. Sie wird zweifelsohne auch in Zukunft noch weitere Schritte tun können auf Gemeindeboden, in den Kantonen und auch im Bund. Aber in unserer Zeit stellt sich doch auch die andere Frage: Ob diese «Ausweitung der Volksrechte» der Demokratie dient, ob sie wirklich Demokratisierung oder nur Scheindemokratisierung bedeutet? Ob wir nicht da und dort die Ausweitung der Volksrechte zu früh vorgenommen, da und dort die Grenzen gar schon überschritten haben? Diese Fragen müssen – im Interesse der Demokratie und aus Verantwortung für die Demokratie – heute gestellt werden⁶⁷.

Man beruft sich zur Begründung oft auch bei uns auf die «Vermassung». Damit ist ein äußerst ernst zu nehmender und auch deutlich umschreibbarer soziologischer Sachverhalt angedeutet, der im Niedergang und in der Krise der Demokratie in vielen Staaten in der Tat eine entscheidende Rolle gespielt hat und weiter spielt⁶⁸. Aber es ist doch auch ein bequemes Schlagwort, das in der Diagnose schweizerischer Zustände nur mit Zurückhaltung verwendet werden darf. Es gibt in der Schweiz keine «Ver-

⁶⁷ An den Grenzen der direkten Demokratie? im Jahrbuch «Die Schweiz» 1951 S. 53 ff.; daselbst 1956 S. 135 ff.

⁶⁸ Vgl. den Sammelband «Masse und Demokratie» (im Druck).

massung» größerer Volkskreise als Dauerzustand. Wohl aber gibt es auch bei uns «Massensituationen», das heißt ein vorübergehendes Abgleiten in jenen Zustand, wo das Verhalten der großen Mehrheit nicht mehr vom selbständigen Urteil und der persönlichen Verantwortung der Bürger bestimmt wird. Es gibt indessen auch noch ein Versagen, das weitgehend auf objektive Ursachen zurückgeführt werden kann. Mit diesen Ursachen aber müssen wir uns heute offen auseinandersetzen.

Ein großes Problem der Demokratie ist die starke Komplizierung der politischen und rechtlichen Probleme und damit der Vorlagen, über die das Volk entscheiden soll. Wie sollen die Bürger – die ja nicht Universalsachverständige sein können – entscheiden angesichts der widerstreitenden Parolen der Parteien, Verbände und Komitees ad hoc, angesichts der oft widersprechenden Meinungsäußerungen der Experten, die jeweils pro und contra zitiert werden? Wo diese Möglichkeit der selbständigen Beurteilung entfällt, tritt die rein emotionale Stellungnahme oder die politische Indifferenz an ihre Stelle. Es sind gerade jene Bürger, die das Aktivbürgerrecht ernst nehmen und nicht gewillt sind, das Ausfüllen der Stimmzettel einfach als Schreibübung nach Vorlage zu betrachten, die sich heute oft in einer stillen Verzweiflung befinden.

Zur inhaltlichen Komplizierung tritt, im Zeichen des Sozialstaates, die Häufung der Vorlagen. Wenn dem Volk an einem und demselben Sonntag ein Dutzend Wahl- und Sachgeschäfte unterbreitet werden, so ist das eine Überforderung des Souveräns. In der Demokratie des weiteren Kreises (Kanton, Bund), aber auch in den großen Städten, fehlt zudem jene engere persönliche Beziehung, die in den kleineren Gemeinde-Demokratien noch besteht, und die für die Urteilsbildung in Wahlen und bei Sachentscheiden so grundlegend ist.

Die gefährliche Folge all' dieser Umstände aber ist die Ermüdung des Souveräns, die noch weit tiefer gehen kann, als es die Zahlen über die Stimmenthaltung, die an sich

zum Teil schon eindrucklich genug sind, zeigen. Diese Ermüdung führt in vielen Fällen nicht einfach zur Stimmenthaltung, sondern – zumal dort, wo sie aus dem bedrängenden Gefühl der Inkompetenz kommt – zum grundsätzlichen Nein-Stimmen oder zum resignierten Abseitsstehen.

Es ist eines der großen Verfassungsprobleme der Demokratie im Zeitalter des Sozialstaates, wie weit die Vorlagen – in jener Komplizierung und Häufung – dem Volk unterbreitet werden sollen und was getan werden kann, um ein Maximum an selbständiger Beurteilung und persönlicher Verantwortung zu ermöglichen, zu erwecken, zu gewährleisten. Im Europa des 20. Jh. wissen wir zwar wieder einiges zu sagen zum Preise der bloßen Veto-Demokratie, welche wenigstens noch die Möglichkeit des freien Nein gibt. Und doch ist die Demokratie etwas anderes und kann auch unter den zum Teil stark veränderten soziologischen Bedingungen des 20. Jh. etwas anderes sein. Eben deshalb aber darf die demokratische Verfassungspolitik sich nicht bei der alten Formel der «Ausweitung der Volksrechte» beruhigen. Nicht erfüllte Demokratie ist Demagogie oder dient doch als Fassade für eine Willensbildung, die in Wirklichkeit gar nicht mehr demokratisch ist.

«Das Volk hat entschieden!» Dieser Satz kann nach einem heftigen Wahl- oder Abstimmungskampf sehr befreiend und befriedend wirken: Das Volk trägt als politisch mündiges Volk auch die Verantwortung. Jener Satz kann, bedeutungsschwer, einen Grundsachverhalt im Leben der Demokratie festhalten; er kann aber auch in einem demagogischen Sinne angerufen werden, um Verantwortung abzuwälzen, die man – z.B. als Behörde – selbst und abschließend tragen müßte.

2. Es gibt keine Demokratie ohne Repräsentation. Hier liegt eines der großen Verfassungsprobleme der Demokratie in unserer Zeit.

Daß die Demokratie in ihrem geschichtlichen Kampf die Repräsentation – als möglichen Ansatzpunkt für die Re-

stauration von Aristokratie und Monarchie, ja von Oligarchie und Tyrannis – mit Mißtrauen betrachtet hat, ist verständlich. Man bezeichnet dieses wache Mißtrauen, etwa gegenüber einer starken Regierung, auch heute noch oft als einen notwendigen Instinkt einer gesunden Demokratie. Die Lehren Rousseaus haben dieser Feindschaft gegenüber aller Repräsentation die scharfe theoretische Begründung gegeben. Ist so das direkt-demokratische Denken gleichsam kongenital belastet, so hat die Krise der Repräsentation⁶⁹ im modernen Parteien- und Verbandsstaat der Ablehnung des Prinzips der Repräsentation neue Nahrung und neuen Nachdruck gegeben. Wir stehen hier vor einer für die Zukunft der direkten Demokratie äußerst gefährlichen Entwicklung.

Denn auch die direkte Demokratie kommt um das Prinzip der Repräsentation in ihrem Verfassungsaufbau nicht herum. Und sie kann das große Problem, eine echte und handlungsfähige Repräsentation zu schaffen, das ihr unausweichlich aufgegeben ist, nicht einfach durch die Ausweitung der Volksrechte lösen. Das Identitätsdenken, welches das Prinzip der Repräsentation radikal auszumerzen versucht, führt in ein eigenartig illusionäres Verfassungsdenken hinein. Denn die Ausmerzung des Prinzips der Repräsentation – wie es in vielen radikalen Postulaten der direkten Demokratie mehr oder weniger klar gefordert wird – führt nicht zur unmittelbaren und unverfälschten Verwirklichung des Volkswillens im Wege der direkten Entscheidung, sondern – illusionsfrei gesehen – zu einem Verfassungszustand, in dem anstelle der repräsentativen Organe allerlei andere Faktoren (offene und anonyme «pressure groups») um so bestimmender ins Gewicht fallen werden.

⁶⁹ Vgl. H. Huber, Schranken der Verfassungsinitiative, NZZ 6. Mai 1956, Nr. 1304; W. Schaumann, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der staatlichen Willensbildung, in ZSR 1955 S. 269 ff. Zur Frage der Repräsentation vgl. aus der neuesten Literatur vor allem Joseph H. Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen (Berlin 1956).

Die Zukunft unserer direkten Demokratie im Bunde hängt einerseits, wie früher dargetan, sehr wesentlich davon ab, daß sie als rechtsstaatliche Ordnung in der klaren Bindung an das Grundgesetz fortbesteht bzw. fortentwickelt wird, anderseits aber auch davon, daß nicht in einem falschen Streben nach möglichst radikaler Aktualisierung der direkten Mitwirkung des Volkes – in Volkswahl, Volksinitiative und Volksentscheid – grundlegende Einrichtungen unserer demokratischen Ordnung abgewertet und übersehen werden. Dazu aber gehören vor allem die drei repräsentativen obersten Organe: die Bundesversammlung, der Bundesrat und das Bundesgericht. Es wird auch in Zukunft Aufgabe unserer Verfassung sein, diese obersten Organe zu begrenzen und zu kontrollieren; dazu gibt die «direkte» Demokratie Möglichkeiten, die in der «repräsentativen» fehlen. Aber auch die direkte Demokratie wird sich in der Verfassungspolitik stets daran erinnern müssen, daß die Verfassungsordnung doch dazu da ist, um Regierung zu ermöglichen und nicht zu verhindern. Unser Kleinstaat bedarf auf dem Weg durch die zweite Hälfte des 20. Jh. einer leistungsfähigen Organisation. Sie benötigt in einem dynamischen Zeitalter, das weiterhin durch den Totalstaat bedroht ist, eine starke Regierung; eine fest eingewurzelte direkte Demokratie vermag sie auch wirksam im Schach zu halten.

Die Fortbildung der direkten Demokratie darf jedenfalls nicht so erfolgen, daß einfach mehr und mehr Kompetenzen – durch die Ausweitung der Volksrechte – von den Behörden auf das Volk, den «wahren Souverän», übertragen werden. Verwirklichung der Demokratie heißt nicht einfach möglichste Aktualisierung der direkten Entscheidungsgewalt des Volkes. Ein Wort von Kant variierend, könnte man vielmehr sagen: Direkte Demokratie kann keinen Schritt tun ohne zuvor der Idee der Kompetenz gehuldigt zu haben. So ist das Ja zur direkten Demokratie nicht ein Nein zu ihren verfassungsmäßigen repräsentativen Organen. Das Grundproblem lautet vielmehr: Wie kann

die Kompetenz des Volkes und die Kompetenz der – übrigens direkt oder indirekt durch die Volkswahl legitimierten – repräsentativen Organe durch die Verfassungsordnung im Interesse des Ganzen optimal verbunden werden?

Wenn aber ein solches Organ seine hohe Aufgabe nicht mehr erfüllt, dann darf die Remedur nicht einfach in der Übertragung seiner Kompetenzen auf das Volk gesucht werden; das verfassungspolitische Bemühen muß sich vielmehr darauf konzentrieren, das lebenswichtige Organ so zu bestellen, so «in Verfassung» zu bringen, daß es seine Aufgabe zu erfüllen vermag. Ohne leistungsfähige repräsentative Organe kann auch die direkte Demokratie gar nicht funktionieren. Unsere Zeit ist in großer Gefahr, diese Binsenwahrheit einer illusionären Erwartung zu opfern.

Solchen und ähnlichen Gedankengängen wird in der Regel entgegengehalten, man müsse «Vertrauen in das Volk» haben. Daran ist zunächst soviel richtig, daß die Demokratie – und zumal die direkte Demokratie – in der Tat auf diesem Vertrauen beruht, ja überhaupt nur auf dieser Grundlage Bestand haben kann. Das Bekenntnis zur Demokratie wurzelt im Vertrauen in die politische Vernunft und Verantwortung der großen Mehrheit des Volkes. Aber dieses Vertrauen in die rechtsstaatlich geordnete und begrenzte Demokratie ist eines, Vertrauen in eine allzuständige, schrankenlose und formlose «Demokratie» etwas anderes. Es geht nicht um die extreme, sondern um die optimale Verwirklichung des demokratischen Prinzips. «Qui le dirait? La raison même a besoin de limites» (Montesquieu)!

Der Rechtsstaat ist die Ordnung in der ein politisch reifes Volk seine Begrenzung anerkennt.

* * *

Von dieser grundsätzlichen Analyse der Situation der Verfassung und der Demokratie aus soll nun im folgenden versucht werden, das Problem der Schranken der Volksinitiative auf Partialrevision zu würdigen.

2. TEIL

Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision
nach Bundesrecht

Die Einführung der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung (1891) – ein wichtiger Schritt in der Richtung der direkten Demokratie – wurde 1891 zum Teil von kritischen, um nicht zu sagen von pessimistischen Kommentaren begleitet. Bundesrat Ruchonnet befürchtete von der Volksinitiative eine gefährliche Minderung der Autorität der Regierung; seine Antwort auf die Annahme dieser Verfassungsrevision durch die Bundesversammlung war das bekannte Wort: «Il n'y a plus de Conseil Fédéral¹.» Carl Hilty, ebenfalls ein unverdächtiger Demokrat, befürchtete von den Partialrevisionen «daß nun schließlich die Grundgesetzgebung des Staates in einem flüssigen Aggregatzustand sich befindet und die Verfassung am Ende in nichts anderem mehr bestehen wird als in der jeweilig geltenden Auffassung des Staatslebens, wie sie in der «öffentlichen Meinung» (einem an und für sich sehr beweglichen Begriffe) und ihren jeweiligen Organen vorfindet.» Hilty war deshalb anfänglich ein sehr entschiedener Gegner des «exorbitanten Rechtes» der Volksinitiative². Noch stärker war der Pessimismus eines anderen führenden Kopfes jener Zeit, von Bundesrat Numa Droz, der das Jahr 1892 geradezu als den Übergang zur Demagogie bezeichnet hat³!

Die folgenden Jahrzehnte haben diesen Pessimismus nicht nur nicht bestätigt, sondern im Gegenteil sehr klar

¹ Theodor Curti, Die schweizerischen Volksrechte 1848–1900, Bern (1900), S. 114.

² Die Bundesverfassungen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (1891), S. 409; Über die Wiedereinführung der Todesstrafe (1879) S. 47.

³ La Démocratie en Suisse et l'Initiative populaire (1894) S. 472.

widerlegt⁴. Die Volksinitiative auf Partialrevision hat sich im Bundesrecht solid eingefügt. Sie hat die Autorität der repräsentativen Organe nicht vermindert. Sie hat weder die Dynamik entfesselt noch die Schleusen der Demagogie geöffnet; einzelne Mißgriffe und Übermarchungen – der unvermeidliche Preis für die weitgehende politische Freiheit! – ändern nichts an dieser Gesamtbilanz der ersten Jahrzehnte nach 1891. Die Volksinitiative hat sich einerseits als geordneter Weg zur direkten Verwirklichung von Anregungen aus dem Volk zur Fortbildung der Verfassung bewährt; die Volksinitiative aber hat andererseits eine nicht minder bedeutsame Funktion – als Sicherheitsventil – dadurch erfüllt, daß auch die Ablehnung von Anregungen aus dem Volk durch den Souverän selbst im geordneten Verfahren erfolgen konnte. Die Erfahrungen der ersten Jahrzehnte waren jedenfalls eine eindruckliche Bestätigung dafür, daß die Schweiz diesen Schritt zur Volksinitiative auf gefestigtem demokratischen Boden getan hat.

Die Entwicklung der letzten zwei Jahrzehnte – seit der «Kriseninitiative» von 1935 – ist nun aber durch eine sich zusehends verschärfende Problematik gekennzeichnet. Diese Problematik äußert sich in den verschiedensten Formen und Symptomen. Sehr sinnfällig ist einmal die Vermehrung der Zahl der Volksinitiativen und die Ausdehnung ihres inhaltlichen Bereiches. Man greift heute leichter und bedenkenloser zur Volksinitiative. Sie ist aus einem Verfahren zur Einleitung einer Verfassungs-

⁴ Der begrenzte Raum verbietet eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung. Vgl. dazu die Werke von Th. Curti, Ch. Borgeaud, R. Caratsch, Ed. His, W. Burckhardt, W. Rappard, H. Büeler, W. Born, I. Muntwyler, BBl 1948 III 917 ff., BBl 1954 I 740 ff.; Manfred Kuhn, Das Prinzip der Einheit der Materie bei Volksinitiativen auf Partialrevision der Bundesverfassung, ZüDiss 1956, S. 13 ff. – Die Geschichte der Volksinitiative auf Partialrevision muß erst noch geschrieben werden. Die Arbeit von Kuhn, der ich in mehrfacher Hinsicht nicht folgen kann, leistet dazu einen wertvollen Beitrag.

revision zu einem Instrument des politischen Kampfes, des politischen Wettbewerbes, der Propaganda, der Pression, ja gelegentlich der Erpressung geworden. Es kam in den letzten Jahren da und dort zu einem förmlichen «Wettlauf der Initiativen». Die Enthemmung äußert sich vielfach auch in der liederlichen Art, wie die Texte für solche Volksinitiativen «fabriziert» werden.

Nicht minder beunruhigend als diese Tendenzen von Seiten der Initianten aber ist vielfach die Behandlung der Initiativen durch die Behörden. Verwirrend ist dabei das Schwanken zwischen zwei gegensätzlichen Neigungen: Auf der einen Seite die Neigung, die Volksinitiativen als unveränderliche und unantastbare Begehren «des Volkes» zu respektieren, über die Mängel des Inhaltes und der Form möglichst hinwegzugehen, Verfahrens- und Formfragen zu bagatellisieren; auf der anderen Seite dagegen die Neigung, die «Begehren des Volkes» dilatorisch zu behandeln.

Man kann heute von einer Krise der Volksinitiative sprechen. Die Lösung der Krise liegt nicht in der Beseitigung dieses grundlegenden Volksrechtes, wohl aber geht es darum, es gegen den Mißbrauch und die Entartung zu schützen. Das ist zum Teil eine Frage des politischen Ethos: das Funktionieren der freiheitlichen Institutionen ist bedingt durch die verantwortungsbewußte Zurückhaltung der großen Mehrheit des Volkes! Das aber ist eine Frage der politischen Erziehung und Selbsterziehung, die hier nicht näher verfolgt werden kann. Zum Teil aber handelt es sich um eine Frage des Rechtes.

Diese Rechtsfragen der Volksinitiative aber sollen uns im folgenden beschäftigen und zwar insbesondere die Grundfrage nach den Schranken, und hier wiederum besonders das Problem der sogenannten «materiellen» Schranken. Wir werden die Frage einerseits als Frage de lege lata, andererseits als Frage de lege ferenda stellen.

1. KAPITEL

Die Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung nach geltendem Recht

§ 1. Die Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung

BV Art. 121 Abs. 2 gibt eine Legaldefinition der Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung: «Die Volksanregung umfaßt das von fünfzigtausend stimmberechtigten Schweizerbürgern gestellte Begehren auf Erlaß, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung».

Rechtlich ist die Volksinitiative auf Partialrevision der BV durch folgende Momente gekennzeichnet:

I. Die Volksinitiative ist ein «Antrag aus dem Volk an das Volk».

Einer formal und inhaltlich rechtmäßigen Volksinitiative muß stattgegeben werden. Sie leitet das Verfassungs-gesetzgebungs-Verfahren rechtlich zwingend ein; auch die Bundesversammlung – als «oberste Gewalt des Bundes» im Sinne von BV Art. 71 – kann ein solches Begehren nicht aus Gründen der Opportunität zurückweisen. Die «Volksinitiative» ist zwar nicht eine Initiative des Volkes, wohl aber eine Initiative aus dem Volk, die schließlich dem Volk als Verfassungsgesetzgeber unterbreitet werden muß. Darin beruht der grundlegende Unterschied zwischen der «Volksanregung» im Sinne von BV Art. 121 und der bloßen Petition im Sinne von BV Art. 57⁵.

II. Die Volksinitiative ist ein Antrag von mindestens 50 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern.

Es handelt sich um eine Plural-Initiative, die von mindestens 50 000 gültigen Unterschriften stimmberechtigter Schweizerbürger getragen sein muß. Ein Begehren, das die-

⁵ Fleiner, BStR 395.

ses Minimalrequisit nicht erfüllt, ist keine «Volksinitiative» im Sinne von BV Art.121, sondern lediglich eine Petition. Andererseits aber darf es rechtlich keinen Unterschied machen, ob eine Volksinitiative von 50000 gültigen Unterschriften oder von einem Mehrfachen getragen ist. Eine Volksinitiative, die bloß 50000 gültige Unterschriften aufweist, hat rechtlich die gleichen Wirkungen wie ein Begehren, das mehrere hunderttausend gültige Unterschriften trägt und ist rechtlich gleich zu behandeln⁶.

III. Die Volksinitiative ist jederzeit möglich.

BV Art.118 bestimmt: «Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden». Dieser Grundsatz, der an die Spitze des 3.Abschnittes der BV («Revision der Bundesverfassung») gestellt wurde, ist der Niederschlag einer eindrucklichen historischen Erfahrung unserer Väter: die Ausweglosigkeit der Ordnung des Bundesvertrages von 1815, der keine Möglichkeit einer rechtlichen Revision vorgesehen hat, mußte schließlich zwangsläufig zu einem revolutionären Akt führen.

Der Grundsatz von BV Art.118 ist Ausdruck des Gedankens der friedlichen Reform; die Verfassung selbst ordnet die Voraussetzungen und das Verfahren ihrer Fortbildung. Das Prinzip der «jederzeitigen Revidierbarkeit» ist keineswegs ein Bekenntnis zu einer Dynamik, die ständig das Ganze in Frage stellt; wohl aber soll die Anregung zur Total- wie zur Partialrevision in unserer Rechtsgemeinschaft jederzeit möglich sein⁷.

⁶ Politisch-psychologisch wird die Zahl der Unterschriften natürlich stets bedeutsam sein, aber rechtlich darf sie nicht ins Gewicht fallen. Daß diese Feststellung nicht ganz so überflüssig ist, wie es zunächst scheinen möchte, hat sich vor allem bei der Behandlung der Kriseninitiative gezeigt.

⁷ Ein Vorbehalt ist auch hier für den Fall des echten Staatsnotstandes zu machen. Vgl. dazu unten 2. Teil, 2. Kap. § 3 B IV. Dagegen kennt das Bundesrecht keine Bestimmung, welche das sofortige Wiederaufgreifen der gleichen Materie unmittelbar nach

IV. «Die Initiativbegehren können in der Form der allgemeinen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfes gestellt werden» (BV Art. 121 Abs. 4).

Eine Volksinitiative in der Form der «allgemeinen Anregung» liegt dann vor, wenn das Initiativbegehren den Erlaß, die Aufhebung bzw. die Abänderung bestimmter Artikel der BV verlangt, ohne daß dieses Begehren formuliert wird. Sie ist «zunächst nur ein Antrag an die eidgenössischen Räte» (eine «suspensivbedingte Pluralinitiative»). Die Volksinitiative in der Form des «ausgearbeiteten Entwurfes» dagegen ist ein Begehren, das den Erlaß, die Aufhebung bzw. Abänderung bestimmter Artikel der BV in einem Entwurf, der die Rechtsnormen formuliert, anstrebt. Sie ist in einem prägnanteren Sinne eine Volksinitiative, da sie einen «Antrag aus dem Volk an das Volk» darstellt⁸.

V. Die Volksinitiative ist in einem geordneten Verfahren zu stellen und durchzuführen.

Das Prinzip selbst wird in der Verfassung ausgesprochen. (Art. 121, 122), die Ordnung im einzelnen dagegen an den gewöhnlichen Gesetzgeber delegiert. Die Ausführung erfolgte im Bundesgesetz über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der Bundesverfassung vom 27. Januar 1892 (BS I S. 169 ff.), abgeändert durch das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1950 (AS 1951 S. 17 f.; BBl. 1948 III S. 909 ff.).

Auch wenn die Prinzipien der rechtsstaatlichen Demokratie in unserer Verfassungsordnung nicht auf der ganzen Linie folgerichtig verwirklicht worden sind und das rechtsstaatliche Verständnis der Demokratie sich immer wieder mit dem dezisionistischen Mißverständnis auseinandersetzen muß, so ist es doch klar, daß der Verfassungsgesetz-

einem Volksentscheid verbieten würde (etwa in Analogie zur Glarner KV Art. 46 Abs. 5 hinsichtlich der gewöhnlichen Gesetze).

⁸ Z. Giacometti, BStR 719 ff.; Burckhardt, Kommentar S. 816 f.; M. Kuhn, 44 ff.

geber hier die Bindung an ein rechtlich geordnetes Verfahren wollte und zwar nach beiden Seiten: Die Initianten, die das Volksrecht ausüben, sind an die rechtlichen Formen und an das rechtliche Verfahren gebunden; nicht in jeder Form, sondern nur in dieser ordnungsgemäßen Form ist eine Willensäußerung aus dem Volke rechtlich eine «Volksinitiative». Andererseits aber sind auch die Behörden an eine formal und inhaltlich rechtmäßige Initiative gebunden. Sie haben zwar verschiedene Möglichkeiten der Stellungnahme (z.B. Antrag auf Verwerfung, Gegenvorschlag), aber sie sind jedenfalls rechtlich verpflichtet, eine rechtmäßige Initiative dem Volk zu unterbreiten (vgl. I).

VI. Der Inhalt der Volksinitiative ist rechtlich in mehrfacher Hinsicht begrenzt.

Ein Initiativbegehren kann zwar grundsätzlich jederzeit gestellt werden (vgl. oben III), aber es kann nicht jeden beliebigen Inhalt haben. Es ist ein förmliches «Begehren auf Erlaß, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung» (BV Art. 121 Abs. 2). Die Volksinitiative auf Partialrevision ist nicht ein Vehikel für beliebige Willensäußerungen aus dem Volke, die irgendwelche politische Zwecke verfolgen, sondern es handelt sich um einen förmlichen Antrag auf teilweise Änderung des Grundgesetzes im Rahmen der Grundnormen unserer Verfassung. Es gibt also rechtlich unzulässige Inhalte des Initiativbegehrens auf Partialrevision. Die Darstellung und Begründung dieser «Schranken der Volksinitiative» soll im 2. Kapitel versucht werden^{8a}.

§ 2. Die Volksinitiative als Institution der direkten Demokratie und als Recht des Aktivbürgers.

I. Die Volksinitiative ist einerseits eine Institution der direkten Demokratie.

^{8a} Vgl. zur Frage der «Einheit der Materie» die oben in Anm. 4 zit. Diss. von M. Kuhn.

Die Institution des Referendums ist der erste Schritt zur direkten Demokratie. Er gewährleistet dem Volke die letzte Entscheidung z.B. über die Verfassungsgesetzgebung (Verfassungs-Referendum). Aber das Referendum erlaubt dem Volk nur die Entscheidung mit «ja» oder «nein» (bestenfalls in der Differenzierung einer Eventualabstimmung) zu einer Fragestellung, auf die es keinen direkten Einfluß hat.

Diesen zweiten Schritt zur direkten Demokratie brachte die Volksinitiative. Sie gewährleistete dem Volk die direkte Einflußnahme schon auf die Initiative zur Setzung von Staatsakten. Erst wo dem Souverän dieses Recht gesichert ist, kann man, nach einer verbreiteten Ansicht, überhaupt von «direkter» Demokratie sprechen. Auf Bundesboden besteht bis heute erst die Volksinitiative auf Total- und Partialrevision der Verfassung. Das Volk soll, auch gegen den Willen der Behörden, über den Zeitpunkt und Inhalt einer Verfassungsrevision direkt bestimmen können. Ein dezisionistisches Mißverständnis der Demokratie führt zu der Auffassung von einer schrankenlosen Volksinitiative auf Verfassungsrevision. Im folgenden Kapitel wird nachzuweisen sein, daß es in unserem demokratischen Rechtsstaat eine solche schrankenlose Volksinitiative weder für die Totalrevision noch für die Partialrevision gibt.

II. Die Volksinitiative ist andererseits auch ein verfassungsmäßiges Recht des Aktivbürgers.

Das Korrelat der umfassenden Rechte des Volkes in der direkten Demokratie ist die umfassende Berechtigung des einzelnen Aktivbürgers. Dort wo die Volksinitiative besteht, gehört zum Aktivbürgerrecht auch das Recht, solche Initiativbegehren zu lancieren und zu unterzeichnen. Dieses Recht der Initiative unterscheidet den Bürger der direkten Demokratie nicht nur vom Untertanen einer autoritären Ordnung, sondern auch vom Bürger der indirekten («repräsentativen») Demokratie. Zwar besteht dieses Initiativrecht auf Bundesboden nur in der Form der Plural-Initiative.

Aber auch darin kommt doch eine viel intensivere Teilhabe des Bürgers an der Ausübung der souveränen Gewalt zum Ausdruck als sie in der «repräsentativen» Demokratie besteht.

Jede rechtswidrige Einschränkung der Volksrechte – z.B. die verfassungswidrige Anwendung der Dringlichkeitsklausel, welche das Referendum umgeht, oder die Nichtzulassung einer verfassungsmäßigen Volksinitiative – ist nicht nur eine Verletzung objektiven Rechtes, sondern immer auch eine Verletzung der subjektiven Rechte des Aktivbürgers. Dagegen bedeutet die Zurückweisung einer nicht rechtmäßigen Volksinitiative nicht eine Verletzung der Rechte des Aktivbürgers, da seine Teilhabe an der Souveränität nicht das Recht zu irgendwelchen Initiativen, sondern nur das Recht zu verfassungsmäßigen Initiativen im rechtmäßigen Verfahren in sich schließt.

2. KAPITEL

Die Schranken der Volksinitiative auf Partialrevision

Das Problem der Schranken der Volksinitiative auf Partialrevision ist das wichtigste und schwierigste unter allen Problemen, vor die uns das Recht der Volksinitiative stellt. Es geht hier nicht nur um die Klärung des rechtlichen Sinnes und der rechtlichen Tragweite eines bestimmten Volksrechtes, sondern um die Klärung der Grundauffassungen von der Verfassung und von der Demokratie (vgl. 1. Teil). Die Antwort, die in der gegenwärtigen Auseinandersetzung auf die Frage nach den Schranken der Volksinitiative gegeben wird, ist für den künftigen Weg der Demokratie von sehr entscheidender Bedeutung.

§1. Begriff und Arten von Schranken

I. Begriff.

«Schranke» bedeutet hier Begrenzung des rechtlich zulässigen Inhaltes einer Volksinitiative auf Par-

tialrevision. Was jenseits der «Schranken» liegt, kann nicht Gegenstand eines rechtmäßigen Initiativbegehrens sein. Unwesentlich ist es dabei, ob diese «Schranken» positiv oder negativ umschrieben werden, d.h. ob bestimmte Inhalte als verbotene Inhalte bezeichnet werden («absolute» Normen, «ewige» Normen, «Unantastbarkeiten») oder aber, ob bestimmte Inhalte als gebotene Inhalte (d.h. sich innerhalb der Grundnormen des Verfassungssystems bewegendende Inhalte) eines Volksbegehrens bezeichnet werden. Rechtstechnisch drängt sich die erstere Methode auf. Auch ein weitblickender Verfassungsgesetzgeber kann die Wege schöpferischer Neugestaltung nicht allseitig antizipieren; wohl aber kann er den Bereich der Grundnormen (Grundwerte), die dabei auch in Zukunft unbedingt beachtet werden sollen, in der Form von Revisionsverboten («Unantastbarkeiten») abstecken.

Ein die «Schranken» mißachtendes Initiativbegehren ist verfassungswidrig. Die logische Folge wäre, daß ein solches verfassungswidriges Initiativbegehren nichtig oder doch zumindest anfechtbar wäre. Diese Frage der Sanktion ist im 3. Kapitel gesondert zu prüfen.

II. Zur Problematik der Unterscheidung von rechtlichen und außerrechtlichen Schranken.

Theoretische und praktische Bedürfnisse rufen nach einer Unterscheidung zwischen den Normen des Rechtes und den übrigen Normen (etwa der Sittlichkeit, der Sitte usw.). Es gibt einige Formeln, zumal im positivistischen Denken, die hier die Grenzlinien sehr bestimmt und scheinbar sehr klar gezogen haben. Ein vertieftes Nachdenken, zu dem die Rechts- und Kulturkrise der letzten Jahrzehnte gedrängt hat, kann sich bei jenen bequemen Formeln, zumal bei jenen scharfen Trennungen (etwa zwischen Recht und Sittlichkeit) nicht mehr beruhigen. Die alten Kriterien («Heteronomie des Rechtes» – «Autonomie der Moral», «Relativität des Rechtes» – «Absolutheit der Moral», Erzwingbarkeit usw.) werden heute neu in Frage gestellt. Die Not-

wendigkeit der Unterscheidung besteht nach wie vor; aber unsere Zeit sucht über die Isolierungen, um nicht zu sagen Zerreissungen, hinweg wieder stärker das Ganze, die Einheit, die Zusammenhänge. So sind auch die verschiedenen Normen, welche die menschliche Gemeinschaft ordnen, nicht völlig getrennte, isolierte Normensysteme. Sie bilden vielmehr ein Ganzes, einen «normativen Teppich», in welchem die Normen des positiven Rechtes, die Normen der Moral usw. zu einer «unlöslichen normativen Einheit» verwoben sind⁹.

Dieser Zusammenhang wird gerade für unsere Probleme besonders bedeutsam. Es handelt sich um die Normen, welche die staatliche Willensbildung auf der (innerstaatlich) positivrechtlich höchsten Stufe, der Verfassungsstufe, ordnen. Auf Grund der üblichen Kriterien (insbesondere der Erzwingbarkeit) müßte nun gerade diesen obersten Normen, und insbesondere den Normen, welche die Abänderung dieser obersten Normen regeln (den sogenannten Revisionsvorschriften), der Rechtscharakter abgesprochen werden. Mit der Leugnung des Rechtscharakters aber wird zu meist – offen oder verschleiert – die Verbindlichkeit dieser Normen überhaupt in Frage gestellt.

Für die Abklärung des Schrankenproblems im konkreten schweizerischen Staatsrecht aber geht es darum, den ganzen Nomos – die verbindliche normative Grundordnung – zu erfassen. Wichtiger als die wissenschaftliche Klassifikation der verschiedenen Arten von Normen ist die Klärung des normativen Sinnes und Zusammenhanges.

III. Die verschiedenen Arten von Schranken.

Das folgende ist nicht ein Versuch einer umfassenden Typologie der überhaupt möglichen Schranken, sondern es soll lediglich im Hinblick auf die folgende Darstellung der Schranken der schweizerischen Bundesverfassung, das be-

⁹ A. Verdroß, Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, in «Forum der Rechtsphilosophie» (1950) S. 12.

griffliche Instrumentarium etwas differenziert und präzisiert werden.

a) *Autonome und heteronome Schranken.* «Autonom» ist eine Schranke, die von der Verfassung selbst gewollt, in der betreffenden Verfassung selbst (ausdrücklich oder stillschweigend) normiert ist, z.B. Art.139 der neuen (am 1. Januar 1948 in Kraft getretenen) italienischen Verfassung, der die republikanische Staatsform als unantastbar erklärt.

«Heteronom» ist eine Schranke, die von einem fremden Willen gesetzt wird, d.h. eine begrenzende Rechtsnorm, die von einer Rechtsautorität ausgeht, die mit der obersten innerstaatlichen Instanz (verfassunggebende Gewalt) nicht identisch ist. Solche heteronome Schranken sind für die Gliedstaaten eines Bundesstaates die verfassungsmäßigen Normen des Bundesrechtes («Bundesrecht bricht Landesrecht»!), für die souveränen Staaten weiter die Normen des Völkerrechtes¹⁰ und nach einer verbreiteten Ansicht auch die Normen des Kirchenrechtes¹¹.

b) *Absolute und relative Schranken.* «Absolut» ist eine Schranke, die legitimerweise kein menschlicher Rechtssetzungsakt, auch nicht die Mehrheit eines souveränen Volkes überschreiten kann. Eine solche Schranke bilden jene Grundnormen (Grundwerte), die im prägnanten Sinn als «unveränderlich», «unantastbar», «ewig» angesehen wer-

¹⁰ Absolute Schranken des Völkerrechtes sind die zwingenden Normen des Völkerrechtes, die allerdings von vielen Autoren geleugnet werden. – Besonders eindrücklich wurden die heteronomen Schranken des Völkerrechtes unter dem «Besetzungsregime» nach den beiden Weltkriegen.

¹¹ Das ist bis heute die Position der römisch-katholischen Kirche. Der «moderne» Staat lehnt diese Schranke durch seinen Souveränitätsanspruch grundsätzlich ab; in der Rechtspraxis anerkennt er sie aber in vielen Staaten in einem gewissen Umfange in seiner Verfassungsgesetzgebung (der Form nach dann als «autonome» Schranke) oder durch den Abschluß eines Konkordates (der Form nach somit als «heteronome» Schranke).

den, d.h. auch der obersten Rechtsautorität entrückt sind, z.B. die Glaubens- und Gewissensfreiheit, der Anspruch auf rechtliches Gehör usw.

«Relativ» sind demgegenüber jene Schranken, welche zwar nach geltendem Recht bestehen, aber durch die oberste Rechtsautorität (verfassunggebende Gewalt) legitimerweise beseitigt werden können, z.B. das qualifizierte Mehr, das gemäß Art.V der Verfassung der USA für eine Verfassungsrevision nötig ist.

c) *Ausdrückliche und stillschweigende Schranken.* «Ausdrückliche» Schranken sind solche, die im positiven Recht – in der Verfassung, in einem völkerrechtlichen Vertrag, im Besatzungsstatut – expressis verbis verankert sind, z.B. BV Art.121 Abs.3 (Einheit der Materie), Art.79 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.Mai 1949; Art.1 ff., insbesondere Art.2 und 5 des Besatzungsstatuts in der Fassung vom 6.März 1951.

«Stillschweigend» dagegen ist eine Schranke, die nicht ausdrücklich positiviert ist, aber doch nach richtiger Auslegung als geltende Norm der betreffenden Rechtsgemeinschaft anerkannt werden muß, z.B. die Norm, wonach in unserem Bundesstaat für die Aufhebung eines Kantons, abgesehen von den normalen Voraussetzungen einer Verfassungsrevision, die Zustimmung des betreffenden Kantons nötig ist¹².

d) *Materielle und formelle Schranken.* «Materielle» Schranken sind solche, die bestimmte Inhalte von Revisionsbegehren verbieten, z.B. das oben erwähnte ausdrückliche Verbot, die Beseitigung der republikanischen Staats-

¹² Daß dieser Satz nicht ausdrücklich in unserer Verfassung verankert ist (wie etwa in der Verfassung der USA Art. V a.E.), darf nicht zu der «logischen» Folgerung verleiten, daß er nicht besteht, wie W. Burckhardt, Komm. S. 4 f. meint. Vgl. zur Unterscheidung zwischen «heteronomen» und «autonomen» Schranken vor allem auch W. Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung (Berlin 1931) S. 4 ff.; H. Nef, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR 1942 S. 117 f.

form zum Gegenstand eines Revisionsbegehrens zu machen, oder das oben unter c erwähnte stillschweigende Verbot unserer BV, einen Kanton ohne seine Zustimmung aufzuheben.

«Formelle» Schranken aber sind solche, die bestimmte Formen einer Verfassungsrevision verbieten (z.B. der oben unter c erwähnte BV Art. 121 Abs. 3) oder gegenüber den normalen Formen bestimmte Erschwerungen gebieten (z.B. qualifiziertes Mehr für die Beschlußfassung über bestimmte Materien)¹³.

e) *Dauernde und vorübergehende Schranken.* «Dauernde» Schranken sind die im positiven Recht nicht befristeten Schranken, im Gegensatz zu den «vorübergehenden», d.h. durch das positive Recht zeitlich begrenzten (Revisionsverbote für eine bestimmte Zeit, wie sie einige Kantone [Schwyz, Zug, Freiburg] vor 1848 noch kannten)¹⁴.

Diese Unterscheidung ist nicht identisch mit der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Schranken (vergleiche oben unter b). Zwar sind alle absoluten Schranken sinngemäß dauernde Schranken, und alle vorübergehenden Schranken relative; aber nicht alle relativen Schranken sind vorübergehende im Sinne obiger Bestimmung.

§ 2. Die Verneinung von Schranken

Eine verbreitete These, die wir hier vorwegnehmen, behauptet mehr oder weniger apodiktisch: Es gibt, abgesehen von BV Art. 121 Abs. 3, nach dem Recht unserer Bundesverfassung keine Schranken der Volksinitiative; es gibt vor allem keine «absoluten» Schranken¹⁵. Der Bereich der Volksinitiative ist rechtlich unbegrenzt; alles

¹³ Auch diese Unterscheidung ist nicht ohne Problematik. Es gibt Grenzfälle, die sich nicht eindeutig einordnen lassen. Und doch behält sie für eine Betrachtung, die nicht aus Prinzip alle Gegensätze relativiert, ihren guten Sinn.

¹⁴ Vgl. Ed. His, Geschichte III S. 306.

¹⁵ Sehr apodiktisch vor allem der Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau vom 4. Mai 1954, BBl 1954 I S. 740 ff.; vgl. auch BBl 1948 III 918 ff.

kann zum Gegenstand eines solchen Begehrens gemacht werden, z.B. die Beseitigung der demokratischen Staatsform, die Aufhebung der Pressefreiheit, der Unabhängigkeit der Justiz, die Abberufung eines bestimmten Mitgliedes des Bundesrates oder Bundesgerichtes, die Expropriation des Grundstückes X des Herrn Y, der rückwirkende Widerruf eines konkreten Verwaltungsaktes oder eines konkreten richterlichen Urteils¹⁶. Um die Schrankenlosigkeit möglichst eindrücklich zu betonen, hat man gelegentlich auch das Unmögliche und Unsinnige als zulässigen Inhalt bezeichnet¹⁷. Das bekannte Poloniuswort aus dem «Hamlet» etwas variierend, möchte man sagen: Mag es auch verrückt sein, so ist es doch folgerichtig, – folgerichtig auf Grund der Voraussetzungen jenes Rechtsdenkens! Die These der Schrankenlosigkeit stützt sich, mehr oder weniger klar, auf folgende Begründungen:

1. das Credo des Positivismus.

«Recht» ist das, und nur das, was die oberste Rechtsautorität bzw. die von ihr ermächtigten Instanzen setzen.

¹⁶ Vgl. die ironische Feststellung schon bei Berney, *L'initiative populaire en droit public fédéral* (1892) S. 86 ff. Hans Nef bemerkte dazu 1940/42 (a. a. O. S. 112): «Diese Kritik schießt wohl deswegen über das Ziel, weil Berney annimmt, daß man auf dem Wege der Verfassungsinitiative auch individuell-konkrete Rechtssätze in die Verfassung schreiben könnte. Das geht zu weit. Das steht wohl auf alle Fälle fest, daß nur generell-abstrakte Sätze in die Verfassung kommen können.» Das steht – leider! – heute durchaus nicht mehr fest. Vgl. Bericht des Bundesrates über die Rheinau-Initiative, BBl 1954 I 747 ff.; Z. Giacometti, Gutachten über die rechtliche Zulässigkeit der Eidgen. Volksinitiative zum Schutze der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau vom 24. Sept. 1953, S. 4 f. Vgl. dazu unten 2. Kap. § 3 B Ziff. V.

¹⁷ Die Engländer, welche die Absolutheit der Entscheidungsgewalt des Parlamentes von Westminster je und je sehr nachdrücklich betonen, haben aber doch stets diese Schranke der tatsächlichen Unmöglichkeit festgehalten. Vgl. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9. Aufl. 1950, 40 f., und dazu unten 4. Kap. § 3a. Auch das scheint neuerdings in der Schweiz nicht mehr allgemein anerkannte Rechtslogik zu sein.

Die «Verfassung» als Inbegriff der obersten Rechtssätze wird positivistisch zumeist im Sinne des Kodifikationsprinzips ausgelegt: Nur die in der Verfassungsurkunde ausdrücklich niedergelegten («positivierten») Sätze sind Rechtssätze der obersten Stufe. Es gibt kein Verfassungsrecht neben dieser Urkunde, insbesondere kein Gewohnheitsrecht und keine vor- und überstaatlichen «Rechtsgrundsätze» («allgemeine Rechtsgrundsätze»). Und man glaubt dieses positive Verfassungsrecht dadurch am reinsten erfassen zu können, daß man es nach der «historischen Methode» auslegt.

Die Anwendung dieser positivistischen Thesen auf das Problem der materiellen Schranken der Volksinitiative in unserer Bundesverfassung führt zur Feststellung, daß die Verfassungsurkunde keine solchen Schranken ausdrücklich nenne, so daß positivrechtlich auch keine bestehen. Keine Norm des Verfassungsgesetzes werde ausdrücklich als «unabänderlich» («unantastbar», «ewig») bezeichnet, so daß positivrechtlich auch kein solches Revisionsverbot bestehe. Aber selbst wenn ein solches ausdrückliches Verbot positivrechtlich verankert wäre, wäre es nicht eine absolute, sondern lediglich relative Schranke, da nichts die Beseitigung eines solchen Revisionsverbotes durch die verfassungsgebende Gewalt zu hindern vermöchte.

2. der Relativismus im Rechtsdenken.

Das Credo des Relativismus: «Alle Werte sind subjektiv» wird auch auf das Rechtsdenken übertragen. Auch die Grundnormen der Verfassung sind in dieser Sicht bloß relative Normen, Ausdruck des Willens und Strebens eines bestimmten Volkes oder eines bestimmten Kulturkreises; auch die vermeintlich «ewigen» Normen sind darnach einfach falsche Verabsolutierungen «zeitbedingter», «volksbedingter» oder gar bloß «klassebedingter» Positionen und Wertungen.

Auf die schweizerische Bundesverfassung übertragen, führt diese Anschauung wiederum zur These, daß es auch

hier «absolute» («ewige», «unantastbare») Rechtsnormen nicht gibt, weil alles Recht relativ, in «dauernder Wandlung» begriffen ist. Der Utilitarismus, der unser politisches Denken und unser Verfassungsdenken weithin beherrscht, ist relativistisch, um nicht zu sagen okkasionalistisch.

3. der Entwicklungsgedanke.

Die Verfassungsschöpfer des letzten Jahrhunderts sahen sich einem eigenartigen Dilemma gegenüber: Einerseits suchten sie in den Verfassungen die neuen Werttafeln des modernen Verfassungsstaates zu verankern; daher die «erhöhte formelle Gesetzeskraft» und die «erschwerzte Änderbarkeit» dieser Grundnormen, die den temporären Wollungen auch von Mehrheiten möglichst entrückt sein sollten. Andererseits aber waren sie bestrebt, der Entwicklung, die zu immer neuen Gestaltungen führt, möglichst freie Bahn zu lassen; daher dann umgekehrt das Bestreben, die Anpassung der Verfassung an die Entwicklung zu gewährleisten. Sehr sinnfällig tritt dies im Grundsatz zu Tage, der den 3. Abschnitt der Bundesverfassung einleitet: «Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden» (Art. 118). Für den optimistischen Entwicklungsglauben des 19. Jh. mußte der Versuch, gewisse Verfassungsnormen als «ewige» oder «unabänderliche» zu erklären, geradezu als hybride Anmaßung der gegenwärtigen Generation erscheinen, die künftigen Generationen an ihre Gesetze, an ihre Normen und Werte zu binden.

4. die absolute Souveränität des Volkes.

Einer der stärksten Einwände gegen das Bestehen von Schranken der Verfassungsrevision und der Volksinitiative auf Verfassungsrevision ist das Dogma von der absoluten Volkssouveränität, der Mythos vom unbeschränkten und unbeschränkaren pouvoir constituant. Die Korrelation ist, wie früher gezeigt, evident: die Position der unbeschränkten Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt bedeutet zwingend die Negation von absoluten Schranken

der Verfassungsrevision, wie umgekehrt die Behauptung solcher Schranken logisch zwingend die These von einer irgendwie beschränkten Souveränität des obersten Gesetzgebers impliziert.

Die These von der absoluten Volkssouveränität und vom schrankenlosen *pouvoir constituant* ist in der Schweiz weit verbreitet und geschichtlich durch eine starke Tradition gestützt. Und zwar wurzelt diese Tendenz zur Verabsolutierung einerseits in der Überlieferung der Landsgemeinde-Demokratie, anderseits aber in dem rezipierten Gedanken-gut, das mit den Namen Rousseau, Sieyès, Jakobinismus nur gerade angedeutet ist. Man wird dieses Erbe in seiner gewaltigen Ausstrahlung nur dann einigermaßen richtig erfassen, wenn man erkennt, daß in diesem «Demokratismus» ein starkes absolutistisches Erbe mit übernommen wurde: vor allem die Souveränitätsauffassung und, damit eng verbunden, die Auffassung von der verfassungsgebenden Gewalt.

* * *

Diese verschiedenen Lehren, Dogmen und Motive wirken in den Thesen, die für das schweizerische Bundesrecht materielle Schranken leugnen, zusammen. Wie schon an anderer Stelle gezeigt, besteht dabei kein Widerspruch zwischen dem Relativismus des Rechtsdenkens und dem Absolutismus der Entscheidungsgewalt des Volkes, im Gegenteil: Wo die Grundwerte, die Grundnormen, nicht mehr absolute Geltung haben, muß die ordnungsstiftende Gewalt dafür verabsolutiert werden. Diesen Zusammenhang zwischen der Abwertung der Verfassung – der Relativierung des Normativen – und der Verabsolutierung der Entscheidungsgewalt können wir auch in der schweizerischen Verfassungsentwicklung sehr deutlich aufweisen.

Die Ergebnisse dieser folgerichtig durchgeführten positivistischen Thesen sind klar: Es gibt keine «absoluten» («ewigen», «unabänderlichen») Rechtsnormen und damit auch keine Schranken der verfassungsgebenden Gewalt.

Das ganze Recht steht zur Disposition der obersten Rechtsautorität. Jede bestehende Norm kann im Wege der Verfassungsrevision abgeändert werden; ein Volksinitiativbegehren auf Verfassungsrevision kann jeden beliebigen Inhalt haben. Es gibt auch für die Volksinitiative keine materiellen Schranken.

Die kritische Auseinandersetzung mit diesen Thesen, die zunächst vor allem durch ihre Einfachheit überzeugen, soll im folgenden Paragraphen versucht werden.

§ 3. Die Schranken der Volksinitiative nach Bundesrecht

Das Anliegen dieses Paragraphen ist es, nachzuweisen, daß nach schweizerischem Bundesrecht grundsätzlich Schranken – und zwar auch absolute Schranken – der Volksinitiative bestehen (vgl. unter A), und sodann zu zeigen, welches die Art und Tragweite dieser Schranken im einzelnen ist (vgl. unter B). Eine umfassende systematische Begründung könnte nur im Rahmen einer Verfassungslehre gegeben werden¹⁸.

A. Der grundsätzliche Nachweis des Bestehens von Schranken

Es lassen sich 1848, 1874, 1891 und auch seither bis in die Gegenwart viele Stimmen aus Diskussionen in den Räten, aus Zeitungen und Kampfschriften und auch einzelne Stimmen aus der staatsrechtlichen Literatur nachweisen, die das Bestehen von Schranken der verfassungsgebenden Gewalt und der verfassungsändernden Gewalt verneinen, bzw. die Schrankenlosigkeit der obersten Gewalt behaupten. Es gibt eine ziemlich klar aufweisbare *jakobinische Tradition*, die das – mit Formeln aus Rousseau und Sieyès – z.T. sehr absolut und dogmatisch ausgespro-

¹⁸ Wir dürfen uns immerhin auf eine Reihe von Vorarbeiten berufen; vgl. insbes. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945); Rechtsstaat und Demokratie (Antinomie und Synthese), in der Festgabe für Giacometti (1953) S. 107 ff.

chen hat. Jedes junge Regime wird, zur deutlichen Negation der überwundenen Ordnung und zur Festigung seiner eigenen, die Absolutheit seiner Entscheidungsgewalt betonen und überbetonen.

Und doch war die Rechtsauffassung weder 1848 noch 1874 noch 1891 in dieser Hinsicht klar und geschlossen und allgemein. Die föderalistische Eidgenossenschaft konnte auch in einem Stadium, wo es allerdings um einen Übergang zu einer stärkeren Einheit ging, die Dogmen jenes monistisch-absolutistischen Demokratismus gar nicht übernehmen, bzw. wo sie es getan hat, doch nur in abgeschwächter oder modifizierter Form. Viele Beweise, die man heute aus Materialien beibringen will, beruhen auf Projektionen eines relativistischen Positivismus, der im wesentlichen erst im 20. Jh. in unser Rechtsdenken eingedrungen ist. An Hand der Werke unserer großen Denker des letzten Jahrhunderts läßt sich dagegen sehr eindrücklich dartun, daß der Gedanke der Begrenzung der Staatsgewalt – und damit auch der Verfassungsrevision – im schweizerischen Staats- und Rechtsdenken dauernd lebendig war und je und je nachdrücklich verteidigt wurde¹⁹.

Die große Frage nach den Schranken der Verfassungsrevision wurde also weder 1848 noch 1874 noch 1891 entschieden. Sie kann auch heute nicht unter Berufung auf einzelne Äußerungen in den Materialien entschieden werden. Aber selbst dann, wenn die Beweisführung der «historischen Auslegung» überzeugender wäre als sie es tatsächlich ist, würde uns dies nicht der Aufgabe und Verantwortung entheben, diese Grundfrage unserer Verfassung heute neu durchzudenken.

Wir glauben aber zeigen zu können, daß die Frage auch im letzten Jahrhundert im Sinne der Bejahung von Schranken beantwortet werden mußte. Die Frage nach den Schranken, die in einem liberalen und föderalistischen Zeitalter,

¹⁹ Vgl. die Nachweise bei W. Kägi, ZSR (Jubiläumsband) 1952 S. 209 ff. und die dort Zitierten.

das diese Schranken als selbstverständlich bejahte und tatsächlich auch beachtete, gleichsam bloß theoretischen Charakter hatte, ist heute zu einer ernsten und bedrängenden praktischen Frage, die uns unausweichlich gestellt ist, geworden.

Es geht um die Auslegung unserer Grundordnung; es geht *de lege lata* und *de lege ferenda* um die Klärung des künftigen Weges. Ausgangspunkt aber ist die Verfassungsurkunde vom 29. Mai 1874 mit den seitherigen Änderungen, insbesondere der für uns wichtigen Partialrevision des 3. Abschnittes vom 5. Juli 1891.

I. Die Grundnormen der Verfassung (das absolute Verfassungssystem)

Für einen relativistischen und formalistischen Positivismus reduziert sich die Grundordnung als normative Ordnung auf einen Inbegriff von obersten, ausdrücklich positivierten Rechtssätzen, lediglich formal durch das Zuhöchstsein und die erschwerte Abänderbarkeit aus den übrigen Rechtssätzen herausgehoben, unter sich gleichwertig («einerlei Verfassungsrecht»). Die «Grundnorm», welche die Verfassungsnormen und die Rechtsnormen überhaupt als System erst abschließt und begründet, hat nicht «materiell-statischen», sondern nur «formal-dynamischen Charakter»²⁰. Sie setzt den obersten Gesetzgeber (Verfassungsgesetzgeber) ein, der dann die Normen der positivrechtlich höchsten Stufe, der Verfassung, «erzeugt», die grundsätzlich insgesamt und gleicherweise revidierbar sind.

Für ein Verfassungsdenken, dem es um die Verwirklichung der konstituierenden materialen Grundwerte geht, ist eine solche Reduktion des Verfassungssystems nicht möglich. Wir behaupten, daß unsere Bundesverfassung richtigerweise nur als ein solches System materialer Grundnormen aufgefaßt werden kann. Alle Form und Formstrenge aber hat ihren Sinn nur im Dienst an der Verwirklichung jener inhaltlichen Grundnormen.

²⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 63 f.

Der Nachweis dieses Systems setzt die kritische Auseinandersetzung mit einigen positivistischen Thesen und Dogmen voraus.

a) *Geschriebene und ungeschriebene Normen.* Unter dem Regime der geschriebenen Verfassung kommt dieser Urkunde eine sehr zentrale Stellung zu. Ein Satz, der in dieser Verfassungsurkunde steht, muß bis zu seiner förmlichen Beseitigung im Wege der Verfassungsrevision grundsätzlich als geltender Verfassungsrechtssatz behandelt werden; und andererseits kann und darf ein Satz, der nicht ausdrücklich in dieser Urkunde niedergelegt ist, nicht leichthin als Verfassungsrechtssatz behauptet werden. Die mangelnde Ehrfurcht vor den geschriebenen Verfassungen ist ein wichtiges Indiz für die Abwertung des Verfassungsrechtes.

Aber die Achtung vor jenem Prinzip der geschriebenen Verfassung ist eines, die Auslegung einer bestimmten Verfassungsordnung im Sinne eines strengen (abschließenden) Kodifikationsprinzips dagegen ein anderes. So kann und darf unsere BV als normative Grundordnung im einzelnen wie im ganzen nicht in der Weise ermittelt werden, daß man einfach auf die in der Verfassungsurkunde ausdrücklich niedergelegten Sätze abstellt. Damit würden einerseits Sätze, die nach richtiger Auslegung nicht mehr als anwendbares Recht angesprochen werden können²¹, als geltendes Verfassungsrecht behauptet, während andererseits sehr viele ganz grundlegende Sätze unserer Rechtsordnung nicht als Verfassungsrechtssätze anerkannt werden könnten. Es gibt zwar einige Autoren, welche die Auslegung der BV im Sinne eines strengen Kodifikationsprinzips zu behaupten versuchten, übrigens häufiger im Einzelfall, um – sehr oft offensichtlich rein ad hoc – die Nichtexistenz einer Norm zu erweisen, seltener als grundsätzliche These für das Ganze, weil hier ihre Unhaltbarkeit doch allzu sinnfällig zutage tritt. Die Bundesverfassung war weder 1848 noch 1874 als umfassende Kodifikation gedacht; ihre normative

²¹ Z. B. eindeutig obsolet gewordene Sätze wie etwa BV Art. 16.

Tragweite kann daher nicht durch ein so einfaches Auslegungsprinzip – Begrenzung der verbindlichen Verfassungssätze auf die in der Urkunde vom 29. Mai 1874 (mit seitherigen Partialrevisionen) ausdrücklich niedergelegten Sätze – ermittelt werden.

Daß der Verfassungsgesetzgeber weder 1848 noch 1874 diese Kodifikation anstrebte, ist geschichtlich klar nachgewiesen. Es fehlte ihm der Glaube an die Möglichkeit einer vollkommenen Kodifikation und auch an seine Fähigkeit, sie zu schaffen. Er war bei allem entschlossenen Willen zur Neuordnung nicht so unhistorisch und nicht so hybrid, die Grundordnung in einer Kodifikation abschließend erfassen zu wollen. Er hat, mehr der empirischen Methode folgend, versucht, die grundlegende Organisation des Bundes rechtlich festzulegen, die Ausmarchung zwischen Bund und Kantonen vorzunehmen und die Verhältnisordnung Individuum – Staat zu bestimmen. Aber gerade hier zeigte es sich, wie wenig der Verfassungsgesetzgeber die umfassende Kodifikation durch eine (wenigstens der Intention nach) lückenlose Erklärung der Grundrechte anstrebte; er war darauf bedacht, das, was irgendwie umstritten und problematisch war, als Grundrecht zu verankern.

Immer wieder hat man den Rückzug auf das Prinzip der Kodifikation postuliert und versucht; zumal in Zeiten der Unsicherheit und Krise glaubte man, auf diese Weise der Rechtssicherheit zu dienen. Aber es handelt sich um eine gewaltsame Begrenzung des Bereichs des positiven Verfassungsrechtes; das Kriterium ist zwar klar, aber eben doch willkürlich und unhaltbar. Es gibt im Bundesrecht neben dem geschriebenen Verfassungsrecht auch ungeschriebenes Verfassungsrecht²² und zwar in viel weiterem Umfang als man gewöhnlich annimmt. Zwar ist es, wie schon angedeutet, richtig, unter dem Regime der geschriebenen Verfassung nicht leichthin anstelle einer «fehlenden» geschriebe-

²² Vgl. nun vor allem Hans Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechtes, in «Rechtsquellenprobleme» (1955) S. 95 ff.; H. Marti, daselbst S. 74 ff.

nen Norm eine ungeschriebene anzunehmen; das «Fehlen» – das ist eine Frage der richtigen Auslegung – kann gewollt sein; in vielen Fällen ist diese Auslegung in Übereinstimmung mit der Logik der Freiheit, wonach die Nichtnormierung einfach bedeutet, daß die Freiheit dem Einzelnen (oder auch den engeren Verbänden in einer föderativen Ordnung) vorbehalten bleibt. Aber in vielen Fällen würde sich die streng positivistische Folgerung auch gegen die Freiheit auswirken, z.B. dort, wo ein bestimmtes Grundrecht in der Verfassung nicht ausdrücklich normiert ist.

Viele grundlegende Normen unserer Rechtsordnung wurden deshalb nicht in die geschriebene Verfassung aufgenommen, weil sie selbstverständlich waren. Dies wird besonders deutlich, wenn wir die ausdrückliche Kodifizierung der Prinzipien des Rechtsstaates, des Föderalismus und der Demokratie in vielen ausländischen Verfassungen – wo diese Dinge z.T. nicht so selbstverständlich waren – mit den knappen, um nicht zu sagen fragmentarischen Verbürgungen in den schweizerischen Verfassungen des 19. Jh. vergleichen²³. Unsere Verfassungsordnung besteht aus geschriebenen und ungeschriebenen Grundnormen; nur so gelangen wir für das Ganze zu einem sinnvollen System und im einzelnen ohne zweifelhafte Konstruktionen ad hoc zu sinnvollen Ergebnissen.

Gerade in der Behandlung der Rechtsfragen der Volksinitiative werden wir immer wieder auf ungeschriebene Verfassungsnormen stoßen. Die These, wonach es nur geschriebenes Verfassungsrecht gibt, muß vor allem in der Frage der Schranken, aber auch in der Frage der Zuständigkeit zur Überprüfung von Volksinitiativen, des Rechtsmißbrauches usw. zu unhaltbaren Ergebnissen führen.

b) Das «einerlei Verfassungsrecht» und die Hierarchie der Verfassungsnormen. Die Logik des Stufenbaus der Rechts-

²³ Gegenüber dieser Zurückhaltung in der Normierung des Grundsätzlichen wird die ausführliche Positivierung sekundärer Normen in der Verfassungsgesetzgebung des 20. Jh. um so auffälliger. Vgl. vor allem etwa die Art. 23bis ff.

ordnung beruht auf dem formalen Vorrang der höheren Stufe gegenüber der niedrigeren, z.B. der Verfassung gegenüber dem gewöhnlichen Gesetz, und zwar so, daß den Normen der Verfassungsstufe insgesamt, d.h. ohne Rücksicht auf ihre inhaltliche Bedeutung, der Vorrang gegenüber den gewöhnlichen Gesetznormen zukommt. In dieser Formalisierung des Vorranges beruht ein bedeutsames Stück der Ordnungsfunktion des Rechtes; in der Vergrößerung, welche die Verallgemeinerung des Vorranges unvermeidlich mit sich bringt, allerdings auch ein Stück Problematik.

Grundsätzlich haben also die Normen derselben Stufe den gleichen Rang, die gleiche juristische Kraft, den gleichen Wert. Das Bundesgericht hat diese elementare Regel der Rechtsquellenlehre wiederholt ausgesprochen und bestätigt: BGE 22 S. 1020, Erw. 5; 56 I 332, Erw. 3. Im erstgenannten Entscheid vom 5. November 1896 stellt das Bundesgericht fest, daß es «logisch und rechtlich völlig ausgeschlossen» sei, einen formell richtig zustande gekommenen Verfassungsartikel als verfassungswidrig zu bezeichnen. Er führt zur Begründung wörtlich aus: «Es gibt innerhalb des Geltungsgebietes der nämlichen Verfassung nicht ein höher- und ein minderwertiges Verfassungsrecht in dem Sinne, daß dieses von jenem weichen müßte, sondern es bestehen sämtliche Grundsätze des Verfassungsrechtes mit gleicher Rechtskraft nebeneinander. Ein Rechtssatz, der sich als Ausfluß des obersten souveränen Willens eines Kantons darstellt, kann nicht deshalb angefochten werden, weil er einem anderen, auf gleicher Grundlage beruhenden, widerspreche» (a.a.O. S. 1020 unten)²⁴.

Von dieser These des «einerlei Verfassungsrecht» aus wird auch heute behauptet, daß es kein «höher- und minderwertiges Verfassungsrecht» und damit auch keine Unterscheidung zwischen revidierbaren und nicht revidierbaren Verfassungsbestimmungen, d.h. keine Schranken der Verfassungsrevision gebe.

²⁴ Vgl. I. Teil, Anm. 29.

Diese Thesen sind unhaltbar. Logisch zwingend und notwendig für den Stufenbau ist zunächst nur der Grundsatz, wonach die Normen der höheren Stufe insgesamt den Normen der niedrigeren Stufe vorgehen²⁵. Die Regel dagegen, wonach alle Normen der gleichen Stufe die gleiche rechtliche Kraft, den gleichen rechtlichen Wert und Rang haben sollen, und daß folglich alle Widersprüche einfach nach dem Grundsatz des Vorranges der *lex specialis* bzw. der *lex posterior* gelöst werden sollen, ist nicht in gleicher Weise gültig. Sie hat als Faustregel ihren praktischen Wert, aber sie wird nicht gleichsam mechanisch zum richtigen Ergebnis führen, sondern nur dort, wo die inhaltliche Hierarchie der Normen als oberster Richtpunkt klar gegenwärtig ist. Die These, daß es «nicht ein höher- und ein minderwertiges Verfassungsrecht» gebe und daß «nicht erfindlich sei, worin das Kriterium» für diesen Vorrang bestehe, ist nicht aus unserer Verfassungsordnung entnommen, sondern als Dogma des relativistischen Rechtsdenkens an unsere Grundordnung herangetragen worden.

Unsere Verfassung kennt ein Oben und ein Unten. Es gibt «ein höher- und ein minderwertiges Verfassungsrecht». Und es gibt auch ein Kriterium für die Unterscheidung: die Hierarchie der Rechtswerte, die das Fundament der ganzen Grundordnung bilden (vgl. unten c–e; oben 1. Teil, 1. Kap. § 1).

c) *Verfassung im formellen und materiellen Sinn*. Der materielle Verfassungsbegriff ist in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr problematisiert und durch den formellen Verfassungsbegriff verdrängt worden. Verschiedene Tendenzen wirkten in diesem Prozeß der Formalisierung zusammen, insbesondere das Streben nach Allgemeingültigkeit und die Relativierung der Grundwerte.

²⁵ In der Schweiz für die oberste Stufe immerhin teilweise in Frage gestellt durch BV 113 Abs. 3!

Heute stellt sich die Aufgabe, einen materiellen Verfassungsbegriff zu bestimmen, mit neuer Dringlichkeit²⁶. Er kann aber nicht so entwickelt werden, daß man im Blick auf alle in der Geschichte und Gegenwart gegebenen oder denkbaren politischen (staatlichen) Regimes einen allgemein gültigen Verfassungsbegriff entwickelt. Die Allgemeingültigkeit wird um den Preis der fast völligen inhaltlichen Entleerung erkaufte; als Minimalinhalt bleibt die Norm, welche den obersten Gesetzgeber (irgendeinen Gesetzgeber) bzw. den obersten Gesetzgeber und das Verfahren der obersten Gesetzgebung (irgendein Verfahren) einsetzt. Von diesem weitesten Verfassungsbegriff wird die universale Verfassungsgeschichtsschreibung, welche nicht nur die Geschichte des Rechtes, sondern auch die Geschichte des Unrechtes, und eine vergleichende Verfassungssoziologie, welche nicht nur die freiheitlichen, sondern auch die tyrannischen Ordnungen, nicht nur die demokratischen, sondern auch die autokratischen Regimes als Tatsachen darstellt, ausgehen. Aber eine Theorie des Verfassungsrechtes – als einer zu verwirklichenden rechtsnormativen Grundordnung – kann sinnvollerweise nicht vom Boden (bzw. der Bodenlosigkeit!) eines solchen allgemeingültigen Begriffs ausgehen. Die praktische Rechtsanwendung ist unentrinnbar eine Aufgabe der persönlichen Verantwortung; und so ist es auch die Theorie dieser Grundordnung und ihrer Verwirklichung. Die Theorie des Verfassungsrechtes hat sich also – sehr im Gegensatz zu jener universalen Verfassungsgeschichte und vergleichenden Verfassungssoziologie – nicht mit den Formen für irgendwelche Inhalte, nicht mit Normen, die jeden beliebigen Inhalt haben können, zu befassen, sondern nur mit jenen Normen und Formen, welche die Werte der freien Gemeinschaft freier Menschen, die Rechtswerte des demokratischen Rechtsstaates gewährleisten und verwirklichen.

In diesem Sinne habe ich in meiner Arbeit über «Die Verfassung als rechtliche Grundordnung» (geschrieben

²⁶ Vgl. W. Kägi, Verfassung S. 59 ff.

1940/41) den Bereich sinnvoller Verfassungstheorie durch die Grundwerte des modernen Rechtsstaates zu umgrenzen versucht²⁷. Die Verfassung im materiellen Sinne ist der Inbegriff der wesentlichen, d.h. die Ordnung entscheidend konstituierenden und prägenden Grundnormen (Grundwerte). Die Umschreibung dieser materiellen Verfassung stellt vor einige Probleme. Richtig ist, daß unsere Verfassung keine ausdrückliche Umschreibung der materiellen Verfassung gibt; richtig ist weiter, daß eine scharfe Grenzlinie nicht gezogen werden kann. Aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß die Aufgabe sich bei uns nicht stellt und daß sie nicht gelöst werden könnte²⁸. Noch lange bevor die verfeinerte Grenzlinie überhaupt als wirkliches Problem auftauchen würde, wird sich als lösbares Problem die Errichtung einer groben Grenzlinie aufdrängen. Diese aber ist unserer Verfassungsordnung immanent und könnte durch eine grundsätzliche Praxis der Bundesversammlung sehr wohl präzisiert und im Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft gefestigt werden.

d) *Veränderliche und unveränderliche Rechtssätze*. Das positivistische Rechtsdenken verneint nicht nur die Höherwertigkeit, sondern auch die Unveränderlichkeit einzelner Verfassungsnormen. Das bedeutet aber a priori die Leugnung von absoluten Verfassungsschranken. Daß eine Verfassung positivrechtlich bestimmen kann, daß einzelne Normen oder ganze Teile der Verfassung nicht revidierbar sein sollen, leugnet ein positivistisches Denken nicht, aber es muß eine solche «Unantastbarkeit», von seinen Voraussetzungen aus, als bloß relative deuten, m.a.W. im Wege der Verfassungsrevision kann auf alle Fälle die Schranke

²⁷ Ich habe nicht übersehen, daß jeder Staat eine «Verfassung» hat. Aber ich halte auch heute noch an der These fest, daß die Theorie des Verfassungsrechtes als einer normativen Disziplin nicht von einem «allgemeinen» (voraussetzungslosen und d.h. inhaltslosen) Verfassungsbegriff ausgehen kann.

²⁸ Die Kapitulation vor dieser Aufgabe wäre eine bedenkliche Abdankung der Staatsrechtslehre.

eines solchen Revisionsverbotes beseitigt und damit die allgemeine Revidierbarkeit wiederhergestellt werden. Die «Unantastbarkeit» ist also in jedem Fall nur eine Erschwerung, ein Umweg.

Die Auseinandersetzung mit dieser These, welche das Bestehen von absoluten (unveränderlichen, «ewigen») Verfassungsnormen leugnet, ist eine Auseinandersetzung mit dem sie tragenden Relativismus. In der Auseinandersetzung mit der radikalen Bedrohung durch die totalitären Regimes, zumal in und nach der großen Katastrophe des 2. Weltkrieges hat das Rechtsdenken wieder festen Ankergrund in absoluten Grundnormen gesucht und gefunden. Auch im schweizerischen Verfassungsdenken – in dem der Relativismus zwar nie offen zur Herrschaft kam, im Positivismus und Utilitarismus aber nichts desto trotz zu starker Auswirkung gelangte – kam es zu einer Neubesinnung auf die absoluten Grundwerte, auf die «ewigen Normen», die man in der großen Notzeit wieder als solche zu bezeichnen wagte. –

Nachdem wir im Vorstehenden (lit. a–d) kritisch die Dogmen und Thesen zurückgewiesen haben, welche einem richtigen Verständnis unserer Grundordnung entgegenstehen, geht es im folgenden nun noch darum, unsere Grundordnung positiv zu umschreiben.

e) *Die unveränderlichen Grundnormen als absolutes Verfassungssystem.* Unsere Bundesverfassung ist nicht einfach der Inbegriff der 123 Artikel der Urkunde vom 29. Mai 1874, unter Berücksichtigung der seitherigen Änderungen. Zu ihr gehören auch eine größere Zahl von ungeschriebenen Rechtssätzen.

Diese Verfassungssätze sind nicht allein durch das gemeinsame Zuhöchstsein charakterisiert, «einerlei Verfassungsrecht»; sie werden im ganzen wie im einzelnen auch nur richtig ausgelegt als Teil eines Rechtssystems, das nicht einfach als Delegationszusammenhang konstruiert werden darf, sondern das durch eine Hierarchie der tragenden

Werte bestimmt und geprägt ist. Die Staatsidee als System dieser Grundordnung ist gleichsam die Entelechie, aber damit auch der oberste Richtpunkt für die Auslegung: die Grundnormen der persönlichen Freiheit, der demokratischen Freiheit, der föderativen Freiheit, der rechtsstaatlichen Ordnung, der sozialen Gerechtigkeit²⁹.

Es gibt auch eine Hierarchie der Verfassungssätze hinsichtlich der Dauer: zwischen den veränderlichen und unveränderlichen. Ist unsere Bundesverfassung als menschliches Werk auch nicht eine völlig unabänderliche, ewige Ordnung, so ist sie doch sinngemäß eine grundsätzlich dauernde Ordnung. Das Grundgesetz ist nicht der Ausdruck momentaner und wechselnder Wollungen, sondern der normative Ausdruck der «constans et perpetua voluntas» unseres Volkes, der «Konstanten» unserer Rechtsgemeinschaft.

Wenn wir hier von «absoluten» («ewigen», «unveränderlichen») Rechtsnormen sprechen, so ist dies nicht die Hybris des heutigen Rechtssetzers, der seine Satzungen durch diese «Unantastbarkeit» perpetuieren will. Es sind nicht Normen, die der heutige Rechtssetzer «erzeugt», sondern es sind Normen, die er anerkennt und in und durch die von ihm geschaffene Verfassungsordnung zu verwirklichen und zu schützen sucht. Sie sind das Werk von Generationen, weitgehend auch durch geistlich-sittliche und rechtlich-kulturelle Einflüsse großer Denker und Bewegungen des Auslandes angeregt, bzw. mitbestimmt. Die Verfassungsautonomie («Souveränität») ist übrigens auch durch das Völkerrecht, als heteronome Schranke, begrenzt.

Diese Grundnormen zusammen bilden den «bloc des

²⁹ Diese Grundnormen sind m.E. nicht aus den Revisionsbestimmungen abzuleiten. Das ist nur möglich, wenn man daraus (also konkret aus den Art. 118 ff. der BV) eine Art Super-Verfassung macht. Das war historisch nicht ihr Sinn, weder 1848 noch 1874 noch 1891. Dieser Umweg ist aber m.E. auch systematisch weder nötig noch überzeugend. Vgl. H. Nef, ZSR S. 122 ff., M. Kuhn a.a.O. S. 11.

idées incontestables», das absolute Verfassungssystem der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Nicht die geographisch-geopolitische Einheit, nicht die Schönheiten der Natur, sondern diese dauernden Grundwerte, die eine Gemeinschaft in Freiheit und Menschlichkeit ermöglichen, sind die Grundlage und Rechtfertigung der eigenstaatlichen Existenz der Schweiz. Unsere Eidgenossenschaft hat nur solange ihren Sinn, als sie diesen Grundwerten treu bleibt, als ihre Rechtsordnung und ihre Politik von diesen Grundnormen bestimmt wird. Es mag eines Tages der Moment kommen, wo die Schweizerische Eidgenossenschaft freiwillig ihre Eigenstaatlichkeit zugunsten eines umfassenderen, europäischen oder menschheitlichen Bundes preisgeben kann, – eines Bundes, in dem ihre Grundwerte noch voller verwirklicht werden; es könnte auch eines Tages ihr historisches Geschick werden, daß sie einer Übermacht weichen muß, die ihre Grundwerte radikal verneint. Diese Möglichkeit diskutieren wir nicht und jene brauchen wir vorläufig noch nicht zu diskutieren. Aber wir würden jene Grundwerte, welche eine *conditio sine qua non* unserer staatlichen Existenz bilden, doch füglich als «absolute» («unveränderliche») bezeichnen. Sie sind die konstituierende Mitte, der unveränderliche Kern unseres Verfassungssystems. Alle formale Ordnung und aller notwendige Formalismus rechtlicher Ordnung erhalten von hier aus ihren Sinn.

Unsere Verfassung ist nicht eine Verfassung für irgendwelche Inhalte, sondern sie ist die von ganz bestimmten, unverwechselbaren Inhalten (Grundnormen) geprägte Grundordnung.

II. Die Schranken der verfassunggebenden Gewalt

a) Das Korrelat zum unveränderlichen Verfassungssystem ist die Beschränkung der verfassunggebenden Gewalt.

Absolute Rechtsnormen und absolute Souveränität innerhalb des gleichen Rechtssystems sind unvereinbar. Die

Position der absoluten Norm ist die Negation der absoluten Entscheidungsgewalt. Trotzdem wird auch in der schweizerischen Literatur oft beides gleichzeitig behauptet: die Existenz «absoluter» oder «ewiger» Normen und die Schrankenlosigkeit der verfassungsgebenden Gewalt³⁰.

Häufiger wird im schweizerischen Verfassungsdenken die Schrankenlosigkeit der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes betont. Hier wirkt zum Teil – bis in den Sprachgebrauch hinein nachweisbar – das früher erwähnte Erbe nach; zum Teil aber ist es das elementare Souveränitätsbewußtsein des Volkes, das vom Willen zur Unabhängigkeit und Selbstbestimmung getragen ist. Die Negation dieser schrankenlosen Entscheidungsgewalt verkennt nach dieser Auffassung die «vielleicht gewagte, aber in ihrer Folgerichtigkeit großartige Erfassung der Idee der freien demokratischen Selbstbestimmung»³¹. Diese Souveränität erlebt sich in der Freiheit von jeder normativen Bindung, in der Möglichkeit der völlig freien Disposition über alles Recht. Noch stärker aber ist offensichtlich im positivistischen Denken – der «Machttheorie des Rechtes» – die Kapitulation vor der als unwiderstehlich betrachteten Macht. «Die kollektive Majestät der zum Staat geformten Volksgewalt schließt jede Absolutheit von Freiheit und Rechten der Staatsunterworfenen aus». Gegen solche Macht ist «kein

³⁰ Vgl. Giacometti, KStR, wo die Grundrechte einerseits als «ewige Normen» (S. 169) qualifiziert werden, wo aber andererseits (S. 164) an der (schrankenlosen) «potentiellen Totalität» des Staates festgehalten wird. Vgl. auch BStR 706. – Darin beruht auch die Problematik der Abhandlung von Hans Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision, ZüDiss 1947, wo am entscheidenden Punkt eben doch die absolute Norm vor der absoluten Entscheidungsgewalt kapituliert. Die Macht des (absolutistischen) Souveränitätsdogmas wird hier besonders sinnfällig.

³¹ Richard Thoma in Anschütz/Thoma, Handbuch der deutschen Staatsrechtes (HbdDStR) II 154, 137 ff. Vgl. nun aber – nach der Katastrophe! – seine Abhandlung «Über Wesen und Erscheinungsformen der modernen Demokratie» (Bonn 1948), S. 38 ff.

juristisches Kraut gewachsen»³²; die Erfahrung der Unwiderstehlichkeit wird im Dogma von der «juristischen Allmacht» zur Norm erhoben. Aus einer politischen These – des Kampfes für die Demokratie und der Abwehr ihrer Widersacher – wurde ein Dogma des Rechtsdenkens. Ursprünglich ein naturrechtliches Postulat, ist es zum Grunddogma des positivistischen Systems geworden: Erst im Dogma der «juristischen Allmacht» des höchsten staatlichen Normsetzers schließt sich, nach positivistischer Auffassung, das Rechtssystem!

In einem Land, dessen genossenschaftlich-demokratische Formen während Jahrhunderten ein Anachronismus inmitten eines monarchischen Europa waren, und dessen demokratische Verfassungen auch noch im 19. Jh. von der Umwelt weithin argwöhnisch und feindlich angesehen wurden, war die nachdrückliche Betonung und Überbetonung der absoluten Souveränität, der schrankenlosen Entscheidungsgewalt des Volkes als politische These, als Kampfformel, verständlich. Die demokratische Legitimität und die demokratische Autorität wollte zweifelsfrei begründet und verankert werden. Das aber geschieht nicht mit differenzierten Formeln, die nach dieser und jener Richtung (vgl. unten B) Schranken vorbehalten, sondern mit kompromißlos absoluten Formeln, die jeden Zweifel bannen. Und diese absolute Formel erscheint in der politischen Literatur, zumal in der kämpferisch betonten, immer wieder. Als rechtliches Dogma dagegen ist sie ein Fremdkörper im schweizerischen Verfassungsdenken. Zwar lassen sich in den Materialien wie in der zeitgenössischen Literatur eine Reihe von Stellen finden, welche diese Allmacht des Volkes auch in einem rechtlichen Sinne behaupten. Die Vertreter der These, welche die Schrankenlosigkeit der verfassungsgebenden Gewalt in einem prägnanten rechtlichen Sinne vertreten, haben sich in den Diskussionen der

³² R. Thoma, HbdDStR II 608; derselbe in Nipperdey, Grundrechte Bd. I S. 47 ff.

letzten Jahre immer wieder auf die berühmte Stelle im Protokoll über die Verhandlungen der Revisions-Kommission von 1847 (S. 22) berufen: «Von einem andern Mitgliede wurde ausgeführt, daß auf die Garantie einer Kantonsverfassung nicht zu großes Gewicht gelegt werden könne, weil es in Gemäßheit des Prinzips der Volkssouveränität der Mehrheit der Bürger jederzeit freistehen müsse, eine Verfassung beliebig abzuändern und unvolkstümliche Regierungen durch andere zu ersetzen. In der reinen Demokratie existiere ein Absolutismus so gut wie in der unumschränkten Monarchie, nur mit dem wesentlichen Unterschiede, daß der absolute Wille, das Recht freitätig so oder anders zu verfügen, diese oder jene staatliche Einrichtung festzusetzen, nicht einem einzelnen Individuum, nicht einer bestimmten Zahl von Familien, nicht einer Klasse der Staatsbürger zugut komme, sondern Gemeingut der Gesamtheit, des ganzen Volkes sei.» Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß es sich nicht um eine Meinungsäußerung der Kommission, sondern einzelner Mitglieder handelte³³. Auch wenn sie für weitere radikale Kreise repräsentativ waren, so waren sie doch weder für das Denken des Volkes oder auch nur der großen Mehrheit der im Sonderbundskrieg siegreichen Partei repräsentativ. Und selbst wenn der Nachweis gelingen würde, daß der «absolute Wille, das Recht freitätig so oder so anders zu verfügen», im politischen Bewußtsein jener Zeit tatsächlich in weiten Kreisen lebendig war, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß dieser «Absolutismus», das Recht der schrankenlosen Entscheidungsgewalt, auch im Rechtsbewußtsein des Volkes, als grundlegende Rechtsüberzeugung, lebendig war. Das dürfen wir vielmehr füglich bezweifeln. Die absolutistische These ist zwar, wie angedeutet, in den Bahnen und mit den Formeln des jakobinischen Demokratismus schon frühzeitig ausgesprochen worden, aber die scharfe Ausprägung als grundlegendes Dogma des Rechtssystems war doch erst das Werk des

³³ Vgl. auch E. Dejung / A. Stähli / W. Ganz, Jonas Furrer (1948) S. 286.

positivistischen Rechtsdenkens, das wir mit vielen Residuen der absolutistischen Tradition vor allem vom monarchischen Deutschland übernommen haben³⁴. Dem schweizerischen Rechtsdenken ist solche Schrankenlosigkeit der Staatsgewalt fremd. Es mag die Macht der obersten Rechtsautorität des Volkes gelegentlich sehr apodiktisch betonen; aber doch nur, um jede andere (nichtdemokratische) Rechtsautorität zweifelsfrei auszuschließen, nicht dagegen um wirklich die «rechtliche Allmacht» («potentielle Totalität») der demokratischen Rechtsautorität positiv zu behaupten. Die großen schweizerischen Staats- und Rechtsdenker haben je und je sehr nachdrücklich die Schranken auch der obersten Staatsgewalt anerkannt³⁵; dies tritt nicht zuletzt darin sehr ausdrücklich zutage, daß das Widerstandsrecht – sehr im Gegensatz zur Entwicklung in Deutschland – bei uns durch das ganze 19. Jh. hindurch lebendig blieb³⁶.

Es ist nicht angängig, unsere Bundesverfassung im Sinne des Prinzips der lückenlosen Kodifikation oder wie einen Kaufvertrag mit ganz genau spezifizierten Leistungen zu interpretieren und dann in der Frage der Schranken kurzweg zu folgern: Es sind in der Verfassungsurkunde – immer abgesehen von BV Art. 121 Abs. 3 («Einheit der Materie») – keine Schranken ausdrücklich erwähnt, folglich ist die

³⁴ Diese Einflüsse sind bei Einzelproblemen (Notrecht, Gesetzesdelegation, freies Ermessen, besonderes Gewaltverhältnis u. a. m.) wiederholt aufgezeigt worden, vor allem, was die Rezeptionen aus dem monarchisch-deutschen Staatsrecht anbetrifft. Vgl. Z. Giacometti, Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation (1928) S. 4 ff.; SJZ 1934/35 S. 374 Sp. 2; Vollmachtenregime (1945) S. 56; M. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung (1954) S. 12 ff. Dagegen fehlt bisher eine umfassende Darstellung der absolutistischen Einflüsse, die neben der deutschen auch die französische (und englische: Hobbes, Austin) Linie aufzeigen würde.

³⁵ Vgl. W. Kägi, ZSR (Jubiläumsband) 1952 S. 210 f.; H. Marti, Naturrecht und Verfassungsrecht, a. a. O. S. 74 ff.

³⁶ Vgl. W. Kägi, a. a. O. S. 211; H. Marti, a. a. O. S. 92.

verfassunggebende Gewalt schrankenlos! So simplistisch darf man die Grundordnung unserer Rechtsgemeinschaft nicht deuten. Das war 1848 wie 1874 wie 1891 und ist auch in der Gegenwart unrichtig und unzulässig. Viele grundlegende Normen wurden deshalb nicht in das Grundgesetz aufgenommen, weil sie als allzuselbstverständliche Grundnormen einfach vorausgesetzt wurden (vgl. oben Ia). Und unter den geschriebenen und ungeschriebenen Sätzen unserer Verfassung gibt es wiederum eine Hierarchie zwischen den «unabänderlichen» («ewigen», «absoluten») und «abänderlichen» Grundnormen. Die ersteren aber schließen logischerweise eine schrankenlose verfassunggebende Gewalt aus. Eine solche schrankenlose Allmacht des Verfassungsgesetzgebers war 1848, 1874, 1891 wie heute unvereinbar sowohl mit den Grundnormen des Liberalismus, des Rechtsstaates wie des Föderalismus; eine solche Schrankenlosigkeit hat aber auch keinen Platz in einer Grundordnung, die sich «Im Namen Gottes des Allmächtigen» zur Begrenzung aller menschlichen Sitzungsgewalt bekannt hat (vgl. I. Teil, 1. Kap., § 1 VII). Die verfassunggebende Gewalt ist nicht das «unnormierbar Normierende». Ihre Freiheit ist nicht die Freiheit des souveränen Demiurgen, der ohne jede Schranke das Recht «erzeugt», sondern es ist die gebundene Freiheit des «Grenzorgans».

b) Schranken der verfassunggebenden Gewalt? – Schranken der verfassungsändernden Gewalt? – Schranken der Volksinitiative?

Für ein rechtsstaatliches Verfassungsdenken ist es zunächst evident, daß die Schranken, die für die verfassunggebende Gewalt (*pouvoir constituant*) bestehen, logischerweise a fortiori auch für die verfassungsändernde Gewalt (*pouvoir de revision*, insbesondere für die Partialrevision) und für die Volksinitiativbegehren gelten. Es soll rechtlich nicht im Wege einer Partialrevision geändert werden können, was dem *pouvoir constituant* auch im Wege der Totalrevision rechtlich verwehrt ist; und was rechtlich nicht im Wege einer Partialrevision revidiert werden kann, soll auch

nicht Gegenstand eines Volksbegehrens auf Partialrevision der Verfassung bilden können. Auch wer die Schranken für das *pouvoir constituant* überhaupt leugnet, müßte die soeben entwickelte Logik doch wenigstens für das Verhältnis von Partialrevision und Totalrevision gelten lassen.

Für ein absolutistisch-dezisionistisches Verständnis der Demokratie aber hat diese Logik offenbar keine Gültigkeit. Die Unbegrenztheit (und Unbegrenzbarkeit) wird nicht nur für das *pouvoir constituant*, sondern auch für das *pouvoir de revision* und sogar für die Volksinitiative vindiziert; die Allmacht wird vom Volk als Verfassungsgesetzgeber auf das Volk als verfassungsändernde Gewalt und schließlich auch auf jene Gruppe aus dem Volk, die als Trägerin einer Volksinitiative erscheint, übertragen. Auf Grund dieses Mythos von der Schrankenlosigkeit des *pouvoir constituant* wird so auch die Volksinitiative zu einem schrankenlosen Begehrensrecht.

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt man vielfach auch auf dem Wege einer etwas anderen Argumentation: Man hält – von den Grundwerten der Verfassung her – zwar durchaus nicht a priori alles für vernünftig und gerecht, was im Wege einer Volksinitiative angekehrt wird, aber man hält doch alle Begehren für rechtlich zulässig: «das Volk» – d.h. immer: die Mehrheit der stimmenden Aktivbürger – soll entscheiden. Die These, daß der «Antrag aus dem Volk an das Volk» möglichst ungehinderte Bahn haben müsse, wird auf die verschiedenste Weise, bald mehr grundsätzlich (von der Volkssouveränität her), bald mehr opportunistisch, begründet.

Eine so verstandene Volksinitiative – als schrankenloses *ius ad omnia* – hat in unserer verfassungsstaatlichen Demokratie keinen Platz.

III. Die Verfassungsrevision als Fortbildung der Verfassung im Rahmen des absoluten Verfassungssystems

Die grundlegende Auffassung von der Verfassungsrevision ist – bewußt oder unbewußt – entscheidend bestimmt

von der Grundauffassung vom Grundgesetz bzw. von der demokratischen Entscheidungsgewalt.

a) Wenn man davon ausgeht, daß die Verfassung jeden beliebigen Inhalt haben kann, daß es keine unveränderlichen («absoluten», «ewigen») Rechtsnormen gibt, daß der verfassungsgebenden Gewalt keinerlei Schranken gesetzt sind, dann ist die Verfassungsrevision einfach ein wertneutrales Verfahren zur Setzung bzw. Änderung der Normen der (positivrechtlich) höchsten Stufe. Jede Norm kann dann in diesem Verfahren gesetzt bzw. geändert werden. Die Verfassung ist von dieser schrankenlosen Revision aus gesehen lediglich noch eine Blankoverfassung. Weil sie jeden beliebigen Inhalt haben kann, muß folgerichtigerweise auch jede Revision möglich und jedes Revisionsbegehren zulässig sein. Das logische Korrelat zu einer Verfassungsordnung, in der alles gleicherweise gültig ist («einerlei Verfassungsrecht»), ist ein Verfassungsrevisionsverfahren, in dem alles gleicherweise gültig «erzeugt» werden kann. Man hat sehr zutreffend von der «Methode des legalisierten Staatsstreiches»³⁷ gesprochen. Denn da, voraussetzungsgemäß, als Kriterium nur noch das ordnungsgemäße Verfahren anerkannt wird, können auch die – inhaltlich – grundstürzendsten Veränderungen (etwa der Übergang vom liberalen Rechtsstaat zur totalitären Diktatur, oder vom föderalistischen Staat zum konformistischen Einheitsstaat) im legalen Verfahren, unter Wahrung der formalen Kontinuität, durchgeführt oder doch, rechtlich zulässig, durch eine Volksinitiative angebeht worden.

b) Einen ganz anderen Sinn aber hat die Verfassungsrevision in einem folgerichtig rechtsstaatlichen Verständnis der demokratischen Grundordnung. Die Verfassung erscheint hier hinter der formalen Gleichwertigkeit doch als eine Hierarchie von grundlegenden Normen, als eine Ordnung, in der es eine Rangordnung zwischen ver-

³⁷ C. Bilfinger, Nationale Demokratie (1929) S. 18; vgl. aber auch schon J. Dubs, oben I. Teil Anm. 55.

änderlichen und unveränderlichen Verfassungsnormen gibt. Diese unveränderlichen Verfassungsnormen bilden den eigentlichen Kern der Verfassung, das unantastbare absolute Verfassungssystem, das eigentliche «réduit» der rechtlichen Grundordnung. «Verfassung» ist hier gerade nicht ein Gefäß für irgendwelche Inhalte, sondern der unverwechselbare Ausdruck ganz bestimmter Inhalte (Grundwerte, Grundnormen). Die Form aber ist um dieser konstituierenden Inhalte willen da. Das logische Korrelat zu dieser Verfassungsordnung ist ein Revisionsverfahren, dem ganz bestimmte Schranken gesetzt sind; Revision ist darnach rechtlich nur zulässig im Rahmen des absoluten Verfassungssystems. Ihr Sinn und Zweck ist die Entfaltung und bessere Verwirklichung der konstituierenden Grundwerte.

Von hier aus wird es denn auch möglich, die Begriffe «Reform» und «Revolution» klarer zu unterscheiden. Während für eine rein formalistische Konzeption auch eine inhaltlich totale Umwälzung, sofern sie nur die Revisionsnormen beachtet, als «legale Reform» erscheinen müßte, ist andererseits etwa für Walther Burckhardt jede Revision der Verfassung eigentlich ein revolutionärer Vorgang, weil die Revisionsnormen gar nicht als Rechtsnormen qualifiziert werden können³⁸. Für die hier vertretene Ansicht dagegen liegt das Kriterium der «Revolution» im Gegensatz zur «Reform» in der Antastung der Grundwerte des absoluten Verfassungssystems.

Wir haben früher zu zeigen versucht, daß jener wertneutrale Verfassungsbegriff für das Verfassungsrecht ein wertloser, ja geradezu gefährlicher Begriff ist³⁹. Wir wiederholen hier die Behauptung, daß dies nicht der Verfassungsbegriff unserer Rechtsgemeinschaft ist. Auch wir sind zwar mit der allgemeinen Entwicklung, in einer Zeit, da die Grundwerte noch selbstverständlich waren, den Weg der

³⁸ Kommentar 2. Aufl. S. 8 ff.; Organisation 213 ff.

³⁹ Vgl. oben 1. Teil, 1. Kap. § 2 I und unten 2. Teil, 2. Kap. § 3 I.

Formalisierung ein gutes Stück gegangen. Aber man darf doch feststellen, daß im schweizerischen Verfassungsdenken die Auseinanderreißung von Inhalt und Form nicht so weit getrieben worden ist wie anderswo. Es läßt sich vielmehr zeigen, daß etwas vom Wissen um den notwendigen und unlöslichen Zusammenhang stets lebendig geblieben ist: Unsere Verfassung ist nicht das Gefäß für irgendwelche Inhalte; unsere Demokratie ist nicht ein wertneutraler Mehrheitsmechanismus. Unsere Verfassung ist vielmehr der Ausdruck eines bestimmten Wertsystems, das in der Staatsidee der Eidgenossenschaft umrissen ist; und unsere demokratische Entscheidungsgewalt ist frei nur im Rahmen der absoluten Grundnormen.

Das ist nun auch entscheidend für die richtige Erkenntnis des Wesens der Verfassungsrevision. Unsere Verfassung soll zwar gemäß BV Art. 118 «jederzeit ganz oder teilweise revidiert» werden können. Das will aber nicht besagen, daß alle diese Grundnormen dem jeweiligen Verfassungsgesetzgeber auch zur freien Disposition stehen würden. Im Gegenteil: Die Verfassungsrevision als Institution unserer Verfassung ist durch das Verfassungssystem – als Inbegriff jener «absoluten» Grundnormen – bestimmt und begrenzt. Das Verfahren der geordneten Verfassungsrevision gemäß dem 3. Abschnitt unserer BV soll die friedliche und legale Fortbildung unserer Grundordnung sichern. Ihr Sinn und Zweck ist es, die Entfaltung und institutionelle Gewährleistung jener Grundwerte unter den sich wandelnden gesellschaftlichen Bedingungen im geordneten, friedlichen Verfahren zu ermöglichen. Nur in dieser unlösbaren Beziehung auf jene Grundnormen, und auf dem unantastbaren Fundament jener Grundwerte, bleibt die Institution der Verfassungsrevision sinnvoll. Es ist nicht so, daß den beiden ersten Abschnitten der BV, die Ausdruck eines Bekenntnisses zu ganz bestimmten absoluten Grundwerten sind, im 3. Abschnitt über die Revision nun plötzlich ein Bekenntnis zum Relativismus folgen würde, in der Weise, daß die Änderung der Verfassung in

irgendeinem Sinne, mithin auch die teilweise oder gar völlige Abkehr von den Grundnormen, die radikale Verneinung ihrer konstituierenden Grundwerte, möglich wäre. Ein wertneutrales Verfahren in dem Sinne, daß auch der Übergang zum Einheitsstaat oder zum autoritären Staat oder gar zum totalitären Staat formal als ungebrochene Kontinuität erscheint, ist nicht nur sinnlos, sondern auch schädlich; denn die Tatsache, daß eine Rechtsordnung auch ihre völlige Perversion als rechtliche Möglichkeit ins Auge faßt und gleichsam a priori legitimiert, muß diese Rechtsgemeinschaft als eine labile erscheinen lassen, die ihrer Grundwerte nicht mehr gewiß ist. Wo alles gleicherweise gültig ist, wird nach einem fatalen Gesetz schließlich alles gleichgültig. Darin beruht die gerade in unserer bedrohten Zeit nicht unbedenkliche Entblößung der Verfassungsordnung durch ein relativistisches Mißverständnis der Institution der Verfassungs-Revision als schrankenloses wertneutrales Verfahren.

Die Revisionsvorschriften haben so im Rahmen der Gesamtverfassung eine dienende Stellung. Im neueren Verfassungsdenken ist dies vielfach umgekehrt worden: ein mehr formal gerichtetes Rechtsdenken, das die oben dargelegte Hierarchie der materialen Grundnormen in unserer Verfassung verneint, wurde vielfach dazu geführt, die Revisionsbestimmungen als eine Art Super-Verfassung zu konstruieren oder aber die Schranken der Revision aus den Revisionsbestimmungen abzuleiten⁴⁰. Daß die Normen über die verfassungsgebende (verfassungsändernde) Gewalt zu den grundlegenden und z. T. auch zu den unveränderlichen Normen unserer Verfassung gehören, bedarf keines näheren Nachweises. Aber es ist m. E. nicht nötig und nicht haltbar, diese Konstruktion auf die Art. 118 ff der BV zu stützen. Diese Bestimmungen haben nach dem Willen des historischen Verfassungsgesetzgebers nicht jene zentrale Bedeutung oder gar jenen Vorrang, den eine mehr formal gerich-

⁴⁰ Vgl. oben unter I.

tete Theorie ihnen vindizieren muß. Und eine Verfassungstheorie, die von der oben dargelegten Hierarchie der materialen Grundnormen ausgeht, bedarf auch heute jener Konstruktion nicht.

c) Die logische Folge dieser Auffassung der Beschränkung der verfassungsändernden Gewalt ist die grundsätzliche Beschränkung auch der Volksinitiative. Was rechtlich nicht Gegenstand einer Verfassungsrevision sein kann, kann rechtlich auch nicht Inhalt eines Volksinitiativbegehrens sein. Im Sinne der obigen Darlegungen kann einem Volksinitiativbegehren, das die Schranken überschreitet, nicht einfach freier Lauf gelassen werden. Es ist – um der rechtsstaatlichen Demokratie willen! – vielmehr schon nach geltendem Recht Aufgabe der Bundesversammlung, ein solches Begehren grundsätzlich zurückzuweisen. Wie weit diese Sanktion geht, wird später (vgl. 3. Kapitel) darzulegen sein.

B. Die Schranken im einzelnen.

Wurde im Vorstehenden (unter A) der Nachweis versucht, daß in unserer rechtsstaatlich-demokratischen Ordnung die verfassungsändernde Gewalt und die Volksinitiative grundsätzlich begrenzt sind, so ist hier nun noch zu zeigen, was diese rechtliche Begrenzung im einzelnen bedeutet.

Diese fundamentalen Normen werden zwar in unserer BV nicht ausdrücklich als Schranken der Verfassungsrevision bzw. der Volksinitiative bezeichnet. Es sind aber auch nicht «bloß» «ethische» oder «überpositive» Normen. Es geht hier, wie wir zeigten, gar nicht um die Frage «positives Recht oder Naturrecht», sondern um die richtige Auslegung unserer positivrechtlichen Grundordnung. Diese wird allerdings zu sehr verschiedenen Ergebnissen gelangen, je nachdem sie das Einzelne isoliert oder im Rahmen des Ganzen sieht, und je nach der Grundauffassung von Demokratie und Verfassung, die das Rechtsdenken bestimmt⁴¹.

⁴¹ Vgl. oben 1. Teil, Kap. 1 und 2.

Man wird den im folgenden entwickelten Grundnormen vermutlich entgegenhalten, daß sie zu wenig bestimmt und damit als Schranken der Volksinitiative nicht klar genug seien. Diesem Einwand gegenüber ist einmal zu sagen, daß durch jene Grundnormen in der Tat nicht eine Grenzlinie gezogen wird, die es erlauben würde, a priori in jedem Fall den erlaubten vom unerlaubten Inhalt von Volksinitiativen scharf zu trennen; daß aber eine solche scharfe Grenzlinie auch gar nicht nötig ist, da die Sanktion – wie unten (vgl. 3. Kapitel § 3 II) gezeigt werden wird – nur die «offensichtlich» verfassungswidrigen Volksinitiativen treffen soll. Wenn aber, noch weitergehend, behauptet werden soll, daß jene Grundnormen als Richtpunkte überhaupt versagen müssen, da sie «nicht allgemeingültig» oder «nicht objektiv erkennbar» seien, dann wäre jede weitere Diskussion müßig. Es würde die Abdankung des Rechtsdenkens im allgemeinen und des schweizerischen Rechtsdenkens im besonderen bedeuten.

Die folgenden Ausführungen gehen, wie früher dargelegt, von einer anderen Grundlage aus.

I. Die Grundnormen unserer Verfassung.

Unter den «Grundnormen» verstehen wir die unantastbaren («unveränderlichen») Normen unserer Verfassung, der rechtsnormative Ausdruck der «Konstanten» unseres Staates, der Grundwerte unserer Staatsidee.

a) Der unantastbare Grundwert der menschlichen Person.

Die menschliche Person ist der zentrale Wert unserer Rechtsgemeinschaft; die Anerkennung der Würde und Freiheit der menschlichen Person ist die grundlegende unter allen Rechtsnormen. Sie ist die eigentliche Grundnorm unserer Verfassung. Sie ist der oberste Richtpunkt aller Rechtsverwirklichung, d. h. für die Anwendung des Rechtes wie für die Fortbildung des Rechtes. Diese geschöpfliche Würde der menschlichen Person ist die Mitte und das Ziel unserer Rechtsordnung. Der Mensch ist nie bloß Mittel, auch

nicht einfach Teil eines Kollektivs, nicht abgeleitet von einem Ganzen, nicht lediglich Glied eines Organismus. Die menschliche Person ist vielmehr der primäre Wert. In der Anerkennung dieses Wertes als unabdingbare Grundnorm unserer Rechtsordnung und als unverrückbarer Richtpunkt unserer Rechtspolitik, beruht das Bekenntnis zur Menschlichkeit im Recht. Nur auf diesem unantastbaren Fundament ist freie Gemeinschaft, rechtsstaatliche Demokratie möglich.

In einem Europa, das im 20. Jh. im jähen Abfall den Weg von der «Humanität über die Nationalität in die Bestialität» (Grillparzer) tatsächlich beschritten hat, ist dieser zentrale Wert nach dem 2. Weltkrieg in verschiedenen Verfassungen ausdrücklich ausgesprochen, zum Teil an die Spitze gestellt und durch Revisionsverbote als unantastbare Norm erklärt worden⁴². In unserer Verfassung fehlen, wie oben dargetan, nicht nur ausdrückliche Revisionsverbote, sondern es fehlt auch jenes ausdrückliche Bekenntnis zu diesem Grundwert. Und doch ist er auch in unserer Rechtsgemeinschaft der konstitutive Grundwert. Unser Rechtsstaat ist Ausdruck und Hort dieses Grundwertes.

Die Tatsache, daß unsere Bundesverfassung diese Grundnorm weder ausdrücklich nennt noch als unabänderliche («unantastbare», absolute) Norm irgendwie aus dem Kreis der übrigen Verfassungsnormen heraushebt, ist kein Einwand gegen ihr Bestehen. Sie kann gar nicht durch den staatlichen Gesetzgeber – auch nicht durch den Verfassungsgesetzgeber, auch nicht durch einen demokratischen Ver-

⁴² Vgl. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland («Bonner Grundgesetz») vom 23. Mai 1949, Art. 79 Abs. 3, dazu insbes. Horst Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung (Berlin 1953) S. 80 ff. und die dort Zitierten.

Zum Artikel 139 der italienischen Verfassung (Unantastbarkeit der republ. Staatsform) vgl. P. Biscaretti di Ruffia, Diritto Costituzionale, 3. Aufl. (1954) S. 199 ff. Zum Art. 95 der franz. Verf. von 1946 vergl. die im Referat von Louis Dupraz zit. Literatur.

fassungsgesetzgeber – «erzeugt», «geschaffen», «gesetzt» werden. Das *pouvoir constituant* kann diese Grundnorm nur anerkennen – darin liegt dann das grundlegende Bekenntnis zum Rechtsstaat – oder aber ganz oder teilweise verwerfen; damit wählt es den Weg des Willkürstaates, des Machtstaates, des Totalstaates.

Mit dieser Grundnorm ist auch die letzte entscheidende Begrenzung aller menschlichen Souveränität – auch der Volkssouveränität – ausgesprochen. Sie ist, wie dargetan, nicht gesetzte Norm; aber sie ist auch nicht bloß eine hypothetisch «vorausgesetzte» und inhaltlose Norm («hypothetische Grundnorm»), sondern sie ist eine wirklich vorausgesetzte Grundnorm mit einem ganz bestimmten, unverwechselbaren Inhalt.

Dieser Grundwert der menschlichen Person ist von unseren großen Denkern – im Anschluß an die große abendländische Tradition – immer wieder angerufen worden. Daß er selten ausführlicher behandelt, in den staatsrechtlichen Werken oft nur angedeutet wurde, darf in keiner Weise als Indiz für die Wichtigkeit bzw. Unwichtigkeit, die man ihm beimaß, genommen werden. Die «Eule der Minerva» beginnt, nach einem bekannten Wort von Hegel, «erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug»; und die Rechtsdogmatik – so ist man versucht, beizufügen – befaßt sich oft erst dann mit den Fundamenten der Rechtsordnung, wenn sie mehr oder weniger radikal bedroht sind. Dem Denken der liberalen Zeit war die Begrenzung des Staates so selbstverständlich, daß er keine Theorie der Schranken zu entwickeln brauchte, ja zum Teil sogar absolutistische Formeln (wie «absolute Souveränität», «Schrankenlosigkeit des *pouvoir constituant*») – deren Aktualisierung man a priori für ausgeschlossen hielt – übernehmen konnte.

Wir stehen heute – in einem Zeitalter der totalitären Tendenzen und der fortdauernden Drohung des Totalstaates – vor der Aufgabe, diese grundlegende Norm im System des Verfassungsrechtes an die richtige Stelle zu rücken. Der Grundwert der Freiheit und Würde der mensch-

lichen Person ist als Grundlage der freien demokratischen Rechtsgemeinschaft die fundamentalste aller Verfassungsnormen. Sie ist der zentrale Wert unserer rechtsstaatlichen Demokratie. Sie ist die unabdingbare Voraussetzung unseres *pouvoir constituant*, aber eben deshalb auch seine absolute Schranke, seinem Willen, seiner Satzungsbefugnis entzogen.

Daß der Machtwille – eines Einzelnen oder eines Kollektivs – faktisch auch die fundamentalsten Rechte mißachten kann, wissen wir wahrlich im Europa des 20. Jh. wieder, daß dies aber eine rechtliche Möglichkeit sein soll, ist wenig sinnvoll⁴³. Mit dieser Mitte des Grundwertes der menschlichen Person steht und fällt unsere Verfassungsordnung. Jede Abkehr von diesem Grundwert ist ein revolutionärer Akt und soll als solcher nicht verhüllt, sondern deutlich werden. Unser Verfassungssystem ist eine zwar keineswegs vollkommene, aber doch immerhin sehr bedeutsame Ausprägung dieses Grundwertes. Die Verfassungsrevision gemäß BV 118 ff. soll unter den jeweils neuen Bedingungen die bessere Verwirklichung und Entfaltung ermöglichen; aber es kann und darf nicht ihr Sinn sein, dieses Fundament zu beseitigen, abzubauen oder zu ersetzen.

⁴³ Kelsen konnte noch 1928 schreiben: «Jeder beliebige Inhalt kann von der Rechtsordnung aufgenommen werden ... Die Einführung der Sklaverei als Rechtsinstitut liegt durchaus im Bereich der Möglichkeiten einer Rechtsordnung oder des Staates» (Souveränität S. 45 ff.). Kelsen spricht dabei nicht etwa von der faktischen Möglichkeit, sondern von der rechtlichen Möglichkeit. Vgl. auch RR 63, 104. Ähnlich Löwenstein, Erscheinungsformen der Verfassungsänderung, S. VI, 306, wonach «jede inhaltliche Verfassungsänderung, gesteigert bis zur Totalaufhebung der Verfassung, gestattet ist». Nach dem berühmt gewordenen Wort von Anschütz stellt die Revisionsklausel von Art. 76 der Weimarer Verfassung die ganze Verfassung «zur Disposition des Gesetzgebers», «ohne Unterschied des Inhalts und der politischen Tragweite» (Die Verfassung des deutschen Reiches, S. 348 ff.). Nicht minder absolut Somló: «Es gilt unumstößlich die Wahrheit, daß die Rechtsmacht ... jeden beliebigen Inhalt setzen kann» (Jurist. Grundlehre S. 308).

Gerade vor dieser zentralen Grundnorm muß es klar werden, daß eine Verfassungsauslegung, die alle Verfassungsnormen als gleichwertig und damit auch gleicherweise abänderbar qualifiziert, eine in mehrfacher Hinsicht bedenkliche Mißdeutung unserer rechtlichen Grundordnung darstellt. Hinter der formalen Gleichstufigkeit der Verfassungsnormen steht eine klare materiale Hierarchie. Die «Norm der Normen» aber ist der Grundwert der menschlichen Person⁴⁴. Sie findet ihre erste Konkretisierung und Gewährleistung in den übrigen unveränderlichen Grundnormen (vgl. unten lit. b ff.), sodann in den gewöhnlichen Verfassungsnormen und endlich in allen übrigen Rechtssätzen.

b) *Die Freiheitsrechte.*

Die relativ deutlichste ausdrückliche Formulierung des Grundwertes, den wir unter a) aufzuweisen versuchten, findet sich in Art. 11 des ZGB: «Rechtsfähig ist jedermann.» Damit ist – auf der Stufe des gewöhnlichen Gesetzes – eine Norm ausgesprochen, die nicht nur für das Zivilrecht, sondern für die ganze Rechtsordnung gilt und die richtigerweise als eine Norm – genauer eine Grundnorm – der Verfassungstufe qualifiziert werden muß. Abgesehen von dieser Norm aber hat jener Grundwert seinen ausdrücklichen Niederschlag vor allem in den sogenannten «Grundrechten» und hier insbesondere in den Freiheitsrechten unserer Verfassung gefunden.

Die Freiheitsrechte unserer Verfassungsordnung sind von grundlegender Bedeutung für die ganze Staatsstruktur.

⁴⁴ François Guisan, *Conclusions d'un cours de philosophie du droit* (1950) 269; A. Egger, *Die deutsche Staatsumwälzung und die schweiz. Demokratie* (1934) 26 ff.; in «Freiheit des Bürgers im schweiz. Recht» S. 305 ff.; W. Kägi, ZSR 1952 S. 224 f.; Festgabe für Giacometti S. 134 ff.; Anspruch der Schweizerfrau auf politische Gleichberechtigung S. 42; in «Freiheit des Bürgers» (1948) S. 54 f.; H. Haug, *Schranken* S. 66 f. – Sehr nachdrücklich – in einer Zeit, da sich der Positivismus seinem Höhepunkt näherte – schon G. Jellinek, AStL S. 482 f. («An der Anerkennung der Einzelpersonlichkeit hat unter allen Umständen staatliche Kompetenzerweiterung ihre Grenze.»)

Sie schaffen eine Verhältnisordnung zwischen Individuum und Staat in dem Sinne, daß die Zuständigkeit des Staates grundsätzlich begrenzt, die Freiheit des Individuums dagegen grundsätzlich unbegrenzt ist.

Wie haben hier keine Dogmatik dieser Freiheitsrechte zu entwickeln, sondern nur eine Grundfrage jener Dogmatik – die Stellung der Freiheitsrechte in der Hierarchie der Rechtsnormen – zu überprüfen. Ein relativistischer Positivismus hat auch diese Frage einfach beantwortet: die Freiheitsrechte sind ein Teil des Verfassungsrechtes und damit der gleichen rechtlichen Kraft teilhaftig wie alle übrigen Normen der Verfassungsstufe. Einzelne Vertreter des Positivismus wollten, in strenger Befolgung des Kodifikationsprinzipes, gar nur die in der Verfassungsurkunde ausdrücklich positivierten Grundrechte als Verfassungssätze gelten lassen.

Die radikale Bedrohung der Grundrechte und des Rechtsstaates durch den Totalitarismus hat einer gründlichen Neubestimmung und einer sehr grundsätzlichen Aufwertung der Grundrechte gerufen und zwar nach zwei Richtungen: Einerseits wurde gegenüber der Lückenhaftigkeit der Kodifikation in unseren kantonalen Verfassungen wie in unserer Bundesverfassung das Prinzip der Lückenlosigkeit der Freiheitsverbürgung als selbstverständliches und sinngemäßes Auslegungsprinzip deutlich gemacht⁴⁵; andererseits aber sind die Freiheitsrechte sehr entschieden wieder in dem ihnen zukommenden grundlegenden Wert erfaßt worden. Dementsprechend hat man auch bei uns die Freiheitsrechte wieder als «ewige Normen»⁴⁶ bezeichnet.

Das war angesichts der radikalen totalitären Drohung, zunächst eine politische, bzw. rechtsethische Qualifikation. Man hat wieder neu erkannt, daß die Freiheitsrechte die unabdingbare funktionelle Voraussetzung der Demokratie darstellen. Aber weil man nicht aus dem Bannkreis des

⁴⁵ Vgl. 1. Teil, Anm. 20.

⁴⁶ Z. Giacometti, KStR 69; BStR 706.

positivistischen Denkens herauszutreten vermochte, wurde das Dogma von der Schrankenlosigkeit («potentiellen Totalität», «juristischen Allmacht», «formalen Omnipotenz») nicht in Frage gestellt, sondern blieb weiterhin als Schlußstein des Verfassungssystems anerkannt. Damit wurde die Antinomie zwischen den «ewigen» Freiheitsrechten und der «absoluten» Entscheidungsgewalt des obersten Staatsorgans zugunsten der letzteren entschieden. Die «ewigen» Normen sind aber damit rechtlich doch keine ewigen Normen, sondern revidierbare Normen.

Nach der hier vertretenen Auffassung dagegen sind die Freiheitsrechte nicht nur politisch und rechtsethisch, sondern auch rechtlich «ewige», d.h. absolute Normen. Sie gehören als Grundnormen unserer Verfassung zu jenem unabänderlichen, absoluten Verfassungssystem, das weder im Wege der Partialrevision noch der Totalrevision angetastet werden kann. Menschliche Satzungsgewalt kann diese Grundnormen wohl, soweit nötig, konkretisieren, entfalten, gewährleisten; aber sie kann sie nicht beseitigen. Diese «ewigen» Normen sind, in einem prägnanten Sinne des Wortes, vor- und überstaatliche Rechte⁴⁷. Und zwar ergeben sie sich keineswegs bloß als notwendige «funktionelle Voraussetzung» der Demokratie, d.h. der politischen Rechte; nach der Logik der Hierarchie der materialen Grundnormen ist es vielmehr so, daß die Freiheitsrechte im Verhältnis zu den politischen Rechten die primären sind⁴⁸.

⁴⁷ W. Kägi, Verfassung S. 166 f.; Claude du Pasquier, La liberté et le Droit Suisse, in «Freiheit des Bürgers» (1948) S. 12 f.; A. Egger, Rechtsethik S. 2 ff., 92 ff.; H. Oswald, daselbst S. 19 ff.; 32 ff.; R. Jagmetti, a.a.O. S. 23; Fleiner, Staatsauffassung der Franzosen S. 16 f., D. Schindler, Recht, Staat, Völkergemeinschaft S. 45 ff., 62 ff., 219 ff., 233 ff.; Z. Giacometti, BStR S. 706, 31; H. Nef ZSR 1942 S. 140f. («eine absolute und unübersteigliche Grenze jeder staatlichen Gewalt, also auch der höchsten». Vgl. auch schon J. Dubs, Öffentl. Recht II 24, I 175f.

⁴⁸ W. Kägi, in «Freiheit des Bürgers» S. 65 ff.; Demokratie zwischen Individualismus und Kollektivismus, in Jahrbuch «Die Schweiz» 1946 S. 62 ff.

c) *Die Rechtsgleichheit.*

Das Prinzip der Rechtsgleichheit ist, wie das Bundesgericht es bereits in einem Entscheid vom 2. April 1880 festgehalten hat, «ein Prinzip der staatlichen Gerechtigkeit, das die gesamte Rechtsordnung beherrscht» (BGE Bd.6 S. 172). Auch in der Theorie ist dieser umfassende Anspruch als «allgemeines, das gesamte staatliche Leben beherrschendes Prinzip» (Z. Giacometti) immer wieder mit neuem Nachdruck behauptet worden⁴⁹.

Wiederum ist es nicht unsere Aufgabe, Art. 4 der BV, bzw. das, was die Praxis aus diesem Grundsatz im Laufe der Jahrzehnte gemacht hat, im ganzen und im einzelnen darzustellen, sondern wir haben uns auch hier lediglich mit der Frage zu befassen, wo dieses Prinzip in der Hierarchie der Rechtsnormen richtigerweise einzuordnen ist. Wir begegnen einer ähnlichen Problematik wie bei den Freiheitsrechten. Politisch und rechtsethisch wird die fundamentale Bedeutung der Rechtsgleichheit – als Eckpfeiler der Demokratie wie des Rechtsstaates – sehr nachdrücklich betont und man durfte auch diese Norm in einer Zeit der neuen abgründigen Willkür und der neuen brutalen Diskriminierung mit Recht als eine «ewige Norm» bezeichnen. Die Rechtsgleichheit ist – als Recht der «gleichen Freiheit» – mit den Freiheitsrechten untrennbar verbunden.

Die klare rechtliche Anerkennung dieses Grundsachverhaltes aber stößt wieder auf die gleichen Schwierigkeiten wie bei den Freiheitsrechten. Und doch müßte es heute leichter fallen, gerade diese Norm auch im Recht als «ewige Norm» anzuerkennen, da ja ein Großteil der Prinzipien, welche die Bundesbehörden, insbesondere das Bundesge-

⁴⁹ Z. Giacometti, Bundesstaatsrecht 412; W. Burckhardt, Komm. S. 25; H. Huber in «Recht, Staat, Wirtschaft» Bd. 4 (1953) S. 130 ff.; H. Nef, SJK «Rechtsgleichheit» S. 2; M. Imboden, Der Schutz vor staatlicher Willkür (1945) S. 13 ff.; S. Frick, Die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz, ZüDiss. 1945 S. 205 ff.; W. Kägi, Der Anspruch der Schweizerfrau auf politische Gleichberechtigung, 1956, S. 10 f.

richt, auf Grund von BV Art.4 entwickelt haben, positivistisch gar nicht auf diesen Artikel, der ursprünglich eine sehr begrenzte Tragweite hatte, begründet werden können. Es handelt sich um eine bedeutende rechtsschöpferische Leistung, die zwar im allgemeinen ganz im Sinn und Geist unserer Verfassungsordnung erfolgt ist, sich aber, positivrechtlich gesehen, nur zum Teil auf BV Art.4 berufen kann, zum größeren Teil dagegen auf ungeschriebenen Verfassungsnormen, auf überpositiven Rechtsgrundsätzen, auf «fundamentalen Rechtsanschauungen» basiert⁵⁰. Die Logik des geschlossenen positivistischen Systems muß indessen auch hier die Antinomie zwischen der «ewigen Norm» der Rechtsgleichheit und der Schrankenlosigkeit der obersten Entscheidungsgewalt voraussetzungsgemäß zugunsten der letzteren auflösen.

Für die im Vorstehenden begründete Grundauffassung unserer Verfassungsordnung dagegen gehört der Grundsatz der Rechtsgleichheit zu den unabänderlichen Grundnormen, die zusammen das absolute Verfassungssystem ausmachen. Die Rechtsgleichheit umhegt die menschliche Person und die freie Gemeinschaft in ganz besonderer Weise. Sie ist ein unabdingbarer Eckpfeiler der Demokratie wie des Rechtsstaates. Sie ist nicht nur in einem politischen Sinne eine «Konstante» oder eine «ewige Norm», sondern in einem sehr prägnanten Sinne auch eine rechtliche Grundnorm⁵¹.

d) *Das föderalistisch-bündische Prinzip.*

Das föderalistisch-bündische Prinzip ist immer wieder als wesentliches Element unserer Staatsidee, als eine der großen Konstanten unserer Grundordnung, ja geradezu als *conditio sine qua non* unseres vielgestaltigen, multi-nationalen Gemeinwesens bezeichnet worden.

Als Verfassungsprinzip aber ist es im Staatsrechtsdenken schrittweise relativiert worden. Man hat den Föderalismus mehr und mehr lediglich noch als organisato-

⁵⁰ Z. Giacometti, BStR 424 f.; Imboden, a.a.O. S. 20 ff.

⁵¹ Vgl. die in Anm. 49 zit. Autoren.

risches Prinzip aufgefaßt. Ein Zeitalter, das die Entwicklung in der Richtung der Zentralisierung und Unitarisierung weithin als unausweichliches Fatum gesehen, ja «Vereinheitlichung» und «Fortschritt» vielfach geradezu identifiziert hat, konnte gar nicht föderalistisch denken. Der Föderalismus wurde nur noch als eine Ausprägung der Dezentralisation erfaßt.

Die Verabsolutierung des demokratischen Prinzips war von einer Relativierung des föderalistischen Prinzips begleitet. Dem Demokratismus ist die unitarisch-zentralistische Tendenz immanent; er beansprucht auch nach dieser Richtung die «potentielle Totalität», die «juristische Allmacht». Vor diesem absoluten Anspruch aber kann es keine absoluten Rechte des Föderalismus mehr geben, weder in der Form «vertragsmäßiger Elemente» noch in der Form von «unveränderlichen» («absoluten», «unantastbaren») Grundnormen. Auch die Normen über den Föderalismus gehören insgesamt zu dem «einerlei» Verfassungsrecht.

Nach der hier vertretenen Auffassung dagegen gehören die grundlegenden Normen unserer föderativen Ordnung zum absoluten Verfassungssystem. Die Preisgabe der föderativen Ordnung wäre für die Schweizerische Eidgenossenschaft weit mehr als nur die Preisgabe eines organisatorischen Prinzips. Wenn es wahr ist, was in ungezählten Bekenntnissen immer wiederholt wird, nämlich daß die föderative Grundordnung unabdingbar zur ratio essendi der vielgestaltigen Schweiz gehört, dann gilt es, dieses grundlegende Element unseres Nomos auch im Recht adäquat zu erfassen: als «unveränderliche» Grundnorm, als Bestandteil des «absoluten Verfassungssystems»⁵².

⁵² Vgl. «Freiheit des Bürgers» S. 57 ff., 67 ff., 70 ff.; Vom Sinn des Föderalismus, Jahrbuch «Die Schweiz» 1944 S. 44 ff.; Z. Giacometti, BStR 706 f., 31 ff.; H. Nef, ZSR 1942 S. 145 ff.; H. Nawiasky, Aufbau und Begriff der Eidgenossenschaft (1937) S. 39 f.; Oskar Bauhofer, Eidgenossenschaft (1939) S. 28 ff. (die Confœderatio helvetica als «Urgestalt unserer Staatlichkeit» bleibt «unantastbar und unaufhebbar»; der Einheitsstaat ist «bundeswidrig»).

e) *Das rechtsstaatliche Prinzip.*

Das rechtsstaatliche («verfassungsstaatliche», «konstitutionelle») Prinzip gehört ebenfalls zu den Konstanten unseres Staates. Zwar war bei der Gründung unseres Bundesstaates sehr viel mehr von den Fragen der Existenzsicherung des neu geschaffenen Staates, von der Gestaltung der bundesstaatlichen Einheit und des demokratischen Aufbaues die Rede als von der rechtsstaatlichen Ordnung. Und doch waren die Verfassungen von 1848 und 1874 auch ein Bekenntnis zum Rechtsstaat (Verfassungsstaat) und seinen Prinzipien. Der Rechtsstaatsgedanke ist im Laufe der Jahrzehnte im ganzen wie im einzelnen in mehrfacher Hinsicht geklärt und entfaltet worden.

Aber gleichzeitig ist auch nach dieser Richtung eine Relativierung erfolgt. Wie die Antinomie zwischen Demokratie und Föderalismus so wurde auch die Antinomie zwischen Demokratie und Rechtsstaat zugunsten der Demokratie aufgelöst. Vor der absoluten Entscheidungsgewalt des demokratischen *pouvoir constituant* haben auch die rechtsstaatlichen Grundnormen nur relative Geltung; auch sie gehören, in keiner Weise herausgehoben, zu dem «einerlei» Verfassungsrecht.

Nach der hier vertretenen Auffassung – die wir an anderer Stelle ausführlich begründet haben⁵³ – sind die Grundnormen des Rechtsstaates ebenfalls «unabänderliche» Normen und als solche Bestandteile des absoluten Verfassungssystems. In radikal bedrohter Zeit ist das Unabdingbare dieses «*bloc des idées incontestables*» als Armatur der freien Gemeinschaft ganz neu erfaßt worden; es geht auch im Staatsrecht darum, diese Erkenntnis in der angedeuteten Weise adäquater zum Ausdruck zu bringen⁵⁴.

⁵³ Vgl. Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848 (Rückblick und Ausblick), ZSR 1952 S. 173 ff.; Rechtsstaat und Demokratie, in der Festgabe für Z. Giacometti (1953) S. 107 ff.; Richard Bäumlin, Die rechtsstaatliche Demokratie (1954) S. 43 ff., 87 ff.

⁵⁴ Ein Minimum von Rechtsstaatlichkeit wird auch von vielen Positivisten als Schranke anerkannt, wo die folgerichtige Durch-

f) *Das demokratische Prinzip.*

Das demokratische Prinzip ist eine weitere Konstante unserer Grundordnung, ja es wird zumeist geradezu als die entscheidende Wesensbestimmung unserer Grundordnung angesehen. Wenn der «einfache Bürger» unsere Verfassung auf ein Prinzip zurückführen soll, dann wird er in aller Regel auf die Demokratie kommen; und wenn der Jurist in dieser Weise gefragt wird, dann wird er gleich oder ähnlich antworten. Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes ist Grundlage und Ausgangspunkt für die ganze staatsrechtliche Ordnung. Wenn die Entscheidungsgewalt des Volkes (d.h. aber konkret: die Mehrheit der an der betreffenden Abstimmung teilnehmenden stimmberechtigten Bürger) absolut gesetzt wird, dann sind alle anderen Grundnormen durch diese souveräne Dezision eo ipso relativiert.

Auch wir sehen das demokratische Prinzip durchaus als eine grundlegende Norm unserer Verfassung, aber sehen darin nicht die einzige Grundnorm, sondern eine in Verbindung mit anderen. Dieser Verbindung mit anderen Grundnormen, dem absoluten Verfassungssystem, fehlt allerdings die Einfachheit und (scheinbare) Klarheit des monistischen Systems der absolutistischen Demokratie. Weil das demokratische Prinzip erst von jenen anderen Elementen her seine richtige Bestimmung erhält, steht es hier am Schluß der «Konstanten» der schweizerischen Staatsidee. Damit ist eine klare Bestimmung, nicht aber eine Abwertung des demokratischen Prinzips angestrebt. Die Demokratie ist die Staatsform, die alle (mündigen) Bürger als Mitverantwortliche und Mitentscheidende ernst nimmt. Erst dadurch wird die Personwürde eines Rechtsgenossen voll anerkannt, daß er zur Ausübung der Souveränitätsrechte berufen ist; erst dadurch wird die Autonomie, die Selbstbestimmung, die Freiheit des Bürgers respektiert,

führung der positivistischen These sinnlos würde. Vgl. Kelsen, Souveränität S. 43 f.; R. Thoma, HdbdStR II 140 ff., 145, 151; W. Burckhardt, System und Methode S. 257 unten.

daß er an der Setzung des Rechtes, dem er untersteht, als Mitbestimmender (zumindest potentiell) teilhat. Darin beruht das Große und Unverlierbare an der Demokratie.

Die Grundnormen, welche die (subjektiven) Rechte des demokratischen Staatsbürgers, und das Funktionieren der demokratischen Institutionen gewährleisten, sind unantastbare Bestandteile des absoluten Verfassungssystems⁵⁵.

II. Die Totalrevision als Schranke der Partialrevision.

Die Totalrevision ist nach unserer Bundesverfassung eine Schranke der Partialrevision, d.h. eine Volksinitiative auf Partialrevision kann nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die nur im Wege einer Totalrevision revidiert werden kann.

Die Bundesverfassung macht im 3. Abschnitt die Unterscheidung zwischen Partial- und Totalrevision, ohne allerdings das Kriterium ausdrücklich zu normieren. Die Theorie hat die Abgrenzung versucht. Sie hat dabei im allgemeinen richtig erkannt, daß eine rein formale Abgrenzung nicht möglich ist, und daß auch das Abstellen auf die Zahl der in Frage stehenden Verfassungsartikel nicht weiterhilft; entscheidend für die Abgrenzung ist letztlich der Inhalt, d.h. die Wichtigkeit des Inhaltes der in Revision gezogenen Normen⁵⁶. So kann eine Revision, die eine große Zahl von Verfassungsartikeln betrifft, trotzdem eine Partialrevision (bzw. einen Komplex von Partialrevisionen) bilden, während andererseits eine inhaltlich grundlegende Revision eine Totalrevision erfordern kann, auch wenn sie formell zunächst nur einen einzigen Verfassungsartikel visiert.

Das Problem, das sich hier stellt, ist das Problem des Formenmißbrauchs: die Versuchung, in der harmloseren, weniger Aufsehen erregenden Form der Partialrevi-

⁵⁵ Das wird im demokratischen Staat gewöhnlich als Unantastbarkeit noch anerkannt. Diese Beschränkung steht noch ganz im Banne der mächtig nachwirkenden Lehre vom demokratischen *pouvoir constituant*. Vgl. dazu auch 2. Teil Anm. 29.

⁵⁶ Vgl. auch Z. Giacometti, KStR 448 f.; BStR 704, 735 oben.

sion eine Verfassungsrevision anzustreben, die nach Inhalt und Tragweite eigentlich eine Totalrevision darstellt. Das Problem hat sich gestellt in der Auseinandersetzung mit der sogenannten «Kriseninitiative»⁵⁷. Leider hat es die Bundesversammlung 1935 versäumt, diese Volksinitiative nach verfassungsrechtlichen Prinzipien zu behandeln. Die Folgen waren sehr weittragend. Im konkreten Entscheid dominierte die opportunistisch-politische Überlegung über das Recht; das Präjudiz, das anhand eines geradezu klassischen Falles die Abgrenzung zwischen Partialrevision und (verkappter) Totalrevision hätte bringen können, wurde nicht gesetzt und der Formenmißbrauch wurde nicht als solcher stigmatisiert. Die Fernwirkung der mangelnden Sanktion aber mag auch in Zukunft noch sein, daß das versäumte Präjudiz ähnliche Vorstöße ermuntern oder doch erleichtern wird⁵⁸.

III. Die Schranke des tatsächlich unmöglichen Inhaltes

Unser Obligationenrecht bestimmt in Art. 20 u. a., daß «ein Vertrag, der einen unmöglichen Inhalt hat ... nichtig» ist. Dieser Rechtssatz ist schon in den Digesten im Grundsatz und in vielen Einzelfällen klar aufgewiesen worden: «Impossibilium nulla obligatio est (D 50, 17, 185)⁵⁹. Er hat auch im Völkerrecht Anerkennung gefunden: Die Verpflichtung, etwas physisch Unmögliches zu leisten, kann nicht Gegenstand eines völkerrechtlichen Vertrages sein. Wenn dennoch ein solcher Inhalt vereinbart wird, dann entsteht daraus kein klagbarer Anspruch auf Schadenersatz, weil ein solcher Vertrag rechtlich nichtig («null and void»)

⁵⁷ Vgl. BBl 1935 I 277 f.; Z. Giacometti, Die Einheit der Materie ... und die Kriseninitiative, SJZ 1935/36 S. 93 ff.; M. Kuhn, a. a. O. S. 156 f.

⁵⁸ Dieses Präjudiz wurde auch in der Frage der «Einheit der Materie» nicht gesetzt. In den Diskussionen der Räte steht die politische Frage jeweils gegenüber der rechtlichen stark im Vordergrund. Vgl. M. Kuhn, a. a. O. S. 150 ff.

⁵⁹ Vgl. B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 4. Aufl., § 264, § 315 und die dort zit. umfangreiche ältere Literatur.

ist⁶⁰. Dieser Rechtsgedanke darf aber füglich als ein allgemeiner angesprochen werden. Auch in unserem Staatsrecht ist eine Norm, die etwas tatsächlich Unmögliches stipuliert, rechtlich unverbindlich⁶¹. Demgemäß aber ist eine Volksinitiative, die etwas anbegehrt, das tatsächlich nicht verwirklicht werden kann, rechtlich nichtig⁶².

⁶⁰ Vgl. Alfred Verdross, Völkerrecht S. 135; Oppenheim/Lauterpacht International Law I 807, 851.

⁶¹ Vgl. G. Jellinek, AStL 484: «Da das faktisch Unmögliche niemals als rechtliche Möglichkeit konstruiert werden darf.» Die Lehre G. Jellineks leidet an einem inneren Zwiespalt; er sieht, wie sein ganzes Werk beweist, sehr klar die Notwendigkeit letzter Schranken, aber er lehnt gleichzeitig «absolute rechtliche Schranken» ab. Das führt ihn zu dem (wenig glücklichen) Begriff der «politischen Unmöglichkeit» (Gerade die «politischen Unmöglichkeiten», die er hier andeutet, sind in seinem Lande einige Jahrzehnte später «politisch möglich» geworden!). – Auch die «tatsächliche Unmöglichkeit» ist richtigerweise als eine «rechtliche Unmöglichkeit» zu qualifizieren, so daß man eigentlich genauer unterscheiden müßte zwischen dem Bereich der «rechtlichen Unmöglichkeit im weiteren Sinne», welche sowohl die «tatsächliche Unmöglichkeit» wie die «rechtliche Unmöglichkeit» umfaßt und dem Bereich der «rechtlichen Unmöglichkeit im engeren Sinne», welche durch die unabänderlichen materiellen Schranken (das absolute Verfassungssystem) umschrieben wird. Diese letztere ist das große Problem. – Vgl. über die «tatsächliche Unmöglichkeit» im Staatsrecht auch Dicey, Introduction S. 42f.; H. Huber, Schranken der Verfassungsinitiative, NZZ 6. Mai 1956, Nr. 1304.

⁶² Der Grundsatz kann theoretisch sehr scharf formuliert werden und ist auch, soweit «tatsächliche Unmöglichkeit» vorliegt, klar festzuhalten. Aber das Leben stellt auch hier die Frage nicht mit der Klarheit des Schulfalles, wie die «Chevallier-Initiative» zeigt. Vgl. dazu den 2. Bericht des Bundesrates über das Volksbegehren für eine vorübergehende Herabsetzung der Militärausgaben (Volksinitiative für eine Rüstungspause) vom 8. August 1955, BBl 1955 II 325 ff., insbes. S. 334 ff. Von den beiden Tatbeständen, die dort unter dem Begriff der «praktischen Durchführbarkeit» geprüft werden, ist nur der erstere, die Durchführbarkeit im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Zeit, anhand dieser Schranke der «tatsächlichen Unmöglichkeit» zu überprüfen; der andere Tatbestand, die «materielle Durchführbarkeit» ist eine Frage der «Schranke der staatlichen Existenz» (vgl. unter IV).

IV. Die Schranken der staatlichen Existenz

Die Aussage, daß die Volksinitiative an der «staatlichen Existenz» ihre Schranken findet, umschließt mindestens drei Probleme, die zu unterscheiden sind:

a) Einmal jene Initiativen, die eine sehr grundlegende Änderung des politischen Status, nämlich die Beseitigung der «absoluten» Selbstbestimmung eines bisher selbständigen («souveränen») Volkes, bzw. die Beseitigung der «relativen» Selbstbestimmung eines im Rahmen der gliedstaatlichen Autonomie selbständigen Volkes, anstreben. Die rechtliche Unzulässigkeit solcher Initiativen wird zumeist so begründet, daß die «staatliche Existenz» eine Schranke solcher Begehren sei.

Diese These wird in der Regel sehr absolut behauptet, und sie wird von vielen vertreten, die sonst keinerlei absolute Schranken anerkennen⁶³.

Es ist zunächst zweifelsohne richtig, daß es nicht der Sinn eines «rechtlichen» Verfahrens sein kann, die eigenen Voraussetzungen, die Grundlage der ganzen Ordnung, zu beseitigen; und wenn die Erhaltung der «staatlichen Existenz» als Erhaltung dieser grundlegenden Voraussetzungen gesehen wird, dann ist sie zweifelsohne eine Schranke aller Verfassungsrevision⁶⁴. Aber es ist nicht im gleichen Sinne eine absolute Norm wie die Normen unter Ziff. I, insbesondere die Grundnorm der Freiheit und Würde der menschlichen Person; denn es geht nicht um die Erhaltung der Existenz «an sich» – obwohl in einzelnen bedrängenden nationalen Notständen die Erhaltung der «nackten Existenz» geradezu als einziges Anliegen und einziger Impera-

⁶³ Es ist bezeichnend für die geistesgeschichtliche Situation unseres Jahrhunderts, daß das Argument der «Existenz» in aller Regel eine weit größere Evidenz hat als das Argument des Wertes (der absoluten Norm); die «normative Kraft des Faktischen» wird bereitwilliger anerkannt als die «normative Kraft des Normativen».

⁶⁴ Vgl. Z. Giacometti, BStR 707 Anm. 23 KStR; Gutachten zur Rheinau-Initiative vom 24. September 1953 II Ziff. 1 lit. a; H. Nef, ZSR 1942 S. 137.

tiv erscheinen mag –, sondern um die Erhaltung einer sinnvollen und das heißt eben einer sich in der Verwirklichung der Grundnormen des absoluten Verfassungssystems erfüllenden Existenz. Diese absoluten Grundwerte können im bestehenden Staatsverband ihre (relativ) beste Erfüllung finden; es kann aber im Laufe der geschichtlichen Entwicklung, durch die Veränderung der Verhältnisse, auch dazu führen, daß der weitere (oder ein engerer) Verband bessere (oder u.U. die alleinigen) Voraussetzungen für die Verwirklichung jener Grundwerte bietet. Die Behauptung der «Existenz» als einziger oder allein wegleitender absoluter Schranke der Verfassungsrevision würde die Perpetuierung des status quo bedeuten; sie wäre das unbedingte Nein zu jeder umfassenderen Föderation, aber auch zu jeder Veränderung der bestehenden Aufgliederung⁶⁵.

Ohne auf diese allgemeine Problematik an dieser Stelle näher einzugehen, möchten wir nur festhalten, daß die «Existenz» zwar eine selbstverständliche Schranke der Verfassungsrevision ist, daß sie aber nicht im gleichen Sinne absolut gesetzt werden darf wie die Grundwerte der freien personalen Gemeinschaft.

b) Sodann sind es jene Initiativen, die in ihren Auswirkungen zu einer Gefährdung der staatlichen Existenz führen. Die Beseitigung der eigenstaatlichen Existenz ist in diesen Fällen zwar nicht Inhalt des Revisionsbegehrens, aber sie kann seine Folge sein. Es sind jene Revisionsbegehren, die – direkt oder indirekt, offen oder verhüllt – die geistig-sittlichen, wirtschaftlichen, finanziellen bzw. mili-

⁶⁵ Die unbedingte Bejahung der gesamtschweizerischen Existenz wird damit in keiner Weise in Frage gestellt. Die unbedingte Bejahung der föderativen Ordnung der Schweiz steht ebenfalls nicht zur Diskussion; aber wir sehen die Schranke der Verfassungsrevision nach dieser Richtung im «föderalistisch-bündischen Prinzip» (als Grundnorm des absoluten Verfassungssystems, vgl. I lit. d) und nicht in der «Existenz» im Sinne der Perpetuierung einer bestimmten historischen Entscheidungseinheit.

tärischen Voraussetzungen der Erhaltung der staatlichen Existenz antasten. Die Unterminierung der staatlichen Existenz auf diesem Wege kann bewußt gewollt sein; sie kann aber auch einem Geist der Illusionen entspringen⁶⁶.

c) Endlich sind es jene Initiativen, die an sich verfassungsgemäß sind, die staatliche Existenz weder direkt noch indirekt gefährden, die aber in einem (echten) staatlichen Notstand nicht ohne Gefahr verwirklicht werden können.

Dieses Problem des Ausnahmezustandes haben wir hier nicht näher zu behandeln. Grundsätzlich ist auch hier der strenge Maßstab zu fordern; insbesondere dürfen bloß taktische Überlegungen nicht unter dem Deckmantel von Geboten der Staatsraison zu dilatorischer Behandlung führen. Die Folge eines echten Notstandes ist übrigens in diesem Fall nicht die Nichtigkeit der betroffenen Volksinitiative, sondern lediglich ihre Suspension für die Dauer des Notstandes.

V. Die Schranke des nicht-verfassungswesentlichen Inhaltes

Im Gegensatz zu den im Vorstehenden (Ziff. I) behandelten Schranken der Partialrevision nach oben handelt es sich hier gleichsam um die Frage der Schranken nach unten⁶⁷. Dort sind es Normen, die wegen ihrer grundlegenden Bedeutung nicht im Wege der Partialrevision gesetzt bzw. abgeändert werden können; hier sind es Normen, die nicht in die Verfassung hineinkommen sollen, weil sie nicht verfassungswesentlich sind.

Das Postulat, wonach die Verfassung nur die wesentlichen Normen enthalten soll, findet grundsätzlich weite Zustimmung; in der Durchführung aber stoßen wir auf eine

⁶⁶ Unter diesen Begriff «Gefährdung der staatlichen Existenz» ist richtigerweise zu subsumieren, was gelegentlich unter dem Begriff der «materiellen Undurchführbarkeit» geht. Vgl. Anm. 62.

⁶⁷ Vgl. H. Nef, ZSR 1942 S. 111 f.: die «untere Grenze» und die «obere Grenze» aller Verfassungsrevision.

Haltung, die diese «Schranken nach unten» praktisch völlig preisgegeben hat. Die Tendenz der Praxis wird gerade auch nach dieser Richtung stark gefördert durch die Resignation der Theorie. Die Verfassung – so argumentiert man – enthalte keine Legaldefinition der verfassungswesentlichen Materie und damit kein Kriterium für die Grenzziehung zwischen Verfassungsmaterie und Gesetzesmaterie. Die Verfassung enthalte auch keine Bestimmung, wonach sie rechtlich nur generell-abstrakte Normen enthalten dürfe, so daß auch die individuell-konkrete Norm auf der Verfassungsstufe zulässig sei⁶⁸.

Wir möchten demgegenüber daran festhalten, daß auch diese Schranke nach unten in unserer Bundesverfassung besteht. Nach dem Sinn und Anspruch unserer BV sollen nur die wichtigsten Rechtsnormen in die Verfassung aufgenommen werden und diese Normen sollen grundsätzlich generell-abstrakter Natur sein⁶⁹. Richtig ist, daß die Abgrenzung von Verfassungs- und Gesetzesmaterien nicht scharf und eindeutig gezogen werden kann. Aber die Verfassung macht die Unterscheidung zwischen der Verfassungsinitiative, die sie kennt (BV Art. 121), und der Gesetzesinitiative, die sie auf Bundesboden bis zur Stunde nicht kennt. Sie fordert damit die rechtliche Unterscheidung. Diese ist schwierig, aber nicht unmöglich, zumal es auch hier gar nicht um jene scharfe, eindeutige Grenzlinie geht, sondern um eine Linie, die es erlaubt, wenigstens die Normen auszuschließen, die offensichtlich nicht in die Verfassung gehören (vgl. 3. Kapitel). Es ist für die Verfassungshygiene schon sehr viel erreicht, wenn der wesentliche Inhalt zumindest in dieser Weise gegen die Überwucherung durch das Unwesentliche geschützt werden kann⁷⁰.

⁶⁸ Vgl. II. Teil Anm. 16.

⁶⁹ Vgl. H. Nef, a.a.O. S. 112 f.; W. Kägi, Verfassung S. 169 ff.

⁷⁰ Diese Linie aber kann von der Theorie sehr wohl herausgearbeitet werden und sie läßt sich auch praktisch durchführen. So wie sich Praxis und Theorie heute vielfach wechselseitig in der

Was die generell-abstrakte Natur der Rechtssätze anbelangt, ist zunächst festzustellen, daß die Bundesverfassung sie nicht ausdrücklich fordert. Es ist weiter festzuhalten, daß sie die individuell-konkrete Norm nicht ausschließt, daß der Gegensatz zwischen den beiden Kategorien von Normen nicht so absolut (und auch nicht so problemlos) ist, wie man lange Zeit angenommen hat. So finden wir in der BV und in den Kantonsverfassungen einzelne individuell-konkrete Normen⁷¹ und eine Reihe von Normen, die eine eigenartige Zwischenstellung einnehmen⁷². Trotzdem ist es der klare Wille der Verfassung, daß die Normen des Grundgesetzes grundsätzlich generell-abstrakt sein sollen. Obgleich sich der Verfassungsgesetzgeber weder 1847/48 noch 1872/74 eingehender mit dieser «theoretischen» Frage befaßt hat, darf doch aus der grundlegenden und der die Verfassung begleitenden Literatur geschlossen werden, daß dies geradezu die selbstverständliche Auffassung war: So hat insbesondere Rousseau – der ja sonst den Vertretern der Lehre von der Schrankenlosigkeit viele Argumente geliefert hat – gerade diese Schranke mit größtem Nachdruck behauptet⁷³. Das schweizerische Verfassungsdenken hat sich zwar auch nach dieser Richtung vom Dogmatismus, der das französische Revolutionsdenken kennzeichnet, freigehalten; der Sinn für die konkrete Ordnung – der seine Wurzeln einerseits im praktischen Empirismus, andererseits im Födera-

Resignation fördern, so könnten sie sich auch positiv, im Willen zu dieser Ordnungslinie, wechselseitig bestärken. – Für den Schutz des Grundgesetzes gegen diesen Mißbrauch der Volksrechte sehr nachdrücklich Z. Giacometti, BStR 730 Anm. 66 a.

⁷¹ Z. B. die Norm, welche den Kantonshauptort bestimmt: Verfassung des Kt. Zug § 24 Abs. 2; Aargau KV Art. 24 Abs. 1; Waadt KV Art. 21 Schlußalinea, usw.

⁷² Z. B. die Norm Appenzell A.-Rh. KV Art. 41, dann die Normen über die Gebietseinteilung, z. B. Solothurn KV Art. 16, Freiburg KV Art. 22, BV Art. 1, weiter etwa BV Art. 27 Abs. 1, BV Art. 30 Abs. 3, usw.

⁷³ C. s. II/4, II/6, III/1. Vgl. die Nachweise bei W. Kägi, Festgabe für Z. Giacometti S. 117, N. 31; 124 N. 52.

lismus haben mag – hat solche (relativ) konkrete Normen nicht a priori ausgeschlossen. Und doch blieb die generell-abstrakte Norm die selbstverständliche Form für die Verfassungssätze, die individuell-konkrete Norm dagegen die seltene Ausnahme. Der Relativismus im positivistischen Denken hat diesen Gegensatz abgeschwächt; diese logische Relativierung aber hat sich auch praktisch ausgewirkt in einer Schwächung des rechtsstaatlichen Gesetzesgedankens. Die radikale Krise im Gefolge des «totalen Staates» erst hat die bedeutsame Funktion der generell-abstrakten Natur des Gesetzes und insbesondere auch des Verfassungsgesetzes im gewaltenteiligen Rechtsstaat wieder neu und eindrücklich zum Bewußtsein gebracht⁷⁴. Wir möchten daher auch heute festhalten an der grundsätzlich generell-abstrakten Natur der Verfassungsrechtssätze. Die individuell-konkrete Norm soll nur zulässig sein, soweit es sich um eine Ordnung handelt, die ihrer Natur nach überhaupt nur individuell-konkret normiert werden kann (z. B. die Norm, welche die Hauptstadt bestimmt, oder ein verfassungsmäßiges Sonderstatut für einen bestimmten Kanton, für eine bestimmte Landessprache)⁷⁵. Das ist meines Erachtens der Sinn der Verfassung und auch die vorherrschende Ansicht der Literatur; soweit aber in der Auslegung der Verfassung bzw. in der Deutung der Literatur Unklarheiten bestehen sollten, können sie richtigerweise nur im Sinne der rechtsstaatlichen Postulate geklärt werden, was wiederum zur generell-abstrakten Norm führt.

⁷⁴ Vgl. W. Kägi, Verfassung S. 30 ff., 169 ff.

⁷⁵ So wäre in unserem föderativen Staat ein Sonderstatut zum Schutze einer föderativen Grundlage, die durch allgemeine Normen nicht adäquat geschützt werden kann, an sich durchaus legitim und rechtlich zulässig. Aber es können gewichtige andere Überlegungen dagegen sprechen. Vgl. z. B. zur Frage der Schaffung eines Sonderstatuts zum Schutze der «italianità» des Tessins C. Hegnauer, Sprachenrecht der Schweiz (1947) S. 93 ff.; Mario Pedrazzini, La lingua italiana nel diritto federale Svizzero (1952) S. 239 ff.

VI. Die Schranke des Völkerrechtes

Wir möchten in dieser Arbeit, die sich mit den innerstaatlichen Schranken befaßt, wenigstens am Rande auf das Problem der völkerrechtlichen Schranken hinweisen⁷⁶.

§ 4. *Verfassung, Verfassungsrevision und Verfassungseid*

Die Eidesformel des Nationalrates lautet:

«Ich schwöre vor Gott, dem Allmächtigen, die Verfassung und die Gesetze des Bundes treu und wahr zu halten; die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu wahren; die Unabhängigkeit des Vaterlandes, die Freiheit und die Rechte des Volkes und seiner Bürger zu schützen und zu schirmen und überhaupt alle mir übertragenen Pflichten gewissenhaft zu erfüllen, so wahr mir Gott helfe»⁷⁷.

An die Stelle des Eides kann ein schriftliches Gelübde treten, das gemäß Nationalratsreglement folgenden Inhalt hat:

«Ich gelobe, die Verfassung und die Gesetze des Bundes treu und wahr zu halten; die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu wahren; die Unabhängigkeit des Vaterlandes, die Freiheit und die Rechte des Volkes und seiner Bürger zu schützen und zu schirmen und überhaupt alle mir übertragenen Pflichten gewissenhaft zu erfüllen»⁷⁸.

Beide Formeln visieren eine letzte Verpflichtung dem politischen Verband, der Eidgenossenschaft gegenüber. Im Falle des Eides wird sie eingegangen unter Anrufung Gottes und in der Verantwortung vor ihm; im Falle des schriftlichen Gelübdes handelt es sich sinngemäß eben-

⁷⁶ Dieses Problem muß einer speziellen Studie vorbehalten bleiben. Es läßt sich – um nur dies hier anzudeuten – heute nicht mehr einfach mit den Thesen der «dualistischen» Theorie beantworten (genauer: negieren!) .

⁷⁷ Vgl. Geschäftsreglement des Nationalrates vom 17. Dez. 1920 Art. 7; Geschäftsreglement des Ständerates vom 14. Dez. 1927 Art. 3.

⁷⁸ Vgl. Geschäftsreglement des Nationalrates Art. 8, Geschäftsreglement des Ständerates Art. 3.

falls um eine feierliche letzte Verpflichtung, die indessen das Bekenntnis – oder doch zumindest das offene Bekenntnis – der letzten Instanz vermeidet.

In unserem Zusammenhang interessiert die Frage: Welcher Ordnung gilt diese letzte Verpflichtung?

Der Eid bzw. das schriftliche Gelübde auf die Verfassung wird ganz sicher nicht in dem Sinne abgelegt, daß es eine Verpflichtung auf die Unveränderlichkeit des Ganzen im Sinne der Unveränderlichkeit jeder einzelnen Bestimmung bedeuten würde. Aber es ist noch viel weniger lediglich eine Verpflichtung auf eine Blankoverfassung, auf eine «Grundnorm» mit jedem beliebigen Inhalt⁷⁹. Der Eid ist also weder die Verpflichtung auf die absolute Statik einer in ihrer Ganzheit unveränderlichen, «ewigen» Verfassungsordnung noch auf die Dynamik eines bloßen Revisionsverfahrens. Zwar ist die Verpflichtung auf das geordnete Revisionsverfahren – auf den großen Gedanken der friedlichen Reform – zweifelsohne ein wichtiger Bestandteil jener feierlichen Festlegung auf die Verfassung; aber das Primäre ist doch die Verpflichtung nicht auf die Änderung, sondern auf die bleibenden, konstituierenden Grundwerte der Verfassung. Der Eid umschließt, als Verpflichtung auf die Legalität, auch die Treue zur sekundären oder gar zur nebensächlichen Rechtsnorm der Verfassungsstufe wie jeder anderen Stufe; aber sein eigentliches Telos, sein Schutzobjekt, ist doch jener Kern der Verfassung, den wir als das unveränderliche, das «absolute Verfassungssystem» zu umschreiben versuchten⁸⁰.

⁷⁹ Vgl. W. Kägi, Verfassung als rechtliche Grundordnung S. 65 und dort Zit.; neben dem dort zit. Werk von Ernst Friesenhahn nun auch seine Schrift Staatsrechtslehrer und Verfassung, Krefeld 1950.

⁸⁰ Angesichts dieses grundlegenden Zusammenhanges scheint mir auch Art. 9 des Geschäftsreglementes des Nationalrates (= Art. 3 Abs. 4 des Geschäftsreglementes des Ständerates) in seiner Verfassungsmäßigkeit nicht problematisch zu sein, wie Z. Giacometti, BStR 501 Anm. 124 bemerkt. Der grundlegende Zusammen-

Grundlegend für den Fortbestand unserer Grundordnung ist es jedenfalls, daß in der großen Mehrheit des Volkes etwas von der unbedingten Verpflichtung auf die konstituierenden Grundwerte – auf das absolute Verfassungssystem – lebendig bleibt, daß in der Eidgenossenschaft etwas von der Eid-Genossenschaft fortbestehen und immer wieder neu Wirklichkeit werden darf.

* * *

Die Lehre, welche dem Volk eine schrankenlose oberste Entscheidungsgewalt vindiziert, fügt der Demokratie nichts hinzu, was ihre Legitimität und ihre Autorität irgendwie mehren würde. Im Gegenteil: solche Verabsolutierung nimmt ihr sehr viel weg, verfälscht sie. «Demokratie» hat ihren Sinn, ihre Größe nicht darin, daß das Volk – bzw. die Mehrheit des Volkes – alles tun, gebieten, fordern, anordnen darf, sondern darin, daß das Volk, bzw. die Mehrheit des Volkes, in einem geordneten Verfahren das Gerechte anstrebt. «Demokratie» bedeutet nicht jene Freiheit, die schrankenlos über alles Recht verfügen kann. Das schrankenlose *ius ad omnia* ist auch in der demokratischen Version nicht Ausdruck des Rechtsprinzips, sondern des Gewaltprinzips.

Nicht das ist, wie oft behauptet, Anmaßung, daß absolute Normen als Schranken auch für zukünftige Revisionen behauptet werden. Es ist ja nicht der Versuch, die Satzungen des Verfassungsgesetzgebers von 1848 bzw. 1874 zu perpetuieren, sondern Grundnormen, die auch er nicht «erzeugt», sondern nur anerkannt hat, als unantastbare Normen zu wahren und zu verteidigen. Wir sprechen nicht von «ewigen» Normen, um zeitbedingte Satzungen irgendwie unangreifbar zu machen. Wir wissen auch um jene letzte Relativierung all' dieser menschlichen Ordnungen und

hang ist in den letzten Jahrzehnten auch in der verhängnisvollen Wechselwirkung zwischen dem Verblassen des Eides und der Abwertung des Normativen deutlich geworden.

Normen vor Gott. Und doch dürfen wir jene Grundnormen – vorab die Freiheit und Würde der menschlichen Person – füglich als absolute und damit unabänderliche Normen bezeichnen. Sie sind in einem langen geistigen Ringen erfaßt und da und dort teilweise verwirklicht worden. Sie sind das Werk der Jahrhunderte und Jahrtausende. Sie sind der Niederschlag des – individuellen und kollektiven – Kampfes um das Recht. Sie sind das Werk jener Zeiten, wo die Menschen und Völker, sich über das bloße Macht- und Nützlichkeitsstreben erhebend, sich an der Gerechtigkeit orientierten. Sie sind ein Stück des unverlierbaren und unantastbaren Rechtserbes der Menschheit.

Eben deshalb aber liegt die Anmaßung nicht dort, wo man dieses Erbe als unantastbaren Teil einer Verfassung behandelt und damit der Änderung im Wege der Verfassungsrevision entrückt, sondern vielmehr dort, wo man behauptet, daß der jeweilige Verfassungsgesetzgeber das völlig freie Verfügungsrecht über die ganze Rechtsordnung besitze. Ein nihilistischer Freiheitsbegriff – im Sinne Sartres – braucht diese letzte Steigerung. In unserer verfassungsstaatlichen Demokratie aber hat sie keinen Platz.

Von der französischen Verfassung von 1795 hat Lorenz von Stein gesagt: «Ihr Charakter war, daß sie nichts vertrat, sondern alles zuließ». Vom Kompromißwerk von Weimar 1919 hat man später behauptet, daß es sich damit begnügt habe, verschiedene Wertsysteme nebeneinander und zur Wahl zu stellen. Auch unsere Verfassung beruht auf einem Kompromiß – und auf dem immer wieder erneuerten eidgenössischen Willen zum Kompromiß! –; auch unsere Verfassung blieb offen für die Entwicklung, was nicht zuletzt in den Revisionsnormen deutlich an den Tag tritt. Aber sie war und ist verwurzelt in einem System unantastbarer Grundnormen. Jener Relativismus und Agnostizismus – um nicht zu sagen Nihilismus – ist unserem Verfassungsdenken fremd.

Wie jene Denkweise dort nachweislich die Krise und den Zusammenbruch stark gefördert hat, so ist in diesem Be-

kenntnis zu unverbrüchlichen Grundwerten der Verfassung doch eine wesentliche Erklärung für die Erhaltung und das Durchhalten der schweizerischen Staatsordnung zu suchen, soweit man in der großen Bewahrung überhaupt von menschlicher Bewährung zu reden wagt.

Sollte die Erkenntnis dieser Zusammenhänge, die uns in den radikal bedrohten Jahren der großen Krise Europas wahrlich neu geschenkt worden ist, in den fetten Jahren der Hochkonjunktur und einer trügerischen Sicherheit im Zeichen der «friedlichen Koexistenz» so rasch wieder abhanden kommen?

3. KAPITEL

Die Sanktion gegenüber rechtswidrigen Volksinitiativen

Die Feststellung, daß es Schranken der Volksinitiative gibt, bleibt so lange bloß theoretisch, als nicht gezeigt wird, welche Sanktion eine Volksinitiative trifft, die diese Schranken verletzt, und welches Staatsorgan für diese Sanktion zuständig ist.

Gibt es überhaupt so etwas wie «verfassungswidrige Volksinitiativen» und «Mißbrauch der Volksrechte» oder ist das «rechtslogisch» ausgeschlossen, wie viele meinen?

Gibt es nach geltendem Recht ein Prüfungsrecht einer Behörde, mit der Möglichkeit, verfassungswidrige Initiativen zu kassieren, d. h. dem Volk nicht zu unterbreiten?

Gibt es eine solche Sanktion auch gegenüber Volksinitiativen, welche eine «materielle» Schranke überschritten haben?

Wir werden im folgenden zwar auch das Problem der Sanktion rechtswidriger Volksinitiativen im allgemeinen würdigen, uns aber doch auf die Frage der «materiellen» Schranken konzentrieren. Denn diese stellen das große Problem dar. Die erste Schwierigkeit – der Nachweis und die Begründung der «materiellen» Schranken als Rechts-schranken – hat uns im Vorstehenden, namentlich im 2. Kapitel, beschäftigt; mit der zweiten Schwierigkeit – der

Frage der Sanktion – aber haben wir uns in diesem 3. Kapitel zu befassen.

§ 1. Politische Frage oder Rechtsfrage?

Die praktische Erfahrung zeigt, daß die Fragen der Volksinitiative, die sich innerstaatlich auf der «höchsten Ebene» bewegen, von den politischen Behörden in der Regel als politische Fragen behandelt werden. «Politisch» aber will hier im Gegensatz zu «rechtlich» vor allem besagen, daß sie nicht einfach unter bestehende Rechtsnormen subsumiert werden können, sondern nach anderen (eben «politischen») Gesichtspunkten entschieden werden müssen. Die Theorie ist diesen Thesen der praktischen Politik immer wieder gefolgt und hat sie, mehr oder weniger willfährig, begründet, gerechtfertigt, ja dogmatisiert.

Diese Thesen sind abzulehnen. Zwar wäre es gefährlich zu übersehen, daß dem Verfassungsrecht und zumal den verfassungsrechtlichen Revisionsvorschriften – als Normen der innerstaatlich obersten Stufe – eine besondere Problematik eignet. Aber die Theorie ist vielfach doch zu schnell bereit, vor dem Anspruch des Politischen zu kapitulieren und die (relative) Eigenständigkeit des Rechtes preiszugeben. Die Volksbegehren, welche Schranken der Verfassung – seien es materielle oder formelle – überschreiten, stellen uns jedenfalls in der rechtsstaatlichen Verfassungsordnung grundsätzlich nicht bloß vor politische Fragen, sondern vor Rechtsfragen⁸¹.

Dieser Nachweis soll im folgenden versucht werden, zunächst – kurz – für die Schranken der Form und des Verfahrens (§ 2), sodann – ausführlicher – für die «materiellen Schranken» (§ 3).

§ 2. Die Sanktion gegenüber Form- und Verfahrensmängeln

Die Form- und Verfahrensfragen aus dem Recht der Volksinitiative sind in den letzten Jahren eingehend disku-

⁸¹ Zur Frage der Politisierung des Rechtes vgl. W. Kägi, Verfassung, passim, aber insbes. 6. Kap., S. 127 ff.

tiert worden. Sie haben uns an dieser Stelle nicht näher zu beschäftigen. Zwar gibt es hier der Probleme und Kontroversen auch heute noch genug⁸², aber es ist nicht jene grundsätzliche Problematik wie im Falle der «materiellen» Schranken (vgl. unten § 3). Es handelt sich einerseits um die Auslegung der Normen des geltenden Rechtes, bedroht von der Nähe des Politischen, aber auch das nicht anders als viele andere Rechtsnormen, welche ordnend und begrenzend in die politische und hochpolitische Zone hineinragen. Wenn man die Revisionsnormen grundsätzlich als Rechtsnormen anerkennt, dann sind sie auch in jener politischen Sphäre als Rechtsnormen zu behandeln. Das andere Problem wird durch die (behauptete) Unzulänglichkeit des geltenden Rechtes gestellt: Wie muß die Form und das Verfahren der Volksinitiative im ganzen und im einzelnen gestaltet sein, um dieser Einrichtung der direkten Demokratie optimale Wirksamkeit zu sichern?⁸³.

Sowohl die Stellungnahme *de lege lata* wie *de lege ferenda* ist übrigens in viel stärkerem Maße, als man gemeinhin annimmt, durch die Grundauffassung von der Demokratie und von der Verfassung bestimmt.

§ 3. Die Sanktion gegenüber Initiativbegehren, welche materielle Schranken verletzen

I. Die Grundlage der Überprüfung

Für ein dezisionistisches Verständnis der Demokratie ist jede Äußerung des «Volkswillens», in welcher Form

⁸² Vgl. dazu nun auch die Arbeit von M. Kuhn (ZüDiss 1956) und neuestens H. Huber, Die Rechtsfolge der Verschleppung von Verfassungsinitiativen, in ZblStGV 1956 S. 289 ff. Trotz allen Kontroversen ist diese Problematik doch weit einfacher, einmal weil diese Schranken in der Verfassung und in gewöhnlichen Gesetzen, z. T. bis in die Einzelheiten hinein, positivrechtlich normiert sind; sodann aber weil die Form- und Verfahrensfragen, verglichen mit den inhaltlichen Fragen, als die «objektiver» faßbaren gelten. Das hat eine lange Tradition; vgl. dazu W. Kägi, in Festgabe für Z. Giacometti 132 Anm. 76.

⁸³ Vgl. dazu unten 4. Kap.

(oder in welcher Formlosigkeit) immer sie geschehen mag, legitim und rechtmäßig. Für ein rechtsstaatliches Verständnis der Demokratie dagegen ist grundsätzlich nur die gemäß der Verfassung und in den gesetzlichen Formen erfolgende Äußerung des Volkswillens rechtmäßig.

Das Richtmaß für alle staatlichen Akte aber ist die Verfassung als rechtliche Grundordnung, konkret für die Eidgenossenschaft die Bundesverfassung von 1848/1874 mit den seitherigen Änderungen. Diese Verfassung ist, nach richtiger Auslegung, nun aber nicht einfach als Inbegriff der unter sich gleichwertigen Normen der obersten Stufe zu bestimmen, sondern als eine Hierarchie von Grundnormen, in der sehr deutlich zwischen dem «absoluten Verfassungssystem» – den unveränderlichen Grundnormen – und den übrigen Verfassungssätzen – den revidierbaren Grundnormen – unterschieden werden kann und muß. Die Verfassung ist der Maßstab für alle übrigen Rechtsnormen; das «absolute Verfassungssystem» aber ist der Maßstab für die übrigen Verfassungsnormen. Es ist – als Ausdruck der «Konstanten» – sinngemäß der unveränderliche Teil unserer Grundordnung; ohne diese Grundwerte wird die Schweizerische Eidgenossenschaft nicht mehr die Schweizerische Eidgenossenschaft sein. Die Grundnormen, welche dieses «absolute Verfassungssystem» bilden, sind auch die rechtliche Schranke aller Verfassungsrevision.

Jeder Staatsakt, welcher der Verfassung widerspricht, ist ein «fehlerhafter Staatsakt». Er kann in einer rechtsstaatlichen Ordnung nicht dadurch geheilt werden, daß man sich auf den «Volkswillen» beruft. Denn einmal darf der «Wille der Initianten» nicht einfach mit dem «Volkswillen» identifiziert werden; sodann aber ist «Volkswille» auch nicht jede Emanation, die irgendwie von einer Vielzahl ausgeht, sondern nur ein verfassungsgemäß gebildeter und geäußelter Wille. Es ist jedenfalls vom Boden der rechtsstaatlichen Demokratie aus völlig unzulässig und unhaltbar – obwohl massenpsychologisch erfahrungsgemäß sehr wirksam! –,

das «lebendige Volk» dem «toten Papier» entgegenzustellen oder «im Namen der Demokratie» zu fordern, daß «der Volkswille» auch in fehlerhaften Volksinitiativen respektiert werden müsse und nicht auf Grund von «formalistischen» Einwänden gehemmt oder mißachtet werden dürfe. Die These, wonach auch in der fehlerhaften Volksinitiative eben doch «der Volkswille» als «oberste Instanz» geachtet werden müsse, geht wie ein Refrain durch die Diskussionen der letzten Jahre.

Kritisch ist dazu, wie schon oben festgestellt, zunächst zu sagen, daß der Wille der Unterzeichner eines Initiativbegehrens nicht einfach mit dem «Volkswillen» identifiziert werden darf; sodann aber – und das ist der entscheidende Punkt –, daß es nicht angeht, diesen «Volkswillen» gegen die Verfassung auszuspielen. Natürlich geht es in der Demokratie um die Respektierung des Volkswillens. Aber der Volkswille wird in der rechtsstaatlichen (verfassungsstaatlichen) Demokratie zuerst und vor allem doch dadurch respektiert, daß die Verfassung, die in einer ganz besonderen Weise der Ausdruck eines geklärten, auf lange Sicht ausgerichteten, das Wesentliche politischer Ordnung ins Auge fassenden Willens des Volkes ist, respektiert wird.

Am Willen der Verfassung muß sich jeder andere Wille brechen. Nur so ist rechtsstaatliche Demokratie möglich.

II. Der Umfang der Sanktion

a) Eine Volksinitiative, die gegen die verfassungsmäßigen Form- und Verfahrensvorschriften verstößt oder die materiellen Schranken verletzt, ist ein verfassungswidriger Akt. Die Sanktion jeder solchen verfassungswidrigen Volksinitiative wäre logischerweise die Ungültigkeit, ja streng rechtlich sogar die absolute Nichtigkeit: Eine verfassungswidrige Initiative ist eigentlich gar keine Volksinitiative im Rechtssinne, sondern bloß eine politische Kundgebung oder Demonstration. Sie könnte also einfach rein tatsächlich negiert werden, indem sie von den zuständigen Instanzen höchstens als Petition, nicht aber als Volks-

initiative, entgegengenommen und dem Volke auch nicht zur Abstimmung unterbreitet würde. Lediglich im Interesse der eindeutigen Erklärung der rechtlichen Lage könnte sich eine autoritative Feststellung dieser Nichtigkeit aufdrängen.

Im praktischen Rechtsleben, zumal auf der Verfassungsebene, sind solche eindeutige Lösungen mit klaren und vollständigen Sanktionen aus den allerverschiedensten Gründen (Zurückhaltung aus Gründen des Föderalismus, insbesondere aber aus allerlei Zweckmäßigkeitsüberlegungen usw.)⁸⁴ selten.

b) Diese Problematik tritt uns besonders klar in der Behandlung der Volksinitiative entgegen. Die extremen Stellungnahmen mögen dies verdeutlichen:

Auf der einen Seite wäre es die oben angedeutete streng juristische Folgerichtigkeit, die jede fehlerhafte Volksinitiative – auch bei geringfügiger Rechtswidrigkeit – als ungültig behandeln und dem Volk nicht unterbreiten würde. Auf der anderen Seite aber ist jene Anschauung, die geneigt ist, jede Initiative, auch bei krasser Rechtswidrigkeit (der Form, des Verfahrens oder des Inhalts), entgegenzunehmen und dem Volk zu unterbreiten. Die Volksinitiative wird hier in einem extremen Sinne als «Antrag aus dem Volk an das Volk» genommen, der jede Zwischenschaltung einer Behörde mit Prüfungsbefugnis ausschließt. Hinter dieser extremen Auffassung stehen übrigens mindestens zwei Konzeptionen, die unterschieden werden müssen: Die ausgeprägt relativistisch-dezisionistische, die in der Flucht der Relativitäten die Entscheidung des Volkes verabsolutiert. Die Entscheidung des allzuständigen Volkes weist den Weg, nicht irgendwelche Normen. Materielle Schranken kann es

⁸⁴ Vgl. etwa die Zurückhaltung in der Kognition des Bundesgerichtes auf Grund von Art. 4 BV oder bei der Überprüfung der Auslegung des kantonalen Verfassungsrechtes: Z. Giacometti, BStR 413 ff.; M. Imboden, Der Schutz vor staatlicher Willkür (1945); Hch. Vogt, Die Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes bei der Auslegung des kantonalen Verfassungsrechtes, ZüDiss 1953, 23 ff., 73 ff., 111 ff.

hier, voraussetzungsgemäß, nicht geben; aber auch alle Form- und Verfahrensvorschriften sind bloß von sekundärer, ephemerer Bedeutung.

Die andere Konzeption will zwar den Weg vom Volksbegehren zum Volksentscheid auch möglichst ohne Schranken sehen; auch sie behauptet die letzte Entscheidungsgewalt des Volkes als unbegrenzt. Man will auch verfassungswidrige Initiativen und Initiativen, die man als staatsgefährlich qualifiziert, der Entscheidung des Volkes unterbreiten, im Vertrauen darauf, daß das Volk solche Initiativen bestimmt ablehnen wird und daß diese Ablehnung durch die letzte Instanz in der Demokratie jeweils die nötige Klärung und Entspannung bringen wird⁸⁵.

c) Von den extremen Positionen her wird ein praktisch gangbarer Mittelweg, der uns dem Sinn und Geist unserer Grundordnung zu entsprechen scheint, verdeutlicht.

Ausgangspunkt ist der oben entwickelte und näher begründete Begriff der verfassungswidrigen Volksinitiative: einerseits für jene Initiativen, welche den verfassungsmäßigen Form- und Verfahrensvorschriften widersprechen (§ 2), andererseits aber für jene Initiativen, welche die Schranken, die durch die Grundnormen des «absoluten Verfassungssystems» gesetzt sind, durchbrechen. Diese letzteren allein sollen uns hier beschäftigen.

Wenn es richtig ist, daß es in der schweizerischen Grundordnung, wie oben dargelegt, eine Hierarchie der Grundnormen gibt, dann ist es rechtslogisch zwingend, daß im Kollisionsfall der Vorrang der unveränderlichen (absoluten) Grundnorm gewahrt bleiben muß, d.h. daß eine Volksinitiative, welche dem absoluten Verfassungssystem widerspricht, eine Sanktion treffen muß. Nur so bleibt die oben begründete Hierarchie der Grundnormen tatsächlich wirksam. Eine solche Sanktion ist für die rechtsstaatliche Demokratie eine rechtslogische Notwendigkeit. Es ist ein Stück Verfassungsrechtspflege; die zuständige Instanz (vgl.

⁸⁵ BBl 1948 III 918 f.; 1954 I 732 ff.

unten Ziff. III.) nimmt damit die ihr durch die Verfassung aufgetragene Funktion des Hüters der Verfassung wahr.

Gegenüber dieser Sanktion werden vor allem die folgenden Einwände erhoben: Die Ungültigerklärung (Nichtbefolgung) von Volksinitiativen bedeute eine Mißachtung des Volkswillens; unsere Verfassung habe keine «materiellen» Schranken normiert; die Grundnormen, die als «materielle» Schranken behauptet werden, seien zu unbestimmt, zu wenig präzise; und endlich: unsere Verfassung habe auch keiner «Behörde» («Gewalt») diese Funktion übertragen. Eine solche Ungültigerklärung von Volksinitiativen bedeute eine für die Demokratie, zumal die direkte Demokratie, unzulässige Bevormundung des Souveräns.

Diese Kritik wäre dann in einem gewissen Sinne berechtigt, wenn die Sanktion in jenem vollen Umfange gemeint wäre, wie sie etwa die Verletzung einer privatrechtlichen Norm trifft. Die Sanktion gegenüber verfassungswidrigen Volksinitiativen aber kann aus verschiedenen Gründen nicht so weit gehen. Diese Abgrenzung ist eines der großen Probleme, für die es eine Lösung zu finden gilt, welche eine klare, grundsätzliche Praxis ermöglicht. Es sind bereits verschiedene bedeutsame Vorschläge zur Diskussion gestellt worden.

So hat Hans Huber hervorgehoben, daß einerseits einer Volksinitiative, welche die Grundfesten unseres Staates antastet, nicht freier Lauf gelassen werden darf, daß aber andererseits nicht jede Volksinitiative, welche die materiellen Schranken der Verfassung verletzt, die Sanktion der Ungültigerklärung treffen kann. Die Ungültigerklärung einer Volksinitiative, welche die materiellen Schranken der Verfassung verletzt, ist indessen nach Hans Huber keine reguläre Kompetenzausübung, sondern «eine existentielle Entscheidung aus höchster Verantwortung in einem Grenzfall, ähnlich wie die Erteilung von Vollmachten an den Bundesrat beim Ausbruch eines Weltkrieges»⁸⁶.

⁸⁶ H. Huber, Schranken der Verfassungsinitiative, NZZ 6. Mai 1956, Nr. 1304.

Hans Nef will weiter gehen. Die These, dergemäß es nach unserem Verfassungsrecht eine materielle Schranke der Verfassungsrevision ist, «daß die verfassungsgebende Gewalt dem Volke nicht entzogen werden kann», da «im Souveränitätsakt nicht die Souveränität selbst beseitigt werden kann»⁸⁷, wird «vervollständigt» durch den Gedanken des Rechtsmißbrauchs, wonach «ein Rechtsinstitut nicht zu einem Zwecke mißbraucht werden darf, der seinem tiefsten Sinne widerspricht»⁸⁸.

Wenn unsere Auslegung der Verfassung richtig ist, dann muß die Sanktion noch einen Schritt weitergehen. Für ein relativistisches Rechtsdenken, das von der Schrankenlosigkeit und vom «einerlei» Verfassungsrecht ausgeht, kann es logischerweise keinen Widerspruch, keine echte Kollision zwischen einer neuen Verfassungsnorm, die im Wege der Partialrevision eingeführt werden soll, und der Verfassung geben. Alle Inhalte sind rechtlich zulässig; das Verhältnis zwischen der neuen Norm und den bestehenden aber wird eindeutig geordnet durch die Kollisionsregeln der *lex posterior* und der *lex generalis* bzw. *specialis*. Auch der Vorwurf des Rechtsmißbrauches – als Grundlage für eine Sanktion – hat hier, voraussetzungsgemäß, keinen Platz; er muß als unzulässige Rezeption zivilrechtlicher Vorstellungen abgelehnt werden. Die letzte Instanz, der Verfassungsgesetzgeber, entscheidet über die Initiative, über ihre Zweckmäßigkeit wie über ihre Rechtmäßigkeit; er entscheidet aber damit auch abschließend über die (behauptete) Staatsgefährlichkeit einer Volksinitiative, bzw. über den (behaupteten) Rechtsmißbrauch.

Nach unserer Auslegung der Verfassung dagegen gibt es eine Hierarchie der Verfassungsnormen; ein Teil der Verfassungssätze, die Grundnormen, die das absolute Verfassungssystem darstellen, ist als unantastbares Fundament herausgehoben. Sie bilden die Schranken, d.h.

⁸⁷ H. Nef, a.a.O. S. 137.

⁸⁸ H. Nef, a.a.O. S. 138.

also auch den positivrechtlichen Maßstab für die inhaltliche Prüfung der Volksinitiativen auf Partialrevision. Auf solcher Grundlage gibt es den klar faßbaren Tatbestand der verfassungswidrigen Volksinitiative. Damit ist aber grundsätzlich auch die Sanktion vorgezeichnet; sie muß richtigerweise weiter gehen als es die oben skizzierten Ansichten vertreten. Einmal handelt es sich bei der Sanktion meines Erachtens nicht bloß um eine «existentielle Entscheidung ... in einem Grenzfall», wie es Hans Huber postuliert, sondern um eine normale rechtliche Entscheidung, die immer dort eingreifen muß, wo die Verfassungswidrigkeit – in dem im folgenden noch näher zu präzisierenden Sinne – gegeben ist. Es ist eine Entscheidung, die, wie Hans Huber zu Recht nachdrücklich betont, «aus höchster Verantwortung» zu treffen ist; wir werden auch die Zurückhaltung, die er richtigerweise fordert, sogleich noch näher zu würdigen haben. Aber wir möchten doch daran festhalten, daß es sich um einen normalen Akt der Verfassungsrechtspflege durch das verfassungsmäßig hierfür zuständige Organ (vgl. III.) handelt.

Gegenüber der Auffassung von Hans Nef möchte ich die These vertreten, daß der Bereich der Sanktion nicht nur die Fälle des Rechtsmißbrauches, sondern grundsätzlich alle verfassungswidrigen Volksinitiativen – immer im Sinne der nachfolgenden Einschränkung – treffen soll; daß der Bereich materiell ein umfassenderer ist, ergibt sich aus der Umschreibung des Bereiches der Unantastbarkeit⁸⁹.

Wir haben nun aber schon wiederholt darauf hingewiesen, daß die Sanktion nicht jede (rein theoretisch feststellbare) materielle Verfassungswidrigkeit einer Volksinitiative treffen kann⁹⁰. Sie kann und soll aber jedenfalls die klare Verfassungswidrigkeit treffen und damit das Grundgesetz schützen und verteidigen. Wir möchten vorschlagen, daß als begleitende Norm die «offensichtliche Verfas-

⁸⁹ Vgl. oben 2. Teil, 2. Kap. § 3.

⁹⁰ Vgl. oben 2. Teil, 2. Kap., B, Einleitung.

sungswidrigkeit» gewählt wird. Damit ist keine scharfe Demarkationslinie, sondern eher eine Demarkationszone gegeben; aber es wird immerhin eine deutliche Abgrenzung vollzogen. Die weite Klausel ist hier, wie anderswo in der Verfassungsordnung, nicht zu umgehen. Die Problematik solcher Klauseln ist uns klar gegenwärtig; sie können in einer grundsätzlichen Verfassungspraxis schrittweise konkretisiert, gefestigt und geklärt werden; sie können aber auch zu einer Praxis führen, die jeder Stellungnahme ausweicht⁹¹.

Für die Entscheidung von Grenzfällen muß auch bei der Sanktion von materiellen Verfassungswidrigkeiten die Auslegungsregel gelten, die schon bisher bei der Entscheidung über Form- und Verfahrensmängel immer wieder angerufen worden ist: «Im Zweifel» ist «zu Gunsten der Volksrechte», d.h. hier für die Gültigkeit einer fehlerhaften Volksinitiative zu entscheiden⁹². Diese Regel ist in der direkten Demokratie eine Selbstverständlichkeit. Sie will im Zweifelsfall die Richtung der Entscheidung weisen; aber sie darf von der zuständigen Behörde nicht dazu verwendet werden, diese Rechtsfrage, die sie entscheiden muß, auf das Volk abzuwälzen.

Das Volk⁹³ hat nach unserer Verfassung das Recht, in letzter Instanz über rechtsgültige Volksinitiativen zu entscheiden. Das rechtsgültige Volksinitiativbegehren ist ein Antrag aus dem Volk an das Volk. Aber das Volk hat auch ein Recht darauf, von offensichtlich verfassungswidrigen Anträgen – die rechtlich gar keine Volksinitiativen sind – verschont zu werden.

Aber wer ist zu dieser großen Aufgabe zuständig?

⁹¹ Euphemistisch seit einiger Zeit «weitherzige Praxis» genannt; vgl. BBl 1955 II 331, ähnlich in der Diskussion um das Jesuitenverbot.

⁹² Vgl. BBl 1955 II 331; Z. Giacometti, BStR S. 720, 734.

⁹³ Wir verwenden diesen Begriff hier abkürzend für «Volk und Stände» (BV Art. 123).

III. Das zuständige Organ

Die Zuständigkeit zur Überprüfung der Volksinitiativen auf ihre Rechtmäßigkeit hinsichtlich der Form- und Verfahrensfragen ist jedenfalls in grundsätzlicher Hinsicht nicht umstritten; in Literatur und Praxis wird die Bundesversammlung als die selbstverständliche Trägerin dieser Kompetenz angesehen⁹⁴. Wie verhält es sich aber mit der Zuständigkeit zur Überprüfung der inhaltlichen Verfassungsmäßigkeit?

Wer die Möglichkeit inhaltlich verfassungswidriger Initiativen leugnet, muß folgerichtigerweise auch das Bestehen einer Zuständigkeit zu ihrer inhaltlichen Überprüfung verneinen.

Die Bejahung inhaltlicher Schranken dagegen führt zur Kategorie der inhaltlich verfassungswidrigen Volksinitiative und damit aber zur Frage nach dem Organ, das gemäß der Verfassung zur Sanktion, der Ungültigerklärung, zuständig ist. Obwohl eine ausdrückliche Norm fehlt, kann es, wie für die Überprüfung der Form- und Verfahrensfragen, nur die Bundesversammlung sein⁹⁵. Diese bedeutsame Zuständigkeit reiht sich, durchaus folgerichtig, in den Kreis der Zuständigkeiten ein, welche die staatsrechtliche Stellung jener Gewalt, die «unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone» die «oberste Gewalt des Bundes» (BV Art. 71) ist, kennzeichnet. Die Bundesversammlung ist zwar nicht der einzige «Hüter der Verfassung» und doch ist sie, zumal wegen der sehr begrenzten Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts, nach Sinn und Absicht

⁹⁴ Vgl. Z. Giacometti, BStR 721; W. Burckhardt, Komm. 816; M. Kuhn S. 143.

⁹⁵ Vgl. BV Art. 121 in Verbindung mit Art. 84, 85 Ziff. 14, und Art. 71. Vgl. Z. Giacometti, BStR 721; sehr nachdrücklich H. Nef, ZSR 1942 S. 124 f. Auf kantonalem Boden kommt diese Zuständigkeit ebenfalls der Legislative (Kantonsrat, Großer Rat) zu: Z. Giacometti, KStR S. 426 ff. Vgl. aus der bundesgerichtlichen Judikatur etwa BGE 61 I 335 ff.

der BV der wichtigste Träger dieser hohen Aufgabe⁹⁶. Die Kritik hat immer wieder Anlaß gehabt, festzustellen, wie unbefriedigend die Bundesversammlung diese Aufgabe der Verfassungsrechtspflege erfüllt hat, wie sehr im Handeln der politischen Behörde das «Politische» in der Regel gegenüber dem «Rechtlichen» dominierte⁹⁷. Aber die Aufgabe besteht; sie ist der Bundesversammlung durch die Verfassung übertragen und muß von ihr erfüllt werden.

Einer der Haupteinwände gegen die Überprüfung der Volksinitiativen auf ihre inhaltliche Verfassungsmäßigkeit durch die Bundesversammlung ist die These, daß die Initiative als Ausdruck des Volkswillens auch von der Bundesversammlung respektiert werden müsse und daß das Volk – der Souverän – allein die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit zu treffen habe. Darnach müßte die Bundesversammlung auch verfassungswidrigen und staatsgefährlichen Initiativen – sogar offensichtlich verfassungswidrigen und eindeutig staatsgefährlichen Initiativen – den Weg öffnen, d.h. sie auf jeden Fall dem Volksentscheid unterbreiten.

Ein sprechendes – um nicht zu sagen alarmierendes – Symptom für eine verbreitete Konfusion des Verfassungsdenkens in unserer Zeit tritt uns entgegen in der Art, wie man heute vielfach die Initianten eines Volksbegehrens mit der Bundesversammlung konfrontiert. Der Wille der Initianten bzw. der Unterzeichner wird mit dem «Volkswillen» identifiziert. Man nimmt z.B. keinen Anstoß an dem außerordentlich weitgehenden (und in mehrfacher Hinsicht nicht unbedenklichen) Recht, wonach «bestimmte Unterzeichner» ermächtigt werden können, «das Volksbe-

⁹⁶ In einem politischen Sinne ist in der direkten Demokratie das Volk der «Hüter der Verfassung». Aber der Hüter der rechtlichen Grundordnung kann doch nur eine repräsentative Körperschaft sein, idealiter ein unabhängiges Gericht. Vgl. H. Nef, ZSR 1950 S. 175 a ff.

⁹⁷ Vgl. dazu insbes. die früher zit. Abhandlungen von Z. Giacometti, H. Nef und A. Panchaud.

gehren zugunsten eines Gegenentwurfes der Bundesversammlung oder vorbehaltlos (!) zurückzuziehen»⁹⁸; man hat dieses Recht da und dort auch schon vor der Revision von 1950 als «selbstverständlich» angesehen. Man will aber demgegenüber der Bundesversammlung das Recht bestreiten, Volksinitiativen auf ihre inhaltliche Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen und offensichtlich verfassungswidrigen Initiativen den Weg zu verwehren. Dabei müßte man sich doch bei ruhigem Überdenken gegenwärtig halten, daß es sich dort lediglich um eine mehr oder weniger zufällige Gruppe von Bürgern handelt, oft z.T. anonym, staatsrechtlich jedenfalls nicht verantwortlich; die Bundesversammlung ist demgegenüber immerhin die oberste, volksgewählte Behörde der Eidgenossenschaft und Teilorgan der verfassunggebenden Gewalt!

Nicht darin beruht die Respektierung des Volkswillens, daß jede «Volksinitiative» – ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und, schließlich unvermeidlicherweise, auch ohne Rücksicht auf ihre Form – dem Volk zur Abstimmung unterbreitet wird, sondern daß der höchste Ausdruck des Volkswillens, die Verfassung, befolgt wird⁹⁹. Daß die Zuständigkeit der Bundesversammlung zur Ungültigerklärung von verfassungswidrigen Volksinitiativen in der Verfassung nicht ausdrücklich normiert worden ist, ist wohl darauf zurückzuführen, daß man 1891 nicht an die Möglichkeit verfassungswidriger Volksbegehren gedacht hat¹⁰⁰. Es

⁹⁸ Art. 4 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 5. Oktober 1950, AS 1951 S. 17 f.

⁹⁹ Dieser Zusammenhang wird besonders deutlich in den Landsgemeindekantonen. Obwohl dort das Volk eifersüchtig über seine Rechte wacht, stoßen wir doch auf Schritt und Tritt auf die klare Einsicht, daß Volksherrschaft nur möglich ist in einem rechtlich klar geordneten Verfahren. Vgl. die kant. Verf. von Obwalden und Nidwalden Art. 2; J. J. Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien, Bd. II 130 ff.; L. Zünd, Das Parlament in den Landsgemeindekantonen (1954) S. 34 ff., 40 ff.

¹⁰⁰ So auch Manfred Kuhn, a.a.O. S. 141.

ist aber eine Kompetenz, welche die Bundesversammlung um der Verfassung, der Demokratie und des Rechtsstaates willen wahrnehmen muß. Die Verfassungsinitiative ist, wenn man den heutigen Tendenzen freien Lauf läßt, von einer gefährlichen Denaturierung bedroht. Sie ist, nach dem Sinn der Verfassung, «ein Begehren auf Erlaß, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung (BV Art. 121 Abs. 2), also ein geordnetes Verfahren der Rechtssetzung der obersten Stufe. Sie wird aber heute vielfach verwendet für allerlei politische Kundgebungen und Demonstrationen, als Ouverture und Begleitmusik zu Nationalratswahlen, für Zwecke der Propaganda und Opposition. Sie wird schließlich zum Vehikel für irgendwelche Begehren und Wollungen, ja zum Mittel der Drohung und Erpressung¹⁰¹. Diese Gefahren sind da. Unsere Demokratie ist gegen einiges gefeit, was in anderen Staaten zu schweren Erschütterungen geführt hat; aber die Zersetzung der rechtlichen Fundamente und der Formen zu ihrer Fortbildung könnte auch sie nicht ohne Krise überstehen.

Im Bericht über die Rheinau-Initiative steht der erstaunliche Satz: «Die Volksinitiative würde ihren Sinn verlieren, wenn die Bundesversammlung eine Initiative aus inhaltlichen Gründen ungültig erklären könnte»¹⁰². Ich wage auf Grund meiner Untersuchungen die Gegenthese: «Die Volksinitiative wird ihren Sinn verlieren, wenn die Bundesversammlung nicht die Möglichkeit hat, aus inhaltlichen Gründen offensichtlich verfassungswidrige Initiativen ungültig zu erklären.» Jene Gefahr wäre nur dann vorhanden, wenn wegen jeder Verfassungswidrigkeit – auch der geringfügigsten – Initiativen ungültig erklärt würden,

¹⁰¹ Die demagogischen Möglichkeiten eines Mißbrauches sind kaum abzusehen. Über die Gefahren des «auf die Spitze getriebenen Voluntarismus» vgl. Dietrich Schindler, Wiederaufbau der Rechtsordnung, in Recht, Staat, Völkergemeinschaft S. 128.

¹⁰² BBl 1954 I 750.

was in unserer Demokratie nicht zu befürchten ist. Die Gefahr droht heute eindeutig von der anderen Seite: vom Gewährenlassen, von einer falsch verstandenen Toleranz¹⁰³. Hier aber gilt es, wenn nötig, klare Grenzzeichen zu errichten. Dies aber ist die Aufgabe – eine große und verantwortungsschwere Aufgabe – der Bundesversammlung.

IV. Die Rechtsfolge

Wenn die Bundesversammlung eine Volksinitiative wegen Verletzung der materiellen Schranken als offensichtlich verfassungswidrig qualifiziert, dann besteht die Rechtsfolge folgerichtigerweise darin, daß diesem Begehren auf Verfassungsrevision nicht weiter stattgegeben wird. Es ist ein wegen seines verfassungswidrigen Inhaltes rechtungswidriges Begehren, das von den Behörden nicht weiter zu behandeln und insbesondere dem Volk nicht zu unterbreiten ist. Nur für die rechtmäßige Volksinitiative gilt, daß es «ein Begehren aus dem Volk an das Volk» ist¹⁰⁴.

¹⁰³ Ich habe z. B. in der Frage der Parteienverbote gegenüber dem forschen Zugreifen, der chirurgischen Methode, immer wieder zur Zurückhaltung gemahnt, im Vertrauen auf die demokratische Methode, im Vertrauen aber auch auf die Abwehrkräfte unserer Demokratie. Vgl. etwa im Jahrbuch «Die Schweiz» der NHG 1943 S. 53, Demokratie, Relativismus und Toleranz, in «Staatsbürger» 1953 (Juli/August), SA S. 5 f. Ohne diese Grundüberzeugung irgendwie preiszugeben, gibt es doch Fälle, wo der chirurgische Eingriff unumgänglich ist.

¹⁰⁴ Eine Zwischenform der Sanktion – die Abänderung des Volksbegehrens – kommt nicht in Frage. Im Interesse der Klarheit der Willensbildung auf der obersten Stufe sind hier eindeutige Entscheidungen nötig. So wird auch als Sanktion des Satzes von der «Einheit der Materie» (BV Art. 121 Abs. 3) zu Recht die Ungültigerklärung – und nicht etwa die Trennung nach Materien – gefordert: BBl 1955 II 331 ff.; Z. Giacometti, BStR 734 f.; M. Kuhn, a. a. O. 139 ff. – Einzig bei der Volksinitiative, die in einem staatlichen Notstand nicht weiter verfolgt und insbesondere nicht zur Abstimmung gebracht werden kann, ist die Rechtsfolge nicht die Ungültigerklärung, sondern die Suspension. Vgl. oben 2. Kap. § 3 B IV a. E.

4. KAPITEL

Bemerkungen de lege ferenda

§ 1. Eine alte Erkenntnis

Bevor man sich anschickt, die Revisionsvorschriften des Bundesrechtes zu revidieren, sollte man sich über zwei Dinge klar Rechenschaft geben: Einmal, ob das angestrebte Ziel durch eine Änderung des Rechtes überhaupt erreicht werden kann; sodann aber, ob man wirklich gewillt ist, das neue Recht besser anzuwenden als das alte.

§ 2. Die Frage der Revision des Rechtes der Volksinitiative im allgemeinen

Um jede Unklarheit zu bannen, soll dieser Paragraph durch die Feststellung eingeleitet werden, daß das Institut der Volksinitiative auf Partialrevision als unabdingbare Einrichtung unserer direkten Demokratie erhalten bleiben muß. Es handelt sich in keiner Weise um die Abschaffung, sondern vielmehr um die bessere rechtsstaatliche Verwirklichung und den wirksameren rechtsstaatlichen Schutz dieses grundlegenden Rechtes.

Die entscheidenden Schritte auf dem Wege zu einer Sanierung der Volksinitiative auf Partialrevision können meines Erachtens auf Grund des geltenden Rechtes getan werden. Es geht einerseits um die klare rechtsstaatliche Deutung und Begrenzung, wie sie im Vorstehenden versucht worden ist, andererseits aber um die grundsätzliche Anwendung dieses Rechtes und um die Selbstdisziplinierung der Initianten¹⁰⁵. Es sind jedenfalls nicht primär Mängel der geltenden Verfassungsordnung und Gesetzgebung ge-

¹⁰⁵ Es besteht ein nicht zu verkennender Zusammenhang zwischen der mangelnden Verfassungstreue der Behörden und der mangelnden Disziplin der Initianten. Aber die Gefahr des Mißbrauchs der Volksinitiative als politische Waffe besteht auch unabhängig davon.

wesen, die zu den Mißbräuchen und zum Mißbehagen der letzten Jahre geführt haben.

Damit soll nicht behauptet werden, daß keinerlei gesetzgeberische Reformen nötig bzw. möglich sind¹⁰⁶.

*§ 3. Die Frage der Verankerung der «materiellen Schranken»
im besondern.*

Würde es nicht eine klarere Rechtslage schaffen, wenn die materiellen Schranken, d.h. jene Grundnormen, welche das «absolute Verfassungssystem» bilden, in der Verfassung – sei es in der Revisionsbestimmung, sei es sonstwie im Text – ausdrücklich als unantastbare Grundnormen verankert und gewährleistet würden?

Für eine folgerichtig positivistische Auffassung wäre eine solche Verankerung die Voraussetzung dafür, daß überhaupt von materiellen Schranken im Rechtssinne gesprochen werden könnte. Aber müßte man nicht auch vom Boden einer nicht-positivistischen Auffassung aus doch wenigstens dies einräumen, daß nur so der Bereich

¹⁰⁶ Zu diesen Fragen werde ich an anderer Stelle ausführlicher Stellung nehmen.

Wünschbar und möglich sind gesetzgeberische Reformen vor allem dort, wo Unklarheiten der bisherigen Ordnung (nicht ausdrücklich normierte oder umstrittene Zuständigkeiten) behoben und bessere Garantien für die Rechtsverwirklichung (z.B. Vorprüfung durch das Bundesgericht) geschaffen werden sollen.

Sehr problematisch dagegen ist jener Vorschlag, der sich durch seine Einfachheit und Selbstverständlichkeit – als bloße Anpassung an die veränderten Verhältnisse – zunächst aufdrängen will: die Erhöhung der erforderlichen Unterschriftenzahl (in der Regel wird die Verdoppelung – auf 100 000 Unterschriften – vorgeschlagen). Diese Reform erschwert die Stellung der Minderheiten, ohne für die Probleme, die sich heute stellen, eine Lösung zu bringen.

Bedenklich sind auch alle jene Vorschläge, die einfach die Bundesversammlung zurückbinden wollen (z.B. durch eine Verschärfung der Fristen). Die Verärgerung ist ganz allgemein ein schlechter Verfassungsgesetzgeber. Und auch für die Demokratie gilt, daß die Verfassung dazu da ist, Regierung zu ermöglichen und nicht zu verunmöglichen!

der Unantastbarkeiten einigermaßen klar abgegrenzt werden kann?

a) Diese Frage kann nicht allgemeingültig – d.h. für alle Völker und für alle Zeiten gleich – beantwortet werden. Die ausdrückliche Verankerung der unantastbaren Grundnormen als Schranken der Verfassungsänderung im Art. 79 Abs. 3 des Bonner Grundgesetzes mochte sich für das Deutschland nach dem Zusammenbruch des «Dritten Reiches» in der Katastrophe des 2. Weltkrieges aufdrängen: in den erschütterten Grund mußten zuallererst wieder klare Fundamente gelegt und die Schrankenlosigkeit durch einige Marken begrenzt werden. Nach einer Zeit der radikalen Desorientierung drängte sich eine ausdrückliche Verankerung dieser grundlegenden Richtnormen wohl unumgänglich auf. Diese explicite Positivierung von unantastbaren Normen mochte sich auch in anderen Staaten aus der Situation heraus dringend empfehlen, insbesondere die Verankerung der neuen Staatsform gegen die Restaurationsversuche¹⁰⁷.

Für Länder aber, denen ein freundlicheres historisches Geschick den radikalen Zusammenbruch und erschütternde Umbrüche erspart hat, liegen andere Überlegungen näher. So wird in England, das auch in der Gegenwart klar und eindeutig und ungebrochen für die freie Demokratie auf der Basis des «rule of law» («constitutional democracy») steht, die Formel von der «Parliamentary Sovereignty» bis zum heutigen Tage sehr absolut festgehalten. Die Schrankenlosigkeit der Entscheidungsgewalt des Parlamentes wird mit Formeln betont, welche die hobbesianische Herkunft nicht verleugnen. Es geschieht dies übrigens nicht aus irgendeiner Bewunderung für die Macht an sich heraus, sondern im Interesse der Demokratie und des «rule of law». Man glaubt es auch der Autorität der «konstitutionellen» (rechtsstaatlichen) Demokratie schuldig zu sein, daß ihre letzte Instanz potentiell ebenso absolut ist wie diejenige

¹⁰⁷ Vgl. die oben in Anm. 42 zit.

irgendeiner anderen Staatsform. So werden denn auch heute noch die berühmten Formeln eines Sir Edward Coke, eines Blackstone oder eines de Lolme zitiert, welche die Allmacht durch nichts als die physische Unmöglichkeit begrenzt sehen. In diesem Sinne konnte Blackstone, in Anlehnung an Sir Edward Coke, vom Parlament – von dem einen Parlament in Westminster! – sagen: “It can, in short, do everything that is not naturally impossible”¹⁰⁸. Und bis zum heutigen Tag wird die groteske Formel des Genfers de Lolme immer wieder als Parömie verwendet: “It is a fundamental principle with English lawyers that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman”¹⁰⁹.

Die Engländer können sich deshalb zu diesen Formeln einer schrankenlosen Allmacht bekennen, weil keine Aktualisierung droht und weil alle Versuche einer solchen Aktualisierung reflexartig einen elementaren Freiheitswillen auslösen würden. Weil das Bekenntnis zu den Grundwerten des «rule of law», des «constitutional government» – und das heißt aber zur begrenzten Staatsgewalt – so ungebrochen und selbstverständlich ist, kann die alte absolutistische Formel verwendet werden – ein Dogma ohne dogmatische Folgerungen¹¹⁰!

¹⁰⁸ Dicey, Introduction S. 41 f.; vgl. zur Geschichte dieses Grundproblems nun die vorzügliche Monographie von J. W. Gough *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford 1955; zur aktuellen Problematik die gleicherweise vorzügliche Darstellung von A. L. Goodhart, *English Law and the Moral Law*, London 1953.

¹⁰⁹ Dicey, a. a. O. S. 43.

¹¹⁰ Man kann sich einmal fragen, ob diese Lehre dem heutigen Verfassungszustand noch entspricht, oder ob ihm nicht die «mandate theory» näher kommt. Vgl. A. Berriedale Keith, *The Constitution of England from Queen Victoria to George VI*, 1940, Bd. I S. 11 f., Bd. II S. 10 ff.; derselbe *Constitutional Law*, 7. Aufl., 19 f. Man muß sich aber weiter fragen, ob die These von der Schrankenlosigkeit in der Mitte des vom Totalitarismus bedrohten 20. Jahrhunderts noch so harmlos ist wie im Zeitalter des liberalen Konstitutionalismus.

Die Grundnormen der freien Rechtsgemeinschaft werden durch diese Verabsolutierung der Entscheidungsgewalt nicht berührt; sie können nach englischer Anschauung in einem gewissen Sinne gar nicht kodifiziert werden; sie sind nicht das Ergebnis, sondern die Grundlage der Verfassung¹¹¹.

b) Wie soll die Schweiz in der heutigen Situation vorgehen? Soll sie, im Sinne der in der Einleitung zu diesem Paragraphen gestellten Fragen, heute versuchen, solche «materiellen Schranken» festzulegen, solche «Unantastbarkeiten» zu positivieren?

Die Logik der geschriebenen Verfassung mag dies nahelegen: Unklarheiten und Mängel im Recht werden dadurch behoben, daß man das Grundgesetz revidiert. Wir möchten trotzdem heute von einer solchen Verankerung der unantastbaren Grundnormen abraten und zwar aus verschiedenen Gründen. Einmal ist es nicht ganz leicht, diese Grundnormen in der Verfassung rechtlich zu umschreiben. Denn entweder sind sie in der Rechtsgemeinschaft lebendig, dann ist eine Positivierung überflüssig; oder aber dieses lebendige Bewußtsein fehlt, dann bleiben die Grundsätze auch als geschriebene Verfassungsparagraphen toter Buchstabe. Sodann aber muß man wohl die beinahe paradoxe Frage stellen, ob diese grundlegenden Normen überhaupt in die Verfassung gehören oder ob sie nicht vielmehr die Voraussetzung der Verfassung sind. Würde die Aufnahme in die Verfassungsurkunde, in der so viele unwesentliche (= nicht verfassungswesentliche) Normen aufgenommen worden sind, heute noch jene Auszeichnung bedeuten, die es nach dem ursprünglichen Sinn des Grundgesetzes (vgl. I. Teil, 1. Kap. § 1) bedeuten müßte? Endlich aber ist darauf hinzuweisen, daß ein solcher Revisionsvorstoß in der Gegenwart keinerlei Chancen der Verwirklichung hat. Er würde auf eine Sturzflut des Mißtrauens stoßen – eines Mißtrauens, das heute sehr leicht geweckt und genährt werden kann. Wenn

¹¹¹ Dicey, Introduction S. 203.

die Schlagwörter «Abbau der Demokratie», «Bevormundung des Volkes», «Restauration der repräsentativen Demokratie», «Attentat auf den Souverän» mobilisiert würden, dann wird auch das reinste rechtsstaatliche Wollen auf verlorenem Posten stehen.

Die Feststellung, daß dieser Weg einer förmlichen Revision zur Zeit verschlossen ist, bedeutet nun aber nicht, daß nichts getan werden kann und soll. Diese grundlegende Verfassungsfrage ist uns vielmehr unausweichlich gestellt. Es geht darum, daß die Grundordnung – als Hierarchie der Grundnormen – deutlicher erkannt, besser gewährleistet, klarer verwirklicht wird. Weit wichtiger und dringlicher als das rechtslogische ist dabei das rechtsethische Problem: daß der Nomos unserer freien Rechtsgemeinschaft – im ganzen wie im einzelnen – von der großen Mehrheit des Volkes als kategorischer Imperativ anerkannt und befolgt wird. Die Wiederherstellung und Festigung der Achtung vor der Verfassung ist die grundlegende Aufgabe der politischen Erziehung in einem weiteren Sinne des Wortes. Viel wirksamer als alles Dozieren aber ist dabei eine Praxis, die in harter, unbestechlicher Grundsätzlichkeit die Verfassung anwendet.

Wann die Zeit kommen wird für eine Totalrevision, die es erlaubt, «das viele Metall einzuschmelzen, um das gebundene Gold daraus zu gewinnen»¹¹², weiß niemand. Die Befreiung unserer Verfassung vom Rankwerk des Unwesentlichen wird seit langem als eine Notwendigkeit empfunden. Viel wichtiger als die Bereinigung des Verfassungstextes aber ist die Erneuerung des Verfassungsdenkens: die Ausrichtung auf die wesentlichen Inhalte, auf das absolute Verfassungssystem.

¹¹² W. Burckhardt, Kommentar zur BV Vorwort S. VIII.

Schlußfolgerungen

I. Die Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung (BV Art. 118 ff.) ist ein unverlierbares Grundrecht des Schweizerbürgers und eine unabdingbare Einrichtung unserer direkten Demokratie.

Es geht in der gegenwärtigen Diskussion in keiner Weise um die Abschaffung oder Einschränkung dieses grundlegenden Volksrechtes, wohl aber um sein richtiges Verständnis, um seine klare rechtsstaatliche Begrenzung und Gewährleistung.

II. Grundlegend für die richtige Erkenntnis des Wesens und der Tragweite der Verfassungsrevision und der Volksinitiative auf Partialrevision ist die klare Erkenntnis der Verfassung und der verfassungsgebenden Gewalt.

a) Unsere Verfassung ist die rechtliche Grundordnung der freien Gemeinschaft; sie ist das oberste, unverbrüchliche, von der Zustimmung der (stimmberechtigten) Rechtsgenossen getragene Gesetz. Als Ausdruck der Konstanten unseres Staates soll sie der Inbegriff der grundlegenden und dauernden Rechtssätze (Grundnormen) sein. Die Verfassung unserer Eidgenossenschaft ist eine Grundordnung, die eine letzte Begrenzung anerkennt.

Einzelne Rechtsgrundsätze unserer Verfassung – geschriebene und ungeschriebene – sind auch rechtlich richtigerweise als absolut («unveränderlich», «unantastbar», «ewig») zu qualifizieren (vgl. unten VII a).

b) «Volk und Stände» sind Träger der verfassungsgebenden Gewalt unserer bundesstaatlichen Demokratie. Die verfassungsgebende Gewalt (und noch mehr die verfassungsändernde Gewalt) ist nicht eine absolute, schrankenlose Allzuständigkeit, sondern eine durch Grundnormen

begrenzte und geordnete Zuständigkeit. Das Dogma vom unbegrenzten und unbegrenzbar *pouvoir constituant* hat als absolutistisches Erbe in unserer rechtsstaatlich-föderalistischen Demokratie keinen Platz. Die Anerkennung absoluter Normen bedeutet die Verneinung einer absoluten (schrankslosen) Entscheidungsgewalt («Souveränität»).

III. Die Verfassungsrevision im Sinne von Art. 118 ff. der BV ist nicht ein wertneutrales, schrankenloses Verfahren für irgendwelche Willensäußerungen, sondern es ist ein geordnetes Verfahren zur Verwirklichung und Entfaltung der Grundnormen unserer Verfassung (vgl. unten VII a), sei es im Wege der Totalrevision, sei es im Wege der Partialrevision.

IV. Die Volksinitiative auf Partialrevision ist das verfassungsmäßige Recht von 50 000 stimmberechtigten Schweizerbürgern, das «Begehren auf Erlaß, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung» zu stellen (BV Art. 121 Abs. 2).

V. Dieses Volksinitiativrecht ist nicht ein unbegrenztes Begehrensrecht, ein schrankenloses *ius ad omnia*, sondern es ist vielmehr formell und inhaltlich in mehrfacher Hinsicht begrenzt.

Die Revisionsnormen der Verfassung sind echte Rechtsnormen und auch die Form- und Verfahrensnormen des Bundesgesetzes über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der Bundesverfassung vom 27. Januar 1892/5. Oktober 1950 sind grundsätzlich Rechtsnormen und nicht bloß Ordnungsvorschriften.

Sie wollen die möglichst freie und klare demokratische Willensbildung und Willensäußerung bei der Setzung der grundlegenden Normen unserer Rechtsordnung gewährleisten.

VI. Inhaltlich ist das Recht der Volksinitiative auf Partialrevision in folgender Weise beschränkt:

a) durch die unveränderlichen Grundnormen unserer Verfassung:

Darunter sind zu verstehen jene Normen, welche die Grundwerte unserer freien Rechtsgemeinschaft gewährleisten; diese Grundnormen sind der Ausdruck des Unveränderlichen, des Ewiggültigen und bilden zusammen als «absolutes Verfassungssystem» das eigentliche Fundament unserer Verfassungsordnung.

Die Grundnormen dieses «absoluten Verfassungssystems» sind unantastbar; sie sind die Richtnormen für die Gestaltung des übrigen Verfassungsrechtes und zugleich die unabdingbare inhaltliche Schranke für die Rechtssetzung, insbesondere für alle Partialrevisionen.

Die absoluten (unveränderlichen) Grundnormen sind in unserer Verfassung nicht ausdrücklich als solche gekennzeichnet; sie sind aus den geschriebenen und ungeschriebenen grundlegenden Normen unserer Rechtsordnung zu ermitteln. Es handelt sich dabei nicht um ein Problem «Naturrecht oder positives Recht», sondern um die sinn-gemäße Auslegung unserer Verfassung.

Diese Grundnormen unserer Verfassung sind:
der Grundwert der menschlichen Person,
die Freiheitsrechte,
die Rechtsgleichheit,
das föderalistisch-bündische Prinzip,
die Grundprinzipien des Rechtsstaates, und
das demokratische Prinzip.

b) durch die Schranke der Totalrevision:

Eine Volksinitiative auf Partialrevision kann – ganz abgesehen von BV Art. 121 Abs. 3 («Einheit der Materie») – nicht eine Materie zum Gegenstand haben, die nur im Wege einer Totalrevision revidiert werden darf.

c) durch die Schranke des tatsächlich unmöglichen Inhaltes:

Eine Volksinitiative auf Partialrevision kann nicht etwas tatsächlich Unmögliches anbegehren.

d) durch die Schranke der staatlichen Existenz:

Eine Volksinitiative auf Partialrevision kann nicht die Preisgabe unserer eigenstaatlichen Existenz anbegehren, bzw. die nötigen (geistig-sittlichen, wirtschaftlich-finanziellen, militärischen) Mittel für die Erhaltung dieser Existenz verweigern bzw. antasten.

Die Volksinitiative ist ein friedliches Verfahren zur Reform der rechtlichen Grundordnung, nicht aber eine «legalisierte Methode des Staatsstreiches».

e) durch die Schranke des nicht-verfassungswesentlichen Inhaltes:

Ein Volksinitiativbegehren auf Partialrevision der Verfassung darf nicht die Setzung von offensichtlich unwesentlichen Normen anbegehren (Mißbrauch als Gesetzes- und Verordnungsinitiative).

Individuell-konkrete Normen können nur insoweit Gegenstand eines Revisionsbegehrens sein, als es sich um eine Ordnung handelt, die ihrer Natur nach gar nicht anders als individuell-konkret geregelt werden kann.

VII. Die Frage der Gültigkeit von Volksinitiativen ist nicht eine politische, sondern eine Rechtsfrage. Eine Volksinitiative, die einer Grundnorm des absoluten Verfassungssystems widerspricht, ist ein verfassungswidriger Akt.

VIII. Zuständig für die Sanktion ist trotz Fehlens einer ausdrücklichen Norm eindeutig die Bundesversammlung. Sie ist als Hüterin der Verfassung zu dieser verantwortungsschweren Aufgabe berufen.

Die Rechtsfolge der Verletzung von inhaltlichen Schranken ist – gleich wie bei der Verletzung von Form- und Verfahrensnormen – die Ungültigerklärung.

IX. Diese Sanktion greift nur Platz gegenüber offensichtlich verfassungswidrigen Volksinitiativen. Im Zweifel

soll, gemäß einer selbstverständlichen Auslegungsregel der direkten Demokratie, zu Gunsten der Volksrechte entschieden werden.

Diese Regel darf aber nicht zur bequemen Formel werden, um die Verantwortung für die Entscheidung der Rechtsfrage auf das Volk abzuwälzen.

X. Der Volkswille wird nicht dadurch respektiert, daß in einer «weitherzigen Praxis» auch offensichtlich verfassungswidrigen Initiativbegehren stattgegeben wird. Der Wille einer Initiantengruppe darf nicht einfach mit dem «Volkswillen» identifiziert werden.

Entscheidend aber ist, daß die Verfassung als der oberste und klarste Ausdruck des Volkswillens respektiert wird.

XI. De lege ferenda sind eine Reihe von Reformen, die der Klärung und besseren Gewährleistung der Form- und Verfahrensvorschriften dienen (wie z.B. eindeutige Festlegung umstrittener Kompetenzen, Mitwirkung des Bundesgerichtes bei der Vorprüfung usw.), wünschbar und möglich.

Dagegen bringt die vielfach postulierte Erhöhung (Verdoppelung) der erforderlichen Unterschriftenzahl keine Lösung für die Probleme, die sich heute stellen; sie ist, obwohl sie sich als bloße Anpassung an die veränderten Verhältnisse aufzudrängen scheint, als Lösung ebenso problematisch wie einfach.

Auch von einer ausdrücklichen Verankerung der inhaltlichen Schranken durch die Positivierung von Untastbarkeiten (Revisionsverboten) in unserer Verfassung ist aus verschiedenen Gründen heute abzuraten.

XII. Die wichtigsten Mängel und Unsicherheiten der heutigen Praxis können nicht durch gesetzgeberische Reformen, sondern allein durch eine grundsätzlichere Praxis der Bundesversammlung überwunden werden.

Die Probleme werden auch in unserer weit entwickelten direkten Demokratie nicht dadurch gelöst, daß man die Verantwortung auf das Volk abwälzt; eine Ausweitung der Volksrechte, bei der die Frage der sachlichen Kompetenz – hier die Frage der Kompetenz zur Beurteilung verfassungsrechtlicher Fragen – nicht sorgfältig gestellt und geprüft wird, ist kein Ausbau der Demokratie.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	739a

I. Teil: Grundlagen

1. Kapitel: Verfassung

§ 1. Die Verfassung als Grundordnung unserer Rechtsge- meinschaft	743a
I. Verfassung als Grundordnung der freien Gemeinschaft	743a
II. Verfassung als rechtliche Grundordnung	745a
III. Verfassung als oberstes Gesetz	747a
IV. Verfassung als Inbegriff der inhaltlich grundlegenden Normen.	749a
V. Verfassung als grundsätzlich dauernde Ordnung . .	751a
VI. Verfassung als autonome Ordnung	753a
VII. Verfassung als begrenzte und begrenzende Ordnung	755a
§ 2. Die Abwertung der Verfassung.	758a
I. Die Verfassung als Form für irgendwelche Inhalte .	759a
II. Die Aufweichung der Rechtsnatur der Verfassung .	762a
III. Die Infragestellung des Vorranges der Verfassung als oberstes Gesetz	764a
IV. Das Entfallen des materiellen Verfassungsbegriffes	764a
V. Die Relativierung der Dauer.	766a
VI. Die hinkende Autonomie	768a
VII. Das Entschwinden der Begrenzung	770a

2. Kapitel: Demokratie

§ 1. Zwei Grundauffassungen von der Demokratie	773a
A. Die absolutistisch-dezisionistische Auffassung der Demokratie	773a
B. Die rechtsstaatliche Auffassung der Demokratie . .	777a
§ 2. Demokratie und Verfassung	780a
§ 3. Demokratie und Repräsentation (Von den Grenzen der direkten Demokratie).	781a

II. Teil: Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision nach Bundesrecht

1. Kapitel: Die Volksinitiative auf Partialrevision der Bundesverfassung nach geltendem Recht

- § 1. Die Prinzipien der verfassungsrechtlichen Ordnung . . . 791a
- § 2. Die Volksinitiative als Institution der direkten Demokratie und als Recht des Aktivbürgers 794a

2. Kapitel: Die Schranken der Volksinitiative auf Partialrevision

- § 1. Begriff und Arten von Schranken 796a
- § 2. Die Verneinung von Schranken 801a
- § 3. Die Schranken der Volksinitiative nach Bundesrecht 806a
- A. Der grundsätzliche Nachweis des Bestehens von Schranken 806a
- I. Die Grundnormen der Verfassung (das absolute Verfassungssystem) 808a
- a) Geschriebene und ungeschriebene Normen . . . 809a
- b) Das «einerlei Verfassungsrecht» und die Hierarchie der Verfassungsnormen 811a
- c) Verfassung im formellen und materiellen Sinne 813a
- d) Veränderliche und unveränderliche Rechts-sätze 815a
- II. Die Schranken der verfassungsgebenden Gewalt . 818a
- III. Die Verfassungsrevision als Fortbildung der Verfassung im Rahmen des absoluten Verfassungssystems 824a
- B. Die Schranken im einzelnen. 829a
- I. Die Grundnormen unserer Verfassung 830a
- a) Der unantastbare Grundwert der menschlichen Person. 830a
- b) Die Freiheitsrechte 834a
- c) Die Rechtsgleichheit 837a
- d) Das föderalistisch-bündische Prinzip 838a
- e) Das rechtsstaatliche Prinzip 840a
- f) Das demokratische Prinzip 841a
- II. Die Totalrevision als Schranke der Partialrevision 842a
- III. Die Schranke des tatsächlich unmöglichen Inhaltes 843a
- IV. Die Schranken der staatlichen Existenz 845a

Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision	885a
V. Die Schranke des nicht-verfassungswesentlichen Inhalts	847a
VI. Die Schranke des Völkerrechtes	851a
§ 4. Verfassung, Verfassungsrevision und Verfassungseid .	851a
<i>3. Kapitel: Die Sanktion gegenüber rechtswidrigen Volksinitiativen</i>	
§ 1. Politische Frage oder Rechtsfrage?	856a
§ 2. Die Sanktion gegenüber Form- und Verfahrensmängeln	856a
§ 3. Die Sanktion gegenüber Initiativbegehren, welche materielle Schranken verletzen	857a
I. Die Grundlage der Überprüfung	857a
II. Der Umfang der Sanktion	859a
III. Das zuständige Organ	866a
IV. Die Rechtsfolge	870a
<i>4. Kapitel: Bemerkungen de lege ferenda</i>	
§ 1. Eine alte Erkenntnis	871a
§ 2. Die Frage der Revision des Rechtes der Volksinitiative im allgemeinen	871a
§ 3. Die Frage der Verankerung der «materiellen Schranken» im besonderen	872a
Schlußfolgerungen	877a

