

# Ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision?

MARTIN SCHUBARTH, Prof. Dr. alt Bundesgerichtspräsident<sup>1</sup>

## Inhalt

- I. Fragestellung
- II. Giacometti; «ewige» Normen
- III. Aubert
- IV. Wildhaber
- V. Ius cogens
- VI. Weitere Schranken?
- VII. Todesstrafe; regional zwingendes Völkerrecht?
- VIII. Todesstrafe; Realität weltweit
- IX. Richterliche Unabhängigkeit
- X. Weitere Anwendungsfälle?
- XI. Problematik der «ewigen» Norm
- XII. Ewigkeitsklausel des deutschen Grundgesetzes
- XIII. Ewigkeitsklauseln kein Gemeingut freiheitlicher Verfassungsstaaten
- XIV. Grundrechtliche Kerngehalte der Veränderung unterworfen
- XV. Weitere Schranken? Abstrakte Formel nicht auffindbar; Rückwirkungsverbot
- XVI. Verkappte Schranken
- XVII. Minarettverbot; Interessenabwägung im Einzelfall; Ventilfunktion der Volksinitiative
- XVIII. Aushebelung von Lex-specialis- und Lex-posterior-Grundsatz?
- XIX. Sonderfall: territoriale Veränderung der Kantone
- XX. Parlament oder Justiz?
- XXI. Schnittstelle von Recht und Politik; Gesetzgebungsrat nach nordischem Muster?
- XXII. Methodische Bemerkungen; Bedeutung konkreter Problemfälle
- XXIII. Rechtsvergleichung zur Verfassungsgerichtsbarkeit; Bedeutung der Niederlande, der nordischen Staaten und des Vereinigten Königreichs; Besonderheiten des Conseil constitutionnel
- XXIV. Schlussbemerkung

<sup>1</sup> Alt Bundesrichter, Avocat-conseil, [www.martinschubarth.ch](http://www.martinschubarth.ch).

## Literatur

J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967; G. BIAGGINI, Art. 3, 5A, 42, 43, 43A, in B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-BIAGGINI); G. BIAGGINI, in G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich 2011; W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 2. A., Bern 1914; H. DREIER, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, München 2009; A. EPINEY, Art. 5, 36, 54, 84, 85, 138–142, 166, 190, 192–194, 196 Ziff. 1 und 2, Art. 197 Ziff. 1 BV, in B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-EPINEY); A. EPINEY, *Zur rechtlichen Tragweite von Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV*, in *Jusletter* 2.6.2014; Z. GIACOMETTI, in F. Fleiner/Z. Giacometti (Hrsg.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 705 ff.; E. HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. A., Bern 1946; Y. HANGARTNER/B. EHRENZELLER, *Vorbemerkungen zu Art. 192–195, Art. 192, 193, 194 BV*, in B. Ehrenzeller/B. Schindler/R.J. Schweizer/K.A. Vallender (Hrsg.), *St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung*, 3. A., Zürich 2014 (zitiert: StG Komm-HANGARTNER/EHRENZELLER); M. HERTIG RANDALL, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives*, in *ZSR* 129, S. 221 ff.; R. HOOD/C. HOYLE, *The Death Penalty – A worldwide Perspective*, 4. A., Oxford 2015; R. KIENER/B. SCHINDLER, *Rütteln an den Grundpfeilern des Rechtsstaates*, in *NZZ* 22.05.2014, S. 21; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 3. A., Bern 2010; F. LUCHAIRE/G. CONNAC/X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française*, 3. A., Paris 2009; R. PEDRETTI, *Vom Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen und Minaretten: Direkte Demokratie und Minderheitenschutz*, Basel 2015; C. PIRAS/S. BREITENMOSER, *Das Verbot der Todesstrafe als regionales ius cogens*, in *AJP/PJA* 2011, S. 331 ff.; L. SCHAUB, Art. 143–146 BV, in B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2001 (zit.: BSK BV-SCHAUB); M. SCHEFER/A. ZIMMERMANN, *Materielle Schranken der Verfassungsgebung*, in *Leges* 2011, S. 343 ff.; D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris 2010; M. SCHUBARTH, *Verfassungsgerichtsbarkeit; rechtsvergleichend – historisch – politologisch – soziologisch – rechtspolitisch*, unter Einbezug der europäischen Gerichtshöfe, Bern 2011; C. STOOSS, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Band 1*, Basel/Genf 1892; P. UEBERSAX, Art. 14, 121a, 197 Ziff. 11 BV, in B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-UEBERSAX); L. WILDHABER, in J.-F. Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern, Stand 1988; C. WINZELER, Art. 72 BV, in B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit.: BSK BV-WINZELER).

### I. Fragestellung

Gibt es ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision? Dies ist eine der umstrittensten Fragen des schweizerischen Staatsrechtes<sup>2</sup>.

### II. Giacometti; «ewige» Normen

Zaccaria Giacometti bejahte 1949 die Möglichkeit von Normen, die von der verfassungsändernden Gewalt nicht abgeändert werden können («ewige» Normen)<sup>3</sup>. Zwar stempelte die alte Bundesverfassung von 1874 keine ihrer Vorschriften zu

2 BIAGGINI, Nr. 82; vgl. auch StGKomm-HANGARTNER/EHRENZELLER, Nr. 10 ff. ad Vorb. zu Art. 193–195 BV.

3 GIACOMETTI, S. 705 ff.

rechtlich unabänderlichen Normen, doch seien, so Giacometti, solche ewige Normen auf dem Wege der Auslegung auffindbar.

### III. Aubert

Jean-François Aubert, später National- und Ständerat, hat 1967 in einlässlicher Auseinandersetzung mit Giacometti und weiteren Befürwortern dieser Auffassung den gegenteiligen Standpunkt vertreten<sup>4</sup>.

### IV. Wildhaber

Luzius Wildhaber, später Präsident des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, kam 1988 nach eingehender Darlegung von Lehre und Praxis zum Schluss, dass es im Prinzip keine materiellen Schranken gebe, aber in Ausnahmefällen könne man die Bundesversammlung nicht daran hindern, als Hüter der Verfassungsordnung aufzutreten<sup>5</sup>.

### V. *Ius cogens*

Immerhin setzte sich in der Lehre die Auffassung durch, dass zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*), das auf dem Konsens der Staatengemeinschaft beruht, als materielle Schranke für Verfassungsrevisionen anzuerkennen sei. Diese Schranke wurde denn auch in die neue Verfassung von 1999 aufgenommen<sup>6</sup>.

### VI. Weitere Schranken?

Gibt es darüber hinaus ungeschriebene materielle Schranken der Verfassungsrevision? Die bisherige Diskussion krankte daran, dass es kaum praktisch bedeutsame Beispiele gab.

### VII. Todesstrafe; regional zwingendes Völkerrecht?

Die 2010 eingereichte, aber sofort wieder «zurückgezogene» Volksinitiative betreffend Wiedereinführung der Todesstrafe<sup>7</sup> hat allerdings gezeigt, dass das Problem weiterer ungeschriebener materieller Schranken eines Tages aktuell werden könnte. Wenn geltend gemacht wird, die Wiedereinführung der Todesstrafe verstosse gegen regional zwingendes Völkerrecht und sei deshalb nicht zulässig<sup>8</sup>, dann wird damit der Sache nach eine ungeschriebene materielle

4 AUBERT, S. 130 ff.

5 WILDHABER, Nr. 23 ff. ad Art. 118 BV.

6 Art. 139 Abs. 3, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV.

7 Eidgenössische Volksinitiative «Todesstrafe bei Mord mit sexuellem Missbrauch», BBl 2010 5471; unbenützter Fristablauf BBl 2012 2439; zum (formal unmöglichen) Rückzug NZZ 25.08.2010.

8 PIRAS/BREITENMOSER, S. 331 ff.; vgl. ferner die Hinweise bei PEDRETTI, Fn. 185.

Schranke der Verfassungsrevision vertreten. Denn das Verbot der Todesstrafe ist nicht allgemein anerkannt, wie allein schon die traurige Realität in den USA, in Japan und in China und überdies in zahlreichen Schurkenstaaten zeigt, und verstösst deshalb nicht gegen *ius cogens*. Man darf regionales zwingendes Völkerrecht, so es dieses überhaupt gibt, nicht in die *ius-cogens*-Schranke der Bundesverfassung hineinlesen; denn schon die Entstehungsgeschichte dieser Schranke zeigt, dass damit regional zwingendes Völkerrecht nicht gemeint ist.

### VIII. Todesstrafe; Realität weltweit

Ausführliche Angaben zur Todesstrafe weltweit finden sich in der breit angelegten Untersuchung «The Death Penalty»<sup>9</sup>. Danach haben weltweit bis 2014 99 Länder die Todesstrafe völlig abgeschafft; von 2008 bis 2014 erhöhte sich die Zahl von 91 auf 99. Im gleichen Zeitraum ging die Zahl der Länder, in denen in den letzten zehn Jahren mindestens eine Todesstrafe vollstreckt wurde, von 51 auf 39 zurück. In sieben Staaten gibt es im Durchschnitt 20 oder mehr Exekutionen<sup>10</sup>. Zu den Ländern, die die Todesstrafe exekutieren, gehören neben den bereits genannten im europäischen Bereich Weissrussland<sup>11</sup>. Eines der Länder, in denen die Todesstrafe nur faktisch abgeschafft wurde, aber keine Vollstreckung in den letzten zehn Jahren stattgefunden hat, ist Russland<sup>12</sup>, immerhin Mitglied des Europarates.

### IX. Richterliche Unabhängigkeit

Die Volksinitiative «Haftung für Rückfälle von Sexual- und Gewaltstraftätern»<sup>13</sup>, für welche die Unterschriftensammlung zur Zeit läuft, könnte, wenn sie zustande kommt<sup>14</sup>, einen weiteren Anwendungsfall für eine ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden<sup>15</sup>. Denn nach Absatz 3 der neu vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung verliert die Person, die für eine «Fehlentscheidung» verantwortlich ist, ihr Amt, wenn die «Fehlentscheidung» zum Tod, zu einer schweren Körperverletzung oder zu einer Vergewaltigung eines Menschen geführt hat. Soweit diese Person ein Richter ist, müsste der Richter auf Grund der vorgeschlagenen neuen Verfassungsbestimmung also wegen einer Entscheidung, die er als Richter getroffen hat, aus dem Amt gejagt

9 HOOD/HOYLE, *passim*.

10 HOOD/HOYLE, S. XII.

11 HOOD/HOYLE, S. 503; dort die vollständige Liste dieser Länder.

12 HODD/HOYLE, S. 507.

13 BBl 2014 3293.

14 Auch wenn sie nicht zustande kommen sollte, was zum Zeitpunkt der Niederschrift dieses Beitrags noch offen ist, bildet sie ein willkommenes praktisches Beispiel für die Diskussion zur Frage ungeschriebener Schranken der Verfassungsrevision.

15 Ablauf der Sammelfrist 29.10.2015; inzwischen steht fest, dass die Initiative nicht zustande gekommen ist, BBl 2015 7718.

werden. Das wäre ein massiver Verstoss gegen den elementaren rechtsstaatlichen Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit.

Die richterliche Unabhängigkeit wäre bei Annahme der Initiative aus einem weiteren Grunde massiv gefährdet. Denn muss der Richter befürchten, auf Grund seines Entscheides sein Amt zu verlieren, besteht die reale Gefahr, dass er – bewusst oder unbewusst – zur Vermeidung dieser für ihn gravierenden Drohung nicht mehr sachgerecht entscheidet<sup>16</sup>. Immerhin könnte dagegen eingewendet werden, dass dieses Problem beim in der Schweiz noch immer üblichen, allerdings fragwürdigen System der periodischen Bestätigungswahlen von Richtern ohnehin, wenn auch in abgeschwächter Form, besteht<sup>17</sup>.

Das hier erörterte Beispiel zeigt: Offenbar gibt es im demokratischen Rechtsstaat fundamentale Werte von derartiger Bedeutung, dass sie nicht durch Verfassungsänderung in Frage gestellt werden dürfen. Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit ist ein Musterbeispiel für einen solchen «ewigen» Wert. Das ist derart evident, dass es keiner weiteren Begründung bedarf.

Der erwähnte Absatz 3 der Haftungsinitiative ist offensichtlich unvereinbar mit dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit. Die Initiative müsste also, so sie zustande kommt, wegen Verstosses gegen eine ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision für ungültig erklärt werden.

Folgt man dem, kann offenbleiben, wie zu verfahren ist, wenn ein Richter-gremium in geheimer Beratung die «Fehlentscheidung» getroffen hat. Die Problematik liegt auf der Hand: Man kann nicht wissen, ob es sich um eine Mehrheitsentscheidung handelt und welche Richter zur «fehlbaren» Mehrheit gehören. Im Rahmen der Umsetzung der Initiative müsste man wohl das Beratungsgeheimnis insoweit aufheben, etwa durch die Pflicht, zu protokollieren, welche Richter für den potentiell «fehlbaren» Entscheid votiert haben.

Die Möglichkeit ungeschriebener materieller Schranken der Verfassungsrevision darf also nach dem Gesagten nicht ausgeschlossen werden. Die in Frage stehende Initiative steht im Widerspruch zu einem elementaren rechtsstaatlichen Prinzip, dessen Aufgabe die Abdankung des Rechtsstaates wäre. Die richterliche Unabhängigkeit ist deshalb als ungeschriebene Schranke der Verfassungsänderung anzusehen.

## X. Weitere Anwendungsfälle?

Ob es weitere solche Schranken gibt, sei hier dahingestellt. Intuitiv möchte man dies bejahen. Aber ohne konkrete Anwendungsfälle, bei denen ein Verstoss gegen eine ungeschriebene Schranke der Revision ins Auge springt, lässt sich dies nicht verifizieren. Das bereits angesprochene Verbot der Todesstrafe ist möglicherweise ein weiterer Anwendungsfall.

16 So schon KIENER/SCHINDLER, S. 21.

17 Vgl. zu dieser Problematik BSK BV-SCHAUB, Nr. 7 ad Art. 145 BV.

## XI. Problematik der «ewigen» Norm

Giacometti hatte nach alledem im Grundsatz recht. Das zeigt auch das Beispiel der inzwischen geschriebenen Schranke des *ius cogens*. Allerdings macht das Beispiel der Todesstrafe deutlich, wie problematisch der Begriff der «ewigen» Norm ist. Die Todesstrafe wurde 1874 mit der damals neuen Bundesverfassung<sup>18</sup> abgeschafft, ausgenommen für das Militärstrafrecht in Kriegszeiten. Aufgrund mehrerer scheusslicher Verbrechen, vor allem die Tötung dreier Gefängniswärter durch zwei ausbrechende Strafgefangene, entstand eine Bewegung für die Wiedereinführung der Todesstrafe<sup>19</sup>. Verschiedene Petitionen mit insgesamt mehr als 30 000 Unterschriften – die Möglichkeit der Volksinitiative bestand damals noch nicht – verlangten eine Verfassungsrevision<sup>20</sup>. Schon 1879 wurde unter dem Druck dieser Petitionen und auf Grund einer Motion des Ständerates der frühere Zustand – Verbot der Todesstrafe nur für politische Delikte – wieder hergestellt, woraufhin zehn Kantone die Todesstrafe wieder einführten<sup>21,22</sup>. Ihre praktische Bedeutung war allerdings gering; im Zeitraum von 1900 bis 1941 wurden in der Schweiz nur sieben Todesstrafen vollzogen.

Die Abschaffung der Todesstrafe durch das Strafgesetzbuch von 1937, in Kraft 1942, war äusserst umstritten; sie war – neben föderalistischen Einwänden – ein Grund dafür, dass es zu einem Referendum kam, in dem das Gesetz nur knapp angenommen wurde<sup>23</sup>. Und zu Beginn der fünfziger Jahre führte die Affäre der Mörder Deubelbeiss und Schürmann zu einer erneuten Diskussion um die Todesstrafe<sup>24</sup>.

Auch die europäische Entwicklung zeigt die Problematik «ewiger» Werte. Die Europäische Menschenrechtskonvention vom 4.11.1950<sup>25</sup> erklärte die Todesstrafe ausdrücklich für zulässig. «Niemand darf absichtlich getötet werden, ausser durch Vollstreckung eines Todesurteils ...»<sup>26</sup>. Erst mit dem 6. Zusatzpro-

18 Die erste Bundesverfassung von 1848 enthielt bereits (aber nur) das Verbot der Todesstrafe für politische Delikte (Art. 54).

19 BURCKHARDT, S. 620.

20 BURCKHARDT, *idem*.

21 Eingehend zur Entwicklung STOOSS, S. 56 ff., 285 ff.; HAFTER, S. 258 ff.

22 Das absolute Verbot der Todesstrafe für das bürgerliche Strafrecht durch die Bundesverfassung von 1874 hatte allerdings insofern auch nach seiner Aufhebung noch eine Auswirkung, als mit der Aufhebung die früheren kantonalen Rechte nicht wiederauflebten, sondern die Todesstrafe durch Beschluss des kantonalen Gesetzgebers wieder eingeführt werden musste. Einige Kantone, die vor der Totalrevision der BV die Todesstrafe kannten, haben sie nicht wieder eingeführt.

23 Mit 358'438 Ja zu 312'030 Nein; die Mehrheit der Kantone (12 ½) lehnte ab.

24 Motion Gysler betreffend Wiedereinführung der Todesstrafe, abgelehnt vom Nationalrat 1952.

25 EMRK, SR 0.101.

26 Art. 2 Abs. 1.

tokoll vom 28.4.1983<sup>27</sup> wurde die Todesstrafe in Friedenszeiten abgeschafft; mit dem 13. Zusatzprotokoll vom 3.5.2002<sup>28</sup> auch in Kriegszeiten<sup>29</sup>.

Das alles macht deutlich, wie heikel es ist zu bestimmen, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt einer Norm nun wirklich Ewigkeitswert zukommen kann. Als Giacometti 1949 von ewigen Normen sprach, hatte das Verbot der Todesstrafe – für den zivilen Bereich nur indirekt durch das eidgenössische Strafgesetzbuch geschaffen – offensichtlich noch nicht Ewigkeitswert.

## XII. Ewigkeitsklausel des deutschen Grundgesetzes

Wie problematisch der Rückgriff auf Ewigkeitswerte ist, zeigt die Diskussion um die Tragweite der Ewigkeitsklausel des deutschen Grundgesetzes<sup>30, 31</sup>. Die «Versuchung zur normativen Zementierung»<sup>32</sup> durch Rückgriff auf die Ewigkeitsklausel ist gerade bei den Grundrechten gross<sup>33</sup>. Was hat man «in der rechtswissenschaftlichen Literatur über die Lehren von Menschenwürdegehalt der Grundrechte und vergleichbare Inklusionsstrategien nicht alles als änderungsfest auszuflaggen versucht!»<sup>34</sup>. Und dies «bis in alle verfassungsrechtliche Ewigkeit»<sup>35</sup>.

## XIII. Ewigkeitsklauseln kein Gemeingut freiheitlicher Verfassungsstaaten

Rechtsvergleichend ist festzuhalten, dass Ewigkeitsklauseln «bei weitem kein Gemeingut freiheitlicher Verfassungsstaaten bilden»<sup>36</sup>.

## XIV. Grundrechtliche Kerngehalte der Veränderung unterworfen

Es wird die Auffassung vertreten, grundrechtliche Kerngehalte sollten materielle Schranken der Verfassungsrevision bilden<sup>37</sup>. Lassen wir das Problem der Konkretisierung des unbestimmten Begriffs «Kerngehalt» beiseite. Von Interesse ist, dass nach dieser Auffassung grundrechtliche Kerngehalte im Einzelfall absolut gelten sollen, dass sie aber wie alles Recht im Verlaufe der Zeit

27 Protokoll Nr. 6 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.06.

28 Protokoll Nr. 13 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe, SR 0.101.093.

29 Wie erwähnt, wird die Todesstrafe noch appliziert in Weissrussland (nicht Mitglied des Europarates); in Russland ist sie nur faktisch abgeschafft.

30 Art. 79 Abs. 3 GG.

31 Dazu mit zahlreichen Hinweisen DREIER.

32 DREIER, S. 71.

33 Vgl. DREIER, S. 71 f.

34 DREIER, S. 72.

35 DREIER, S. 72.

36 DREIER, S. 61.

37 SCHEFER/ZIMMERMANN, S. 343 ff., 349 f.

der Veränderung unterworfen seien<sup>38</sup>. Das ist eine klare Absage an «Ewigkeitswerte».

### **XV. Weitere Schranken? Abstrakte Formel nicht auffindbar; Rückwirkungsverbot**

Gibt es weitere ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision? Vermutlich ja; doch dürfte eine abstrakte Formel dafür nicht auffindbar sein. Ein mögliches Beispiel: Nach geltendem Recht ist die Vaterschaftsklage gegen den Samenspender ausgeschlossen, wenn die Samenspende unter Beachtung der Regeln des Fortpflanzungsmedizingesetzes erfolgt ist<sup>39</sup>. *Quid*, wenn eine Volksinitiative die Aufhebung dieser Bestimmung mit rückwirkender Wirkung verlangt? Dies wäre ein derartiger Affront gegen die Rechtsicherheit und den Grundsatz von Treu und Glauben, dass man – folgt man dem Rechtsgefühl – annehmen müsste, dass damit eine ungeschriebene Schranke der Verfassungsrevision überschritten würde.

Ob man dies generell für rückwirkende den Bürger belastende Verfassungsänderungen annehmen muss oder ob Ausnahmen zulässig sind und wie gegebenenfalls diese zu konkretisieren wären, sei dahin gestellt.

Die Frage stellte sich kürzlich bei der von Volk und Ständen abgelehnten Erbschaftsteuerinitiative<sup>40</sup>. Das Parlament ist vor einer Ungültigkeitserklärung zurückgeschreckt, meines Erachtens zu Unrecht. Immerhin hat diese Initiative zu einem parlamentarischen Vorstoss geführt<sup>41</sup>.

Die Frage hätte sich auch gestellt, wenn die bereits erwähnte Volksinitiative betreffend Wiedereinführung der Todesstrafe zustande gekommen wäre und die Bundesversammlung sie nicht wegen Verstosses gegen das behauptete regionale zwingende Völkerrecht für ungültig erklärt hätte. Denn die Initiative verlangte die sofortige Inkraftsetzung mit rückwirkender Anwendung auf alle zum Zeitpunkt der Annahme der Initiative noch nicht rechtskräftig beurteilten Straftaten, für die gemäss der Initiative neu die Todesstrafe zwingend hätte ausgesprochen werden müssen – ein Verstoss gegen den fundamentalen Grundsatz, dass Verschärfungen des Strafrechts nicht rückwirkend zur Anwendung kommen dürfen.

38 SCHEFER/ZIMMERMANN, S. 351.

39 Art. 23 Abs. 2 Fortpflanzungsmedizingesetz, FMedG, SR 810.11.

40 Abstimmung vom 14.6.2015.

41 Parlamentarische Initiative Lustenberger, 14.471. Keine Rückwirkungsklauseln in Volksinitiativen. Die zuständigen parlamentarischen Kommissionen haben beschlossen, der Initiative Folge zu geben. Bei der Ausarbeitung einer Vorlage wird man auch prüfen müssen, ob ein allfälliges Rückwirkungsverbot generell bei Verfassungsänderungen zu beachten wäre, also nicht nur, wie mit der parlamentarischen Initiative angestrebt, bei Volksinitiativen.

## XVI. Verkappte Schranken

In der staatsrechtlichen Literatur finden sich neuerdings Ansätze, die darauf hinauslaufen, missliebige Initiativen, die leider<sup>42</sup> von Volk und Ständen angenommen wurden, nachträglich im Ergebnis unter Rückgriff auf angeblich vorrangige Verfassungsbestimmungen zu unterlaufen. Der Sache nach läuft dies ebenfalls auf die Annahme einer Art ungeschriebener Schranke der Verfassungsrevision hinaus, also eine verkappte, nicht offen zugegebene Schranke.

## XVII. Minarettverbot; Interessenabwägung im Einzelfall; Ventilfunktion der Volksinitiative

Ein Beispiel bildet das auf Grund einer Volksinitiative von Volk und Ständen mit deutlicher Mehrheit beschlossene Verbot des Baus von Minaretten<sup>43</sup>. Dieses ist klar und eindeutig und geht als *lex specialis* und als *lex posterior* abweichendem Verfassungsrecht vor. Wenn behauptet wird, das Minarettverbot gelte nur unter dem Vorbehalt der Interessenabwägung im Einzelfall – und dies ohne eine substantiierte Analyse der Tragweite des Minarettverbotes<sup>44</sup>, so wird der Sache nach eine ungeschriebene Schranke der Verfassungsrevision postuliert, die nachträglich zur Abschwächung oder gar Aushebelung von missliebigem Verfassungsrecht führen soll. Bei nüchterner wissenschaftlicher Betrachtungsweise kommt man zu folgenden Ergebnissen<sup>45</sup>. Die innere Religionsfreiheit ist nicht verletzt; denn Muslime werden durch das Minarettverbot in ihrer Freiheit zu glauben, was sie wollen, nicht eingeschränkt. Die äussere Religionsfreiheit besteht weiterhin, da Moscheen auch in Zukunft gebaut werden dürfen und die Ausübung der Religion durch das Minarettverbot nicht in Frage gestellt wird, wie die Existenz von Moscheen ohne Minarett zeigt. Letztlich berührt das Minarettverbot höchstens die religiöse Propagandafreiheit<sup>46</sup>. Ob diese wirklich unter den Schutzbereich von Art. 9 EMRK fällt oder ob es nicht Sache der jeweils betroffenen Staaten ist zu entscheiden, wie weit man religiöse Propaganda zulassen will – eine Entscheidung, die im Interesse des religiösen Friedens restriktiv ausfallen kann –, bedürfte jedenfalls einer vertieften Analyse. Dabei ist auch der Ventilfunktion des Initiativrechtes Rechnung zu tragen; diese trägt dazu bei, dass sich das Missbehagen des Volkes nicht in anderer möglicherweise gewalttätiger Weise zum Ausdruck bringt. Solche politologischen Gesichtspunkte werden leider von ausschliesslich normativ denkenden Verfassungsrechtlern ausgeblendet. Wenn gesagt wird, das Minarettverbot

42 «Leider» nach Auffassung der jeweiligen Autoren.

43 Art. 72 Abs. 3 BV.

44 So WINZELER, Nr. 57 ff. ad Art. 72 BV.

45 So schon SCHUBARTH, S. 63 f., Fn. 269.

46 Vgl. den Slogan des türkischen Staatspräsidenten und früheren Ministerpräsidenten Erdogan: «Unsere Minarette sind unsere Bajonette».

dürfte sich nur durchsetzen lassen, wo es zur Wahrung des öffentlichen Friedens notwendig ist<sup>47</sup>, so ist klarzustellen: Volk und Stände haben verbindlich entschieden, dass das Verbot ausnahmslos notwendig ist.

### **XVIII. Aushebelung von Lex-specialis- und Lex-posterior-Grundsatz?**

Ein anderer Kunstgriff, unerwünschte durch Initiativen geschaffene Verfassungsbestimmungen zu unterlaufen und damit der Sache nach ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision zu postulieren, besteht darin, dass man den *Lex-specialis*- und den *Lex-posterior-Grundsatz* aufhebt unter Rückgriff auf systematische Auslegung und «praktische Konkordanz»<sup>48</sup>. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass die neuere und oft speziellere in der Volksabstimmung angenommene Verfassungsbestimmung zurücktreten soll, wenn der Gesetzgeber das bisherige Verfassungsrecht für höherwertig hält. Dass die *Lex-specialis*- und *Lex-posterior-Regel* geschaffen wurde, um Normkonflikte zu lösen – und zwar in der Regel zu Gunsten der neuen Verfassungsnorm – wird damit herunter gespielt<sup>49</sup>.

An Beispielen demonstriert: Die Wiedereinführung der Zulässigkeit der Todesstrafe im Jahre 1879 ging als *lex specialis* und als *lex posterior* dem bisherigen Recht vor, schränkte also das – damals ungeschriebene – Recht auf Leben ein. Entsprechend schränkt das Minarettverbot die Religionsfreiheit als *lex specialis* und als *lex posterior* im oben dargelegten Sinn ein. Wie daran unter Rückgriff auf systematische Auslegung und praktische Konkordanz gerüttelt werden kann, bleibt schleierhaft.

### **XIX. Sonderfall: territoriale Veränderung der Kantone**

Erwähnt sei noch ein Sonderfall. Änderungen im Bestand und im Gebiet der Kantone bedürfen der Zustimmung der betroffenen Kantone<sup>50</sup>. Fehlt diese, so besteht insofern eine (geschriebene) Schranke der Verfassungsrevision. Der Bund kann nicht gegen den Willen der betroffenen Kantone eine territoriale Änderung vornehmen<sup>51</sup>.

### **XX. Parlament oder Justiz?**

Wer soll darüber befinden, ob eine ungeschriebene Schranke der Verfassungsrevision besteht und ob diese überschritten wird? Nach geltendem Recht befindet das Parlament abschliessend über die Gültigkeit einer Volksinitiative, also

47 So WINZELER, Nr. 59 ad Art. 72 BV.

48 Vgl. EPINEY, Nr. 44 ff.; BSK BV-UEBERSAX, Nr. 7 ad Art. 121a BV.

49 Generell zur Tragweite der *Lex-specialis-Regel* KRAMER, S. 107 ff., zur *Lex-posterior-Regel*, S. 112 ff.

50 Für Einzelheiten siehe Art. 53 BV.

51 BSK BV-BIAGGINI, Nr. 80 ad Art. 3 BV.

in unserem Zusammenhang, ob allfällige ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision beachtet wurden. Indirekt tut es dies auch, wenn es auf Antrag des Bundesrates oder auf Grund einer parlamentarischen Initiative eine Verfassungsänderung beschliesst, die Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten ist. Soll stattdessen dem Bundesgericht die entsprechende Kompetenz übertragen werden?

Die Frage steht in nahem Zusammenhang mit der immer wieder aufgeworfenen und jeweils negativ beantworteten Frage, ob in der Schweiz Bundesgesetze vom Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden sollen, also in diesem Sinne eine Verfassungsgerichtsbarkeit eingeführt werden soll. Dies obwohl die Frage der Gültigkeit einer Volksinitiative formal eine andere ist: Es geht um die Verfassungsmässigkeit von potentiell – das Ergebnis einer allfälligen Abstimmung steht ja noch aus – zukünftigem Verfassungsrecht.

Die Diskussion um die Verfassungsgerichtsbarkeit leidet leider daran, dass sich die meisten Befürworter als Wiederkäufer stets der gleichen Argumente gerieren und sich nicht die Mühe nehmen, auf die Argumente der Kritiker sachlich einzugehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen<sup>52</sup>. Eine weiterführende Diskussion findet deshalb nicht statt. Die Befürworter einer Verfassungsgerichtsbarkeit blockieren sich damit selbst und schaden ihrem Anliegen. Insbesondere fehlt die Bereitschaft, das Problem der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur auf einer normativen Ebene zu diskutieren und sich zumindest damit auseinanderzusetzen, dass an einer derart zentralen Schnittstelle von Recht und Politik auch ausserrechtlichen Faktoren eine erhebliche Bedeutung zukommen könnte<sup>53</sup>. Für den nicht versierten Leser eines Kommentars sind Hinweise auf abweichende Meinungen, ohne substantiell auf die (pointiert) kritischen Argumente einzugehen, nicht sehr hilfreich.

## **XXI. Schnittstelle von Recht und Politik; Gesetzgebungsrat nach nordischem Muster?**

Für die hier angesprochene Frage, wer darüber urteilen soll, ob es gegebenenfalls auch ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision gibt und ob deshalb eine Volksinitiative ungültig zu erklären ist, sei deshalb nur folgendes festgehalten. An einer solchen Schnittstelle von Recht und Politik ist es nicht sachgerecht, die Entscheidung einer Abteilung von fünf (oder gegebenenfalls sieben oder neun) Bundesrichtern zu überlassen<sup>54</sup>. Lässt man die Entscheidung wie bisher beim Parlament, würde es sich lohnen, sich mit dem Institut des

52 So etwa BSK BV-EPINEY, Nr. 43 ad Art. 190 BV.

53 Eingehend SCHUBARTH.

54 Dazu SCHUBARTH, passim.

Gesetzgebungsrates, das Schweden<sup>55</sup> und ihm folgend Finnland kennen, auseinanderzusetzen und gegebenenfalls für die hier vorliegende Konstellation weiterzuentwickeln.

## **XXII. Methodische Bemerkungen; Bedeutung konkreter Problemfälle**

Zahlreiche Rechtsfragen lassen sich nicht abstrakt diskutieren. Die zu erörternde Problematik wird in der Regel nur im Lichte konkreter Problemkonstellationen deutlich, wie sich in diesem Beitrag an den Beispielen der Todesstrafe, der richterlichen Unabhängigkeit und der Rückwirkungsproblematik gezeigt hat.

## **XXIII. Rechtsvergleichung zur Verfassungsgerichtsbarkeit; Bedeutung der Niederlande, der nordischen Staaten und des Vereinigten Königreichs; Besonderheiten des Conseil constitutionnel**

Wer Rechtsvergleichung zur Verfassungsgerichtsbarkeit betreibt, sollte sich auch denjenigen Ländern zuwenden, die keine oder nur eine skeptisch zurückhaltende Verfassungsgerichtsbarkeit kennen, also den Niederlanden, den nordischen Staaten und dem Vereinigten Königreich, und den Gründen nachgehen für die Rechtslage in diesen für die Schweiz rechtsvergleichend bedeutsamen Staaten<sup>56</sup>. Die Parallele zwischen der englischen Doktrin der Parlamentsouveränität und der schweizerischen Volkssouveränität springt ins Auge. Und wer sich mit dem französischen Conseil constitutionnel beschäftigt, sollte sich zumindest mit zwei für die schweizerische Diskussion bedeutsamen Aspekten befassen.

So können Gesetze, die vom Volk in einem vom Staatspräsidenten angesetzten Referendum angenommen wurden, vom Conseil constitutionnel nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden; denn solche Gesetze «constituent l'expression directe de la souveraineté nationale»<sup>57</sup>. Es befremdet, dass dieser rechtsvergleichend wichtige Gesichtspunkt in der schweizerischen Diskussion weitgehend unterschlagen wird. Erstmals darauf hingewiesen worden zu sein, verdanke ich, wie bereits früher bemerkt<sup>58</sup>, der Genialität Napoleons, dessen Verdienst es ist, den Conseil d'État exakt zweihundert Jahre vor meinem Bundesgerichtspräsidium geschaffen zu haben, weshalb ich, 1999 eingeladen zu den Feierlichkeiten des Bicentenaire, im Gespräch mit einem Genfer Staatsrechtler erstmals diese Information erhalten habe. Auf meine Frage, weshalb ich nach Paris reisen müsse, um anlässlich einer zufälligen, aber sehr wertvollen Begegnung diese Information zu erhalten, antwortete er mir nicht ohne

55 SCHUBARTH, S. 29. Dieses Institut wurde bisher in der schweizerischen Diskussion weitgehend ignoriert.

56 Dazu SCHUBARTH S. 27 ff.

57 Dazu SCHUBARTH, S. 18.

58 So etwa SCHUBARTH, S. 18, Fn. 75.

Bitternis: Die Deutschschweizer Staatsrechtler interessieren sich nicht für das, was wir über Frankreich rechtsvergleichend in die Diskussion einbringen können; sie orientieren sich lieber nach Deutschland mit dem Ergeiz, einmal im Leben an der Tagung der deutschen Staatsrechtler als Referent auftreten zu dürfen. An dieser Einstellung scheint sich nicht viel geändert zu haben. Denn obwohl man sich dazu ohne Mühe sachkundig machen kann<sup>59</sup>, fehlt die Information in neueren Darstellungen<sup>60</sup>.

Der Conseil constitutionnel ist kein wirkliches Gericht, sondern eine Institution mit starkem politischen Einschlag, wie etwa die Regelung zeigt, dass alle ehemaligen Staatspräsidenten von Verfassungs wegen auf Lebzeiten Mitglied des Conseil sind<sup>61</sup>.

#### **XXIV. Schlussbemerkung**

Auf Grund der hier entwickelten Überlegungen ist anzunehmen, dass es ungeschriebene Schranken der Verfassungsrevision gibt. Sie im Einzelfall aufzuspüren und überzeugend zu begründen, ist eine schwierige Aufgabe. Da es dabei um Fragen an der Schnittstelle von Recht und Politik geht, wäre es nicht sachgerecht, die Entscheidung darüber dem Bundesgericht zu übertragen. Ob die Errichtung eines Beratungsgremiums ähnlich dem Gesetzgebungsrat, den Schweden und Finnland kennen, der Problematik gerecht wird, wäre ein lohnenswertes Diskussionsthema.

59 So bei LUCHAIRE/CONNAC/PRÉTOT, S. 1430; HERTIG RANDALL, S. 280.

60 Vgl. BSK BV-EPINEY, Nr. 18 ad Art. 190 BV.

61 Dazu SCHUBARTH, S. 17 ff.; aus soziologischer Sicht hoch interessant SCHNAPPER.

