

Die Einheit der Materie bei Bundesgesetzen und der Stein der Weisen

Prof. Dr. rer. publ. *Andreas Kley*

Inhaltsverzeichnis

I. Unterscheidung von Partial- und Totalrevision der Verfassung als Ursprung der Einheit der Materie	3
II. Exkurs: Unterscheidung einzelner oder mehrerer Materien bei Partialrevisionen der Verfassung (1891–1949)	6
III. Erfordernis der Einheit der Materie bei Bundesgesetzen ab 1949	11
IV. Einheit der Materie als Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsfreiheit	15
V. Von Sammelerlassen zu Mantelgesetzen	16
VI. Einheit der Materie und parlamentarischer Kompromiss	20
VII. Der Stein der Weisen	23

I. Unterscheidung von Partial- und Totalrevision der Verfassung als Ursprung der Einheit der Materie

Die Bundesverfassung von 1848¹ unterschied in Art. 113 nicht zwischen einer Teil- und einer Totalrevision, aber immerhin sah die Bestimmung die Initiative eines der beiden Räte bzw. des Volks auf Revision der Verfassung vor. Im Fall der Zustimmung des Volkes zu einer (allgemeinen) Revision waren die beiden Räte neu zu wählen. Die 1874 totalrevidierte Bundesverfassung übernahm die Revisionsbestimmungen von 1848 unverändert.²

Die erste Teilrevision der Bundesverfassung von 1874 im Jahr 1879 schaffte, nach einem grässlichen Mord, das Verbot der Todesstrafe wieder ab. Der Bundesrat sah in seiner Botschaft die Gefahr, dass sich das von den Räten beschlossene Begehren nicht auf diese Materie begrenzen lasse: «Sobald die Revisionsfrage wieder flüssig wird, finden sich für weitere Revisionswünsche und Anträge Stoff und Vertreter. Die Verfassung selbst gibt kein Mittel an die Hand, es zu hindern und etwa von vorneherein die Bewegung in eine Partialrevision einzudämmen.»³ Zum

1 AS a.F. I 3–35.

2 Antwortschreiben von Hrn. Dr. *Kern* an den Vorsteher des eidg. Departements des Innern, Hrn. Bundesrath Schenk, betreffend die Revision der Bundesverfassung vom 13. September 1880, BBl 1880 III 667–683, 682. Siehe zu den Revisionen der BV 1848: *Manfred Kuhn*, Das Prinzip der Einheit der Materie bei Volksinitiativen auf Partialrevision der Bundesverfassung, Diss. Zürich, Winterthur 1956, S. 21–25.

3 Botschaft betreffend Artikel 65 der Bundesverfassung vom 7. März 1879, BBl 1879 I 281, 299.

ersten Mal fiel der Ausdruck «Partialrevision». Die Bundesversammlung beschloss dessen ungeachtet die Partialrevision⁴ und in vier weiteren Fällen bis 1890 legte sie weitere Partialrevisionen vor, so bei den Änderungen von Art. 32^{bis} (gebrannte Wasser und Wirtschaftswesen, 1885)⁵, Art. 64 (Erfindungsschutz, 1882 abgelehnt, 1887 angenommen)⁶ und Art. 34^{bis} (Unfall- und Krankenversicherung, 1890)⁷ BV 1874.

Die Praxis der Bundesversammlung zur «Revision» der Verfassung hatte demnach die Unterscheidung zwischen Total- und Partialrevision eingeführt. Bei Letzterer liess sie sich von Art. 108 der gescheiterten Bundesurkunde von 1833 leiten, wonach sie die «in notwendiger Verbindung stehenden Artikel» in einem einzigen Paket unterbrachte.⁸

Nachdem eine als Totalrevisionsinitiative gekleidete Volksinitiative auf Änderung des Art. 39 BV 1874 (Einführung des Banknotenmonopols) scheiterte⁹, forderten Petitionen der Grütlivereine 1889 u.a. die Einführung der Volksinitiative, und der Bundesrat räumte ein, dass das Anliegen seit 1884 hängig sei.¹⁰ Der Bundesrat legte hinsichtlich dieses Punktes 1890 die Botschaft¹¹ vor. Er schlug die Unterscheidung zwischen der Total- und der Partialrevision vor. Der bisherige Art. 120 BV 1874 war für die Totalrevision und der neue Art. 121 für die Partialrevision in der Form der allgemeinen Anregung vorgesehen. Im Wortlaut folgte er teilweise der Minderheit der Nationalratskommission zur Banknotenmonopol-Initiative vom 11. Dezember 1879,¹² aber er fügte einen Zusatz ein: «Wenn auf diesem Wege mehrere verschiedene Materien zur Revision oder zur Aufnahme in die Bundesverfassung vorgeschlagen werden, so hat jede derselben den Gegenstand eines besonderen Initiativbegehrens zu bilden.»¹³ Der Bundesrat erläuterte die Be-

4 AS IV, 68, 193, 195; Bericht der Mehrheit der ständerätlichen Kommission zur Vorberatung der Revision des Artikels 65 der Bundesverfassung vom 18. März 1879, BBl 1879 I 553–644.

5 AS VIII, 169, 349.

6 AS VI, 187, 627 und AS X, 416.

7 AS XI, 737.

8 Art. 108 des Entwurfs der Bundesurkunde von 1833, der die Partial- und die Totalrevision unterschied, Abschiede der ausserordentlichen Tagsatzung vom März, April und Mai 1833, Beilage F.

9 *Kuhn* (Anm. 2), S. 29–30.

10 Bericht an den Nationalrath betreffend Petitionen von Grütlivereinen um Revision der Bundesverfassung vom 22. Mai 1889, BBl 1889 III 49.

11 Botschaft betreffend Revision des III. Abschnittes der Bundesverfassung vom 13. Juni 1890, BBl 1890 III 455.

12 Bericht der Minderheit der Commission des Nationalrates betreffend die Revision der Art. 39 und 120 der Bundesverfassung vom 11. Dezember 1879, BBl 1879 III 1183. Die Kommission unterstützte Nationalrat Joos und schlug gleich eine Revision von Art. 120 BV vor: «Wenn 50000 stimmberechtigte Schweizerbürger die Revision eines oder mehrerer Artikel der Bundesverfassung verlangen, so haben die beiden Räte, wenn sie dem Begehren zustimmen, die einschlägigen neuen Verfassungsartikel zu vereinbaren und dem schweizerischen Volke und den Kantonen zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen.» (Abs. 1, S. 1188). Der Vorschlag lässt die Volksinitiative generell zu, auch für einzelne Artikel.

13 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 461.

stimmung in seiner Botschaft von 1890 folgendermassen: «Dass bei einer Revisionsbewegung gleichzeitig verschiedene Verfassungsfragen auftauchen und auf dem Wege der Volksinitiative zum Gegenstand von Revisionsbegehren gemacht werden können, ist selbstverständlich; ob aber mehrere, vielleicht eine Reihe solcher Fragen, welche unter sich in keinem nothwendigen Zusammenhange stehen und völlig verschiedene Materien betreffen, in einem Initiativbegehren miteinander verbunden auftreten können, verdient nähere Erwägung.»¹⁴ Interessant ist, dass der Gedanke der «notwendigen Verbindung» der Artikel aus dem Entwurf von 1833¹⁵ aufscheint. Die Initianten würden zwar nicht so viele Begehren in einer einzigen Partialrevision vorbringen, wie das etwa in der Motion Zemp, Keel und Pedrazzini sowie in manchen andern Motionen der Fall gewesen sei, aber es sei «unwahrscheinlich, dass es sich bei einer solchen Volksinitiative immer nur um eine Materie handeln werde»¹⁶. Aus diesem Grund schlug der Bundesrat den Abs. 2 von Art. 120 BV 1874 (als Art. 121 Abs. 3 definitiv geworden) vor. Man dürfe dem Volk nicht eine «Inglobo-Frage über die Revision verschiedener Materien»¹⁷ stellen. Deshalb sei es am einfachsten, wenn die Trennung bereits in den Initiativbegehren vorgenommen werde. «Diese Trennung hat aber auch den Werth, dass sie die Freiheit der Bürger besser sichert. Ein Initiativbegehren darf nicht so eingerichtet sein, dass ein Bürger, der mit der Revision einer Materie einverstanden ist, mit derjenigen einer oder mehrerer anderer aber nicht, entweder Alles unterzeichnen muss, oder gar nicht unterzeichnen kann. Und nur bei Trennung hat die Gesamtheit der stimmfähigen Bürger, welche auf den Revisionsruf einer verhältnismässig kleinen Zahl von Initianten zur Urne gehen müssen, die Garantie, dass die Revision jeder Materie, über welche sie angefragt werden, wirklich von der vorgeschriebenen Zahl stimmfähiger Bürger verlangt wird.»¹⁸

Lehre und Bundesgericht nahmen dieses Argument der Freiheit des Bürgers später auf, erweiterten es¹⁹ und gebrauchten es bis in die Gegenwart. Der Bundesrat, welcher nur die Volksinitiative auf Partialrevision in Form der allgemeinen Anregung vorschlug, operierte ebenfalls mit diesem Argument. Für die Partialrevision seitens der Bundesversammlung stellte der Bundesrat keinerlei derartige Überlegungen an; offensichtlich sollte der vorgeschlagene Abs. 2 über das Verbot verschiedener Materien nicht für Behördenvorlagen gelten. Der Bundesrat und der liberale Flügel der freisinnigen Partei begegneten diesem neuen Instrument schon in der Ausgestaltung als allgemeine Anregung mit Vorbehalten. Der Ständerat gestaltete das neue Volksrecht für eine Minderheit innerhalb des Freisinns noch etwas ungemütlicher aus: Dank des Engagements des katholisch-konservativen Ständerats Theodor Wirz gelang es, die Initiative auf Partialrevision in der Form

14 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 461.

15 Anm. 8.

16 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 462.

17 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 462.

18 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 462.

19 So *Fleiner* (Anm. 78), *Giacometti* (Belege in Anm. 79) und das Bundesgericht (Anm. 82).

des ausgearbeiteten Entwurfs zuzulassen.²⁰ Schliesslich konnte sich der Ständerat auch gegenüber dem Nationalrat durchsetzen.²¹ Bundesrat Emil Frey (1838–1922; von 1891 bis 1897 im Bundesrat) schrieb zum neuen Volksrecht: «Das Initiativbegehren spielt neben der auf dem ordentlichen Wege der Gesetzgebung zu Stande gebrachten Vorlage die Rolle des unehelichen Gassenkindes neben dem wohlgeborgenen Knaben guter, bürgerlicher Eltern. Es kommt irgendwo hinter einem Wirthstisch zur Welt, und sein Geburtsschein wird [...] mit Wein, Bier oder Schnaps unterschrieben.»²²

Volk und Stände nahmen die geänderten Revisionsbestimmungen mit dem neuen Volksrecht der Art. 118 bis 121 BV 1874 in der Abstimmung vom 5. Juli 1891 mit 183029 zu 120599 Stimmen und 16 $\frac{1}{2}$ zu 3 $\frac{1}{2}$ Ständesstimmen an.²³ Abs. 3 von Art. 121 BV 1874 spiegelte die seit 1848 bestehende Diskussion um die Frage der Unterscheidung der Total- von der Teilrevision²⁴ der Verfassung wider. Die Bestimmung bezog sich ausschliesslich auf die Volksinitiative und nicht auf die Behördenvorlagen.

Art. 121 Abs. 3 BV 1874 erinnerte an die Auseinandersetzungen um das Banknotenmonopol von 1880/81²⁵ und er wollte vorsorgen, dass die Volksinitiative den Unterschied zwischen Partial- und Totalrevision stets respektiert. Die Volksinitiative durfte eine Materie betreffen; der Einbezug zweier oder vieler Materien war entweder je einzelnen Volksinitiativen oder dem Verfahren der Totalrevision vorbehalten. Obwohl der Ausdruck «Materie» in Art. 121 Abs. 3 BV 1874 vorkam, war der heute feststehende Begriff der «Einheit der Materie» unbekannt.

II. Exkurs: Unterscheidung einzelner oder mehrerer Materien bei Partialrevisionen der Verfassung (1891–1949)

Die Frage nach der Aufteilung auf verschiedene Materien stellte sich in den ersten hundert Jahren des Bundesstaates bei der Bundesgesetzgebung nicht, wie das Bei-

20 *Andreas Kley*, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus politisch-historischer Sicht, *LeGes* 2015/3, S. 497–520, 497–498 und dazu sein Plädoyer: *Theodor Wirz*, Bericht der ständerätlichen Kommissionmehrheit vom 17. Dezember 1890, *BBl* 1891 I 16–21.

21 *NZZ* vom 6. April 1891, Nr. 96, Erstes Blatt, S. 1 (Kommentar); vom 8. April 1891, Nr. 98, Erstes Blatt, S. 2–3 (Sitzungsbericht Nationalrat); vom 15. April 1891, Nr. 105, Erstes Blatt, S. 1 (Kommentar: Das neue Volksrecht). Der Nationalrat stimmte mit 71 zu 63 Stimmen zu.

22 *Emil Frey*, Die Initiative im Bund, *NZZ* vom 7. April 1891, Nr. 98, Erstes Blatt, S. 1.

23 Botschaft betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 5. Juli 1891 vom 21. Juli 1891, *BBl* 1891 IV 1–10.

24 *Kern* (Anm. 2), S. 670, 672–674.

25 Bundesbeschluss betreffend den durch Volksbegehren vom 3. August 1880 gestellten Antrag auf Revision der Bundesverfassung vom 17. September 1880, *BBl* 1880 III 693; Bericht der Mehrheit der Kommission des Ständerates über das Begehren um Revision von Artikel 39 der Bundesverfassung vom 17. September 1880, *BBl* 1880 IV 59–67.

spiel des «vierhöckrigen Kamels»²⁶ zeigt. Am 11. Mai 1884 scheiterten vier Parlamentsvorlagen in der Referendumsabstimmung.²⁷ Die das Referendum auslösenden Anti-Zentralisten siegten. Das Volk verwarf die Reorganisation des Justiz- und Polizeidepartements mit einem eidgenössischen Sekretär, die Patenttaxen für Handelsreisende, den Ausbau des Bundesstrafrechts und einen Beitrag für die Kanzleikosten des schweizerischen Gesandten in Washington von Fr. 10000. Auf den Referendumsbögen waren alle vier Gesetze und Beschlüsse zusammen aufgeführt, sodass jede einzelne Unterschrift für alle vier Vorlagen galt.²⁸ Die Bundesbehörden akzeptierten diese Erleichterung der Unterschriftensammlung, aber sie liessen getrennt über die vier Vorlagen abstimmen. Dieses arbeitssparende Vorgehen wurde als zulässig angesehen und war kein Thema.

Die Kriterien zur Unterscheidung der Materien entwickelten sich zunächst ausschliesslich an den durch Initiativen vorgeschlagenen Partialrevisionen der Verfassung. Diese Kriterien wurden erst nach dem Zweiten Weltkrieg – zunächst vereinzelt – auf Referendumsabstimmungen von Bundesgesetzen angewandt. Es ist deshalb notwendig, auf die Partialrevisionen der Bundesverfassung einzugehen.

Die parlamentarischen Minderheiten und die ausserparlamentarische Opposition benutzten das neue Volksrecht von Anfang an, und die allererste Volksinitiative, das antisemitisch inspirierte Schächtverbot, war ein Paukenschlag: Das Volk nahm sie am 20. August 1893 mit 191 527 zu 127 101 Stimmen und 11½ zu 10½ Standesstimmen an.²⁹ Die nachfolgenden Initiativen hatten weniger Erfolg. Die Bestimmung von Art. 121 Abs. 3 BV 1874 spielte in den ersten drei Jahrzehnten keine Rolle. Der Bundesrat hatte die 1916 von den Sozialdemokraten eingereichte Initiative zur Abschaffung der Militärjustiz in seinem Bericht analysiert³⁰ und dabei – erstmals bei einer Initiative – zwei Teile festgestellt, «die, wenigstens juristisch, in keinem engeren Zusammenhang miteinander stehen».³¹ Dessen ungeachtet hatte er keinerlei Konsequenzen aus Art. 121 Abs. 3 BV 1874 gezogen.

26 *Andreas Kley*, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 110 m.w.H.; *Dieter Freiburghaus/Felix Buchli*, *Die Entwicklung des Föderalismus und der Föderalismusdiskussion in der Schweiz von 1874 bis 1964*, *Swiss Political Science Review* 9 (2003), S. 29–56, 37.

27 AS VII, 434 (Referendumsanordnung) und 467 (Ergebnisse).

28 Kreisschreiben betreffend die Volksabstimmung über zwei Bundesgesetze und zwei Bundesbeschlüsse, vom 11. und 19. Dezember 1883 vom 20. März 1884, BBl 1884 II 100–101 = AS VII, 434 f.

29 Botschaft betreffend die eidgenössische Volksabstimmung vom 20. August 1893 vom 13.10.1893, BBl 1893 IV 399.

30 Bericht über das Volksbegehren betreffend Aufnahme eines Artikels 58^{bis} BV (Aufhebung der Militärjustiz), vom 27. Oktober 1916, BBl 1916 IV 76.

31 Bericht über das Volksbegehren betreffend Aufhebung der Militärjustiz vom 11. Dezember 1918, BBl 1918 V 660–661; in den beiden Räten werden diese Ausführungen einfach wiedergegeben, Amtl. Bull. 1919 S 85, N 488; *Zaccaria Giacometti*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 733 Anm. 78 (mit der falschen Aussage, die Initiative sei aufgeteilt worden).

Bei der am 6. März 1920 eingereichten Ausländerinitiative beschloss die Bundesversammlung auf Antrag des Bundesrates die Aufteilung in zwei Vorlagen.³² Das Begehren I betraf die Einbürgerung der Ausländer und das Begehren II die Frage der Ausweisung von Ausländern gemäss Art. 70 BV 1874. Die Bundesversammlung liess sich von der Überlegung leiten, dass das allgemeine Ziel, die Überfremdungsgefahr zu bannen, nicht genüge, «um die innere Einheit»³³ des Gegenstands der beiden Vorlagen zu begründen. Der Bundesrat sah Art. 121 Abs. 3 BV 1874 als verletzt an und schlug als Sanktion nicht die Ungültigerklärung vor, sondern sah in Übereinstimmung mit verschiedenen Kantonen die Trennung der zwei Teile vor.³⁴ Das sei möglich, ohne dass der Text der Initiative geändert werde und sofern es keine zwingenden Gründe gebe, die Initiative für ungültig zu erklären. In der Volksabstimmung vom 11. Juni 1922 scheiterten die beiden Teilbegehren.³⁵ Bei der sozialdemokratischen Initiative betreffend eine einmalige Vermögensabgabe von 1922 warf das Finanzdepartement die Frage auf, ob die Regelung betreffend die Annahme von Wertpapieren an Zahlungen statt nicht eine zweite Materie betreffe.³⁶ Das Justiz- und Polizeidepartement hielt die Vorschrift von Art. 121 Abs. 3 BV 1874 für eingehalten, da die Herauslösung der Zahlungsart für sich allein kein Abstimmungsgegenstand sein könne. Dem folgte das Parlament und ordnete die unveränderte Abstimmung an,³⁷ die negativ ausging. Das Beispiel zeigt, dass die Vorschrift von Art. 121 Abs. 3 BV 1874 sich dazu eignen konnte, mit rechtlichen Mitteln gegen Volksinitiativen vorzugehen.

Der autoritäre Geist der Zwischenkriegszeit ergriff die Bundesbehörden. Die Instrumente der direkten Demokratie erschienen nicht mehr zeitgemäss. Die Bundesversammlung begann ab 1930 mithilfe der in Art. 89 Abs. 2 BV 1874 normierten Dringlichkeitsklausel das fakultative Referendum auszuschalten. Die bürgerlichen Parteien entzogen dem Stimmvolk das Gesetzesreferendum mit der Begründung, dass sie diese oder jene Materien nicht den «Zufälligkeiten eines Volksentscheides» aussetzen wollten.³⁸ Sie verwandelten die Referendumsdemokratie

32 Bundesbeschluss betreffend die Erhaltung des Zustandekommens des Volksbegehrens «Ausländerinitiative» vom 28. Januar 1921, BBl 1921 I 176.

33 Bericht über die «Ausländerinitiative» vom 20. August 1920, BBl 1920 IV 138, 145.

34 Bericht (Anm. 33), 145.

35 Bericht über das Ergebnis der eidgenössischen Volksabstimmung vom 11. Juni 1922 betreffend die Volksbegehren um Revision der Art. 44, 70 und 77 der Bundesverfassung vom 14. Juli 1922, BBl 1922 II 871.

36 Bericht über das Volksbegehren betreffend Erhebung einer einmaligen Vermögensabgabe (Art. 42^{bis} BV) vom 30. Januar 1922, BBl 1922 I 153; *Walther Burckhardt*, Schweizerisches Bundesrecht, II. Bd., Frauenfeld 1930, Nr. 570 II, S. 366–367.

37 Bundesratsbeschluss betreffend die Volksabstimmung vom 3. Dezember 1922 über das Volksbegehren betreffend Erhebung einer einmaligen Vermögensabgabe (Art. 42^{bis} BV) vom 6. Oktober 1922, BBl 1922 III 337.

38 Amtl. Bull. 1933 S 217, mit Gegenvoten 172–173 (Kamber), N 717–718, 719 (Schmid) und S 286, 1935 S 274, 385 (Klöti); und *Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 26), S. 175–176 m.w.H.

zu einer «Demokratie mit beschränkter Haftung».³⁹ Unliebsame Volksentscheide korrigierte der Bundesrat mit Notverordnungen.⁴⁰ Die Bundesversammlung fasste ferner verfassungswidrige Bundesbeschlüsse, indem sie trotz fehlender Bundeskompetenz ganze Wirtschaftszweige aus wirtschaftspolitischen Gründen unterdrückte oder gänzelte.⁴¹ Der Bundesrat benutzte die Polizeigeneralklausel extensiv und legifizierte an Stelle der Bundesversammlung. Das Initiativrecht verwandelten die bürgerlichen Parteien in ein blosses Petitionsrecht, indem sie unliebsame Initiativen «schubladierten». Der Bundesrat oder das Parlament liessen eingereichte Initiativen liegen und verweigerten die weitere Behandlung, bis sie jede Aktualität eingebüsst hatten.⁴²

Die autoritäre Haltung der Bundesbehörden vertrug sich schlecht mit dem Recht zur Volksinitiative. Der Bundesrat prüfte die 1935 mit 334 940 Unterschriften versehene kommunistische Kriseninitiative unter dem Gesichtspunkt von Art. 121 Abs. 3 BV 1874. Er kam zum Schluss, «dass die Kriseninitiative ein unteilbares Ganzes bildet, dass ihre einzelnen Postulate unter sich im engsten Zusammenhang stehen und dass sie daher der Volksabstimmung als Ganzes unterbreitet werden muss».⁴³ Nicht in der Botschaft, aber in der parlamentarischen Debatte vom 4. April 1935 tauchte erstmals der Begriff der «Einheit der Materie»⁴⁴ auf. Ständerat Schmid brachte das initiativfeindliche Denken auf den Punkt: «Wenn eine Trennung der Initiative für die Volksabstimmung nicht möglich ist, dann ist die Einheit der Materie gegeben [...] Was hat diese Interpretation für Folgen? Sie bildet den Anreiz zu dem, was Herr Kollege Dr. Klöti der Alpenstrassen-Initiative vorgeworfen hat,⁴⁵ nämlich dazu, die Bestimmungen so zu verschachteln, so ge-

39 *Hans Oprecht*, Die Bewährung der Freiheit, Luzern 1942, S. 7.

40 Beispiel: Das Bundesgesetz über die Abänderung der Art. 103 und 104 der Militärorganisation (Einführung des obligatorischen militärischen Vorunterrichts, BBl 1940 784 und 993) scheiterte in der Volksabstimmung vom 1.12.1940 mit 55,7% Nein-Stimmen (BBl 1941 2). Ein Jahr später beschloss der Bundesrat die Verordnung über den Vorunterricht und publizierte diese rückwirkend, AS 1941 1369. Dazu: *Andreas Kley/Goran Seferovic*, Die Korrektur von negativen Volksentscheiden – ein demokratietheoretisches Problem, in: Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 177–198, 179–197 m.w.H.

41 Z.B. der Bundesbeschluss über die Beschränkung der Einfuhr vom 23. Dezember 1931, AS 1931 785; Bundesbeschluss über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften vom 14. Oktober 1933, AS 1933 825 (der angerufene Art. 34^{ter} BV bot dafür keine Verfassungsgrundlage) usw.

42 *Oprecht* (Anm. 39), S. 7; *Andreas Kley*, Von Stampa nach Zürich, Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, Zürich 2014, S. 281–282.

43 Bericht über das Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Krise und Not vom 6. März 1935, BBl 1935 I 277, 279–280.

44 *Ernst Rosenbusch*, Die Verfassungsmässigkeit der Kriseninitiative, Gewerkschaftliche Rundschau 27 (1935), S. 93–99; *Zaccaria Giacometti*, Die Einheit der Materie als formelle Voraussetzung der Volksanregung auf Partialrevision der Bundesverfassung und die Kriseninitiative, Schweizerische Juristen-Zeitung 32 (1935/36), S. 93–100; Votum von Ständerat Schmid am 4. April 1935, Amtl. Bull. 1935 S 170.

45 Votum von Ständerat Klöti zur Alpenstrasseninitiative, Amtl. Bull. 1935 S 1 ff., 4, der entgegen dem Bundesrat der Initiative vorwarf, dass sie zwei verschiedene Materien aufweise, nämlich die Erhebung des Treibstoffzolls sowie dessen Verwendung für den Ausbau der Alpenstrasse.

schickt ineinander zu verweben, dass eine Trennung nicht möglich ist. Dann sind die Initianten sicher, dass die Geschichte klappt.»⁴⁶ Der Begriff der «Einheit der Materie» stellt den für die autoritäre Zeit entscheidenden Begriff dar. Die Politiker stritten in den folgenden Jahren immer wieder über die Einheit der Materie von Initiativen,⁴⁷ und die von den bürgerlichen Parteien dominierten Bundesbehörden hatten das Instrument zur rechtlichen Erledigung von unliebsamen Initiativen entdeckt. Das Bedürfnis nach einem solchen Instrument verstärkte sich, nachdem es 1949 misslungen war, die Schubladisierungspraxis gesetzlich zu verankern.⁴⁸ Die Einheit der Materie richtete sich in der damaligen Diskussion ausschliesslich gegen Volksinitiativen; in keinem einzigen Fall ging es um Parlamentsvorlagen auf Verfassungs- oder Gesetzesebene, namentlich nicht um die referendumspflichtigen Kodifikationen, etwa 1907 das Zivilgesetzbuch⁴⁹, 1936 das neue Gesellschaftsrecht⁵⁰ oder 1938 das Strafgesetzbuch⁵¹. Es wäre niemandem in den Sinn gekommen, zu behaupten, die Gesamtkodifikationen würden die Einheit der Materie verletzen und seien unzulässig.

Die Lehre, allen voran Zaccaria Giacometti, griff die «Einheit der Materie» auf⁵² und wollte damit die missbräuchliche Ausübung des Initiativrechts verhindern. Der neue Ausdruck «Einheit der Materie» verlässt den Wortlaut von Art. 121 Abs. 3 BV 1874, der mit der Negation von «mehreren verschiedenen Materien» eine unbestimmte Anforderung enthält. Eine Negation lässt unendlich viele Möglichkeiten offen, wogegen die positive Aussage mit der «Einheit der Materie» einen «inneren Zusammenhang», eine «innere Verbindung» oder eine «innere Einheit»⁵³ suggeriert. Sie bildet die Grundlage für eine hypertrophe Theoriebildung eines logischen und teleologischen Zusammenhangs, der das ursprüngliche Problem der Unterscheidung von Teil- und Totalrevision aus den Augen verliert.

Der Begriff der «Einheit der Materie» war 1891 und in den folgenden Jahrzehnten anderweitig besetzt und stand daher nicht für politische Zwecke zur Verfügung. Der bedeutende englische Physiker, Chemiker und Spiritist William Crookes (1832–1919) hielt 1887 in London einen visionären Vortrag über die Genesis der

46 Votum von Ständerat Schmid am 4. April 1935, Amtl. Bull. 1935 S 170.

47 *Kuhn* (Anm. 2), S. 158–173 behandelt zahlreiche Fälle, so die Initiative betreffend Notrecht und Dringlichkeit (1938), Reorganisation des Nationalrats (1941), für die Familie (1944), Recht auf Arbeit und Wirtschaftsreform (1943) usw.

48 *Kley*, *Stampa* (Anm. 42), S. 282 Anm. 999 m.H.

49 AS 1908 233.

50 AS 1937 185.

51 AS 1938 757.

52 *Giacometti* (Anm. 44); *Zaccaria Giacometti*, Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit, NZZ vom 17. Januar 1939, Nr. 101, Blatt 5, S. 1; *Zaccaria Giacometti*, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, S. 423–425; *Giacometti*, Bundesstaatsrecht (Anm. 31), S. 730.

53 *Giacometti*, Einheit der Materie (Anm. 44), S. 96 und passim; die Lehre folgte ihm bis in die Gegenwart nach, z.B. *Peter Saladin*, Rechtsgutachten zur Initiative «Wohnliche Stadt» vom 15. April 1976, in: Bericht Nr. 7293 der Grossratskommission betreffend den Gesamtverkehrsplan Basel zur Initiative «Wohnliche Stadt», dem Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt zugestellt am 23. Februar 1977, S. 23–53, 38.

Elemente,⁵⁴ der sich auf das periodische System bezog. Er stellte verschiedene Thesen auf, darunter die Aussage, alle chemischen Elemente seien aus Protyl aufgebaut. Die damit behauptete Theorie der «Einheit der Materie» verbreitete sich in Europa und den USA.⁵⁵ Sie sprach Naturwissenschaftler und Alchemisten an. Diese Diskussion dauerte bis gegen Ende der 1920er-Jahre.⁵⁶ Der wissenschaftliche Fortschritt in Physik und Chemie machte die alchemistische Einheit der Materie obsolet und befreite den Begriff. Die politisch-staatsrechtliche Diskussion in der Schweiz übernahm ab 1935 den Begriff und füllte ihn mit einem anderen, ebenso reichhaltig aufgeladenen Inhalt.

Der Begriff Einheit der Materie wurde von den Naturwissenschaften auf die Rechtswissenschaft überführt. Dabei fällt auf, dass der Begriff in den Naturwissenschaften etwas höchst Gegenständliches bezeichnet, nämlich einen existierenden, greifbaren Stoff. In der Rechtswissenschaft erfasst er einen abstrakten Inhalt, nämlich Materie als einen geistigen Inhalt, ein Thema oder eine Problematik. Damit stehen sich (naturwissenschaftlich) ein Gegenstand und (rechtswissenschaftlich) ein geistiger Gehalt gegenüber. Das Wort «Materie» gleicht daher einem Kippbild (z.B. alte Frau/Mädchen). Je nach Betrachtung hat es nicht nur eine andere, sondern sogar eine gegensätzliche Bedeutung. Darauf wird zurückzukommen sein.

III. Erfordernis der Einheit der Materie bei Bundesgesetzen ab 1949

Nach dem Zweiten Weltkrieg war die Rechtslage aufgrund einer alten Praxis klar: Die Einheit der Materie erstreckte sich ausschliesslich auf Volksinitiativen, aber nicht auf Behördenvorlagen und namentlich nicht auf Bundesgesetze. Die Bundesversammlung hatte sich, unterstützt von der Lehre, ein staatsrechtliches Instrument geschaffen, um unliebsame Volksinitiativen aus dem Weg zu räumen, nicht aber um ihre eigene Rechtsetzung zu erschweren. Die Forderung der Einheit der Materie für Bundesgesetze hätte keinen Sinn gehabt, da die Bundesversammlung nicht darauf angewiesen war, durch die Kombination von verschiedenen Gesetzesanliegen ein mögliches Referendum zu gewinnen. Denn sie besass bis 1949 die häufig gebrauchte Möglichkeit der Dringlicherklärung von Bundesgesetzen und

54 Deutsche Ausgabe: *William Crookes*, Die Genesis der Elemente, 1. Aufl., Braunschweig 1888, 2. Aufl., Braunschweig 1895; *Hans Eduard Fierz-David*, Die Entwicklungsgeschichte der Chemie, 2. Aufl., Basel 1952, S. 317–318.

55 Kanonikus Dr. *M. Glossner*, Apologetische Tendenzen und Richtungen, in: Jahrbuch für Philosophie und spekulative Theologie (5) 1891, S. 257–282, 266; *Emilie Ribeaud*, Die Alchemie und die Alchemisten in der Schweiz, Mitteilungen der Naturforschenden Gesellschaft Luzern Bd. 2 (1896), S. 31–102, 97. Es liessen sich zahlreiche weitere Nachweise anführen.

56 Es gab laufend Presseberichte über die Einheit der Materie: Vortragsbericht in der NZZ vom 23. November 1911, Nr. 325 Erstes Morgenblatt, S. 1–2. Der Artikel «L'unité de matière», Gazette de Lausanne vom 29. Oktober 1922, Nr. 299, S. 1 beschreibt Elektronen und Protonen als letzte Bestandteile der Materie.

Bundesbeschlüssen. Das heisst, es gab in diesem Fall gemäss Art. 89 Abs. 2 a.F. BV 1874 überhaupt kein Referendum.

Nach 1950 überführte der Bund manche Staatsaufgabe aus dem Krieg in die Friedenszeit, doch Ende 1952 nach der Aufhebung des Vollmachtenregimes⁵⁷ verminderten sich die Geldquellen⁵⁸. Flächendeckendes Sparen war deshalb ange-sagt. 1953 erliess die Bundesversammlung eine Sparvorlage, die in einem reinen Änderungsgesetz («Sammelerlass»⁵⁹) 14 Bundesgesetze zwecks Ausgabenvermin-derung abänderte.⁶⁰ Im Fokus stand das Sparen, die einzelnen Gesetze bzw. Bun-desbeschlüsse hatten abgesehen davon keinen Zusammenhang. Die Frage nach der Einheit der Materie war kein Thema.

Ab 1952 entbrannte eine Debatte um die Rheinau-Initiative, in der im Parlament das Argument auftauchte, die Initiative verletze die Einheit der Materie.⁶¹ Die Bun-desversammlung erklärte die Rheinau-Initiative schliesslich für gültig. Doch sie führte der Öffentlichkeit vor Augen, dass man einer Initiative mit dem Argument der Verletzung der Einheit der Materie bequem den Todesstoss versetzen konnte. Entsprechendes spielte sich bei der Chevalier-Initiative ab, die als erste Initiative für ungültig erklärt wurde.⁶² Die Drohung mit der Einheit der Materie war derart präsent, dass der Bundesrat in seinem Bericht zur basel-städtischen Standesinitia-tive für eine Totalrevision der Bundesverfassung festhielt, der gesamte Grund-rechtskatalog könne bei der Totalrevision nur soweit überprüft werden, als der Grundsatz der Einheit der Materie dem nicht entgegenstehe.⁶³ Der Bundesrat war

57 Bundesbeschluss vom 18. Dezember 1950 betreffend die Aufhebung der Vollmachten von 1939, AS 1950 1493, dazu *Kley*, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 26), S. 205.

58 Die Wehrsteuer verlängerte die Bundesversammlung nach der Ablösung des Vollmachten-regimes mittels extrakonstitutionellen dringlichen Bundesbeschlüssen (Finanzordnung von 1951 bis 1954, Abstimmung vom 3. Dezember 1950, AS 1950 1461, mit periodischen späteren Verlängerungen) und konstitutionalisierte sie 1958 als Art. 41^{ter} BV 1874 (bis heute jeweils zeit-lich befristet, Art. 196 Ziff. 13 und 14 BV).

59 Der Ausdruck kam nur vereinzelt vor, z.B. BBl 1959 I 240, 1967 I 311, 2003 7770 usw. und konnte sich nicht einbürgern; siehe aber zum Nachfolgeausdruck «Mantelerlass» Abschnitt V.

60 Botschaft über Einsparungen bei den Bundesbeiträgen vom 19. Mai 1953, BBl 1953 II 461 und Bundesgesetz über besondere Sparmassnahmen vom 23. Dezember 1953, AS 1954 559–563; getrennt davon passte die Bundesversammlung für dasselbe Sparvorhaben mehrere Bundes-beschlüsse an: Bundesbeschluss über besondere Sparmassnahmen vom 24. März 1954, AS 1954 564–565. Die früheren Sparvorlagen waren eigentliche Spargesetze, die nicht andere Ge-setze änderten, sondern die Ausgabenposten des Bundeshaushaltes plafonierten oder vermin-derten, so die vor 1953 letzte grosse Sparvorlage: Botschaft über neue ausserordentliche Mass-nahmen zur Wiederherstellung des finanziellen Gleichgewichtes im Bundeshaushalt in den Jahren 1936 und 1937 vom 22. November 1935, BBl 1935 II 757 und dazu der Bundesbeschluss vom 31. Januar 1936, Finanzprogramm 1936, AS 1936 17.

61 Votum Jaquet, Amtl. Bull. 1953 N 163–164; auch in der Öffentlichkeit vertraten verschiedene Gutachter gegenteilige Auffassungen, *Kley*, *Stampa* (Anm. 42), S. 344–351 über weitere Ungül-tigkeitsgründe.

62 Bundesbeschluss vom 15. Dezember 1955, BBl 1955 II 1463; *Kuhn* (Anm. 2), S. 168–173, wobei National- und Ständerat die Einheit der Materie gegensätzlich beurteilten (Amtl. Bull. 1955 S 157–173, 174–187 und N 436–480).

63 Bericht über das Initiativbegehren des Kantons Basel-Stadt betreffend die Totalrevision der Bundesverfassung vom 27. November 1959, BBl 1959 II 1294, 1312.

mit seiner initiativekritischen Haltung weit über das Ziel hinausgeschossen. Der Vorgang zeigte an, dass sich die Einheit der Materie auf dem Vormarsch befand.

Der Bundesrat behauptete 1967 in einer Sparvorlage, dass die Einheit der Materie gegeben sei, «wie (sie) das Bundesgericht in seiner jüngsten Praxis⁶⁴ auch für den Bereich der Gesetzgebung fordert». Denn das Programm sei als einheitliches Ganzes konzipiert und diene dem einzigen Zweck, «die Bundessubventionen wieder auf die finanzpolitischen Möglichkeiten zurückzuführen. Wir halten es indessen doch für richtiger, Ihnen für jede Abänderung einen besonderen Erlass vorzuschlagen»⁶⁵. Der liberale und politisch interessierte junge Professor Jean-François Aubert (1971–1979 Nationalrat und 1979–1987 Ständerat)⁶⁶ schreckte bei diesem Satz auf und notierte in seinem *Droit constitutionnel* von 1967: Im Bund werde über ein Gesetz global abgestimmt und eine Aufteilung in bestrittene und unbestrittene Punkte wie in den Kantonen sei ausgeschlossen. «Selbstverständlich hindert nichts den Gesetzgeber an einer Aufteilung seines Werkes, bevor dieses einem Referendumsbegehren ausgesetzt wird» und er müsse dies «sogar tun beim Erlass von Vorschriften, welche untereinander keinerlei direkte Beziehung haben»⁶⁷. In seinem Nachtrag von 1994 führte Aubert an, dass sich das Parlament bei der Gesetzgebung freier fühle als bei Verfassungsvorlagen. «Seine Praxis ist unterschiedlich: manchmal unterteilt es einen einzigen Gegenstand in mehrere Gesetze, manchmal vereinigt es mehrere Gegenstände in einem einzigen Gesetz.»⁶⁸ Im Allgemeinen habe das Parlament rechtmässig gehandelt. Aubert hatte damit seine 1967 geäußerte These der Geltung der Einheit der Materie bei Gesetzesvorlagen implizit verworfen.

1977 änderte der Bund in einem Sammelpaket zum Ausgleich des Bundeshaushalts 36 Gesetze:⁶⁹ «Alle diese Massnahmen bilden eine auf das gleiche Ziel ausgerichtete, in sich geschlossene Einheit.»⁷⁰ Diese Rechtfertigung spiegelte die Tatsache wider, dass die Bundesversammlung 1977 die PdA-Initiative gegen Teuerung und Inflation wegen des Verstosses gegen die Einheit der Materie für ungültig erklärt hatte.⁷¹ Die Bundesbehörden konnten damit unter Beweis stellen, dass sie

64 Siehe Anm. 83.

65 Botschaft über Einsparungen bei den Bundesbeiträgen vom 17. Januar 1967, BBl 1967 I 301, 356; die Gesetze und Beschlüsse wurden je einzeln geändert und publiziert, AS 1968 64.

66 Kley, *Geschichte des öffentlichen Rechts* (Anm. 26), S. 231.

67 *Jean-François Aubert*, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, Bd. II, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Nr. 1133, S. 593–594; als Beleg führte er die in Anm. 65 erwähnte Botschaft an.

68 *Aubert*, *Bundesstaatsrecht II* (Anm. 67), Nr. 1133^{bis}, S. 992. In seinem französischsprachigen *Supplément 1967–1982*, Neuchâtel 1982, Ad. N° 1133, S. 125 führte er lediglich weitere Beispiele zu den Aussagen von 1967 an.

69 Bundesgesetz über Massnahmen zum Ausgleich des Bundeshaushaltes vom 5. Mai 1977, AS 1977 2249.

70 Botschaft über Massnahmen zum Ausgleich des Bundeshaushaltes vom 9. Februar 1977, BBl 1977 I 789, 799.

71 Bundesbeschluss über die Volksinitiative «gegen Teuerung und Inflation» vom 16. Dezember 1977, BBl 1977 III 319.

die Einheit der Materie ernst nehmen. Damit war der Pfad gelegt. Die Einheit der Materie griff auf die Bundesgesetzgebung über.

Das Bundesgericht hatte ab 1964 gefordert, dass die kantonalen Gesetze die Einheit der Materie zu wahren hätten.⁷² Diese Ansicht vertraten Bundesrat und Verwaltung nicht generell, sondern nur punktuell.⁷³ Die neue Anforderung wirkte sich kaum aus.⁷⁴ Die Kriterien für die Aufteilung auf verschiedene Gesetze oder die Zusammenfassung in einem Sammelgesetz waren nicht formuliert und folglich liess sich auch kein normgeleitetes Vorgehen der Bundesbehörden erkennen. Die politischen Akteure innerhalb und ausserhalb der Bundesversammlung erhielten ein der politischen Opportunität gehorchendes, scheinjuristisches Instrument. Dieses nahm sich in der Öffentlichkeit gut aus, denn die Lehre begründete es mit einer ungeschriebenen Wahl- und Abstimmungsfreiheit. Jeder, der dieses Instrument kritisierte, geriet ins politische Abseits, denn er widersprach einem Freiheitsrecht der Demokratie. Das Parlament nahm 1995 diesen Anstoss gerne auf, als es sich mithilfe der Einheit der Materie (und damit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit) der Armeehalberungsinitiative⁷⁵ entledigte. Die Praxis der Bundesbehörden blieb bei Initiativen und Bundesgesetzen opportunistisch und war von keiner Regel geleitet.

72 BGE 90 I 69; *Patricia Egli*, Die Einheit der Materie bei kantonalen Gesetzesvorlagen, ZBl 107/2006, S. 397–415.

73 Botschaft über erste Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 28. September 1981, BBl 1981 III 737, 763, wonach der Grundsatz der Einheit der Materie gelte. «Das übergeordnete politische Ziel der Neuverteilung vermag bei den Massnahmen dieser Botschaft angesichts der Vielfalt der Materien nur beschränkt einen genügenden inneren Zusammenhang der Teile zu bewirken. Deshalb werden die meisten Massnahmen der gleichen Rechtsetzungsstufe voneinander getrennt.» Botschaft über die Sparmassnahmen 1984 (Anschlussprogramm zur linearen Beitragskürzung) vom 12. März 1984; BBl 1984 I 1253–1343, 1254, wonach die Änderungen auf Gesetzesstufe zusammengefasst in einem einzigen Änderungsgesetz zu beschliessen sind. «Dieses Vorgehen ist übersichtlicher und erleichtert die parlamentarische Beratung. Angesichts der Einheit der Materie (Sparmassnahmen) ist es auch rechtlich vertretbar.» Bundesgesetz über die Sparmassnahmen 1984 (Anschlussprogramm) vom 14. Dezember 1984, AS 1985 660. Die Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19.10.1988, BBl 1988 III 953–1146, 966 teilt den Rechtsstoff wegen der Einheit der Materie auf verschiedene Bundesgesetze auf. In zahlreichen weiteren Vorlagen finden sich entsprechende Ausführungen.

74 Das zeigte sich daran, dass die Verwaltung die Anforderung der Einheit der Materie erfüllte, indem sie verschiedene Gesetzesvorlagen in einer einzigen Botschaft des Bundesrates unterbrachte, siehe die Fundstellen: BBl 1986 I 2, 1990 II 575, 1994 III 625, 1995 I 852. Vereinzelt wird sogar gefordert, dass eine Verordnung die Einheit der Materie zu wahren habe, BBl 1999 8484, 8554.

75 Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» vom 20. Juni 1995, BBl 1995 III 570.

IV. Einheit der Materie als Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsfreiheit

Ursprünglich wollte Art. 121 Abs. 3 BV 1874 die Verfahren der Teil- und Totalrevision der Verfassung unterscheiden. Bei Ersterer standen die «in notwendiger Verbindung stehenden Artikel» (Art. 108 Entwurf Bundesurkunde 1833) zur Debatte bzw. das Initiativbegehren hatte sich auf eine einzige Materie (Art. 121 Abs. 3 BV 1874) zu beschränken. Der Bundesrat hielt es 1890 bei der Partialrevision für gewiss, dass «eine Inglobo-Frage über die Revision verschiedener Materien»⁷⁶ unzulässig sei. Er begründete Art. 121 Abs. 3 BV 1874 mit der Entscheidungsfreiheit der Unterzeichner sowie der Notwendigkeit, dass jede Materie für sich die hinreichende Anzahl von Unterschriften aufweisen müsse.⁷⁷ Der Bundesrat hob die Entscheidungsfreiheit der Unterzeichner hervor, nicht aber jene der Abstimmenden. Die Seite der Abstimmenden betonte Fritz Fleiner in seinem Bundesstaatsrecht, als er die Forderung aufstellte, dass dem Volk «nur eine geschlossene Frage in einem Artikel vorgelegt werden» dürfe. «Es darf nicht zusammenverbunden werden, was sachlich nicht zusammengehört.»⁷⁸ Giacometti behandelte beide Aspekte, die «den wirklichen Willen zum Ausdruck»⁷⁹ bringen sollen, die Freiheit der Unterzeichner und der Abstimmenden, zusammen. Damit stellte er den Konnex zur sich entwickelnden Wahl- und Abstimmungsfreiheit her.

Das Bundesgericht hatte am 27. Januar 1949 erstmals festgehalten: «Das schon von Bundesrechts wegen gewährleistete Stimmrecht gibt einen Anspruch darauf, dass kein Wahl- oder Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den Willen der Wählerschaft zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt.»⁸⁰ Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit war zunächst ein unselbständiger Bestandteil des in den Kantonsverfassungen garantierten Stimmrechts, weshalb das Grundrecht nicht in der Liste der ungeschriebenen Grundrechte figurierte.⁸¹ Sechs Jahre später hielt das Gericht fest, dass die Einheit der Materie im betreffenden Kanton kraft eines Gesetzes und nicht kraft der Verfassung gelte, was verfassungskonform sei.⁸² 1964 äusserte das Bundesgericht in einem Walliser Fall betreffend die Verbindung eines Schul- und Spitalkredits, dass die Wahl- und Abstimmungsfreiheit den folgenden Bestandteil aufweise: «C'est la nécessité de sauvegarder cette

76 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 462.

77 Botschaft 1890 (Anm. 11), S. 462.

78 *Fritz Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 396–397.

79 *Zaccaria Giacometti*, Die Einheit der Materie als formelle Voraussetzung der Volksanregung auf Partialrevision der Bundesverfassung und die Kriseninitiative, SJZ 32 (1935/36), S. 93–100, 94; ebenso bei *Giacometti*, Bundesstaatsrecht (Anm. 31), S. 731; *Giacometti*, Staatsrecht der Kantone (Anm. 52), S. 424: «Sicherstellung einer unverfälschten Willenskundgebung der Stimmberechtigten». Diese Formulierung fand im Parlament Anklang, z.B. bei der Behandlung der Chevalier-Initiative, Amtl. Bull. 1955 S und N (Anm. 62).

80 BGE 75 I 245; ähnlich BGE 89 I 443; *Tomas Poledna/Stephan Widmer*, Die Wahl- und Abstimmungsfreiheit – ein verfassungsmässiges Recht des Bundes? ZBl 88/1987, S. 281–293; *Stephan Widmer*, Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Diss. Zürich 1989, S. 57 m.w.H.

81 Der Loseblattkommentar zur Bundesverfassung, hrsg. von *Jean-François Aubert* et al., Bern/Zürich/Basel 1987–1996 führt die Wahl- und Abstimmungsfreiheit nicht bei den ungeschriebenen Grundrechten auf. Allerdings erklärt darin *Luzius Wildhaber*, Komm. zu Art. 121/122, N. 93, das Grundrecht als ungeschrieben.

82 BGE 81 I 192.

liberté qui en principe l'emporte et oblige l'autorité à organiser une votation pour chaque objet.»⁸³ Es machte die Einheit der Materie zu einem Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsfreiheit und bestätigte dies fortan.⁸⁴ Die Einheit der Materie erstreckte sich über die gesamten politischen Rechte der Kantone, und das Bundesgericht schrieb zur Tragweite bei kantonalen Gesetzen:⁸⁵ «Der Grundsatz der Einheit der Materie [ist] gewahrt, sofern eine bestimmte Materie geregelt werden soll und die einzelnen, zu diesem Zweck aufgestellten Vorschriften zueinander in einer sachlichen Beziehung stehen.»⁸⁶ Das Bundesgericht hatte Giacometti Recht gegeben, aber es hat keine Kompetenz, diese Aussagen auf die Bundesgesetzgebung zu erstrecken.

Die Lehre hatte das Wachstum der Wahl- und Abstimmungsfreiheit positiv wahrgenommen und konsequenterweise forderte sie die umfassende Geltung der Einheit der Materie.⁸⁷ Sie unterzog sich mit wenigen Ausnahmen⁸⁸ nicht der Mühe, die Folgen ihrer populären Forderung zu analysieren. Es war die Bundesverwaltung, die sich mit den Auswirkungen der Einheit der Materie bei Bundesgesetzen befassen musste.

V. Von Sammelerlassen zu Mantelgesetzen

Der Umgang der Bundesbehörden mit der Einheit der Materie war in erster Linie von einem praktischen Kalkül geprägt. Das formale Erfordernis liess sich bequem für politische Zwecke einsetzen und verkam damit zu einem politischen Blockadeinstrument, das okkasionell und regelunabhängig zum Einsatz kam. Das Parlament realisierte nicht, dass der immer populärer werdende Grundsatz der Einheit der Materie ihm selber gefährlich werden konnte. Bundesrat und Bundesversammlung hatten sich in eine Situation manövriert, welche die Konsensbil-

83 BGE 90 I 69, 74; dazu *Hans Huber*, Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1984, ZBJV 1965, S. 325–357, 339–340.

84 Z.B. BGE 99 Ia 177, 183; 99 Ia 638, 645, 731 ff.; 104 Ia 215, 223; 111 Ia 196, 198; 113 Ia 46.

85 BGE 123 I 63 E. 4b S. 71–72 m.w.H.

86 BGE 129 I 366, E. 2.3 S. 371 m.w.H.

87 *Tschannen* (Anm. 119), N. 41; *Giovanni Biaggini*, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N. 22 zu Art. 34; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 700; *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, S. 417–418; *Gerold Steinmann*, Kommentar zu Art. 34 BV, N. 23, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014; N. 23; *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 363; *Wildhaber*, Art. 121/122 (Anm. 81), Rz. 93; weitere Hinweise: Bundesamt für Justiz, Gutachten Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung; Einheit der Materie vom 31. Mai 2018, Ziff. 2, S. 2 ff.

88 *Aubert* (Anm. 67); *Grisel*, Komm. zu Art. 89 Abs. 2, Rz. 30, in: *Aubert* (Anm. 81), lässt die Einheit der Materie nur als politische Maxime gelten; *Robert Hurst*, Der Grundsatz der Einheit der Materie, Diss. Zürich 2002, S. 130–132 hält den Grundsatz für die Bundesgesetzgebung ebenfalls für unanwendbar.

derung im Parlament zumindest erschwerte. Ist es bei Bundesgesetzen nicht mehr zulässig, grössere Pakete mit verschiedenen Materien zu bilden, entfällt die praktische Voraussetzung für den politischen Kompromiss.

Es galt, einen Ausweg aus dieser Situation zu finden. In der Politik kommen Auswege mit Zauberwörtern zustande. Der Bundesrat behalf sich 1997 mit dem aus dem früheren deutschen Parlamentarismus stammenden Begriff des «Mantelgesetzes» (heute «Artikelgesetz»⁸⁹), das nur aus Änderungen mehrerer Gesetze besteht, d.h. ein reines Änderungsgesetz darstellt. Es handelt sich um die einstigen «Sammelerlasse»⁹⁰. In der Botschaft zum Unternehmenssteuergesetz von 1997 schlug der Bundesrat vor, vier Steuergesetze in einem Gesetz zu ändern.⁹¹ D.h. in einem Mantelerlass fasste man die aufeinander abgestimmten Schritte zusammen, denn sie bildeten eine Einheit. Mit diesem erstmals eingesetzten Zauberwort konnte der Bundesrat die früher von ihm selbst angerufene Einheit der Materie bannen. Die Metapher ist gut gewählt, denn der Mantel *schützt* stets *eine* Person; sie steht für die Einheit der Materie. Der Mantel verschafft den von ihm bedeckten Körperteilen bzw. Bestandteilen «einen engen sachlichen Zusammenhang»⁹² und wehrt die hypertrophen Forderungen der Einheit der Materie ab.⁹³ In der Folge bürgerte sich das «Mantelgesetz» als Begriff ein, so 1998 bei der Koordination der Plangenehmigungsverfahren⁹⁴, im Stabilisierungsprogramm⁹⁵ und in vielen weiteren Botschaften des Bundesrates⁹⁶. Zum Stabilisierungsprogramm 1998 führte der Bundesrat aus, dass es sich für den Konsens am Runden Tisch als zentral erwiesen habe, dass die einzelnen Teile des Stabilisierungsprogramms gleichzeitig und miteinander verbindlich verknüpft werden. «Beim Gesetzesentwurf handelt es sich um einen referendumspflichtigen Mantelerlass, der die Änderung gleichstufiger Rechtserlasse aus verschiedenen Aufgabengebieten unter einem Sammeltitle zusammenfasst und damit einen zusätzlichen Sparauftrag an den Bundesrat verbindet. Dieses Vorgehen ist aufgrund des einheitlichen Stabilisierungszweckes

89 *Fritz Ossenbühl*, § 103 Rechtsverordnung, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 261–303; Rz. 38, S. 280; *Thomas L. Lachner*, *Das Artikelgesetz*, Berlin 2007.

90 Anm. 59. Zum selben Ergebnis führen die Verknüpfungen mehrerer Gesetzesvorlagen in dem Sinn, als keine in Kraft tritt, wenn nicht alle angenommen werden, Gutachten BJ (Anm. 87), S. 5.

91 Botschaft zur Reform der Unternehmensbesteuerung 1997 vom 26. März 1997, BBl 1997 II 1164, 1166.

92 Gesetzgebungsleitfaden (Anm. 98), Ziff. 278, S. 94.

93 Z.B. es «erweist sich ein Mantelerlass aus Gründen der Einheit der Materie als geboten», BBl 2014 605, 703.

94 Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren vom 25. Februar 1998, BBl 1998 III 2591–2698, 2610.

95 Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998 vom 28. September 1998, BBl 1999 I 4–160, 18.

96 Im Folgenden sind beispielhaft Fundstellen aus Botschaften des Bundesrates nachgewiesen: BBl 2003 5615, BBl 2005 6029, BBl 2007 315, BBl 2007 645, BBl 2007 6121, BBl 2008 3551, BBl 2010 7059, BBl 2011 6749, BBl 2011 8181, BBl 2012 1577, 1704, BBl 2014 303, BBl 2015 1, BBl 2016 3865, BBl 2016 4691, BBl 2016 8661, BBl 2017 6941 usw.

der verschiedenen Massnahmen gerechtfertigt.»⁹⁷ Der Bundesrat wendet seither den Begriff des «Mantelgesetzes» regelmässig an. Darüber hinaus fand der Begriff Eingang in den Gesetzgebungsleitfaden und die gesetzestechnischen Richtlinien. Der Mantelerlass, der als solcher nur in der amtlichen Sammlung publiziert wird, erhält einen Sammeltitle und benötigt keine Nummer in der systematischen Gesetzessammlung, denn jede Änderung wird in die in der Systematischen Sammlung schon vorhandenen Gesetze eingefügt,⁹⁸ womit die Aufgabe des Mantelgesetzes erfüllt ist.

Die Verfechter der Wahl- und Abstimmungsfreiheit und damit der Einheit der Materie liessen sich diesen argumentativen Zaubertrick nicht gefallen und blieben ihrer Argumentation treu. Demnach verbiete es die Wahl- und Abstimmungsfreiheit, in einer einzigen Abstimmungsvorlage eines Bundesgesetzes mehrere Sachfragen verschiedener Natur und Zielsetzung zu verbinden. Die Stimmberechtigten dürften nicht in die Zwangslage versetzt werden, in der sie nur global zustimmen könnten, obwohl sie gewisse Teile der Vorlage ablehnten oder umgekehrt. Die Bundesversammlung sei umfassend an die Einheit der Materie gebunden.⁹⁹ Die Einheit der Materie überwand so den Bann des Mantelerlasses. Mit dieser Argumentation gelang es, politische Vorhaben mit scheinrechtlichen und nicht mit politischen Argumenten zu bekämpfen. In der Konsequenz liegt bei Bundesgesetzen die gleiche Situation wie bei den Volksinitiativen vor, die von den Parlamentariern nicht politisch, sondern mit dem vorgeschobenen Argument der Einheit der Materie bekämpft werden. Da die Schweiz nicht über ein Verfassungsgericht verfügt, sind Politiker, Bürgerinnen und Staatsrechtsprofessoren, kurzum, ist jedermann berechtigt, an dieser Diskussion teilzunehmen und etwas zu meinen.

Diese Diskussion ist bei der am 24. September 2017 gescheiterten Reform der Altersvorsorge 2020 aufgebrochen. In der Botschaft von 2014 zur Reform der Altersvorsorge 2020¹⁰⁰ hatte der Bundesrat nur vom «Mantelerlass» gesprochen und festgestellt, dass «die Reform nur greift, wenn sämtliche Massnahmen angenommen»¹⁰¹ würden. Deshalb sei «die Zusammenfassung aller Gesetzesänderungen in einem einzigen Erlass sinnvoll». Von der Einheit der Materie war nie die Rede.

97 Botschaft zum Stabilisierungsprogramm (Anm. 95), S. 18.

98 Gesetzgebungsleitfaden, 3. Aufl., Bundesamt für Justiz 2007, S. 326; Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes, vollständig überarbeitete Ausgabe 2013, hrsg. von der Schweizerischen Bundeskanzlei, Ziff. 278, S. 94.

99 So *Georg Müller*, Mantelgesetze und Einheit der Materie, *LeGes* 2013/2, S. 507–513; *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, S. 188–189; *Aubert*, Bundesstaatsrecht II (Anm. 67), Nr. 1133 und Nr. 1133^{bis}, S. 593–594, 991–992; *Andreas Auer*, Die Reform der Altersvorsorge und der Grundsatz der Einheit der Materie, online verfügbar, URL: <<https://napoleonsnightmare.ch/2017/09/15/>> (zuletzt besucht am 28.9.2018); *Gerold Steinmann*, Bemerkungen zum Urteil des BGer 1C_109/2016 vom 8.8.2016, *ZBl* 118/2017, S. 230–236, S. 236.

100 Vom 19.11.2014, *BBl* 2015 1.

101 Botschaft (Anm. 100), S. 234.

Im Nachfolge-Gesetzesprojekt, der AHV-Beitragserhöhung/Steuervorlage 17¹⁰² ging der Bundesrat umgekehrt vor: Der Ausdruck «Mantelerlass» wird vom Bundesrat nicht verwendet, dafür stellt er die Geltung der Einheit der Materie für Bundesgesetze als selbstverständlich heraus.¹⁰³ Die in einem Akt erfolgende Änderung verschiedener Bundesgesetze sei aber zulässig, da diese «in einem sachlichen Zusammenhang» stünden. Einzig die Erhöhung der Familienzulagen verfolge das Ziel der «politischen Akzeptanz», was «diskutabel» sei. Allerdings würde eine Abtrennung die «erforderliche politische Ausgewogenheit in Frage» stellen.¹⁰⁴ Die vorberatende Kommission hatte die Erhöhung der Familienzulagen durch eine Erhöhung der AHV-Beiträge ersetzt. Das Bundesamt für Justiz lieferte am 31. Mai 2018 der Kommission ein Gutachten, das den Vorgang als «Grenzfall» bezeichnete.¹⁰⁵ Das Bundesamt nimmt wie der Bundesrat an, dass die Einheit der Materie grundsätzlich für die Bundesgesetzgebung gilt. Nach einer breiten politischen Diskussion in der Öffentlichkeit¹⁰⁶ folgten die beiden Räte diesem Vorschlag der Kommission und verabschiedeten die gekoppelte Steuer- und AHV-Vorlage¹⁰⁷.

Die gegensätzliche Vorgehensweise bei ein- und demselben Problem zeigt, wie konzeptlos Bundesrat und Verwaltung mit dem Grundsatz der Einheit der Materie bei Bundesgesetzen umgehen. Sie haben sie mittlerweile ad absurdum und der Öffentlichkeit deren Inhaltslosigkeit vor Augen geführt. Im Folgenden ist zu untersuchen, welche Auswirkung die effektive Durchsetzung der Einheit der Materie bei Bundesgesetzen auf den parlamentarischen Diskurs hätte.

102 Botschaft zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17) vom 21. März 2018, BBl 2018 2527.

103 Offenbar tritt ein erheblicher Teil der Bundesparlamentarier je nach Interessenlage für die Geltung der Einheit der Materie bei Gesetzesvorlagen ein: siehe die Nachweise der Debatten im Gutachten BJ (Anm. 87), S. 7–11.

104 Botschaft (Anm. 102), S. 2637.

105 Gutachten BJ (Anm. 87), S. 10.

106 *Hansueli Schöchli*, Kuhhandel bringt Stimmbürger in Zwangslage, NZZ vom 18.5.2018, S. 15; *Christoph Mörgeli*, Schattenkabinett im Medienlicht, Weltwoche vom 24.5.2018, S. 26; *Ulrich Zimmerli*, Diesmal heiligt der Zweck die Mittel nicht, Der Bund vom 9.6.2018, S. 10; *Monika Bittler*, Je heikler die Reform, desto grösser die Vorlage, NZZaS vom 9.7.2018, S. 14; *Daniel Eckmann*, Die Angst der Schweizer Politiker vor dem Volk, NZZ vom 9.8.2018, S. 10; *Christina Neuhaus*, Der Kuhhandel geht weiter, NZZ vom 11.8.2018, S. 14; *Hansueli Schöchli*, Der Zweck heiligt nicht die Mittel, NZZ vom 15.8.2018, S. 11; *Roger Köppel*, Editorial, Weltwoche vom 16.8.2018, Nr. 33, S. 5; *Thomas Isler*, Die Kunst des Kuhhandels, NZZ am Sonntag vom 19.8.2018, S. 20; *Heinz Karrer*, Kein Kuhhandel, sondern ein Kompromiss, NZZ vom 8.9.2018, S. 12; *Daniel Foppa*, Kommentar, Reformfähigkeit auf dem Prüfstand, Tages-Anzeiger vom 13.9.2018, S. 2; *Martin Dumermuth*, Interview, NZZ vom 19.9.2018, S. 15 («... es geht darum, dass sich das Parlament überhaupt einigen kann»).

107 Der National- und der Ständerat haben das Geschäft am 7. Juni, 12. und 17. September 2018 durchberaten und in den Gesamtabstimmungen angenommen und in den Schlussabstimmungen vom 28. September 2018 als Mantelgesetz (Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung, STAF) verabschiedet; Referendumsvorlage: BBl 2018 6031. Der Nationalrat stimmte mit 112 zu 67 Stimmen, bei 11 Enthaltungen, der Ständerat mit 39 zu 4 Stimmen bei 2 Enthaltungen zu. Da verschiedene Parteien und Gruppen ein Referendum ankündigten (z.B. NZZ vom 3.10.2018, S. 23), hat der Bundesrat den Abstimmungstermin vorsorglich auf den 19. Mai 2019 festgelegt.

VI. Einheit der Materie und parlamentarischer Kompromiss

Trotz der direkten Demokratie besitzt auch in der Schweiz – wie in jeder rechtsstaatlichen Demokratie – das Parlament eine zentrale Verfahrensaufgabe: Es reguliert Konflikte, indem es die in alle Richtungen ausmündenden individuellen politischen Wünsche zu einem Willen des Staates bündelt. Dieser äussert sich vor allem in der Gesetzgebung. Das Parlament kann seinerseits auf die Vorarbeit der politischen Parteien aufbauen, welche die verschiedenen politischen Ausrichtungen sammeln und ihre Vertreter in das Parlament entsenden. Die Lösung der Konflikte durch Kompromiss ist die wichtigste Aufgabe des Parlaments.¹⁰⁸ Dazu ist es durch seine direktdemokratische Wahl legitimiert und beauftragt. Im parlamentarischen Verfahren erfolgt die Willensbündelung schrittweise. Kommissionen und Plenum beraten einen Gesetzesentwurf Artikel für Artikel und Absatz für Absatz durch. Jede einzelne Norm des Entwurfs bietet Anlass zum Nachgeben oder zum Beharren auf dem eigenen Standpunkt. Der Kompromiss, das Geben und Nehmen der gegensätzlichen Richtungen, führt am Ende ein Ergebnis herbei. Dieser Konsensbildungsprozess findet etwa bei Steuer-, Sozialversicherungs- und Finanzvorlagen durchaus im Sinne eines Feilschens um Geld statt. Kommt am Ende des Verfahrens eine Einigung zustande, so ist das Gesetz in der Schlussabstimmung in globo anzunehmen oder abzulehnen (Art. 81 ParlG). Die Parlamentarier können sich bei dieser letzten Stimmabgabe zu einem durchberatenen Geschäft nicht abstrakt auf die Einheit der Materie berufen, denn sie konnten ja vorher artikel- und absatzweise abstimmen, und sie hatten das Recht, «über teilbare Abstimmungsfragen [...] getrennt abzustimmen».¹⁰⁹ Diese Grundregel der Abstimmungsdemokratie verwirklicht zwanglos die Einheit der Materie. In der Schlussabstimmung muss jeder Parlamentarier entscheiden, ob sein Standpunkt im Gesetz genügend abgebildet ist. Stimmen beide Kammern der Vorlage mehrheitlich zu, so ist das der Beweis, dass in der «Referendumsvorlage eine [verträgliche] Vielheit der Materien»¹¹⁰ untergebracht ist, so wie das dem Pluralismus der vertretenen politischen Richtungen entspricht. Das Bundesgericht anerkannte früher diesen wichtigen Mechanismus und stellte richtigerweise fest, dass «behördliche Vorlagen [...] bereits einen politischen Prozess durchlaufen und dadurch eher eine gewisse Formung im Sinne einer Synthese der Meinungen erfahren

108 Grundlegend: *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Tübingen 1929, S. 53–68; ferner *Wolf Linder/Sean Müller*, Schweizerische Demokratie, Institutionen – Prozesse – Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017, S. 373–385; *Adrian Vatter*, Das politische System der Schweiz, 3. Aufl., 2018, S. 549 f.; *Amie Kreppel*, Legislatures, in: Daniele Caramani, Comparative Politics, 4th ed., Oxford 2017, S. 120–135, S. 120 f.; *Giovanni Sartori*, Demokratietheorie, Darmstadt 1997, S. 99 f. Zu diesem Aspekt vertiefend: *Andreas Kley*, Kompromiss – «Trickserei» oder Voraussetzung der Demokratie? AJP/PJA 2018 S. 1379–1385.

109 Art. 78 Abs. 1 ParlG sowie alle kantonalen Parlamentserlasse (z.B. Art. 101 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Grossen Rates des Kantons Bern vom 4.6.2013, Nr. 151.211) und die meisten Gemeindeordnungen.

110 *Jürg Niehans*, Zur politischen Ökonomie des Referendums – «Einheit der Materie» als Hemmschuh des Kompromisses, NZZ vom 16.11.1995, Nr. 267, S. 15.

[haben], die im vom Volk gewählten Parlament vertreten wurden.»¹¹¹ Infolgedessen wollte es auf solche Vorlagen die Einheit der Materie nicht oder nur zurückhaltend anwenden. In der aktuellen Rechtsprechung will das Bundesgericht – ohne Gründe für den Sinneswandel anzugeben – die Einheit der Materie vollumfänglich auf Gesetzesvorlagen des Kantonsparlaments anwenden.¹¹²

Die Referendumsdemokratie setzt das Parlament voraus. Das Referendum schliesst bei den Bundesgesetzen und bei Verfassungsvorlagen des Parlaments an die Schlussabstimmung im Parlament an. In der Referendumsdemokratie wird dem Volk stets ein fertiggestellter *Erlass des Parlaments* vorgelegt.¹¹³ So normierte die französische Verfassung vom 23. Juni 1793 als erste Verfassung der Welt das moderne Gesetzesreferendum. Der Staat stellt nach dieser Verfassung die beschlossenen Gesetze als «loi proposée» den Gemeinden zu. Kommt innert 40 Tagen keine «réclamation» eines Quorums der Stimmbürger zustande, so gilt: «Le projet est accepté et devient loi.»¹¹⁴ Die Schweizer Kantone und der Bund, die dieses System ab 1831 bzw. 1874 übernommen haben, knüpfen beim Gesetzesreferendum ausschliesslich an Parlamentsvorlagen an. Doch die Parlamentsbeschlüsse sind vorläufig. Sie unterstehen von Verfassung wegen oder «auf Verlangen von Stimmbürgern [...] der Annahme oder Ablehnung durch das Volk».¹¹⁵ Im Fall der Zustimmung genehmigt das Volk die Vorlage. Das Verfahren der Gesetzesentstehung erweitert sich mit dem Referendum um das Volk, das aber nur binär entscheiden kann.

Die Forderung, die Referendumsvorlage habe den Grundsatz der Einheit der Materie einzuhalten, wirkt auf das parlamentarische Verfahren zurück. Unter dieser Bedingung könnte es keinen Kompromiss finden, weil das Geben und Nehmen unterschiedlicher Anliegen unter den verschiedenen Parteien die Einheit der Materie verletzt. Die Lösung der komplexen Gegenwartsprobleme bliebe auf der Strecke. Auf diese Weise wird die ureigene Aufgabe des Parlaments, Kompromisse zu finden, verunmöglicht, da mögliche Kombinationen unterschiedlicher Inhalte herausgebrochen werden müssten.¹¹⁶ Ein Parlament, das wegen der Einheit der Materie einem Kompromissverbot (wie etwa die Kombination einer

111 Urteil des BGer vom 14. Dezember 1999, 1P_414/1999 E. 3e, in: Pra 89 (2000) Nr. 91; Urteil des BGer vom 18. August 1994, ZBl 96/1995, S. 470–474 (471), kritisch dazu Goran Seferovic, *Volksinitiative zwischen Recht und Politik*, Bern 2018, S. 252; Yvo Hangartner/Andreas Kley, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen*, Zürich 2000, S. 997 f. N. 2521.

112 BGE 129 I 366 E. 2.2, S. 371; Urteil des BGer vom 26. August 2010, 1C_103/2010, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, E. 3.2; Seferovic (Anm. 111), S. 252 und Anm. 1781 und den Beitrag von Seferovic in diesem Heft S. 28 ff., dort Anm. 57.

113 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1. Aufl., Berlin 1928, 8. Aufl., 1993, S. 260; Walther Burckhardt, *Kommentar der Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 1931, S. 705.

114 Art. 56–60 der genannten Verfassung von 1793, in: Günther Franz, *Staatsverfassungen*, 3. Aufl., Darmstadt 1975, S. 372–397, 386–387.

115 Burckhardt (Anm. 113), S. 705; Etienne Grisel, *Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3^e édition, Berne 2004, S. 297; Hangartner/Kley (Anm. 111), S. 146.

116 Niehans (Anm. 110), S. 15.

AHV-Reform mit einer Reform des Unternehmenssteuerrechts) unterliegt, hat Mühe, positive Beschlüsse zu fassen.¹¹⁷ Und genau darauf zielt der Einsatz der Einheit der Materie bei der Gesetzgebung ab: Der politische Prozess soll blockiert werden, wie schon die historischen Ursprünge der Einheit der Materie zeigen. Die englische Krone verpflichtete 1702 das Kolonialparlament von New Jersey auf die «*single subject rule*» mit der Absicht, dessen Gesetzgebungstätigkeit einzuschränken.¹¹⁸

Das Bundesgericht hat in seiner seit 1949 entwickelten Rechtsprechung zur Wahl- und Abstimmungsfreiheit verlangt, dass kantonale Gesetzesvorlagen die Einheit der Materie grundsätzlich einhalten müssen. Die Staatsrechtslehre hat sich diese Forderungen zu eigen gemacht und sie zugespitzt, indem sie generell, auch für den Bund gelte: Danach werde die Einheit der Materie verletzt, «wenn der Zusammenhang unter den Regelungselementen einer Vorlage künstlich erscheint oder gar rein abstimmungstaktisch motiviert ist. Mit ein und derselben Vorlage dürfen daher nicht mehrere politische Ziele verfolgt werden, die in der politischen Debatte als selbständige Postulate wahrgenommen werden»¹¹⁹. Die Begründung für diese Meinung erfolgt rechtstechnisch-dogmatisch: Art. 34 Abs. 2 BV enthält die Wahl- und Abstimmungsfreiheit und daraus leiten Lehre und Rechtsprechung die Einheit der Materie ab. Letztere kollidiert mit der zentralen Aufgabe des Parlaments, nämlich der Konfliktregulierung. Die Verfassung nennt diese Aufgabe nicht ausdrücklich, was zur Folge hat, dass sie die auf Normen fokussierten Staatsrechtslehrer völlig ausblenden und ignorieren. Das Parlament bedient sich zur verfahrensmässigen Konfliktregulierung des Kompromisses. Dieser bedingt bei der Beratung und Beschlussfassung über Bundesgesetze notwendigerweise (von der Einheit der Materie verpönte) «künstliche» Verbindungen. Abstimmungstaktische Kompromisse kommen durch parlamentarischen Stimmenhandel¹²⁰ zustande. Sie sind oft unumgänglich, wenn es darum geht, im Parlament einen positiven Beschluss zu erzielen.

Die Aufgabe der Kompromissbildung lässt sich nicht auf das Stimmvolk verlagern. In der Volksabstimmung kann im System der Urnenabstimmung kein Kompromiss gefunden werden. Denn dort bilden die Parlamentsvorlagen keine Entwürfe, sondern rechtsgültige Erlasse unter Vorbehalt des Referendumsrechts. Es können weder Änderungs-, Rückweisungs-, Nichteintretens- und andere Ordnungsanträge gestellt werden, noch sind die Stimmberechtigten als solche in der

117 *Niehans* (Anm. 110), S. 15.; bei kantonalen Gesetzesvorlagen weist das Bundesgericht auf dieses Problem hin: BGE 129 I 366 E. 2.3 S. 373.

118 Siehe den Beitrag von *Seferovic* in diesem Heft S. 28 ff., dort Anm. 3.

119 *Pierre Tschannen*, Kommentar zu Art. 34, N. 41, in: Bernhard Waldmann et al. (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015; weitere Nachweise bei Anm. 87 und 99.

120 Die Presse hat in völliger Verkennung dieser politikwissenschaftlichen Tatsachen begonnen, die Bundesversammlung mit dem Ausdruck «Kuhhandel» (d.h. «übles Tauschgeschäft», *Renate Wahrig-Burfeind* [Hrsg.], *Wahrig. Deutsches Wörterbuch*, 8. Aufl., München 2006, S. 865) herabzusetzen, vgl. Nachweise in Anm. 106.

Lage, einzelne Artikel durchzuberaten und einen Konsens zu finden.¹²¹ Die *Rolle der Stimmberechtigten* ist auch in der direkten Demokratie im Verfahren der Urnenabstimmung *begrenzt*. Die Stimmberechtigten haben an der parlamentarischen Konsensbildung keinen Anteil: Sie haben ihre Vertreter gewählt, diese stimmen ohne Instruktion ab (Art. 161 Abs. 1 BV) und dürfen durchaus gegen die mehrheitlichen Interessen ihrer Wählergruppen verstossen. Im letztgenannten Fall kann dies politische Folgen haben: Die Vorlage kann in der Referendumsabstimmung scheitern. Darüber hinaus hätte ein anhaltendes Missachten des Wählerwillens wohl bei der nächsten Erneuerungswahl des Parlaments entsprechende Konsequenzen.

VII. Der Stein der Weisen

Die Vorstellung der Einheit der Materie entstammt ursprünglich der Alchemie.¹²² Diese sucht nach dem Stein der Weisen und in einem übertragenen Sinne liegt es nahe, für dieses politisch-staatsrechtliche Problem den Stein der Weisen zu finden. Er liegt näher, als man vermuten könnte.

Die Lehre hatte – wie schon das Bundesgericht – die Einheit der Materie als festen und unbestrittenen Bestandteil der Wahl- und Abstimmungsfreiheit deklariert.¹²³ Vor dem Hintergrund, dass die Bundesverfassung von 1999 dieses Grundrecht in Art. 34 Abs. 2 BV ausweist, ist es schwer verständlich, dass die Verfassung die Einheit der Materie in Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV für Partialrevisionen der Verfassung nochmals normiert. Offenbar ist es gerade nicht klar, dass die Einheit der Materie schon kraft Art. 34 Abs. 2 BV gilt. Sollte dieser Grundsatz auch für die Bundesgesetzgebung gelten, so ist es doppelt unverständlich, warum es der Verfassungsgeber in Art. 164 BV unterliess, einen Absatz analog zu Art. 194 Abs. 2 BV aufzunehmen: Die Bundesgesetze müssen die Einheit der Materie wahren. Diesen Grundsatz haben weder der Verfassungs- noch der Gesetzgeber¹²⁴ jemals beschlossen. Dennoch hat sich die Einheit der Materie ohne parlamentarische Debatte als ein vorgebliches Prinzip in Literatur, Botschafts-Praxis und parlamentarische Voten eingeschlichen. Das Kriterium der Einheit der Materie im

121 *Niehans* (Anm. 110), S. 15.

122 Siehe Anm. 54 bis 56.

123 Nachweise in Anm. 79 (Z. Giacometti und alte Lehre), 87 (aktuelle Lehre), 99 (betreffend Bundesgesetze).

124 Die Pa.Iv. Thomas Minder, Nr. 18.436 vom 15.6.2018, will einen neuen Abs. 5 von Art. 22 ParlG einfügen: «Erlasse, die dem Referendum unterstehen, müssen die Einheit der Materie wahren. Sie ist gewahrt, wenn zwischen den einzelnen Teilen eines Erlasses ein sachlicher Zusammenhang besteht.» Dieser Vorschlag löst aber kein Problem, sondern schafft ein zusätzliches Problem. Ohne Verfassungsgrundlage schränkt er die Handlungsmöglichkeiten des Parlaments massiv ein, da er den Erlass von Gesetzeskodifikationen oder eben von Kompromisspaketen verbietet.

Verfahren der Bundesgesetzgebung und im Verfahren der Partialrevision der Verfassung (Initiativen und Behördenvorlagen) ist aus drei Gründen fragwürdig.

(1) Die Bundesversammlung wendet Art. 194 Abs. 2 BV bei Behördenvorlagen in der Regel nicht an. Die Bundesversammlung hat unter der Herrschaft der Bundesverfassung von 1874 die Initiative gegen Teuerung und Inflation (1977)¹²⁵ sowie die Armeehalbierungs-Initiative (1995)¹²⁶ wegen Verstosses gegen die Einheit der Materie für ungültig erklärt. Sollten die im Fall der ungültig erklärten Initiativen ins Feld geführten Kriterien auch für Behördenvorlagen massgebend sein, so stehen die meisten Verfassungsvorlagen der Bundesversammlung im Widerspruch zu Art. 194 Abs. 2 BV.¹²⁷ Das Parlament verfolgt bei der Einheit der Materie eine willkürliche, regellose und opportunistische Praxis.

Seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung von 1999 hat das Parlament zwar keine Initiative mehr ungültig erklärt, aber die Frage der Einheit der Materie bei Initiativen ausgiebig diskutiert, namentlich im Fall der Erbschaftsteuerinitiative (2015)¹²⁸. Diese Infragestellung der Initiativen durch eine scheinjuristisch angerufene Einheit der Materie will den Initianten anzeigen, dass die Bundesversammlung das letzte Wort hat. Die Zickzack-Praxis der Bundesversammlung macht die Einheit der Materie gerade nicht zu einer Leerformel. Vielmehr öffnet sich die als Blankettnorm verstandene Einheit der Materie der Politik und spielt dem Parlament in die Hände, das die Volksinitiative als lästig empfindet. Das Parlament erhält mit dem Grundsatz der Einheit der Materie ein Instru-

125 Anm. 71.

126 Anm. 75.

127 Fast jede Verfassungsvorlage lässt sich mit einer hypertrophen Auffassung der Einheit der Materie in Frage stellen, wie die folgenden Beispiele zeigen: Abstimmung vom 4. März 2018 (Befristung direkte Bundessteuer, Mehrwertsteuer und Aufhebung der Übergangsordnung der Biersteuer: die Verbindung verhinderte, dass ein vernünftiger Stimmbürger Nein stimmen konnte, der Bund hätte alle relevanten Einnahmequellen verloren; eine Aufteilung wäre dringend geboten gewesen); Abstimmung vom 24. September 2017 über Art. 104a BV (unterschiedliche und einander widersprechende Postulate zur Ernährungssicherheit: eine Aufteilung wäre nötig gewesen, wollte man eine widerspruchsfreie Willensäusserung ermöglichen). Unproblematisch war hingegen der angenommene Bundesbeschluss über die Änderung der Verfassungsbestimmung zur Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich (Art. 119 Abs. 2 Bst. c BV), der ein eng bestimmtes Thema zum Gegenstand hatte. Die Lehre kritisiert die inkonsistente Praxis ebenfalls: *Seferovic* (Anm. 111), S. 130–132; *Giovanni Biaggini*, Verfassungsinterpretation in der Schweiz, in: Metin Akyürek et al. (Hrsg.), Festschrift Heinz Schäffer, Wien 2006, S. 109–127, 118; Botschaft Erbschaftssteuerinitiative (Anm. 128), S. 130–133. Probleme bereitet bei völkerrechtlichen Verträgen «die Tendenz, mehr oder weniger umfangreiche (Vertrags-)Pakete zu schnüren»: *Giovanni Biaggini*, Kommentar (Anm. 87), N. 19 zu Art. 141, mit Beispielen.

128 Volk und Stände haben die Erbschaftssteuerinitiative abgelehnt. Der Bundesrat sah die Einheit der Materie als klar erfüllt an (BBl 2014 125, 130–133), eine Minderheit des Ständerates wollte die Initiative aus politischen Gründen für ungültig erklären, Amtl. Bull. 2014 S 410–415, 903–918. Die staatspolitische Kommission des Ständerates erarbeitete im Nachhinein einen Bericht, der in vier parlamentarische Initiativen (Nr. 15.475–15.478 Pa.Iv. SPK-SR) mündete, die aber alle scheiterten, BBl 2015 7099. Die Initiativen wollten neue und präzisere Ungültigkeitsgründe einführen.

ment, die «unehelichen Gassenkinder»¹²⁹ aus dem Weg zu räumen.¹³⁰ Doch das Instrument hat den erheblichen Nachteil, dass es nicht nur dem politischen Recht zur Volksinitiative widerspricht, sondern es gefährdet auch – wie erwähnt – die parlamentarische Arbeit, wenn es auf die Bundesgesetze angewendet wird.¹³¹ Es fragt sich, was für einen normativen Gehalt die so gehandhabte Einheit der Materie besitzt.

(2) Die Praxis möchte – z.T. mit Zustimmung der Lehre – den Grundsatz der Einheit der Materie je nach Gegenstand entweder «streng» oder «weniger streng» anwenden.¹³² Es ist fraglich, was das für eine Art von Norm ist, die unterschiedlich streng umgesetzt wird. Die Einheit der Materie ist ein typisch binärer Code, wie ihn Niklas Luhmann als für das Recht charakteristisch herausgearbeitet hat.¹³³ Sie ist auf der Tatbestandsseite entweder erfüllt oder nicht erfüllt und zieht die entsprechende Rechtsfolge «gültig» oder «ungültig» nach sich. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann entgegen entsprechenden Forderungen¹³⁴ bei binären Entscheidungen nicht angewendet werden. Es ist logisch nicht möglich, eine weniger strenge Erfüllung der Norm als tatbestandskonform gelten zu lassen,¹³⁵ ohne dass die Norm unterschiedliche Tatbestände zur gleichen binären Rechtsfolge aufweist. Damit liegen aber unterschiedliche Normen, d.h. Varianten der geltenden Einheit der Materie vor.¹³⁶ Je nach der verwendeten Variante, also dem Tatbestands-Kriterium, ändert sich bei identischem Sachverhalt das Ergebnis. Der Einsatz dieser Varianten ist durch keine Norm vorhersehbar geregelt. Auf diese Weise ist es unklar, was die Einheit der Materie eigentlich fordert;¹³⁷ es handelt sich – wie erwähnt – um eine Blankettnorm. Das Parlament kann eine Vorlage aus zwar nicht beliebigen, aber doch vielerlei Gründen ungültig erklären.

(3) Die scheinbar zwingend logische Trennung der Materien zum Zweck der exakten Willensäußerung hält einer kritischen Überprüfung nicht stand. Die

129 Bundesrat *Emil Frey* (Anm. 22).

130 *Seferovic* (Anm. 111), N. 116 zur rechtsstaatlichen Fragwürdigkeit des parlamentarischen Verfahrens m.w.H.

131 Abschnitt VI.

132 *Biaggini*, Kommentar (Anm. 87), N. 22 zu Art. 34 m.H. auf Rechtsprechung und Praxis.

133 *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1995, S. 165–213; *Wolfgang Ernst*, Alles oder nichts: Binäres Rechtsdenken, *N'Jus* 2015/01, S. 44–48.

134 *Egli* (Anm. 72), S. 413–415.

135 *Ernst* (Anm. 133), S. 46; dies ist jedoch ständige Praxis, z.B. BGE 129 I 366 E. 2.2 S. 370–371 m.w.H.

136 Die durch die Praxis entwickelten Fallkategorien beschreiben diese Varianten, siehe: *Wildhaber*, Art. 121/122 (Anm. 81), N. 104–112: Beschränkung auf ein einziges Thema, Beschränkung auf einen Zweck, verbunden mit der hierfür vorgeschlagenen Finanzierung, Verknüpfung eines Themas mit einer Übergangsbestimmung, Verbindung eines generell-abstrakten Themas mit einer Verbotsnorm für eine konkrete Grossanlage, Verbindung eines Ziels mit den sachlich dazugehörigen Mitteln oder Konkretisierungen, Verknüpfung mehrerer Elemente bei einheitlicher Thematik. Welche dieser Fallgruppen ist «strenger» und welche «weniger streng»?

137 *Egli* (Anm. 72), S. 413 hält sie nur für eine Wiederholung des Willkürverbots; weitere Nachweise in Anm. 88.

Stimmberechtigten können nämlich die gleiche Meinung vertreten wie die Mehrheit der Parlamentarier, die zwei Materien, A und B, aus Gründen der Konsensbildung miteinander verbunden haben. «Die einen stimmen der Vorlage A zu, sofern auch B angenommen wird, die anderen stimmen der Vorlage B zu, sofern auch A angenommen wird, und genau diese Volksmeinung kann bei getrennter Abstimmung nicht zum Ausdruck gebracht werden und wird damit verfälscht.»¹³⁸ Die Einheit der Materie kann den vorgeblichen Zweck nicht erfüllen.

Wie kam es zu diesem Danaergeschenk der «Einheit der Materie»? Die 1935 erfundene Einheit der Materie fand einen bedeutenden und unverdächtigen Fürsprecher: Zaccaria Giacometti. Diesem waren Rechtsstaat und Freiheitsrechte sozusagen heilig, und er kämpfte für sie. Es gelang ihm und der massgebenden Praxis des Bundesgerichts, die Einheit der Materie im 1949 gefundenen Grundrecht der Wahl- und Abstimmungsfreiheit unterzubringen. Praxis und Lehre hatten nach dem Zweiten Weltkrieg die Grund- und Freiheitsrechte entdeckt. Es wurde populär, die Geltung eines Grundrechts zu behaupten oder auszuweiten.¹³⁹ Wer das forderte, genoss Anerkennung. Hinter dieser positiven Entwicklung versteckte sich jedoch im Fall der Einheit der Materie etwas anderes. Bundesversammlung und Bundesrat hatten nach 1949 die Instrumente ihrer verfassungswidrigen Rechtssetzungspraxis (Dringlichkeitsrecht, Schubladisierung von Initiativen, Vollmachtenrecht) verloren. Dafür benötigten sie Ersatz. Im Fall der Volksinitiativen diente die Einheit der Materie der Beschneidung des Rechts zur Volksinitiative. Die Einheit der Materie wendete das Parlament je nach Opportunität gegenüber den Initiativen an oder bedrohte diese damit. Dagegen sah es bei eigenen Vorlagen grosszügig über die Einheit der Materie hinweg. Das geschieht nach wie vor unter der Überschrift der «Wahl- und Abstimmungsfreiheit» und erscheint vordergründig als ein Mittel, um diese zu schützen. Das demokratisch begründete Grundrecht deckt also im Fall der Volksinitiativen eine gegen sie gerichtete Aktion. Im Fall der Einheit der Materie für Bundesgesetze stört es die Hauptaufgabe des Parlaments, nämlich mittels übergreifender Kompromisse die Probleme der Gegenwart zu lösen.¹⁴⁰

Der Stein der Weisen ist damit gefunden: Die abstrakte Einheit der Materie sollte bei Volksabstimmungen im Urnenabstimmungsverfahren generell aufgegeben werden, da sie sich nicht als konditionale Norm umsetzen lässt. Sie weist auf der Tatbestandsseite viele Varianten auf und hat wie ein Kippbild¹⁴¹ Platz für Gegensätzliches. Sie ist aber auf der Rechtsfolgesseite höchst wirksam, indem sie Vorlagen gültig bzw. ungültig macht. Bei *Partialrevisionen der Verfassung* wird die Einheit der Materie im Fall von Behördenvorlagen praktisch nicht beachtet, nur bei

138 Niehans (Anm. 110), S. 15.

139 Kley, Geschichte des öffentlichen Rechts (Anm. 26), S. 304–322; Andreas Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Aufl., Bern 2013, S. 412–417 je m.w.H.

140 Abschnitt VI.

141 Abschnitt II am Ende.

Volksinitiativen wird sie punktuell angerufen. Die Streichung der Einheit der Materie in den Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV würde nur wenig ändern, aber den Volksinitiativen würde sie rechtsgleiche Behandlung und Rechtssicherheit verschaffen.

Weder die Bundesverfassung noch das Parlamentsgesetz sehen die Einheit der Materie *bei der Bundesgesetzgebung* vor. Die Einheit der Materie verwirklicht sich konkret in den Beratungen der beiden versammelten Räte, nicht dagegen in der parlamentarischen Schlussabstimmung über die gesamte Vorlage und in der allfälligen Referendumsabstimmung. Hier ist sie völlig unangebracht, denn sie behindert das Parlament in seiner zentralen Aufgabe, in der Deliberation mithilfe des Antragsrechts zu Details Kompromisse zu finden. Sie ist richtigerweise bislang für Referenden über Bundesgesetze praktisch nicht angewandt worden, vielmehr haben sie einzelne Parlamentarier und politische Akteure angerufen, um die Lösung von Problemen zu blockieren. Ein aus der Wahl- und Abstimmungsfreiheit des Art. 34 Abs. 2 BV herausgelesenes Kompmissverbot ist im Fall von Parlamentsvorlagen nicht rational, sondern nur mit erfundenen juristischen «Ableitungen» zu begründen. Es passt zu einer in Mode gekommenen «volksnahen» Politik, die demokratischen Institutionen zu blockieren, um dann deren Versagen festzustellen. Das ist der fruchtbare Boden für eine kompromisslose Politik. Die verheerenden Ergebnisse kompromissloser Politik in Vergangenheit und Gegenwart sprechen für sich.¹⁴²

142 *Heribert Prantl*, Der gordische Knoten. Ein Hoch auf den Kompromiss, *Süddeutsche Zeitung* vom 2.4.2016, S. 45.