

Rechtsgutachten

**zur Frage der Gültigkeit der Initiative „Wiedereinführung der
Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden“**

zuhanden des

**Regierungsrates des Kantons
Appenzell Ausserrhoden**

erstattet von

Prof. Dr. iur. Markus Schefer

Ordinarius für Öffentliches Recht
an der Universität Basel

und

Dr. iur. Michel Besson

Lehrbeauftragter für Öffentliches Recht
an der Universität Basel

Basel, 3. November 2008

Rechtsgutachten zur Frage der Gültigkeit der Initiative „Wiedereinführung der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden“

Inhaltsverzeichnis:

Zusammenfassung	3
Erster Teil: Fragestellung und Ausgangslage	6
I. Fragestellung	6
II. Der Text der Initiative	6
III. Ausgangslage	7
1. Hinweise zur Geschichte der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden.....	7
2. Das Verfahren der Überprüfung der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde	8
3. Gültigkeitsvoraussetzungen von Initiativen nach KV-AR.....	9
4. Gültigkeitsvoraussetzungen von Initiativen nach BV	10
Zweiter Teil: Vereinbarkeit der Initiative mit dem übergeordneten Recht	12
I. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Völkerrecht	12
1. Vereinbarkeit mit Art. 25 UNO-Pakt II.....	12
2. Vereinbarkeit mit Art. 3 ZP1/EMRK.....	14
II. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Bundesrecht	14
1. Die Anforderungen gemäss Art. 51 BV	14
a) Grosser Spielraum der Kantone bei der Wahl ihres politischen Systems.....	14
b) Vereinbarkeit der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde mit Art. 51 BV	16
2. Die Anforderungen gemäss Art. 34 BV	17
a) Die Teilhalte von Art. 34 BV	17
b) Gleiches Schutzniveau für verschiedene Verfahrensarten	18
c) Praxis des Bundesgerichts zur Versammlungsdemokratie.....	19
d) Grundsätzliche Vereinbarkeit der Versammlungsdemokratie mit Art. 34 BV.....	20
e) Problematik der Versammlungsdemokratie in grossen Gemeinwesen	22
f) Vereinbarkeit der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde mit Art. 34 BV	23
3. Relevante Bestimmungen der Bundesgesetzgebung	24
III. Vereinbarkeit der Initiative mit dem interkantonalen Recht	24
IV. Fazit: Die Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde ist gültig	25
Dritter Teil: Anforderungen an die Ausgestaltung der Landsgemeinde	25
V. Vorbemerkungen	25
VI. Organisation der Landsgemeinde	27
VII. Ausgestaltung der Versammlungsregeln	29
1. Allgemeine Hinweise	29
2. Möglichkeit der Beratung.....	30
3. Ermittlung der Ergebnisse	31
Literaturhinweise	34

Zusammenfassung

Gut zehn Jahre nach der Abschaffung der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden im Jahre 1997 verlangt eine Volksinitiative deren Wiedereinführung. Im Auftrag des Regierungsrates des Kantons Appenzell Ausserrhoden wird im vorliegenden Rechtsgutachten geprüft, ob die Initiative gültig ist und, falls ja, welchen rechtlichen Anforderungen eine Umsetzung der Initiative genügen müsste.

Die Gutachter ziehen folgende Schlussfolgerungen: Die Initiative verstösst nicht gegen übergeordnetes Recht und ist deshalb gültig. Weder die Bundesverfassung noch das anwendbare Völkerrecht enthalten ein grundsätzliches Verbot der Einführung von versammlungsdemokratischen Elementen in den politischen Prozess; dies gilt jedenfalls dann, wenn das fragliche Gemeinwesen über eine versammlungsdemokratische Tradition verfügt, wie dies im Kanton Appenzell Ausserrhoden der Fall ist. Entscheidend für die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht ist, dass die Nachteile der Versammlungsdemokratie (offene Stimmabgabe, Beschränkungen bezüglich der Möglichkeit zur Teilnahme, Probleme der Auszählung) von deren Vorteilen (insbesondere Unmittelbarkeit der Beratung, Bürgernähe, Identitätsstiftung) grundsätzlich aufgewogen werden.

Die Versammlungsdemokratie ist für kleinere Gemeinwesen besser geeignet als für grosse. Das Gewicht der Vorteile nimmt bei Versammlungen mit sehr vielen Teilnehmenden ab. Mit gut 36'000 Stimmberechtigten liegt der Kanton Appenzell Ausserrhoden nach Einschätzung der Gutachter an der oberen Grenze des aus verfassungsrechtlicher Sicht Zulässigen.

Bei einer Wiedereinführung der Landsgemeinde müsste der Kanton Appenzell Ausserrhoden deshalb besondere organisatorische und verfahrensmässige Vorkehren treffen, um die Fairness der politischen Entscheidungsverfahren zu wahren. Die wieder eingeführte Landsgemeinde wäre so auszugestalten, dass das Recht auf minimale politische Mitsprache gesichert ist, die Garantie des allgemeinen und gleichen Stimm- und Wahlrechts nicht verletzt wird, und dass der Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Kundgabe gewährleistet bleibt. Dies bedeutet im Einzelnen Folgendes:

- Der Landsgemeindeplatz müsste *genügend gross* sein. Sobald auch nur *eine* teilnahmewillige stimmberechtigte Person wegen fehlendem Platz abgewiesen werden muss, darf eine Versammlung nicht durchgeführt werden. Zudem ist für die Sicherheit der Teilnehmenden zu sorgen, und die Versammlung darf für den Einzelnen nicht bedrohlich wirken.
- Die Landsgemeinde ist in *zeitlicher Hinsicht* so anzusetzen, dass möglichst viele Stimmberechtigte daran teilnehmen können.
- Die Behörden müssen mit geeigneten Massnahmen dafür sorgen, dass die *Teilnahme* an der Landsgemeinde für die Stimmberechtigten *zumutbar* ist. Eine Durchführung bei schlechtem Wetter bedingt beispielsweise einen hinreichenden Witterungsschutz. Weiter ist – nötigenfalls durch die Bereitstellung von Transportmöglichkeiten – die gute Erreichbarkeit des Landsgemeindeplatzes zu gewährleisten. Die Behörden müssen zudem die erforderlichen Massnahmen treffen, um auch gebrechlichen oder behinderten Personen die Teilnahme an der Versammlung effektiv zu ermöglichen und die Wahrnehmung ihres Stimm- und Wahlrechts sicherzustellen.
- Mit wirksamen Kontrollinstrumenten ist sicherzustellen, dass *nur stimmberechtigte Personen* an der Landsgemeinde teilnehmen.
- Auch die Verfahren an der Landsgemeinde sind spezifisch auszugestalten. So muss die *Beratung* jedenfalls von Sachgeschäften an der Landsgemeinde möglich sein. Nur so bleibt gesichert, dass die demokratischen Vorteile der Landsgemeinde nicht primär im Bereich der Symbolik liegen. Es ist zu gewährleisten, dass die Möglichkeit des unmittelbaren, direkten Austauschs von Argumenten und Gegenargumenten, die besonders durch die Institution einer Landsgemeinde geschaffen wird, auch tatsächlich zum Tragen kommt; darin liegt ein Spezifikum, das die Landsgemeinde von einem Urnengang markant abhebt und ihr einen eigenständigen demokratischen Wert vermittelt.
- Die *offene Stimmabgabe* an der Landsgemeinde erscheint so lange zulässig, als keine mit vertretbarem Aufwand verfügbare technischen Mittel eingesetzt werden können, die eine geheime Stimmabgabe erlauben.

- Die Verfahren zur *Ermittlung der Abstimmungs- und Wahlergebnisse* sind rechtlich präzise zu normieren. Die Ermittlung der Ergebnisse mit Hilfe eines Schätzverfahrens ist zulässig. Das Versammlungsrecht muss eine Alternative vorsehen für den Fall, dass das Schätzverfahren aufgrund eines geringen Stimmunterschieds an Grenzen stösst. In solchen Fällen dürfte heute ein Auszählverfahren wohl unverzichtbar sein.

Erster Teil: Fragestellung und Ausgangslage

I. Fragestellung

Der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden stellt den Gutachtern folgende rechtliche Fragen:

Inwieweit ist die Volksinitiative „Wiedereinführung der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden“ mit dem Bundesrecht und dem Völkerrecht vereinbar? Welche Anforderungen wären für eine rechtskonforme Ausgestaltung bei einer Wiedereinführung der Landsgemeinde zu beachten und in welcher Weise liessen sich diese in der Praxis berücksichtigen?

II. Der Text der Initiative

Gestützt auf Art. 51ff. der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden und auf Art. 49ff. des kantonalen Gesetzes über die politischen Rechte stellen die Initiantinnen und Initianten in Form einer allgemeinen Anregung folgendes Begehren:

„Die Landsgemeinde als Versammlung der kantonalen Stimmberechtigten und oberstes Verfassungs- und Gesetzgebungsorgan ist wieder einzuführen.“

Auf dem Unterschriftenbogen führen die Initiantinnen und Initianten folgende Begründung für ihr Begehren auf: „Zehn Jahre nach Abschaffung der Landsgemeinde spüren immer mehr Appenzellerinnen und Appenzeller, dass Ihnen etwas fehlt. Die Landsgemeinde hat Land und Leute zusammen gehalten. Sie hat der Politik ein Gesicht gegeben, sie hat das Staatswesen greifbar und erlebbar gemacht. Das alles ist uns ein Stück weit abhanden gekommen. Deshalb wollen wir die Landsgemeinde als Urform der Demokratie in der früheren oder in einer gewandelten Form wieder einführen.“ Die Initiative beauftragt die Regierung,

konkrete Vorschläge zur Wiedereinführung der Landsgemeinde in der früheren oder einer gewandelten Form auszuarbeiten und vor das Volk zu bringen.

III. Ausgangslage

1. *Hinweise zur Geschichte der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden*

Die Landsgemeinde verfügt im Kanton Appenzell Ausserrhoden über eine lange Tradition¹. Bis zu ihrer Abschaffung im Jahre 1997 fand sie alljährlich am letzten Sonntag im April abwechselnd in Trogen und Hundwil statt. Aus der jüngeren Geschichte sind vor allem folgende Zäsuren erwähnenswert: 1989 wurde das Frauenstimmrecht auf kantonaler Ebene eingeführt. Die Verfassungsänderung war mit einer Übergangsbestimmung versehen, welche bis 1993 einen Entscheid über die Beibehaltung oder Abschaffung der Landsgemeinde verlangte. 1993 beschloss die Stimmbürgerschaft, die Landsgemeinde beizubehalten. Auch mit der am 30. April 1995 genehmigten Totalrevision der Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden wurde die Landsgemeinde nicht abgeschafft. Hingegen nahmen die Stimmberechtigten 1997 eine Vorlage an, welche eine Abstimmung an der Urne über die Zukunft der Landsgemeinde vorsah. Am 28. September 1997 stimmten bei einer Stimmbeteiligung von 62 Prozent 54 Prozent der Stimmberechtigten des Kantons Appenzell Ausserrhoden der Abschaffung der Landsgemeinde zu².

¹ Vgl. für weitere Hinweise auch aus nicht rechtswissenschaftlicher Sicht etwa WALTER SCHLÄPFER, Die Landsgemeinde von Appenzell Ausserrhoden, 2. Aufl. Herisau 1975; HEINRICH RYFFEL, Die schweizerischen Landsgemeinden, Zürich 1903; BENJAMIN ADLER, Die Entstehung der direkten Demokratie: das Beispiel der Landsgemeinde Schwyz 1789-1866, Diss. Zürich 2006; SILVANO MÖCKLI / PETER STAHLBERGER, Landsgemeindedemokratie, SVPW-Jahrbuch 27 (1987), S. 237ff.; SILVANO MÖCKLI, Die schweizerischen Landsgemeinde-Demokratien, in: Staat und Politik Bd. 34, Bern 1987; HANS-JÜRIG SCHÄR, Die neue Ausserrhoder Kantonsverfassung, ZBI 1996, S. 337 oder ANDREAS HUBER-SCHLATTER, Politische Institutionen des Landsgemeinde-Kantons Appenzell Innerrhoden, Diss. St. Gallen 1987.

² ABI AR 1997, S. 779. Vgl. zur jüngeren Geschichte FELIX HELG, Die schweizerischen Landsgemeinden, Diss. Zürich 2007, S. 25ff.

2. Das Verfahren der Überprüfung der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde

a) In Art. 51 bis 55 der KV-AR finden sich Bestimmungen zur Volksinitiative. Initiativen können als allgemeine Anregung oder als ausgearbeitete Vorlage eingereicht werden. Verlangt werden kann die Totalrevision oder eine Teilrevision der Verfassung sowie weiter der Erlass, die Aufhebung oder die Änderung von Gesetzen und von Beschlüssen, welche der Volksabstimmung unterstehen. Bei der vorliegend zu beurteilenden Initiative handelt es sich um eine Initiative in der Form der allgemeinen Anregung gemäss Art. 52 KV-AR, mit welcher eine Teilrevision der KV-AR verlangt wird.

Art. 55 Abs. 1 KV-AR sieht vor, dass der Regierungsrat über das Zustandekommen, der Kantonsrat über die Gültigkeit der Initiativen entscheidet. Abs. 2 des nämlichen Artikels bestimmt, dass Volksinitiativen ganz oder teilweise ungültig sind, wenn sie dem Grundsatz der Einheit der Materie oder übergeordnetem Recht widersprechen oder wenn sie undurchführbar sind.

Die Kantonsverfassung weist den Entscheid über die Gültigkeit der Initiative dem *Kantonsrat* zu. Dessen Entscheid kann mit Beschwerde in Stimmrechtssachen gemäss Art. 82 lit. c BGG direkt³ vor Bundesgericht angefochten werden. Dies gilt sowohl für den Fall einer Ungültigerklärung⁴ als auch – wie unten⁵ darzulegen sein wird – für den Fall einer Gültigerklärung.

b) Falls die vorliegende Initiative für gültig erklärt, vom Volk angenommen, gestützt darauf eine Verfassungsänderung ausgearbeitet und diese wiederum vom Kantonsrat und vom Volk angenommen würde, müsste die Verfassungsänderung noch von der Bundesversammlung *gewährleistet* werden. Die Bundesversammlung

³ Art. 88 BGG lässt es zu, dass Kantone kein Rechtsmittel gegen Akte des Parlaments und der Regierung vorsehen. Vgl. GEROLD STEINMANN, Art. 88, in Marcel Alexander Niggli u.a. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Rz. 11ff.; MICHEL BESSON, Die Beschwerde in Stimmrechtssachen, in: Ehrenzeller / Schweizer (Hrsg.), Reorganisation der Bundesrechtspflege, St. Gallen 2006, S. 431f.

⁴ Für ein Beispiel siehe BGE 130 I 134 (12 autofreie Sonntage).

⁵ Dazu unten, S. 9.

hätte dabei gemäss Art. 51 BV zu prüfen, ob die Wiedereinführung der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden bundesrechtskonform wäre.

c) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kantonsrat (auf Antrag des Regierungsrates) über die Gültigkeit der Initiative zu entscheiden haben wird, dass dieser Entscheid vor Bundesgericht angefochten werden kann sowie allenfalls in einem späteren Stadium die Zulässigkeit der Wiedereinführung der Landsgemeinde im Rahmen des Gewährleistungsverfahrens von der Bundesversammlung (auf Antrag des Bundesrates) überprüft werden muss.

3. *Gültigkeitsvoraussetzungen von Initiativen nach KV-AR*

Wie weiter oben bereits erwähnt, führt die KV-AR drei Gültigkeitsvoraussetzungen für Volksinitiativen auf:

Art. 55 KV-AR: e) Verfahren

¹ Der Regierungsrat entscheidet über das Zustandekommen, der Kantonsrat über die Gültigkeit der Initiativen.

² Ganz oder teilweise ungültig ist eine Initiative, wenn sie

- a) dem Grundsatz der Einheit der Materie widerspricht,
- b) übergeordnetem Recht widerspricht oder
- c) undurchführbar ist.

³ Volksinitiativen sind möglichst rasch zu behandeln.

Diese drei materiellen Gültigkeitsvoraussetzungen gelten auch gemäss Art. 34 BV. Der Umfang der Garantie von Art. 55 KV-AR reicht diesbezüglich nicht über denjenigen von Art. 34 BV hinaus.

In seiner bisherigen Praxis hat das Bundesgericht in einem Fall aus dem Jahr 2004 die Ungültigerklärung einer Volksinitiative gestützt auf Art. 55 Abs. 2 KV-AR geschützt. Der Kantonsrat hatte zu Recht entschieden, die kantonale Volksinitiative „12 autofreie Sonntage“ müsse wegen Bundesrechtswidrigkeit ungültig erklärt werden.⁶

In einem Punkt führt Art. 55 Abs. 1 KV-AR jedoch zu einem über Art. 34 BV hinausreichenden Schutz. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann gestützt auf Art. 34 BV gerügt werden, eine Volksinitiative sei zu Unrecht ungültig oder teilungültig erklärt worden. Hingegen besteht nach der Praxis des Bundesgerichts kein bundesrechtlicher Anspruch, dass eine Vorlage, die

⁶ BGE 130 I 134 (12 autofreie Sonntage).

rechtswidrig erscheint, nicht dem Volk zu Abstimmung unterbreitet werde⁷. Wenn jedoch das kantonale Recht von Amtes wegen eine Überprüfung von Initiativen auf ihre Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht vorsieht, kann die Durchführung dieser Überprüfung mit Stimmrechtsbeschwerde verlangt werden⁸. Eine derartige Überprüfung fordert nicht nur – wie vom Bundesgericht bereits entschieden⁹ – Art. 66 KV-GE¹⁰, sondern auch der diesbezüglich vergleichbare Art. 55 KV-AR.

4. *Gültigkeitsvoraussetzungen von Initiativen nach BV*

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts beinhaltet die Garantie von Art. 34 BV auch Gültigkeitsvoraussetzungen für Volksinitiativen. Volksinitiativen müssen erstens die Einheit der Form und zweitens der Materie wahren, drittens durchführbar und viertens mit dem übergeordneten Recht vereinbar sein¹¹. Bei der Gültigkeitsprüfung ist der Initiativtext soweit als möglich verfassungskonform und in einem für die Initiantinnen und Initianten günstigen Sinne auszulegen¹².

⁷ Vgl. für ein Beispiel BGE vom 18. Juni 1997 in ZBI 1998, S. 89 E3a S. 90f. (Müve Biel-Seeland). Vgl. die Darstellung und Begründung bei PIERRE TSCHANNEN, *Stimmrecht und politische Verständigung*, Basel / Frankfurt a.M. 1995, S. 81f. Kritisch hingegen YVO HANGARTNER / ANDREAS KLEY, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2000, S. 844.

⁸ Illustrativ BGE 128 I 190 E1.3 S. 194 (Rosetti) mit weiteren Hinweisen. Das Bundesgericht hob in diesem Fall die Gültigkeitserklärung der kantonalen Behörden auf, weil die Initiative gegen höherrangiges Recht verstosse und undurchführbar sei. Falls allerdings nach kantonalem Recht das Parlament eine Initiative nur bei *offensichtlichen* Verletzungen des höherrangigen Rechts ganz oder teilweise ungültig erklären muss, prüft das Bundesgericht gemäss einem neueren Urteil die Beschwerdesache nicht mit einer weiteren Kognition. Vgl. BGE 132 I 282 E1.3 S. 284f. (Monney).

⁹ BGE 128 I 190 E1.4 S. 194 (Rosetti).

¹⁰ Art. 66 KV-GE (Invalidation): Abs. 1: Le Grand Conseil déclare nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la forme ou du genre. Abs. 2: Il scinde ou déclare partiellement nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non; à défaut, il déclare l'initiative nulle. Abs. 3: Il déclare partiellement nulle l'initiative dont une partie est manifestement non conforme au droit si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides; à défaut, il déclare l'initiative nulle.

¹¹ Vgl. die illustrativen Darstellungen bei LUZIAN ODERMATT, *Ungültigerklärung von Volksinitiativen*, AJP 1996, S. 710ff., ETIENNE GRISEL, *Initiative et référendum populaires*, 3. Aufl. Bern 2004, S. 261ff. und GEROLD STEINMANN, Art. 34 BV, in Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, 2. Aufl. Zürich / St. Gallen 2008, Rz. 9 (je mit Hinweisen auf Literatur und Praxis). Vgl. zur aktuellen Debatte über die Ungültigerklärung eidgenössischer Volksinitiativen wegen Verstosses gegen das Völkerrecht z.B. HELEN KELLER / ANDREAS FISCHER, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, ZBI 2008, S. 121ff.

¹² BGE 132 I 282 E3.1 S. 286 (Monney); 134 I 172 E2.1 S. 177 (Montreux).

Im vorliegenden Fall stellt sich alleine die Frage der *Vereinbarkeit der Initiative mit übergeordnetem Recht*, sind doch die anderen drei Gültigkeitsvoraussetzungen klar erfüllt. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt allgemein, „dass eine Volksinitiative keine Bestimmungen enthalten darf, die dem übergeordneten Recht widersprechen. Für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Initiative ist deren Text nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Grundsätzlich ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen und nicht auf den subjektiven Willen der Initianten abzustellen. Eine allfällige Begründung des Volksbegehrens und Meinungsäusserungen der Initianten dürfen allerdings mitberücksichtigt werden. Es ist von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten jene zu wählen, welche einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint. Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen.“¹³ Für Initiativen in Form der allgemeinen Anregung gelten dabei insofern weniger strenge Anforderungen, als Unzulänglichkeiten des Initiativtextes im Rahmen der Ausführungsrechtsetzung noch korrigiert werden können¹⁴.

Eine kantonale Verfassungsinitiative ist dann mit dem übergeordneten Recht vereinbar, wenn sie weder gegen Völker-, Bundes- noch interkantonales Recht verstösst¹⁵.

¹³ BGE 129 I 392 E2.2 S. 395 (SchweizerInnen zuerst). Vgl. aus der Lehre statt vieler PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2007, S. 647.

¹⁴ Vgl. z.B. BGE 112 I 240 E5b S. 245 (Abschaffung der Eigenmietwertbesteuerung).

¹⁵ Illustrativ BGE 132 I 282 E3.1 S. 286 (Monney), allerdings mit Bezug zu einer kantonalen Gesetzesinitiative: „De manière générale, une initiative populaire cantonale ne doit rien contenir qui viole le droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international.“

Zweiter Teil: Vereinbarkeit der Initiative mit dem übergeordneten Recht

I. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Völkerrecht

1. Vereinbarkeit mit Art. 25 UNO-Pakt II

Art. 25 UNO-Pakt II¹⁶ gewährleistet jeder Bürgerin und jedem Bürger das Recht auf diskriminierungsfreie politische Partizipation. Dies beinhaltet gemäss lit. b dieses Artikels insbesondere das Recht, „bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden“¹⁷. Art. 25 lit. a UNO-Pakt II schreibt damit nicht präzise vor, wie die politischen Systeme in den Vertragsstaaten ausgestaltet sein müssen. Nicht vereinbar mit Art. 25 UNO-Pakt II sind jedoch undemokratische Systeme, d.h. Diktaturen und andere autokratische Staatsformen.

Der UNO-Pakt II ist für die Schweiz seit dem 18. September 1992 in Kraft¹⁸. Die Schweiz hat zu Art. 25 lit. b UNO-Pakt II einen Vorbehalt bezüglich der Geheimheit von Wahlen (und Abstimmungen¹⁹) an Versammlungen angebracht²⁰. Damit soll den

¹⁶ Art. 25 UNO Pakt II: „Jeder Staatsbürger hat das Recht und die Möglichkeit, ohne Unterschied nach den in Artikel 2 genannten Merkmalen und ohne unangemessene Einschränkungen a) an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen; b) bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden; c) unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben.“ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthält in Art. 21 ebenfalls eine Bestimmung zum Schutz der politischen Mitsprache der Bürger. Allgemein dazu MICHEL BESSON, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 31ff., WALTER KÄLIN / JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel / Genf / München 2005, S. 465ff., weiter KURT HERNDL, The right to participate in elections – a genuine human right? Reflections on article 3 of protocol no. 1 to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, in FS Konrad Ginther, Berlin / Bern / Brüssel / New York / Wien 1999, S. 558f. (mit Hinweisen auf Literatur und Entstehungsgeschichte der Bestimmung).

¹⁷ Art. 25 lit. b UNO-Pakt II. Der genaue Umfang der Bedeutung dieser Wahlrechtsgrundsätze ist mangels entsprechender Praxis wenig geklärt. Siehe KÄLIN / KÜNZLI (Anm. 16), S. 467.

¹⁸ SR 0.103.2. Vgl. zur Bedeutung von Art. 25 lit. b für die Schweiz auch HANGARTNER / KLEY (Anm. 7), S. 565f.

¹⁹ Nach den allgemeinen Bemerkungen des UNO-Menschenrechtskomitees fallen unter die Garantie von Art. 25 lit. b zu Recht auch Abstimmungen, siehe BESSON (Anm. 16), S. 32. Nach dem Ausschuss wären also auch Volksabstimmungen geheim durchzuführen. Für eine derartige weite Interpretation treten auch WALTER KÄLIN / GIORGIO MALINVERNI / MANFRED NOWAK, Die Schweiz und die Uno-Menschenrechtspakte, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 230 ein.

Kantonen und Gemeinden ermöglicht werden, auch weiterhin offene Wahlen und Abstimmungen an Versammlungen vorzusehen und durchzuführen²¹. Bereits aufgrund dieses Vorbehalts ergibt sich, dass die Wiedereinführung der Landsgemeinde im Kanton Appenzell Ausserrhoden grundsätzlich mit Art. 25 UNO-Pakt II vereinbar wäre. Im Übrigen erachten gewichtige Stimmen die Versammlungsdemokratie auch ohne einen derartigen Vorbehalt als mit Art. 25 UNO-Pakt II vereinbar²². Dies, weil sich der Wortlaut der Bestimmung am weltweit mit Abstand geläufigsten Partizipationsverfahren in demokratischen politischen Systemen orientiert, nämlich der Wahl von Repräsentantinnen und Repräsentanten an der Urne, und deshalb nicht in allen Teilen unbesehen auf direkt- oder versammlungsdemokratische Formen angewandt werden kann.²³

²⁰ „Die Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts, welche vorsehen oder zulassen, dass Wahlen an Versammlungen nicht geheim durchgeführt werden, bleiben vorbehalten“. SR 0.103.2; AS 1993 S. 748. Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes, BBl 1991 I 1189ff., insbes. S. 1201. Siehe dazu KÄLIN / MALINVERNI / NOWAK (Anm. 19), S. 99f., S. 229ff.; PETER MOCK, Quelques réflexions sur les réserves déposées par la Suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, AJP 1994, S. 984ff. oder CLAUDE ROUILLER, Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ZSR 1992 I, S. 127f.

²¹ Für eine differenzierte verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der Landsgemeinde vgl. BGE 121 I 138 (Landsgemeinde AR).

²² Vgl. die analog auf Art. 25 UNO-Pakt II übertragbare Argumentation von RAINER SCHWEIZER, Zur Stellung der Schweiz gegenüber Art. 3 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Gewährleistung von freien und geheimen Wahlen), in SJIR 1977, S. 44ff., LUZIUS WILDHABER, Art. 3 (Stand 1986), in Heribert Golsong u.a. (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln / Berlin / Bonn / München, Loseblattausgabe, Rz. 19. MANFRED NOWAK, CCPR Commentary, Kehl / Strassburg / Arlington 1993, S. 443 und HANGARTNER / KLEY (Anm. 7), S. 566, halten dafür, dass es im Rahmen von Art. 25 UNO-Pakt II genüge, wenn das kantonale *Parlament* in geheimen Wahlen bestimmt wird.

²³ Ganz generell kommen auch SARAH JOSEPH / JENNY SCHULTZ / MELISSA CASTAN, The International covenant on civil and political rights, Oxford 2000, S. 517 zum Schluss, dass das Menschenrechtskomitee Art. 25 UNO-Pakt II weit und mit dem Ziel auslege, „as to embrace numerous types of political und electoral traditions“.

2. Vereinbarkeit mit Art. 3 ZP1/EMRK

Freie und geheime Wahlen werden ferner durch Art. 3 ZP1/EMRK garantiert²⁴. Zwar ist die Bestimmung als Staatenverpflichtung formuliert; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anerkennt jedoch, dass Art. 3 ZP1/EMRK auch Individualrechte gewährleistet. So hat der EGMR beispielsweise gestützt auf Art. 3 ZP1/EMRK entschieden, dass der absolute Ausschluss eines Häftlings vom Wahlrecht unzulässig ist²⁵.

Die Schweiz hat dieses Zusatzprotokoll bisher nicht ratifiziert²⁶. Deshalb erübrigt sich die Prüfung, ob die Wiedereinführung der Landsgemeinde mit der Bestimmung vereinbar wäre²⁷.

II. Vereinbarkeit der Initiative mit dem Bundesrecht

1. Die Anforderungen gemäss Art. 51 BV

a) Grosser Spielraum der Kantone bei der Wahl ihres politischen Systems

Unter der Abschnittsüberschrift „Bundesgarantien“ sieht Art. 51 Abs. 1 Satz 1 BV vor, dass sich jeder Kanton eine demokratische Verfassung geben muss. Der zweite Satz sieht vor, dass jede Kantonsverfassung der Zustimmung des Volkes bedarf und die Mehrheit der Stimmberechtigten ihre Revision verlangen kann. Mit Art. 51 Abs. 2 BV werden diese Anforderungen mit einem Überprüfungsverfahren, dem sog.

²⁴ Art. 3 ZP1/EMRK: „Die Hohen Vertragsschliessenden Teile verpflichten sich, in angemessenen Zeitabständen freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche die freie Meinungsäusserung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften gewährleisten.“

²⁵ Hirst v. The United Kingdom (No. 2) (GC), 74025/01 (2005) Ziff. 84f.

²⁶ Vgl. STEINMANN (Anm. 11) Rz. 25 und BESSON (Anm. 16), S. 34ff. Bedeutsam für den Bereich der Wahlen und Abstimmungen sind weiter die Arbeiten der Commission de Venise des Europarats, insbesondere deren Code de bonne conduite en matière électorale vom 23. Mai 2003, CDL-AD (2002)23 und den Code de bonne conduite und matière référendaire vom 19. März 2007, CDL-AD(2007)008.

²⁷ Anzumerken ist, dass einige Autoren mit überzeugenden Argumenten davon ausgehen, dass die Landsgemeinde nach Abwägung aller Vor- und Nachteile auch ohne entsprechenden Vorbehalt der Schweiz mit Art. ZP1/EMRK vereinbar sein würde. Vgl. WILDHABER (Anm. 22), Rz. 19 und SCHWEIZER (Anm. 22), S. 48ff. und für weitere Hinweise auf die Lehre HELG (Anm. 2), S. 117. Gemäss CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. Wien 2005, S. 277, garantiert Art. 3 ZP1/EMRK alleine die Geheimheit derjenigen Wahlen, in denen die Mitglieder der kantonalen und eidgenössischen Parlamente bestimmt werden.

Gewährleistungsverfahren, verknüpft. Dabei prüft die Bundesversammlung, ob die kantonalen Verfassungen, respektive die revidierten Teile davon, dem Bundesrecht nicht widersprechen²⁸.

Ein Blick auf die Vorgänger-Bestimmung von Art. 51 Abs. 1 BV, den Art. 6 der Bundesverfassungen von 1848 und 1874, macht den weiten Spielraum deutlich, der den Kantonen bei der Ausgestaltung ihres politischen Systems zukommt. Art. 6 BV (1848 und 1874) richtete sich gegen monarchische sowie aristokratisch-republikanische Staatsformen und verankerte den Grundsatz der politischen Gleichheit²⁹. Für einen legitimen und funktionierenden Bundesstaat war damals und bleibt bis heute eine „gewisse staatsrechtliche Homogenität im Bund“³⁰ unerlässlich. Aus Sicht der staatsrechtlichen *Theorie* ist die Verpflichtung, dass jeder Kanton sich eine demokratische Verfassung geben muss, weitreichend. Die Begriffe der Verfassungsstaatlichkeit und der Demokratie umfassen (materiell verstanden) etwa die Gewährleistung gleicher politischer Rechte, eine gewaltenteilige Ordnung, die Geltung von Grundrechten sowie die Einrichtung und Sicherung fairer und offener politischer Entscheidungsverfahren, welche den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern einen tatsächlichen Einfluss auf die Leitung ihres Gemeinwesens ermöglichen. Die Lehre versteht indessen Art. 51 Abs. 1 BV mehrheitlich bedeutend enger: Danach verankert diese Bestimmung kein solches materielles Verständnis der Verfassungsstaatlichkeit und Demokratie. Die Bedeutung des ersten Satzes wird vielmehr darauf reduziert, dass die Rechtsordnung der Kantone erstens auf einer geschriebenen Verfassungsurkunde beruhen muss, welche zweitens eine gewaltenteilige Ordnung und drittens ein in direkter Volkswahl gewähltes Parlament vorsieht³¹.

²⁸ Ausführlich dazu ANDREA TÖNDURY, Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Diss. Zürich 2004; *Ders.*, Die kantonale Verfassungsinitiative – Ausfluss des Selbstkonstituierungsrecht des Volkes und Anforderungen des Bundes an die Kantone, ZSR 2007 I S. 105ff.

²⁹ WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl. Bern 1931, S. 66.

³⁰ TSCHANNEN (Anm. 13), S. 258.

³¹ ALEXANDER RUCH, Art. 51 BV, in Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 2. Aufl. Zürich / St. Gallen 2008, Rz. 4ff.

Die Bedeutung von Art. 51 BV ist nur mit Blick auf die der Bundesverfassung zugrundeliegende bundesstaatliche Ordnung vollständig erfassbar: Die Eidgenossenschaft baut gemäss der grundlegenden Bestimmung von Art. 3 BV bekanntlich auf Kantonen als souveränen Gliedstaaten des Bundes auf. Der neuformulierte Art. 47 Abs. 2 BV hält zudem ausdrücklich fest, dass den Kantonen Organisationsautonomie zukommt.

Die Kantone sind deshalb bei der Ausgestaltung ihrer Ordnung, insbesondere bezüglich ihres politischen Systems, in weitem Masse frei³². Ihre Organisationsautonomie wird eingeschränkt durch die erwähnten Mindestanforderungen gemäss Art. 51 Abs. 1 BV.

Die Kantone können damit unter Vorbehalt von Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV, welcher ein Mindestmass an direkter Demokratie vorsieht, ihr Demokratiemodell frei wählen. Verfassungsänderungen müssen obligatorisch vom Volk an der Urne oder an einer Versammlung der kantonalen Stimmberechtigten (Landsgemeinde)³³ genehmigt werden. Art. 51 Abs. 1 Satz 2 BV verlangt weiter, dass die Kantonsverfassung „revidiert werden können [muss], wenn die Mehrheit des Volkes es verlangt“. Der Stimmbürgerschaft muss mit anderen Worten also ein Initiativrecht auf Revision der Verfassung zustehen, das allerdings von einer ausserordentlich hohen Unterschriftenzahl abhängig gemacht werden darf (Mehrheit der Stimmberechtigten).

b) Vereinbarkeit der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde mit Art. 51 BV

Eine Wiedereinführung der Landsgemeinde wirft vor dem Hintergrund von Art. 51 BV per se keine besonderen Probleme auf. Von den in der abendländischen Tradition geläufigen Demokratietypen schliesst Art. 51 BV alleine eine rein repräsentative

³² Diesbezüglich weist GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Zürich 2007, S. 335, zu Recht auf den freiheitsbetonenden Gehalt von Art. 51 BV hin. Grundlegend zum Ganzen PETER SALADIN, Art. 3 (Stand 1986), in Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel / Zürich / Bern, Loseblattausgabe, Rz. 226ff.

³³ Ausdrücklich so BIAGGINI (Anm. 32), S. 337; BGE 121 I 138 (Landsgemeinde AR).

Demokratie aus. Landsgemeinden sind nach herrschender Lehre³⁴ und Praxis sowohl des Bundesgerichts³⁵ als auch der Bundesversammlung³⁶ grundsätzlich mit Art. 51 BV vereinbar. Hinzuweisen ist dabei insbesondere auf den Umstand, dass die Bundesversammlung auch in jüngerer Vergangenheit entsprechende Bestimmungen totalrevidierter Kantonsverfassungen – darunter auch jene des Kantons Appenzell-Ausserrhoden – gewährleistet hat³⁷.

2. Die Anforderungen gemäss Art. 34 BV

a) Die Teilgehalte von Art. 34 BV

Art. 34 BV schützt die Rechtmässigkeit und Fairness der politischen Entscheidungsverfahren und deren korrekte Durchführung. Die Bestimmung enthält vier Teilgehalte, nämlich erstens die Garantie einer minimalen politischen Mitsprache, zweitens den Anspruch auf Schutz der konkreten politischen Rechte, drittens die Garantie des allgemeinen und freien Stimm- und Wahlrechts und viertens die in Art. 34 Abs. 2 BV verankerte Garantie der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe. Der Schutz der freien Willensbildung zielt darauf, bezüglich des Gegenstands einer anstehenden Wahl oder Abstimmung möglichst offene und pluralistische Auseinandersetzungen sicherzustellen, die schliesslich in möglichst rationale, auf hinreichender Kenntnis der wesentlichen Tatsachen und Argumente beruhende Entscheide der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger münden³⁸. Diese Anforderungen können mit unterschiedlichen demokratischen Systemen erfüllt werden, aber je nur mit gewissen Mängeln. Welche spezifischen Anforderungen ein

³⁴ Siehe die Übersicht bei HELG (Anm. 2), S. 108ff.

³⁵ Vgl. insbes. BGE 121 I 138 E5 S. 145ff. (Landsgemeinde AR) mit weiteren Hinweisen.

³⁶ Vgl. die Hinweise in der nachfolgenden Fussnote.

³⁷ Der Bundesrat vertrat in seinen Botschaften zu Revisionen der Kantonsverfassungen implizit oder explizit stets die Ansicht, dass die Landsgemeindedemokratie zulässig ist. Vgl. in neuerer Zeit insbes. BBI 1965 III 619f. (KV-NW), BBI 1968 III 55 (KV-GL), BBI 1987 I 8 (KV-GL), BBI 1989 III 730 (KV-GL), BBI 1995 III 1423 (KV-NW), BBI 1996 I 1025 (KV-AR), BBI 1997 III 1175 (KV-NW) sowie BBI 1998, S. 3953 (KV-AR). Die Bundesversammlung ist den entsprechenden Anträgen des Bundesrates bisher stets gefolgt. Vgl. für die Belege die Zusammenstellung bei HELG (Anm. 2), S. 104ff.

³⁸ BESSON (Anm. 16), S. 27f.; JÖRG PAUL MÜLLER / MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 611f.; STEINMANN (Anm. 11) Rz. 4ff.

politisches Entscheid- und Willensbildungsverfahren erfüllen muss, um in diesem Sinne Offenheit und Pluralismus zu gewährleisten, lässt sich nicht für jeden Typus demokratischer Verfahren gleich beantworten. Für jede Form (repräsentatives System, Urnenabstimmungen, Versammlungsdemokratie u.a.) sind im Sinne einer Gesamtschau die jeweiligen Vor- und Nachteile bestimmter organisatorischer Vorkehren gegeneinander abzuwägen. Erst aus diesem Prozess geht hervor, ob eine bestimmte Ausgestaltung des politischen Systems mit Art. 34 BV vereinbar ist oder nicht.

b) Gleiches Schutzniveau für verschiedene Verfahrensarten

Das Bundesgericht hat in einer reichen Rechtsprechung konkretisiert, welche Anforderungen Art. 34 BV an politische Institutionen stellt³⁹. Festzuhalten ist dabei, dass die Verfassung bezüglich allen demokratischen Organisationsformen *gleichermassen* die Fairness der politischen Entscheidungsverfahren garantiert. Das Schutzniveau von Art. 34 BV ist im Rahmen der Versammlungsdemokratie mit anderen Worten nicht tiefer als bei Wahlen oder Abstimmungen an der Urne⁴⁰. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass das Bundesgericht den Besonderheiten der jeweiligen Organisationsformen Rechnung tragen kann. Um insgesamt ein gleiches Schutzniveau zu erreichen, sind beispielsweise die grundrechtlichen Anforderungen an verschiedene Abstimmungsverfahren (Urne, briefliche Stimmabgabe, Versammlungsdemokratie, elektronische Stimmabgabe am PC oder gar am Mobiltelefon) unterschiedlich. Derartige Anpassungen sind notwendig, da mit den unterschiedlichen organisatorischen Ausgestaltungen der politischen Teilnahme der Bürgerinnen und Bürger je unterschiedliche Gefahren und Chancen verbunden sind und das letztlich gleiche Schutzniveau deshalb je unterschiedliche Regelungen erfordert.

³⁹ Vgl. nur schon die Hinweise bei STEINMANN (Anm. 11) Rz. 5.

⁴⁰ Anders HELG (Anm. 2), S. 121ff., welcher davon ausgeht, bei der Landsgemeinde gelte ein tieferes Schutzniveau.

c) Praxis des Bundesgerichts zur Versammlungsdemokratie

In seiner Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht verschiedentlich mit der Zulässigkeit der Landsgemeinde an sich oder mit der konkreten institutionellen Ausgestaltung und Durchführung von politischen Versammlungen auseinandergesetzt. Beispielsweise hat das Bundesgericht:

- die grundsätzliche Zulässigkeit der Landsgemeinde⁴¹ und insbes. die Verfassungsmässigkeit von offenen Abstimmungen im Versammlungssystem bejaht⁴²,
- sich mit den speziellen Problemen der Ermittlung der Ergebnisse an grösseren Versammlungen auseinandergesetzt (Auszählung, Schätzen und Mehren, Nachzählung respektive Wiederholung der Auszählung)⁴³,
- sich mit den Regeln zur Traktandierung im Allgemeinen⁴⁴ und der Zulässigkeit sowie den Vor- und Nachteilen von Rückweisungs- oder Abänderungsanträgen an Versammlungen im Besonderen befasst⁴⁵,
- Rügen der unerlaubten Beeinflussung der Versammlungsteilnehmenden durch die Versammlungsleitung z.B. durch unsachliche, intransparente oder gar inhaltlich falsche Information beurteilt⁴⁶,
- den Vorwurf der falschen Zusammensetzung der Stimmbürgerschaft wegen einem zu kleinen Saal⁴⁷ oder fehlenden Eingangskontrollen⁴⁸ überprüft, die

⁴¹ BGE 121 I 138 (Landsgemeinde AR).

⁴² BGE 121 I 138 (Landsgemeinde AR); bestätigt in BGE vom 12. Mai 2004, ZBI 2004, S. 437 E6.3 S. 452 (GemeindebürgerrechtsV SZ).

⁴³ Vgl. z.B. BGE 100 Ia 362 (Steimen/Imfeld) oder 104 Ia 428 (Walcher).

⁴⁴ Vgl. z.B. BGE 115 Ia 201 E4 S. 206 (Urdorf); Urteil 1C_161/2007 (2008) (Zumbrunn II); Urteil 1P.264/2006 (2006) (Pensa); BGE vom 25. August 2004, ZBI 2005, S. 246 (Elsau); Urteil 1P.94/2005 (2005) (Bassersdorf).

⁴⁵ BGE 132 I 291 (Leuzinger); Urteil 1P.820/2005 (2006) (Stadtzentrum Rüti); Urteil 1P.720/1999 (2000) E5d (Stäfa). Vgl. auch MARTIN SCHAUB, Grenzen des Abänderungsantragsrechts an der Glarner Landsgemeinde, ZBI 2008, S. 233ff.

⁴⁶ BGE 112 Ia 129 (Huttwil); BGE vom 5. Oktober 1979 in ZBI 1980, S. 243 (Rothenthurm); Urteil 1P.99/2003 (2007) (Wettswil); Urteil 1P.720/1999 (2000) (Stäfa).

Ansetzung einer Versammlung am Morgen während der Arbeitszeit zugelassen⁴⁹,
oder

- die grundsätzliche Zulässigkeit von Einbürgerungsentscheiden an Gemeindeversammlungen bejaht, sofern das Verfahren gewissen Voraussetzungen (insbesondere betreffend der Begründung der Entscheide) genügt⁵⁰.

d) Grundsätzliche Vereinbarkeit der Versammlungsdemokratie mit Art. 34 BV

Die Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit von Landsgemeinden mit Art. 34 BV wurde von Praxis und Lehre bereits mehrfach behandelt. Das Bundesgericht⁵¹ und die Bundesversammlung bejahen im Rahmen ihrer Praxis zur Gewährleistung revidierter Kantonsverfassungen⁵² die grundsätzliche Zulässigkeit der Landsgemeinde. Zwar wird anerkannt, dass mit der Versammlungsdemokratie ernsthafte Mängel verbunden sind. Da Landsgemeinden auf einer langen Tradition beruhen und auch demokratietheoretische Vorteile aufweisen, erachtet sie auch die herrschende Lehre – oft zwar nur mit Bedenken – trotzdem als zulässig⁵³. Anders eine Minderheit der Lehre: Diese geht insbesondere aufgrund der fehlenden

⁴⁷ Urteil 1P.750/2006 (2007) (Kappeler). Für ein illustratives Beispiel aus der Rechtsprechung unterer Instanzen vgl. den Entscheid des Regierungsrates des Kantons Zug vom 4. Juni 1996, ZBl. 1997, S. 252 (Zugang zur Gemeindeversammlung).

⁴⁸ Urteil 1P.99/2003 (2007) (Wettswil).

⁴⁹ Urteil 1P.632/2001 (2001) (Stadler I); 1P.571/2003 (2003) (Stadler II).

⁵⁰ BGE 130 I 140 (Gemeindegewalt SZ); siehe auch Urteil 1D_17/2007 (2008) E4.4.

⁵¹ BGE 121 I 138 (Landsgemeinde AR).

⁵² Vgl. die Belege in Fn. 37.

⁵³ Vgl. statt vieler MÜLLER / SCHEFER (Anm. 38) S. 620 oder HELG (Anm. 2), S. 118ff. mit einer illustrativen Übersicht über die Lehre auf S. 108ff.

Geheimheit von Wahlen und Abstimmungen von einer grundsätzlichen Verfassungswidrigkeit der Versammlungsdemokratie aus⁵⁴.

Welche Mängel und Chancen der Landsgemeinde werden von Lehre und Praxis aufgeführt?

Einigkeit herrscht über den Umstand, dass die im Rahmen der Versammlungsdemokratie übliche Offenheit von Abstimmungen und Wahlen dem Anspruch auf geheime Stimmabgabe zuwiderläuft. Neben den Einschränkungen des Stimmgeheimnisses werden als weitere Mängel der Landsgemeinde regelmässig die beschränkte Teilnahmemöglichkeit, die gegenüber Urnenabstimmungen faktisch tiefere Stimmbeteiligung sowie die grössere Ungenauigkeit bei der Ermittlung der Ergebnisse erwähnt.

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre stellen diesen Nachteilen der Versammlungsdemokratien deren Vorteile gegenüber: Dazu gehören die Unmittelbarkeit der Willensbildung an der Versammlung selber, die direkten Einflussmöglichkeiten der Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer (Voten, Anträge, Replikmöglichkeiten, Diskussion), die damit verbundene direkte Erlebbarkeit von Politik (Bürgernähe), die selber zumindest ansatzweise nachvollziehbare Kontrolle der Auszählung oder die identitätsstiftende Funktion von Versammlungen für ein politisches Gemeinwesen⁵⁵.

Gut funktionierende Versammlungsdemokratien bedingen eine spezielle politische Kultur. Unabdingbar erscheint auf Seiten der Bürgerinnen und Bürger der nötige Mut zur Äusserung der eigenen politischen Argumente, das Geschick, sie verständlich vorzutragen, wie auch etwa die Toleranz und das berechtigte Vertrauen in die Toleranz der anderen Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die gegenläufige Meinungen vertreten. Derartige politische Kultur bildet sich erst in langfristigen Prozessen der demokratischen Auseinandersetzung. So dürften

⁵⁴ So insbesondere CORNEL BORBÉLY, *Der Grundsatz der geheimen Abstimmung*, Diss. Bern 2005, S. S. 73 (welcher im Übrigen wegen Unvereinbarkeit mit dem Anspruch auf geheime Stimmabgabe auch Formen der brieflichen Stimmabgabe und der Stimmrechtsvertretung als verfassungswidrig qualifiziert) sowie NADJA BRAUN, *Stimmgeheimnis*, Diss. Bern 2006, S. 201.

⁵⁵ Für eine aktuelle Übersicht über die verschiedenen Argumente vgl. etwa BRAUN (Anm. 54), S. 199ff. oder HELG (Anm. 2), S. 108ff.

Versammlungsdemokratien dort besser funktionieren, wo eine lebendige entsprechende versammlungsdemokratische Tradition besteht. Unter solchen Umständen erhöht sich die Chance, dass die spezifischen demokratischen Vorteile der Versammlungsdemokratie tatsächlich zum Tragen kommen.

e) Problematik der Versammlungsdemokratie in grossen Gemeinwesen

Wie stark die einzelnen Vor- und Nachteile der Versammlungsdemokratie zum Tragen kommen, lässt sich erst aufgrund der konkreten Ausgestaltung von Versammlungsregeln beurteilen. Zudem stellen auch die geografischen Bedingungen und insbesondere die Anzahl der an Versammlungen teilnehmenden Personen einen wichtigen Faktor dar: Ohne besondere Vorkehrungen akzentuieren sich in Versammlungen räumlich und/oder personell grosser Gemeinwesen einige Nachteile (Teilnahmemöglichkeit, Stimmbeteiligung, Schwierigkeiten bei der Ergebnisermittlung), währenddem gleichzeitig auch einige der Vorteile der Versammlungsdemokratie an Gewicht verlieren (Möglichkeit der spontanen Wortmeldung, Antragsrechte, Stattfinden einer Diskussion). Zwar lässt sich nicht abstrakt festlegen, ab welcher Grösse eines Gemeinwesens politische Entscheide aus verfassungsrechtlicher Sicht besser an der Urne statt an einer Versammlung getroffen werden sollten. Trotzdem wird klar, dass es sehr anspruchsvoll – aber nicht unmöglich – ist, Versammlungen mit sehr vielen Teilnehmerinnen und Teilnehmern so durchzuführen, dass die Vorteile der Versammlungsdemokratie deren Nachteile auszugleichen vermögen.

Insofern erweist sich die Frage nach der Zulässigkeit der Landsgemeinde in der Schweiz im Übrigen als falsch gestellt. Wenn schon müsste die Frage gestellt werden, ob grosse Versammlungen von vorneherein unzulässig seien. Jedenfalls aus Sicht von Art. 34 BV kann die staatsrechtliche Verortung eines Gemeinwesens nicht entscheidend sein: Versammlungen räumlich und personell vergleichbar grosser Gemeinwesen sind gleich zu beurteilen, unbesehen davon, ob es sich nun um Städte, Bezirke oder gar Kantone handelt.

f) Vereinbarkeit der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde mit Art. 34 BV

Für die im vorliegenden Gutachten zu beurteilende Initiative bedeutet dies Folgendes: Aufgrund der bisherigen Ausführungen gelangen die Gutachter zum Schluss, dass die Einführung oder Wiedereinführung von versammlungsdemokratischen Elementen mit Art. 34 BV unter gewissen Voraussetzungen (dazu unten Dritter Teil) vereinbar sein kann. Allerdings ist zu überprüfen, ob der Kanton Appenzell Ausserrhoden nicht zu gross ist, um eine mit Art. 34 BV zu vereinbarende Wiedereinführung der Landsgemeinde zuzulassen. Im Kanton sind gegenwärtig gut 36'000 Bürgerinnen und Bürger stimmberechtigt. Auch wenn jeweils nicht alle Stimmberechtigten an Landsgemeinden teilnehmen, ist trotzdem augenfällig, dass hier eine Versammlung mit sehr vielen Teilnehmenden organisiert werden müsste. Von der Anzahl der Stimmberechtigten her liegt der Kanton Appenzell Ausserrhoden für die sinnvolle Durchführung von Landsgemeinden nach Einschätzung der Gutachter an der oberen Grenze. Eine verfassungskonforme institutionelle Ausgestaltung wäre zwar in hohem Masse anspruchsvoll, aber kaum unmöglich. Mit geeigneter Infrastruktur (z.B. genügend grossem Versammlungsplatz, Witterungsschutz, gute Erreichbarkeit, Lautsprechersysteme) und geeigneten Versammlungsregeln (z.B. bezüglich der Kontrolle der Stimmberechtigung, Auszählung, Beratung, Abstimmungsverfahren) ist die Durchführung von Landsgemeinden im Kanton Appenzell Ausserrhoden denkbar, bei denen die Vorteile der Versammlungsdemokratie deren Nachteile auszugleichen vermöchten.

Zudem wäre bei einer Wiedereinführung immerhin noch ein Teil der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger aus der Zeit vor Abschaffung der Landsgemeinde mit dieser speziellen Demokratieform und deren spezifischen Anforderungen an die Stimmbürgerschaft respektive die politische Kultur vertraut. Darin unterscheidet sich der Kanton Appenzell Ausserrhoden zentral von anderen Kantonen, die über keine entsprechende Tradition und deshalb über nicht in gleichem Masse über eine einschlägige politische Kultur verfügen. Es bleibt allerdings anzumerken, dass mit zunehmendem Zeitablauf diese besondere

politische Kultur verloren gehen wird. Entsprechend nehmen die Bedenken gegen eine Wiedereinführung im Verlauf der Zeit zu.

3. *Relevante Bestimmungen der Bundesgesetzgebung*

Ein Verstoss gegen Bundesrecht liegt nicht nur vor, wenn kantonale Initiativen gegen die Bundesverfassung verstossen, sondern auch bei Verstössen gegen Erlasse des Bundes tieferer Stufe. Eine diesbezügliche Unvereinbarkeit der Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde kann ausgeschlossen werden: Die Gesetzgebung des Bundes über die politischen Rechte⁵⁶ betrifft die kantonalen politischen Rechte nicht, sondern nur jene auf Bundesebene, also etwa die Stimmberechtigung in eidgenössischen Angelegenheiten, die Nationalratswahlen, eidgenössische Volksabstimmungen oder eidgenössische Initiativen und Referenden. Die Wahlen in den Ständerat hingegen werden durch kantonales Recht geregelt. Einfachrechtliche Bestimmungen, die im vorliegenden Zusammenhang einer Wiedereinführung der Landsgemeinde entgegenstehen würden, sind den Gutachtern nicht ersichtlich⁵⁷.

III. **Vereinbarkeit der Initiative mit dem interkantonalen Recht**

Kantone können im Rahmen der Voraussetzungen von Art. 48 BV untereinander interkantonale Verträge, sog. Konkordate, über die Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben schliessen. Derartiges interkantonales Recht geht kantonalem Recht vor, bleibt aber dem Bundesrecht nachgeordnet⁵⁸. Mit Bezug auf die Wiedereinführung der Landsgemeinde besteht soweit ersichtlich kein interkantonales Recht, das mit der Initiative in Konflikt geraten könnte. Deshalb verstösst die Initiative nicht gegen interkantonales Recht.

⁵⁶ Vgl. die Zusammenstellung der Erlasse in der SR unter dem Titel „16 Politische Rechte“, welche insbesondere das Bundesgesetz über die politischen Rechte und das Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandsschweizer sowie die je dazugehörenden Verordnungen enthält.

⁵⁷ Der inzwischen aufgehobene Art. 9 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte sah in systemwidriger Weise vor, dass Dienstleistende in Militär, Zivildienst und Zivildienst auch bei kantonalen und kommunalen Urnengängen brieflich abstimmen können. Für die Versammlungsdemokratie hatte die Bestimmung aber auch früher keine Bedeutung, da die Verpflichtung nur für Urnengänge galt.

⁵⁸ BGE 122 I 85 E3 S. 86.

IV. Fazit: Die Initiative zur Wiedereinführung der Landsgemeinde ist gültig

Die Initiative erfüllt die Anforderungen von Art. 51 BV an die kantonalen Verfassungen. Weiter wahrt die Initiative offensichtlich die Einheit der Form und der Materie. Sie ist auch durchführbar. Zudem verstösst sie weder gegen interkantonales Recht noch gegen Bundes- oder Völkerrecht. Daraus folgt, dass die Initiative in Form der allgemeinen Anregung im Falle einer Annahme durch die Stimmbürgerschaft grundsätzlich umgesetzt werden könnte, ohne dass höherrangiges Recht verletzt würde. Damit erfüllt die Initiative die Gültigkeitserfordernisse von Art. 55 KV-AR und Art. 34 BV.

Dritter Teil: Anforderungen an die Ausgestaltung der Landsgemeinde

V. Vorbemerkungen

In diesem Teil wird der folgenden Frage nachgegangen: „Welche Anforderungen wären für eine rechtskonforme Ausgestaltung bei einer Wiedereinführung der Landsgemeinde zu beachten und in welcher Weise liessen sich diese in der Praxis berücksichtigen?“

Darzustellen ist also, wie die Initiative im Falle ihrer Annahme rechtskonform umgesetzt werden könnte. Dabei ist darzulegen, welche Leitplanken das heute geltende Recht an die konkrete Ausgestaltung der wieder eingeführten Landsgemeinde stellen würde. Im Vordergrund stehen dabei die Anforderungen an Entscheidungsverfahren gemäss Art. 34 BV. Bei der Überprüfung der Vereinbarkeit des kantonalen politischen Systems mit Art. 34 BV ist die vorne dargestellte Offenheit der Bundesverfassung mit Bezug auf die Wahl und Ausgestaltung der kantonalen politischen Systeme mit zu berücksichtigen.

Die verfassungsrechtlichen Leitplanken müssten im Rahmen der rechtlichen Ausgestaltung der Landsgemeinde in Verfassung und Gesetz beachtet werden. Ihre Einhaltung könnte zudem in rechtlichen Verfahren überprüft werden: Im Vordergrund steht dabei das Gewährleistungsverfahren für die geänderte Kantonsverfassung,

möglich wären aber auch Beschwerden an das Bundesgericht sowohl gegen die gesetzliche Umsetzung an sich wie auch gegen deren Anwendung im Einzelfall⁵⁹.

Die Tatsache, dass es sich um eine Wiedereinführung der Landsgemeinde handelt, bedeutet nicht, dass eine identische Übernahme der früher bestehenden rechtlichen und institutionellen Regelungen von vorneherein zulässig wäre. Vielmehr muss eine Wiedereinführung mit Blick auf den heutigen Stand von Recht, Gesellschaft und Technik beurteilt werden. Allerdings ist es möglich, dass bezüglich einzelner Aspekte die Wertungen davon beeinflusst werden können, ob eine Institution früher bereits bestanden hat, wie lange dies her ist und welche Übung sich eingebürgert hat(te)⁶⁰. Aus rechtspolitischen Gründen sollten den Gemeinwesen gewisse Experimentiermöglichkeiten auch im institutionellen Bereich eingeräumt werden. Dies bedingt, dass ein Gemeinwesen in gewissen Grenzen auch wieder zur alten Ordnung zurückkehren kann, wenn sich eine Neuerung nicht bewährt hat. Weiter kann berücksichtigt werden, dass bei einer Wiedereinführung von Institutionen wie der Landsgemeindedemokratie bis zu einem gewissen Grad auf einer bestehenden politischen Kultur der Versammlungsdemokratie aufgebaut werden kann (siehe oben).

Zu den Anforderungen, welche Artikel 34 BV an die Ausgestaltung von Versammlungsdemokratien stellt, finden sich zahlreiche Hinweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁶¹. Zudem hat sich gerade auch in neuerer Zeit die Lehre mit dieser Fragestellung befasst: So finden sich in der im Jahre 2007 veröffentlichten Dissertation von FELIX HELG detaillierte Vorschläge, wie Landsgemeinden auszugestalten sind, damit sie den Anforderungen von Art. 34 BV genügen⁶².

Im Vordergrund stehen dabei Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung der Versammlungsregeln sowie an die Infrastruktur; dabei ist insbesondere auch der

⁵⁹ Ausführlich dazu vorne, S. 8.

⁶⁰ Vgl. für ein Beispiel von besonderen behördlichen Informationspflichten aufgrund fehlender politischer Übung BGE vom 5. Mai 2000 in ZBI 2001, S. 148 E2b S. 150f. (Abberufungsbegehren).

⁶¹ Vgl. vorne, S. 19f.

⁶² HELG (Anm. 2), S. 221ff.

grossen Zahl der Stimmberechtigten im Kanton Appenzell Ausserrhoden Rechnung zu tragen. Insgesamt muss die Wiedereinführung der Landsgemeinde so ausgestaltet sein, dass das Recht auf minimale politische Mitsprache gesichert ist, die Garantie des allgemeinen und gleichen Stimm- und Wahlrechts nicht verletzt wird und dass der Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Kundgabe gewährleistet bleibt.

VI. Organisation der Landsgemeinde

a) Die Landsgemeinde muss an einem geeigneten Ort durchgeführt werden. Dieser Ort muss insbesondere den Versammlungsteilnehmerinnen und –teilnehmern problemlos Platz bieten. Dabei ist nicht notwendig, dass der Platz genügend gross ist, um *alle* Stimmberechtigten oder einen bestimmten Prozentsatz davon – z.B. 40, 50 oder 60 Prozent – aufzunehmen. Derartige abstrakte Schwellenwerte lassen sich aus der Verfassung nicht ableiten. Hingegen garantiert die Verfassung, dass *alle* Teilnehmewilligen auch tatsächlich an Versammlungen teilnehmen können. Eine Versammlung darf von Verfassungs wegen nicht mehr durchgeführt werden, wenn nur schon *eine* stimmberechtigte Person aufgrund Platzmangels nicht teilnehmen kann.

Der Versammlungsort muss zudem so ausgestaltet sein – etwa bezüglich seiner Grösse, den Fluchtmöglichkeiten etc. – dass sich die Teilnehmenden von der Menschenmenge nicht bedroht fühlen. Mit den nötigen Sicherheitskräften ist darüber hinaus sicherzustellen, dass keine Bedrohung der Teilnehmenden – etwa durch unfriedliche Teilnehmer und Teilnehmerinnen – besteht. Die bestehenden (feuer)polizeilichen Regeln etwa bezüglich Fassungsvermögen von Örtlichkeiten oder Fluchtwegen sind auch vorliegend in Anschlag zu bringen.

Es erscheint fraglich, ob der Landsgemeindeplatz in Trogen diese Anforderungen erfüllt. Die Gutachter empfehlen deshalb, die Suche nach geeigneten Durchführungsorten nicht auf die beiden traditionellen Landsgemeindeplätze zu beschränken.

b) Die Behörden sind weiter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die *Versammlungsbedingungen* punkto Erreichbarkeit und Infrastruktur für die

Stimmberechtigten *zumutbar* sind: So dürfen beispielsweise bei schlechtem Wetter Versammlungen von einer gewissen Dauer im Freien nur mit hinreichendem Witterungsschutz durchgeführt werden. Weiter muss der Versammlungsort leicht erreichbar sein – insbesondere auch für ältere und gebrechliche Stimmbürgerinnen und Stimmbürger. Unter Umständen müssen die Behörden Transportmöglichkeiten bereitstellen. Es versteht sich von selbst, dass die Behörden geeignete Lautsprecheranlagen zu Verfügung stellen müssen.

Ob die Anforderungen insbesondere an die Erreichbarkeit beim Landsgemeindeplatz in Hundwil erfüllt werden können, bedarf näherer Abklärung.

c) Die Behörden müssen weiter Massnahmen treffen, damit auch für gebrechliche oder behinderte Personen eine Teilnahme möglich und zumutbar ist. So sind Sitzgelegenheiten zumindest für diejenigen Personen bereitzustellen, denen nicht zugemutet werden kann, während der gesamten Dauer der Versammlung zu stehen. Aufgrund des verfassungsrechtlichen Verbotes der Diskriminierung behinderter Menschen nach Art. 8 Abs. 2 und 4 BV⁶³ ergeben sich relativ weitgehende Verpflichtungen an das Gemeinwesen: Dieses muss dafür sorgen, dass die wirksame Beteiligung auch für Stimmberechtigte mit einer Behinderung möglich ist. So muss der Landsgemeindeplatz beispielsweise auch mit dem Rollstuhl erreicht werden können, für hörbehinderte Personen sind die erforderlichen technischen Einrichtungen oder, falls nötig, eine Übersetzung in die Gebärdensprache anzubieten, und auch etwa blinden Menschen muss eine aktive Teilnahme möglich sein.

d) Mit geeigneten organisatorischen Vorkehrungen ist dafür zu sorgen, dass effektiv und effizient kontrolliert wird, dass nur stimmberechtigte Personen an der Landsgemeinde teilnehmen. Es bleibt abzuklären, welche technischen Einrichtungen dazu erforderlich und verfügbar sind.

⁶³ Dazu MÜLLER/SCHEFER (Anm. 38) S. 754ff. m.H.

e) Die Landsgemeinde ist in zeitlicher Hinsicht so anzusetzen, dass sie von möglichst vielen Stimmberechtigten besucht werden kann⁶⁴. Die bisherige Praxis der Festsetzung der Landsgemeinde an einem zum Vornherein bestimmten Sonntag im Jahr erfüllt diese Voraussetzungen. Dass nie *alle* Stimmberechtigten die Möglichkeit haben, an einer Landsgemeinde teilzunehmen, ist dabei als vorne besprochener Nachteil jeder Versammlungsdemokratie hinzunehmen.

VII. Ausgestaltung der Versammlungsregeln

1. Allgemeine Hinweise

Die in Art. 34 BV verankerte Garantie der politischen Rechte stellt Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung der Versammlungsregeln. Diese Regeln müssen insbesondere ermöglichen, dass bezüglich des Versammlungsgegenstandes möglichst offene und pluralistische Auseinandersetzungen stattfinden, welche schliesslich in möglichst rationale, auf hinreichender Kenntnis der wesentlichen Tatsachen und Argumente beruhende Entscheide der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger münden. Bei Versammlungen mit sehr vielen Teilnehmenden wie bei einer Landsgemeinde des Kantons Appenzell Ausserrhoden, stellen sich besondere Probleme bezüglich der Beratung von Geschäften und bezüglich der Stimmenauszählung. Die mit der Versammlungsdemokratie verbundene Offenheit der Stimmabgabe hingegen wirft bei grossen Versammlungen keine wesentlich anderen Fragen auf als bei kleineren. Wie vorne bereits dargelegt, ist die offene Stimmabgabe bei Versammlungen grundsätzlich zulässig. Dem Kanton obliegt es allerdings zu prüfen, inwiefern nach neuestem Stand der Technik offene Wahlen und Abstimmungen durch geeignete geheime schriftliche oder elektronische Verfahren sinnvoll ergänzt und/oder ersetzt werden könnten.

⁶⁴ Das Bundesgericht lässt entgegen seiner Praxis jedoch zu, eine Gemeindeversammlung am Berchtoldstag, Montagmorgen um neun Uhr, anzusetzen. Urteil 1P.632/2001 (2001) E2b und c. Zu undifferenziert ist der Hinweis des Gerichts, diese Versammlung würde üblicherweise besser besucht als jene an einem Abend. Wollte man sich auf dieses Argument einlassen, wäre näher abzuklären, welche Bevölkerungsschichten jeweils teilnehmen. Siehe auch die berechtigte Kritik an dieser Entscheidung von PIERRE TSCHANNEN, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 2002, S. 678–680.

2. *Möglichkeit der Beratung*

Mit Blick auf Art. 34 Abs. 2 BV bildet die Möglichkeit der Beratung der Geschäfte an der Versammlung selber *den* Hauptvorteil versammlungsdemokratischer Formen gegenüber Wahlen und Abstimmungen an der Urne. An der Versammlung selber sollen die verschiedenen Argumente dargelegt, erläutert, präzisiert und auch widerlegt werden können. Eine derartige unmittelbare Diskussion der Versammlungsteilnehmerinnen und -teilnehmer entspricht wie keine andere Verfahrensart dem Idealbild von politischen Entscheiden der Stimmberechtigten aufgrund einer gut informierten, durch keine anderen Institutionen mediatisierte Deliberation.

Nach Einschätzung der Gutachter ist die Wiedereinführung der Landsgemeinde ohne die Möglichkeit der Beratung wenigstens der Sachgeschäfte nicht mit dem übergeordneten Recht vereinbar⁶⁵. Dies, weil ohne Beratung die Vorteile der Versammlungsdemokratie deren Nachteile unseres Erachtens nicht mehr aufzuwiegen vermögen. Zwar war die Bundesversammlung anlässlich der Gewährleistung der totalrevidierten neuen Kantonsverfassung Appenzell Ausserrhodens nicht derart streng und gewährleistete die Verfassung trotz fehlender Beratungsmöglichkeit. Die Berichterstatterin wies aber darauf hin, dass in der Kommission diskutiert wurde, „ob [die fehlende Beratungsmöglichkeit] im Sinne eines republikanischen Instituts, wie die Landsgemeinde eines darstelle, sein kann“⁶⁶. Diese bereits im Jahr 1996 angeführten Zweifel werden heute durch den Umstand verstärkt, dass nicht mehr die bruchlose Weiterführung einer auf langer Tradition beruhenden Übung, sondern eben vielmehr die Wiedereinführung der Landsgemeinde, in Frage steht. Das von der Kommissionssprecherin aufgeführte Argument, dass das Beratungsverbot der „Usanz“⁶⁷ entspreche – und deshalb die Bestimmung bundesrechtskonform erscheine – könnte jedenfalls nicht mehr vorgebracht werden.

⁶⁵ In diese Richtung auch HELG (Anm. 2), S. 164ff.

⁶⁶ AB NR 1996 S. 1319.

⁶⁷ a.a.O.

3. *Ermittlung der Ergebnisse*

An Versammlungen der Stimmberechtigten eines ganzen Kantons nehmen naturgemäss sehr viele Personen teil. Anders als in Versammlungen auf Gemeindeebene ist dabei eine präzise Auszählung des Handmehrs bei jeder Wahl oder Abstimmung aus praktischen Gründen kaum möglich. Alle Landsgemeindekantone sehen – oder im Fall derjenigen des Kantons Appenzell Ausserrhoden sahen – deshalb für die Ermittlung des Ergebnisses eine Abschätzung vor. Wenn die mit der Schätzung betraute Behörde zum Schluss kommt, das Ergebnis sei nicht genügend klar, wird die Wahl oder Abstimmung in allen Landsgemeindekantonen wiederholt. Im Einzelnen sind die Regeln bezüglich dem Vorgehen bei unklaren Schätzergebnissen jedoch unterschiedlich: sie reichen von einer Vergrösserung der schätzenden Behörde über weitere Wiederholungen bis hin zur Durchführung von aufwändigen Auszählungen z.B. mit Hilfe von Drehkreuzen⁶⁸.

Schätzverfahren haben den Vorteil, dass das Resultat sofort vorliegt und die Stimmberechtigten bei klaren Ergebnissen die Korrektheit der Ergebnisermittlung unmittelbar miterleben⁶⁹. Nachteilig an Schätzverfahren ist, dass sie wegen der mit ihnen zwingend verbundenen Ungenauigkeit „offensichtlich weniger grosse Garantien für eine unverfälschte Ermittlung des Volkswillens als z.B. eine geheime Urnenabstimmung“⁷⁰ gewährleisten. Die vom Bundesgericht geforderte besondere Sorgfalt⁷¹ bei der Schätzung in jenen Fällen, in denen der Stimmenunterschied nicht auf Anhieb klar ist, ist diesbezüglich unbehelflich. Weiter ist problematisch, dass in einem Rechtsmittelverfahren die Schätzung nicht mehr nachvollzogen und deren Ergebnis nicht mehr überprüft werden kann. Zudem definieren alleine die mit der Schätzung betrauten Behörden und nicht einzelne Stimmbürgerinnen und

⁶⁸ Vgl. die illustrative Darstellung bei HELG (Anm. 2), S. 199f.

⁶⁹ Zur Möglichkeit von Täuschungen von Stimmberechtigten sowie des Fernsehpublikums je nach Blick- respektive Aufnahmewinkel vgl. BGE 100 Ia 362 E. 5d S. 365 (Steimen/Imfeld).

⁷⁰ BGE 100 Ia 362 E5b S. 363f. (Steimen/Imfeld).

⁷¹ BGE 100 Ia 362 E5c S. 364 (Steimen/Imfeld).

Stimmbürger⁷², wann ein Schätzergebnis nicht hinreichend klar ist (und beispielsweise die Schätzung wiederholt werden muss)⁷³.

Die Gutachter gehen mit dem Bundesgericht⁷⁴ einig, dass das Schätzverfahren nicht per se mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit unvereinbar ist. Zwar lässt sich aus der grundrechtlichen Garantie von Art. 34 BV nicht ableiten, welchen genauen Inhalt die Verfahrensregeln bezüglich der Ergebnisermittlung an Landsgemeinden aufweisen müssten. Trotzdem zeigen gerade die von Helg vorgeschlagenen detaillierten Verfahrensvorschriften, inwiefern die Ziele der Wahl- und Abstimmungsfreiheit in diese Richtung fruchtbar gemacht werden können. Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht auch davon bis zu einem gewissen Grad abweichende Verfahrensbestimmungen den Schutzzweck der Wahl- und Abstimmungsfreiheit hinreichend verwirklichen könnten.

Erforderlich ist, dass die Verfahren zur Ermittlung der Ergebnisse rechtlich präzise umschrieben werden. Weiter scheint klar, dass bei sehr knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen das Schätzverfahren an Grenzen stösst. Für solche Situationen muss das Verfahrensrecht eine Lösung eröffnen. In der Praxis dürfte dies in der Regel auf ein Auszählverfahren hinauslaufen. HELG schlägt vor, dass nach zweifacher Durchführung des Schätzverfahrens eine Auszählung erfolgen sollte⁷⁵. Der Autor weist zudem darauf hin, dass solche Auszählverfahren in der Praxis nur selten zur Anwendung kommen respektive kommen würden. So waren in den Kantonen, welche ein alternatives Auszählungsverfahren kennen – nämlich Obwalden, Nidwalden und Appenzell Innerrhoden – seit 1965 erst 17 Auszählungen wegen unklaren Schätzergebnissen an Landsgemeinden notwendig⁷⁶.

⁷² In Einzelfällen mag es der Stimmbürgerschaft gelingen, mit Hilfe von Protestrufen die schätzende Behörde dazu zu bringen, eine Wahl oder Abstimmung zu wiederholen. Für ein Beispiel siehe BGE 104 Ia 428 (Walcher).

⁷³ Vgl. insbesondere BGE 100 Ia 362 (Steimen/Imfeld) und 104 Ia 428 (Walcher).

⁷⁴ Vgl. insbes. die Hinweise bei HELG (Anm. 2), S. 108ff. und S. 201ff.

⁷⁵ HELG (Anm. 2), S. 236ff.

⁷⁶ So HELG (Anm. 2), S. 216. Zu prüfen wäre diesbezüglich auch, ob und inwiefern sich die Forderung HELGs umsetzen liesse, dass diese Auszählung in einem das Stimmgeheimnis wahren Verfahren durchgeführt wird (a.a.O. S. 238ff.)

Basel, den 3. November 2008

Prof. Dr. iur. Markus Schefer

Dr. iur. Michel Besson

Literaturhinweise

Nachfolgend findet sich eine Auswahl der für das Gutachten verwendeten Spezialliteratur. Die Standardwerke zur Bundesverfassung, zur Europäischen Menschenrechtskonvention und zum UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte werden in den Fussnoten zitiert und sind im vorliegenden Literaturverzeichnis nicht aufgeführt.

ADLER, BENJAMIN: Die Entstehung der direkten Demokratie: das Beispiel der Landsgemeinde Schwyz 1789-1866, Zürich 2006.

BAUMANN, ROBERT : Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBI 2007, S. 181ff.

BENDIX, JOHN: Brauchtum und Politik: Die Landsgemeinde in Appenzell Ausserrhoden, Herisau 1993.

BESSON, MICHEL: Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Bern 2003.

BORBÉLY, CORNEL: Der Grundsatz der geheimen Abstimmung, Bern 2005.

BRAUN, NADJA: Stimmgeheimnis, Bern 2006.

BURGHERR, MARC: Versammlungsdemokratie in den Gemeinden, ZBI 2001, S. 617ff.

BÜTZER, MICHAEL : Direkte Demokratie in Schweizer Städten, Baden-Baden 2007.

DIGGELMANN, OLIVER: Frauen in der Volksversammlung, FS Ott Zürich 2008, S. 221ff.

GRISEL, ETIENNE: Les droits populaires au niveau cantonal, in Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht in der Schweiz, Zürich 2001, §25.

GRISEL, ETIENNE: Initiative et référendum populaires, 3. Aufl. Bern 2004.

HANGARTNER, YVO: Besprechung von BGE 121 I 138, AJZ 1995, S. 1489ff.

HANGARTNER, YVO / KLEY, ANDREAS: Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000.

HELG, FELIX: Die schweizerischen Landsgemeinden, Zürich 2007.

HERNDL, KURT: The right to participate in elections – a genuine human right? Reflections on article 3 of protocol no. 1 to the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, FS Ginther Berlin u.a. 1999, S. 557ff.

HUBER-SCHLATTER, ANDREAS: Politische Institutionen des Landsgemeinde-Kantons Appenzell Innerrhoden, Bern/Stuttgart 1987.

KAYSER, MARTIN: Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassunggebung, Zürich 2001.

KELLENBERGER, MAX: Die Landsgemeinden der schweizerischen Kantone. Ein verfassungsgeschichtlicher Überblick seit 1900, Winterthur 1965 (Diss. Zürich 1956).

KELLER, HELEN / FISCHER, ANDREAS: Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBI 2008, S. 121ff.

LUTZ, GEORG / FELLER, RETO / MÜLLER, MARKUS: Nachzählung bei knappen Wahl- und Abstimmungsergebnissen - überhöhte Erwartungen? Überlegungen aus juristischer und politologischer Sicht, AJP 2006, S. 1517ff.

MOCK, PETER: Quelques réflexions sur les réserves déposées par la suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, AJP 1994, S. 984ff.

- MÖCKLI, SILVANO: Die schweizerischen Landsgemeinde-Demokratien, in: Staat und Politik Bd. 34, Bern 1987.
- MÖCKLI, SILVANO / STAHLBERGER, PETER: Landsgemeindedemokratie, SVPW-Jahrbuch 27 (1987), S. 237ff.
- MÜLLER, JÖRG PAUL: Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, FS Eichenberger Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 169ff.
- ODERMATT, LUZIAN: Ungültigerklärung von Volksinitiativen, AJP 1996, S. 710ff.
- RASELLI, NICCOLÒ: Gesetzgebungsformen in der Verfassung des Kantons Obwalden, in Andreas Auer u.a. (Hrsg.), Das Gesetz im Staatsrecht der Kantone, Chur/Zürich 1991, 203ff.
- RHINOW, RENÉ A.: Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II S. 111ff.
- ROUILLER, CLAUDE: Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ZSR 1992 I S. 107ff.
- RYFFEL, HEINRICH: Die schweizerischen Landsgemeinden, Zürich 1903.
- SCHAUB, MARTIN: Grenzen des Abänderungsantragsrechts an der Glarner Landsgemeinde, ZBI 2008, S. 233ff.
- SCHÄR, HANS-JÜRIG: Die neue Ausserrhoder Kantonsverfassung, ZBI 1996, S. 337.
- SCHLÄPFER, WALTER: Die Landsgemeinde von Appenzell Ausserrhoden, 2. Aufl. Herisau 1975.
- SCHEFER, MARKUS: Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001.
- SCHWAB, RENÉ: Wahlkampf und Verfassung, Zürich 2001.
- SCHWEIZER, RAINER J.: Zur Stellung der Schweiz gegenüber Art. 3 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Gewährleistung von Freien und geheimen Wahlen), SJIR 1977, S. 37ff.
- STAUFFACHER, WERNER: Die Versammlungsdemokratie im Kanton Glarus, Zürich 1962.
- TÖNDURY, ANDREA: Bundesstaatliche Einheit und kantonale Demokratie, Zürich 2004.
- TÖNDURY, ANDREA MARCEL: Die kantonale Verfassungsinitiative – Ausfluss des Selbstkonstituierungsrecht des Volkes und Anforderungen des Bundes an die Kantone, ZSR 2007 I 105ff.
- THÜRER, DANIEL: „Wir, die Männer und Frauen ...“ – Ein Porträt der jüngsten schweizerischen Kantonsverfassung, ZBI 1996, S. 433ff.
- TRECHSEL, ALEXANDER / SERDÜLT, UWE: Kaleidoskop Volksrechte: Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970-1996, Basel/Genf/München 1999
- TSCHANNEN, PIERRE: Stimmrecht und politische Verständigung, Basel/Frankfurt a. M. 1995.
- WIDMER, STEPHAN: Wahl- und Abstimmungsfreiheit, Zürich 1989.
- WINZELER, CHRISTOPH: Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht, Basel 1983.
- ZEN-RUFFINEN, PIERMARCO: L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, in Daniel Thüer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht in der Schweiz, Zürich 2001, §21.
- ZIMMERMANN, TRISTAN: Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, AJP 2007, S. 748ff.
- Zünd, Lorenz : Das Parlament in den Landsgemeindekantonen, St. Gallen 1954.