

Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener



DIKE 

Herausgegeben von  
Arthur Brunner  
Anja Martina Josuran-Binder  
Patrice Martin Zumsteg

# Der Mensch als Massstab des Rechts

Liber amicorum für Regina Kiener

DIKE 

Open-Access-Gold  
Open Access-Finanzierung durch die ZHAW Zürcher Hochschule  
für angewandte Wissenschaften.

Publiziert von:  
**Dike Verlag**  
Weinbergstrasse 41  
CH-8006 Zürich  
info@dike.ch  
www.dike.ch

Text © bei den Autorinnen und Autoren der Beiträge 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-783-0  
ISBN (PDF): 978-3-03929-070-3

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-070-3>



Dieses Werk ist lizenziert unter  
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



---

# Inhaltsübersicht

Der Mensch im Zentrum V

## Würdigungen zur Emeritierung

*Jörg Paul Müller*

Ein Freundesgruss zur Emeritierung von Regina Kiener 3

*Ruth Arnet*

Laudatio 7

*Giovanni Biaggini*

Auf der obersten Stufe 11

## Grundlagen des Rechts

*Matthias Mahlmann*

Unmass und Gerechtigkeit – zur Tragödie des individuellen Gewissens  
in «Michael Kohlhaas» 15

*Oliver Diggelmann*

Fangnetze für Eliten in der internationalen Strafjustiz 37

*Andreas Kley*

Der «Rechtsstaat» – ein Instrument von Recht und Politik 59

*Christoph Beat Graber*

Technologische Voraussetzungen der Meinungsfreiheit –  
Grundrechtsanreicherung rechtssoziologisch betrachtet 79

## Grundrechte

*Matthias Oesch/Alexandru Badea*

Haben «mensen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen  
der Schweiz» strikt Vorrang vor Bundesgesetzen? 97

*Axel Tschentscher*

Grundrechte für Unternehmen 113

*Martin Dumermuth*

Grundrechtskollisionen auf Social Media 129

<i>Anja Martina Josuran-Binder/Gabriela Medici/Veronika Moser</i> Aufenthaltsrecht von ausländischen Opfern häuslicher Gewalt	163
<i>Marc Thommen/Jana Hesske/Silvan Keller</i> Tödliche Polizeigewalt	179
<i>Ruth Herzog/Christoph Bürki</i> «Zugang zur Justiz»: Wünsche <i>aus</i> der Justiz	205

## **Demokratie durch Recht**

<i>Monique Jametti</i> Die Jubilarin und die Venedig-Kommission	235
<i>Walter Kälin</i> Die Venedig-Kommission und ihr Beitrag zum Referendum und Sprachenrecht im Verfassungsraum Europa	249
<i>Daniel Moeckli</i> Die Venedig-Kommission und Referenden	261
<i>Arthur Brunner</i> Das St. Galler Veto	275
<i>Tobias Jaag</i> Verknüpfung von Verfassungs- und Gesetzesrevisionen	297
<i>Moritz von Wyss</i> Ein Verbot, das für Freiheit steht	309

## **Gerichte und Richterinnen**

<i>Anja Seibert-Fohr</i> Richterliche Unabhängigkeit als Grundlage der europäischen Menschenrechtsordnung	323
<i>Marianne Ryter</i> Die unabhängige Richterin im Spannungsfeld von Spruchkörperbildung und Richterwahlen	343
<i>Thomas Müller-Graf</i> Der gute Richter, die gute Richterin	357

---

<i>Andreas Lienhard/Daniel Kettiger</i> 20 Jahre Justizforschung in der Schweiz	373
<i>Benjamin Schindler/Damian Wyss</i> Wann ist ein Gericht ein Gericht?	395
<i>Catherine Reiter</i> The Kosovo Specialist Chambers' Independence	417
<b>Verfahrensrecht</b>	
<i>Isabelle Häner</i> «Die Wiedererwägung bleibt vorbehalten»	431
<i>Pierre Tschannen</i> Nichtige Verfügungen: Untote im öffentlichen Recht	447
<i>Andreas Donatsch/Mirko Roš</i> Zur Respektierung des Beschleunigungsgebots	461
<i>Lorena Bur/Markus Müller</i> Die Verfahrensakte als Objekt der Akteneinsicht	473
<i>Alain Griffel</i> Die Auswirkungen des BGG auf das kantonale Organisations- und Verfahrensrecht	497
<i>Stefanie Bauer-Sigrist/Patrice Martin Zumsteg</i> Parallele gerichtliche Zuständigkeiten	511
<i>Thomas Stadelmann</i> Die Rechtsprechung des EGMR und ihre Umsetzung durch das Schweizerische Bundesgericht	523
<i>Bernhard Rütscbe</i> Individueller und kollektiver Rechtsschutz im Kampf gegen den Klimawandel	545
<i>Thomas Gächter</i> Verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz bei dringlichen behördlichen Massnahmen	557

---

# Die Venedig-Kommission und Referenden

*Daniel Moeckli\**

## **Inhaltsverzeichnis**

I. Einleitung	261
II. Die Venedig-Kommission und politische Partizipation	262
III. Länderspezifische Gutachten	264
IV. Standardsetzung	267
V. Der Code of Good Practice on Referendums	268
VI. Umsetzung	270
VII. Literaturverzeichnis	272

## **I. Einleitung**

Im Gründungsjahr des Europarats, 1949, fanden fünf nationale Volksabstimmungen auf europäischem Boden statt: vier in der Schweiz, eine in Liechtenstein.<sup>1</sup> Keiner der zehn Gründerstaaten des Europarats führte in diesem Jahr ein Referendum durch; nur vier von ihnen sahen dieses Instrument überhaupt vor. Heute sind in 39 der 46 Europaratsstaaten Referenden auf nationaler Ebene möglich.<sup>2</sup> Im Jahr 2022 führten neun verschiedene europäische Länder insgesamt 28 nationale Volksabstimmungen durch.<sup>3</sup>

Die starke Zunahme direktdemokratischer Mitsprachemöglichkeiten ist nicht zuletzt auf die demokratische Wende in den Staaten Mittel- und Osteuropas in den frühen 1990er-Jahren zurückzuführen. Dort zeigte sich allerdings auch schon bald, dass Referenden zur Stärkung autoritärer Tendenzen missbraucht werden können. Trotzdem wurde (und wird) dem Bedürfnis nach rechtsstaatlicher Einhegung direktdemokratischer Partizipation auf internationaler Ebene kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Es gibt nur eine internationale Institution, die sich eingehend mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchführung

---

\* Prof. Dr. iur., LL.M., Fürsprecher; Professor für Öffentliches Recht mit internationaler und rechtsvergleichender Ausrichtung an der Universität Zürich. Ich danke meinem Mitarbeiter Dr. iur. NILS REIMANN für seine wertvolle Unterstützung bei der Recherche.

<sup>1</sup> Datenbank und Suchmaschine für direkte Demokratie: <[www.sudd.ch](http://www.sudd.ch)>.

<sup>2</sup> Datenbank des Projekts «Popular Sovereignty vs. the Rule of Law? Defining the Limits of Direct Democracy» (LIDD): <<https://lidd-project.org/data/>>.

<sup>3</sup> Datenbank und Suchmaschine für direkte Demokratie: <[www.sudd.ch](http://www.sudd.ch)>.

von Volksabstimmungen auseinandergesetzt hat: die Venedig-Kommission des Europarats, in der Regina Kiener seit 2013 mit viel Herzblut mitwirkt.

Die Venedig-Kommission warnte schon kurz nach ihrer Gründung vor der Gefahr, dass insbesondere in neuen Demokratien Referenden zur Stärkung der Exekutive und Untergrabung der repräsentativen Institutionen missbraucht werden könnten.<sup>4</sup> Auch hat sie darauf hingewiesen, dass direktdemokratische Partizipationsmöglichkeiten, wenn sie einmal geschaffen worden sind, selbst bei Missbrauch kaum wieder eingeschränkt werden können. Ihre Einführung müsse deshalb wohlüberlegt erfolgen.<sup>5</sup> 2022 nahm die Kommission neue Herausforderungen für die Durchführung von Volksabstimmungen – wie die Nutzung sozialer Medien für Abstimmungskampagnen und neuartige Möglichkeiten zur Beeinflussung der Meinungsbildung – zum Anlass, ihr Grundlagendokument in diesem Bereich, den Code of Good Practice on Referendums, bereits 15 Jahre nach seiner Verabschiedung vollständig zu überarbeiten.<sup>6</sup>

Die verschiedenen Bemühungen der Venedig-Kommission, den rechtsstaatlichen Rahmen direktdemokratischer Teilhabe in ihren Mitgliedstaaten zu verbessern, sind in der Wissenschaft fast völlig unbeachtet geblieben. Sie sollen an dieser Stelle kritisch gewürdigt werden.

## II. Die Venedig-Kommission und politische Partizipation

Die 1990 gegründete Venedig-Kommission (offiziell: Europäische Kommission für Demokratie durch Recht) ist ein unabhängiges Expertengremium des Europarats, das Staaten zu verfassungsrechtlichen Fragen berät. Zu den 61 Mitgliedern der Venedig-Kommission gehören neben den 46 Mitgliedstaaten des Europarats auch einzelne Staaten in Nord- und Südamerika, Nordafrika, Asien und im Nahen Osten. Ziel der Kommission ist es, die Mitgliedstaaten dabei zu unterstützen, ihre rechtlichen und institutionellen Strukturen in Einklang mit den Grundwerten des Europarats – Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte – zu bringen. Dazu verfasst sie auf Anfrage des betroffenen Staates oder eines Organs des Europarats Gutachten zu konkreten Rechtsetzungsvorlagen.<sup>7</sup> Zu Fragen, die mehrere bzw. alle Mitgliedstaaten betreffen, erarbeitet sie allgemeine Berichte und

---

<sup>4</sup> Siehe z.B. Venedig-Kommission, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary, CDL-INF(1996)002, S. 18; Opinion on Parliamentary Assembly Recommendation 1704 (2005), Study No. 341/2005, CDL-AD(2005)028, Ziff. 15 f.

<sup>5</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the Draft Constitution of Ukraine, Opinion No. 462/2008, CDL-AD(2008)015, Ziff. 33.

<sup>6</sup> Siehe dazu ALIVIZATOS.

<sup>7</sup> Venedig-Kommission, Resolution RES (2002) 3 adopting the Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (Statut), CDL 2002(27), Art. 3(2).

Studien.<sup>8</sup> Weder die länderspezifischen Gutachten noch die allgemeinen Studien der Kommission sind rechtlich verbindlich. Trotzdem können die darin enthaltenen Empfehlungen durchaus Gestaltungswirkung entfalten.

Die Aktivitäten der Venedig-Kommission haben drei thematische Schwerpunkte: demokratische Institutionen und Menschenrechte; (Verfassungs-)Gerichtbarkeit; politische Partizipation (Wahlen, Referenden und politische Parteien).<sup>9</sup>

Beim letzten Schwerpunkt sticht v.a. die rege und einflussreiche Tätigkeit der Venedig-Kommission im Bereich der *Wahlen* hervor. Neben zahlreichen Ländergutachten und Berichten zu Einzelthemen hat sie 2002 den Code of Good Practice in Electoral Matters verabschiedet, der ihre zentralen Leitlinien für die Durchführung von Wahlen festhält.<sup>10</sup> Wie in ihren Gutachten und Berichten zu Wahlen orientiert sich die Kommission in ihrem Code an Art. 3 ZP 1 EMRK<sup>11</sup> (Recht auf freie Wahlen) und an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu dieser Garantie.<sup>12</sup> Damit verhilft sie der EGMR-Rechtsprechung zu einer Wirkung über den Einzelfall hinaus und trägt zur harmonisierten Rezeption des ZP 1 EMRK bei. Der Code hat seinerseits zur Weiterentwicklung der EGMR-Praxis beigetragen: Der Gerichtshof hat ihn in bislang nicht weniger als 44 Urteilen zitiert,<sup>13</sup> wobei er die Empfehlungen der Venedig-Kommission im Allgemeinen als Mindeststandards behandelt.<sup>14</sup> Indem der EGMR den Code zur Konkretisierung der Konventionsgarantien heranzieht, werden die in ihm festgeschriebenen *Soft Law*-Standards zu *Hard Law*-Standards.<sup>15</sup> Das Resultat dieser Wechselwirkung der Praxis von EGMR und Venedig-Kommission ist eine weitgehende Vereinheitlichung der verbindlichen Vorgaben in gewissen – wenn auch nicht allen – Bereichen des Wahlrechts.<sup>16</sup>

Eine ähnliche Entwicklung ist im Bereich der *politischen Parteien* zu beobachten. Die diesbezüglichen Empfehlungen der Venedig-Kommission, insbesondere ihr Code of Good Practice in the Field of Political Parties von 2009<sup>17</sup>, konkretisieren ebenfalls in weiten Tei-

<sup>8</sup> Statut, Art. 3(1).

<sup>9</sup> Webseite der Venedig-Kommission: <[https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_activities&lang=EN](https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN)>.

<sup>10</sup> Venedig-Kommission, Code of Good Practice in Electoral Matters, Opinion No. 190/2002, CDL-AD(2002)023rev2-cor.

<sup>11</sup> Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952, 213 UNTS 262.

<sup>12</sup> Siehe z.B. Venedig-Kommission, Code of Good Practice in Electoral Matters: Explanatory Report, N 5, 6, 56.

<sup>13</sup> Eigene Berechnung gestützt auf die Angaben der HUDOC-Datenbank vom 24. Januar 2024.

<sup>14</sup> Siehe z.B. EGMR, *Ekoglasnost v. Bulgarien*, Nr. 30386/05, 6. November 2012, § 69 f.

<sup>15</sup> LÉCUYER, S. 21 f.; ÚBEDA DE TORRES, S. 38.

<sup>16</sup> Siehe FASONE/PICCIRILLI.

<sup>17</sup> Venedig-Kommission, Code of Good Practice in the Field of Political Parties, Study No. 414/2006, CDL-AD(2009)021.

len EMRK-Garantien (insbesondere jene von Art. 11 EMRK<sup>18</sup>), sodass sie – indirekt – bindende Wirkung entfalten können.<sup>19</sup> Dies mag erklären, weshalb die Tätigkeiten der Kommission zu Wahlen und politischen Parteien in der Wissenschaft, so auch im Schrifttum von Regina Kiener,<sup>20</sup> Beachtung gefunden haben.

Kaum Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen bilden hingegen die von der Venedig-Kommission erarbeiteten Empfehlungen zu *Referenden*.<sup>21</sup> Hauptgrund dafür dürfte ihre fehlende Rückkoppelung an die EMRK und ihre daraus resultierende beschränkte Wirkkraft sein. Gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR fallen Volksabstimmungen – anders als Wahlen – nicht unter Art. 3 ZP 1 EMRK.<sup>22</sup> Die einzige völkerrechtlich verbindliche Vorgabe, die auf Referenden anwendbar ist, bildet damit für europäische Staaten<sup>23</sup> Art. 25 UNO-Pakt II<sup>24</sup> (Recht auf politische Partizipation). Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat aus dieser Bestimmung allerdings bislang nur sehr rudimentäre Anforderungen für die Durchführung von Referenden abgeleitet.<sup>25</sup> Überhaupt ist die Venedig-Kommission die einzige internationale Institution, die in diesem Bereich eingehende normative Standards entwickelt hat. Als solche gebührt diesen – trotz fehlender Verbindlichkeit – Aufmerksamkeit.

### III. Länderspezifische Gutachten

Zum ersten Mal äusserte sich die Venedig-Kommission zu Volksabstimmungen – soweit ersichtlich – 1995. Sie tat dies betont kritisch. In einem von der ungarischen Regierung angeforderten Gutachten zu einer geplanten Verfassungsrevision warnte die Kommission vor einem «demagogischen Gebrauch» der Volksrechte. Ihnen müssten enge Grenzen gesetzt

---

<sup>18</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

<sup>19</sup> Allgemein zur Verwandlung von *Soft Law*-Standards in verbindliche Vorgaben: CHINKIN, S. 31.

<sup>20</sup> KIENER.

<sup>21</sup> Siehe immerhin die kurzen Beiträge von GARRONE und ALIVIZATOS.

<sup>22</sup> Siehe etwa EGMR, *Moohan und Gillon v. Vereinigtes Königreich*, Nrn. 22962/15, 23345/15, 13. Juni 2017, § 40–43; *Cumhuriyet Halk Partisi v. Türkei*, Nr. 48818/17, 21. November 2017, § 31–40. Für eine kritische Analyse dieser Rechtsprechung siehe FASEL.

<sup>23</sup> Anders als Art. 3 ZP 1 EMRK deckt Art. 23 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK) auch Volksabstimmungen ab.

<sup>24</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2.

<sup>25</sup> UNO-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 25 (1996), Ziff. 6, 10, 19. Das Gleiche gilt für die Praxis der Institutionen der Organization of American States (OAS) zum ähnlich lautenden Art. 23 AMRK. Siehe OAS, Department of Electoral Cooperation and Observation/Secretariat for Strengthening Democracy, Electoral Good Practices Guide for Strengthening Electoral Processes, 2021, S. 58 f.

werden. So bestehe etwa kein Raum für Referenden, soweit es um Verfassungsrevisionen oder finanzielle Fragen gehe.<sup>26</sup>

In der Folge befasste sich die Venedig-Kommission in zahlreichen weiteren, hauptsächlich mittel- und osteuropäische Staaten betreffenden Gutachten mit dem Instrument des Referendums.<sup>27</sup> Viele dieser Gutachten fokussierten auf konkrete Abstimmungsvorlagen.

So meldete die Venedig-Kommission im Jahr 2000 erhebliche Zweifel an der Verfassungsmässigkeit eines durch Volksinitiative ausgelösten Verfassungsreferendums in der Ukraine an. Einige Abstimmungsfragen verletzen das Klarheitsgebot bzw. die Einheit der Materie, andere seien verfassungswidrig.<sup>28</sup> Eine vom belarussischen Präsidenten Lukaschenko angeordnete Volksabstimmung über eine Verfassungsänderung, die ihm eine dritte Amtszeit ermöglichen sollte, verurteilte die Kommission 2004 als «Verletzung europäischer demokratischer Standards».<sup>29</sup> Auch als in Aserbaidschan ein in die gleiche Richtung zielender Vorschlag dem Volk vorgelegt wurde, reagierte sie kritisch.<sup>30</sup>

Für das montenegrinische Unabhängigkeitsreferendum von 2006 empfahl die Venedig-Kommission die Einführung eines Beteiligungsquorums von mehr als 50% oder eines Zustimmungsquorums. Damit lasse sich die – gerade für ein Unabhängigkeitsreferendum zentrale – demokratische Legitimation des Resultats stärken.<sup>31</sup> 2014 hielt die Kommission fest, das Referendum über den Status der Krim verletze die ukrainische Verfassung. Wie die Verfassungen anderer europäischer Staaten lasse diese keine Sezession zu. Darüber hinaus hätten die Umstände des Urngangs (Präsenz von Streitkräften, Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit usw.) nicht internationalen Anforderungen genügt.<sup>32</sup>

<sup>26</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the regulatory concept of the Constitution of the Republic of Hungary, CDL-INF(1996)002, S. 18 («In a democracy other channels must be used, not those that would be formally allowed by the undue demagogical use of the referendum.»).

<sup>27</sup> Für eine nicht abschliessende Zusammenstellung siehe Venedig-Kommission, Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Referendums, CDL-PI(2022)027.

<sup>28</sup> Venedig-Kommission, Constitutional referendum in Ukraine – Opinion adopted by the Commission at its 42nd Plenary Session, CDL-INF(2000)011.

<sup>29</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the Referendum of 17 October 2004 in Belarus, Opinion No. 314/2004, CDL-AD(2004)029, Ziff. 17 («... in direct contradiction with European democratic standards»).

<sup>30</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the draft amendments to the Constitution of the Republic of Azerbaijan, Opinion No. 518/2008, CDL-AD(2009)010.

<sup>31</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the Compatibility of the Existing Legislation in Montenegro concerning the Organisation of Referendums with Applicable International Standards, Opinion No. 343/2002, CDL-AD(2005)041.

<sup>32</sup> Venedig-Kommission, Opinion on «whether the decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea's 1992 constitution is compatible with constitutional principles», Opinion No. 762/2014, CDL-AD(2014)002.

Auch im Fall des türkischen Verfassungsreferendums von 2017, das während eines Ausnahmezustands abgehalten wurde, erachtete die Kommission den für eine Volksabstimmung notwendigen demokratischen Rahmen als nicht gegeben.<sup>33</sup> Beim 2022 abgehaltenen Referendum über die neue Verfassung Tunesiens kritisierte sie die ungenügende Vorlaufzeit: Zwei Monate vor dem Abstimmungstermin lag weder der Verfassungstext vor, noch waren die Modalitäten und Folgen des Referendums festgelegt worden.<sup>34</sup>

Auch zu Entwürfen gesetzlicher Grundlagen für Referenden hat sich die Venedig-Kommission wiederholt geäußert. Zu nennen sind etwa die entsprechenden Gutachten betreffend Bulgarien (1996),<sup>35</sup> Albanien (1999),<sup>36</sup> die Autonome Provinz Trient (2015),<sup>37</sup> Armenien (2017),<sup>38</sup> Island (2020),<sup>39</sup> die Ukraine (2020)<sup>40</sup> und Serbien (2021).<sup>41</sup> Die Gutachten zur Provinz Trient und zu Serbien wurden von Regina Kiener mitverfasst.

---

<sup>33</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to the submitted to a national referendum on 16 April 2017, Opinion No. 875/2017, CDL-AD(2017)005, Ziff. 31–42, 132–133.

<sup>34</sup> Venedig-Kommission, Urgent opinion on the constitutional and legislative framework on the referendum and elections announcements by the President of the Republic, and in particular on the Decree-Law No 22 of 21 April 2022 amending and completing the Organic Law on the Independent High Authority for Elections (ISIE), Opinion No. 1085/2022, CDL-AD(2022)017, Ziff. 26, 38, 43, 50, 56 f., 72.

<sup>35</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the Bulgarian popular consultation, CDL (96) 4.

<sup>36</sup> Venedig-Kommission, Draft Law of the Republic of Albania «On Referenda» – General Considerations on Referendum, Opinion No. 098/1999, CDL (99) 49.

<sup>37</sup> Venedig-Kommission, Opinion on the Citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Electoral Law of the Autonomous Province of Trento (Italy), Opinion No. 797/2014, CDL-AD(2015)009.

<sup>38</sup> Venedig-Kommission und OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Armenia: Joint Opinion on the Draft Law on Referendum, Opinion No. 844/2016, CDL-AD(2017)029.

<sup>39</sup> Venedig-Kommission, Opinion on Four Constitutional Draft Bills on the Protection of the Environment, on Natural Resources, on Referendums, and on the President of Iceland, the Government, the Functions of the Executive and Other Institutional Matters, Opinion 997/2020, CDL-AD(2020)020.

<sup>40</sup> Venedig-Kommission und OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Ukraine: Urgent Joint Opinion on Draft Law 3612 on Democracy Through All-Ukraine Referendum, Opinion No. 990/2020, CDL-AD(2020)024.

<sup>41</sup> Venedig-Kommission, Serbia – Urgent Opinion on the Draft Law on the Referendum and the People's Initiative, Opinion No. 1052/2021, CDL-AD(2021)033.

## IV. Standardsetzung

Schon bald begann die Venedig-Kommission, ihre im Rahmen von Gutachten gewonnenen Einsichten zu Referenden in allgemeine Richtlinien zu gießen. Den Beginn der Standardsetzung in diesem Bereich markieren die 2001 verabschiedeten Guidelines for Constitutional Referendums at National Level, die bereits einige Kernelemente des Code of Good Practice on Referendums (2007) vorwegnahmen.<sup>42</sup> 2005 begrüßte die Parlamentarische Versammlung des Europarats den zunehmenden Gebrauch des Instruments des Referendums in den Mitgliedstaaten und rief zur Förderung bewährter Praktiken zu Volksabstimmungen auf.<sup>43</sup> Die Venedig-Kommission reagierte darauf mit einem Gutachten, in dem sie die Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung als «einseitig» einstufte und darauf hinwies, dass Referenden auch negative Folgen zeitigen könnten.<sup>44</sup> Zudem produzierte sie eine eingehende Analyse der rechtlichen Regulierung von Volksabstimmungen in den Staaten des Europarats.<sup>45</sup>

Gestützt auf diese Vorarbeiten verfassten drei Mitglieder der Venedig-Kommission, unter ihnen der Schweizer Giorgio Malinverni, einen Entwurf für Leitlinien für die Durchführung von Referenden. Der Rat für demokratische Wahlen und die Kommission verabschiedeten die Leitlinien zusammen mit einem erläuternden Bericht im Dezember 2006 bzw. März 2007 als Code of Good Practice on Referendums.<sup>46</sup>

2010 verabschiedete die Kommission einen breit rezipierten Bericht zum Verfahren der Verfassungsänderung, in der sie sich auch zur Rolle des Verfassungsreferendums äusserte. Sie rief in Erinnerung, dass sie in den vergangenen 15 Jahren wiederholt mit Verfassungsreferenden in Ländern Mittel- und Osteuropas – u.a. die oben erwähnten in der Ukraine, Belarus und Aserbaidschan – konfrontiert gewesen sei, die primär darauf abgezielt hätten, die Stellung des Parlaments zu schwächen. Diese Fälle seien Beleg dafür, dass insbesondere in neuen Demokratien Verfassungsreferenden in Plebiszite über die Führung des Landes verwandelt und zur Stärkung autoritärer Tendenzen missbraucht werden könnten.<sup>47</sup> Volksabstimmungen über Verfassungsänderungen sollten deshalb nur zum Einsatz kommen,

<sup>42</sup> Venedig-Kommission, Guidelines for Constitutional Referendums at National Level, CDL-INF (2001)10.

<sup>43</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recommendation 1704 (2005).

<sup>44</sup> Venedig-Kommission, Opinion on Parliamentary Assembly Recommendation 1704 (2005), Study No. 341/2005, CDL-AD(2005)028, Ziff. 6 («It must however be underlined that the Recommendation is formulated in a somewhat one-sided way. It draws the attention to the advantages of referendums only, without even paying lip service to the possible side effects.»).

<sup>45</sup> Venedig-Kommission, Referendums in Europe – An Analysis of the Legal Rules in European States, Study No. 287/2004, CDL-AD (2005)034.

<sup>46</sup> Venedig-Kommission, Code of Good Practice on Referendums, Study No. 371/2006, CDL-AD(2007)008rev-cor.

<sup>47</sup> Venedig-Kommission, Report on Constitutional Amendment, Study No. 469/2008, CDL-AD(2010)001, Ziff. 190 f.

soweit sie vorweg festgelegten Regeln folgten und nicht der Umgehung des Parlaments oder der Untergrabung demokratischer Grundsätze bzw. der Menschenrechte dienten.<sup>48</sup>

Vor diesem Hintergrund stiess die Venedig-Kommission 2016 eine Überarbeitung des Code of Good Practice on Referendums an mit dem Ziel, Missbräuche zu verhindern.<sup>49</sup> Die Parlamentarische Versammlung des Europarats begrüsst die Revisionsbemühungen der Kommission ausdrücklich.<sup>50</sup> Gestützt auf einen Fragebogen produzierte die Kommission 2018 eine eingehende Bestandesaufnahme des Instruments des Referendums auf nationaler Ebene.<sup>51</sup> Sechs Mitglieder der Kommission, unter ihnen Regina Kiener und ihr schon lange in der Schweiz lebender Kollege Francesco Maiani, entwarfen in der Folge den Revised Code of Good Practice on Referendums. Dieser wurde 2022 vom Rat für demokratische Wahlen und vom Plenum der Venedig-Kommission verabschiedet.<sup>52</sup>

## V. Der Code of Good Practice on Referendums

Wie der Code von 2007 setzt sich der revidierte Code aus einer Einleitung, den eigentlichen Leitlinien und einem Explanatory Memorandum (einer Art Kommentierung) zusammen.

In der *Einleitung* wiederholt die Venedig-Kommission ihre in zahlreichen Gutachten gemachte Feststellung, dass sie keine Stellung dazu beziehe, ob und unter welchen Umständen Volksabstimmungen wünschenswert sind. Soweit Referenden zum Einsatz kämen, brauche es allerdings gewisse Garantien, damit sie demokratischen und rechtsstaatlichen Anforderungen genügen.<sup>53</sup> Die im Code festgelegten Leitlinien gälten für Referenden auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene und unabhängig davon, ob diese verbindlich seien oder nicht.<sup>54</sup>

Die Leitlinien des Code of Good Practice on Referendums beginnen mit einer Auflistung der «*Principles of Europe's electoral heritage*». Dafür wurden die Anforderungen des Code of Good Practice in Electoral Matters übernommen, die sich aus dessen ersten vier Wahlrechtprinzipien ergeben (Wahlen müssen allgemein, gleich, frei und geheim sein) und an den für Referenden spezifischen Kontext angepasst. Soweit es um die Grundsätze allgemeiner,

---

<sup>48</sup> Report on Constitutional Amendment, Ziff. 242.

<sup>49</sup> Venedig-Kommission, Draft compilation of Venice Commission opinions and reports concerning referendums, CDL(2017)002, S. 3.

<sup>50</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 2251 (2019).

<sup>51</sup> Venedig-Kommission, Study on referendums – Replies to the questionnaire, Study No. 887/2017, CDL(2018)042.

<sup>52</sup> Venedig-Kommission, Revised Code of Good Practice on Referendums, Opinion No. 887/2017, CDL-AD(2022)015.

<sup>53</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, N 8.

<sup>54</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, N 11, 14.

gleicher und geheimer Wahlen bzw. Abstimmungen geht, sind die Vorgaben der beiden Codes fast identisch. Einzig in Bezug auf das Erfordernis der Wahl- bzw. Abstimmungsfreiheit wurden grössere Modifikationen als nötig erachtet. Der entsprechende Abschnitt wurde um ein Verbot der staatlichen Finanzierung von Abstimmungskampagnen, Vorschriften zur behördlichen Information der Stimmberechtigten und Vorgaben zur Formulierung der Abstimmungsfrage erweitert. Die Frage muss klar, verständlich, nicht irreführend und neutral formuliert sein; den Stimmberechtigten müssen die Folgen des Referendums klar sein; sie müssen in der Lage sein, die Frage mit ja, nein oder Enthaltung zu beantworten.<sup>55</sup>

Auch der zweite Teil orientiert sich an jenem des Code of Good Practice in Electoral Matters und trägt den gleichen Titel: «*Conditions for implementing these principles*». Damit Referenden wahrhaft demokratisch sind, braucht es gemäss Code – wie bei Wahlen – gewisse Rahmenbedingungen. So müssen die Grundrechte, insbesondere die Meinungs-, Bewegungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, gewahrt sein.<sup>56</sup> Es bedarf einer rechtlichen Regulierung von Referenden mindestens auf Gesetzesstufe, die nicht kurzfristig geändert werden kann.<sup>57</sup> Die Volksabstimmung muss von einer unparteiischen Behörde organisiert werden, die u.a. dazu ermächtigt sein muss, die Gültigkeit der Vorlage zu überprüfen und die Abstimmungsfrage zu genehmigen.<sup>58</sup> Schliesslich muss die Abstimmung durch nationale und internationale Experten beobachtet werden können und bei einer unabhängigen und unparteiischen Rechtsmittelinstanz anfechtbar sein.<sup>59</sup> Eine Erweiterung des Katalogs der Rahmenbedingungen des Code of Good Practice in Electoral Matters stellt das Erfordernis der Rechtsstaatlichkeit dar: Volksabstimmungen sind nur zulässig, wenn sie vom entsprechenden Verfassungssystem vorgesehen sind.<sup>60</sup>

Der dritte Teil des Code of Good Practice on Referendums enthält jene Regeln, die sich nicht *mutatis mutandis* aus den Grundsätzen guter Wahlpraxis ergeben. Zu diesen «*Specific rules*» gehört zunächst einmal, dass der dem Stimmvolk unterbreitete Vorschlag nicht übergeordnetes Recht, Völkerrecht oder die Grundsätze des Europarats (Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit) verletzen darf<sup>61</sup> und die Einheit der Form sowie die Einheit der Materie wahren muss.<sup>62</sup> Sodann macht der Code Vorgaben zur Zulässigkeit eines zweiten Referendums zur gleichen Frage<sup>63</sup> und zu den Abstimmungsmodalitäten (insbesondere zum Vorgehen, wenn mehr als zwei Alternativen zur Wahl gestellt werden).<sup>64</sup> Dem Parlament

<sup>55</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. I.3.

<sup>56</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.2.

<sup>57</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.3.

<sup>58</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.4.1.

<sup>59</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.4.2 f.

<sup>60</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. II.1.

<sup>61</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.1.

<sup>62</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.2.

<sup>63</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.4.

<sup>64</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.5.

muss die Möglichkeit eingeräumt werden, eine Abstimmungsempfehlung abzugeben oder einen Gegenvorschlag zu machen.<sup>65</sup> Von Beteiligungs- und Zustimmungsquoren rät die Venedig-Kommission im Code – anders als noch im Fall des montenegrinischen Unabhängigkeitsreferendums von 2006 – ab, schliesst aber ein Zustimmungsquorum für Fragen von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung nicht absolut aus.<sup>66</sup> Ferner verlangt der Code eine Minimalfrist von vier Wochen zwischen der Publikation der Abstimmungsvorlage und dem Abstimmungstermin<sup>67</sup> und eine klare gesetzliche Regelung der Folgen von Referenden.<sup>68</sup> Schliesslich statuiert der Code eine Reihe von spezifischen Vorgaben für Volksinitiativen. So muss etwa allen Stimmberechtigten das Recht eingeräumt werden, Initiativen zu unterschreiben und für sie Unterschriften zu sammeln. Falls eine finanzielle Entschädigung für die Unterschriftensammlung erlaubt wird (wovon der Code abrät), muss ein Höchstbetrag festgelegt werden.<sup>69</sup>

## VI. Umsetzung

Der Code of Good Practice on Referendums ist innerhalb des Europarats breit legitimiert, ist er doch vom Ministerkomitee und vom Kongress der Gemeinden und Regionen Europas gutgeheissen worden.<sup>70</sup> Auch haben verschiedene Höchstgerichte in Europa, so etwa das irische und das rumänische, auf ihn Bezug genommen.<sup>71</sup>

Anders als die von der Venedig-Kommission zu Wahlen entwickelten Leitlinien können jene zu Referenden jedoch aus den in Abschnitt II. erläuterten Gründen nicht in die Rechtsprechung des EGMR einfließen und damit indirekt Verbindlichkeit erlangen. Der Gerichtshof hat den Code bislang bloss zweimal beiläufig erwähnt,<sup>72</sup> und auch in der Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses ist er bedeutungslos geblieben. Der irische Supreme Court hat folgerichtig klar gemacht, dass er – auch wenn die Venedig-Kommission eine

---

<sup>65</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.6.

<sup>66</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.7.

<sup>67</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.9.

<sup>68</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.8.

<sup>69</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums, Ziff. III.3.

<sup>70</sup> Revised Code of Good Practice on Referendums.

<sup>71</sup> Supreme Court of Ireland, *McCrystal v. The Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2012] IESC 53; *Referendum Act & re: Jordan and Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2015] IESC 33. Zur Rechtsprechung des rumänischen Verfassungsgerichts siehe SAFTA, S. 75.

<sup>72</sup> EGMR, *Moohan und Gillon v. Vereinigtes Königreich*, Nrn. 22962/15, 23345/15, 13. Juni 2017, § 27; *Magyar Kétfarkú Kutya Párt v. Ungarn*, Nr. 201/17, 20. Januar 2020, § 47.

hoch angesehene internationale Institution sei – in keiner Art und Weise an die Vorgaben ihres Codes gebunden sei.<sup>73</sup>

Es verwundert deshalb nicht, dass die Empfehlungen der Venedig-Kommission zur Durchführung von Referenden die nationale Gesetzgebung und Praxis kaum beeinflusst haben. Das zeigt sich etwa am Beispiel der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Volksabstimmungen.

Besonders augenfällig ist die fehlende Umsetzung der Vorgaben des Codes zu den *materiellen Schranken*. Gemäss Code dürfen dem Volk unterbreitete Vorschläge nicht übergeordnetes Recht, Völkerrecht oder die Grundsätze des Europarats (Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit) verletzen. Soweit es um von Behörden ausgelöste Volksabstimmungen geht, kennt jedoch nur eine kleine Minderheit der Europaratsstaaten eine solche Schranke.<sup>74</sup> So müssen etwa in Bulgarien, Frankreich, Polen und Rumänien von der Exekutive angeordnete Referenden weder mit der Verfassung noch mit Völkerrecht oder den Menschenrechten vereinbar sein. Deutlich verbreiteter sind materielle Schranken für durch Stimmbürgerinnen und Stimmbürger initiierte Abstimmungen. Doch auch für solche Vorlagen sehen z.B. Bulgarien und die Schweiz keine dem Code entsprechende Schranke vor; in Kroatien müssen sie immerhin verfassungsmässig sein.

Gewisse *formelle Schranken* existieren in den meisten europäischen Ländern. 16 der 20 Europaratsstaaten, welche die Volksinitiative kennen, sehen für dieses Instrument das vom Code empfohlene Erfordernis der Klarheit der Abstimmungsvorlage vor, immerhin neun jenes der Einheit der Materie, bloss fünf jenes der Einheit der Form. Auch in dieser Hinsicht ist die Diskrepanz zwischen Vorgaben des Codes und nationalen Vorschriften (noch) grösser, soweit es um von Behörden ausgelöste Referenden geht. Von den 30 Staaten, in denen die Legislative eine Volksabstimmung anordnen kann, schreiben nur 12 eine klare Abstimmungsfrage und bloss fünf die Einheit der Materie vor. Bei von der Exekutive ausgelösten Referenden sind es zehn bzw. drei von 20.

Schlecht bestellt ist es auch um die Umsetzung der von der Venedig-Kommission entwickelten Standards zum *Verfahren*, in dem die Einhaltung dieser Schranken zu überprüfen ist. In vielen Staaten wird die Gültigkeit von Abstimmungsvorlagen nicht, wie vom Code verlangt, von einer unparteiischen Behörde geprüft. Bloss in sechs der 20 europäischen Staaten, in denen die Volksinitiative existiert, entscheidet ein Gericht über die Einhaltung der materiellen Schranken; in neun Staaten ist das Parlament dafür zuständig, in zwei die Staatspräsidentin. Die formellen Schranken werden – falls überhaupt – gar einzig in San Marino durch ein Gericht überprüft, in immerhin sieben Staaten durch die nationale Wahlkommission. Noch bedenklicher sind die entsprechenden Zahlen für die insgesamt 50 Instrumente, mit denen die Legislative oder die Exekutive eine Volksabstimmung auslösen

<sup>73</sup> *Referendum Act & re: Jordan and Jordan v. Minister for Children and Youth Affairs & others*, [2015] IESC 33, § 147.

<sup>74</sup> Die folgenden Angaben stützen sich auf die Datenbank des Projekts «Popular Sovereignty vs. the Rule of Law? Defining the Limits of Direct Democracy» (LIDD): <<https://lidd-project.org/data/>>.

kann: Nur für sieben bzw. drei dieser Instrumente ist eine gerichtliche Überprüfung der materiellen bzw. formellen Schranken vorgesehen. Schliesslich befolgt auch bloss eine Minderheit der Staaten die Vorgabe der Venedig-Kommission, dass der Entscheid über die Zulässigkeit von Abstimmungsvorlagen bei einer unabhängigen und unparteiischen Rechtsmittelinstanz anfechtbar sein muss. Gerade in den zahlreichen Staaten, in denen eine politische Behörde wie das Parlament oder die Regierung über diese rechtliche Frage entscheidet, wäre die Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung von zentraler Bedeutung.

Insgesamt ergibt sich folgendes Bild: Zwar legen immer mehr europäische Staaten immer mehr – und, weil sie die Folge von Globalisierungstendenzen sind, immer mehr ähnliche – Fragen dem Volk zum Entscheid vor. Was die Form der Durchführung dieser Abstimmungen anbelangt, zeichnet sich hingegen bislang keine Vereinheitlichung ab. Die Venedig-Kommission ist die einzige internationale Institution, die in dieser Hinsicht eingehende Standards entwickelt hat. Aufgrund ihrer fehlenden Rückkoppelung an die EMRK haben diese aber kaum Wirkung entfalten können. Es wird spannend zu beobachten sein, ob sich bei anhaltendem Aufstieg der direkten Demokratie doch noch eine Harmonisierung in diesem Bereich ergeben wird. Dies könnte z.B. dann der Fall sein, wenn sich der EGMR – wie von einigen Autoren gefordert<sup>75</sup> – dazu durchringen sollte, Art. 3 ZP 1 EMRK auf (bestimmte) Referenden anzuwenden.

## VII. Literaturverzeichnis

- ALIVIZATOS NICOS C., Revision of the Code of Good Practice on Referendums, in: Moeckli Daniel/Forgács Anna/Ibi Henri (Hrsg.), *The Legal Limits of Direct Democracy*, Cheltenham 2021, S. 19 ff.
- CHINKIN CHRISTINE, Normative Development in the International Legal System, in: Shelton Dinah (Hrsg.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford 2000, S. 21 ff.
- DE MEYER JAN, Electoral Rights, in: Macdonald Ronald/Matscher F./Petzold H. (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht 1993, S. 553 ff.
- FASEL RAFFAEL N., Recalls, Referendums, and the Right to Free Elections: Is the ECHR Ready for Direct Democracy?, *European Human Rights Law Review*, 2023(3), S. 243 ff.
- FASONE CRISTINA/PICCIRILLI GIOVANNI, Towards a *Ius Commune* on Elections in Europe? The Role of the Code of Good Practice in Electoral Matters in «Harmonizing» Electoral Rights, *Election Law Journal* 2017, S. 247 ff.
- GARRONE PIERRE, The Code of Good Practice on Referendums, in: Moeckli Daniel/Forgács Anna/Ibi Henri (Hrsg.), *The Legal Limits of Direct Democracy*, Cheltenham 2021, S. 11 ff.
- KIENER REGINA, Europäische Mindeststandards zum Parlamentswahlrecht im Soft Law der Venedig-Kommission, in: Glaser Andreas/Langer Lorenz (Hrsg.), *Das Parlamentswahlrecht als rechtsstaatliche Grundlage der Demokratie*, Zürich/St. Gallen 2020, S. 3 ff.

---

<sup>75</sup> So bereits DE MEYER, S. 556; jüngst: FASEL.

LÉCUYER YANNICK, *The Right to Free Elections*, Strasbourg 2014

SAFTA MARIETA, *The Role of the Venice Commission in Shaping European Constitutionalism, Perspectives of Law and Public Administration 2022*, S. 71 ff.

ÚBEDA DE TORRES AMAYA, *Between Soft and Hard Law Standards: The Contribution of the Venice Commission in the Electoral Field*, in: Hardman Helen/Dickson Brice (Hrsg.), *Electoral Rights in Europe: Advances and Challenges*, Abingdon 2017, S. 30 ff.



ISBN 978-3-03891-783-0



9 783038 917830