

Rechtsgutachten zur Gültigkeit von Art. 59 Abs. 1 KEnG der «Berner Solar-Initiative»

von

Prof. Dr. Andreas Glaser, Universität Zürich/Zentrum für Demokratie Aarau (ZDA)

im Auftrag

der Bau-, Energie-, Verkehrs- und Raumplanungskommission (BaK) des Grossen Rates des
Kantons Bern

15. September 2023

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage und zu beurteilende Fragen	3
B. Frage 1: Gültigkeit der Initiative.....	4
I. Grammatikalische Unvollständigkeit von Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu)	4
II. Einheit der Form	5
1. Wahlfreiheit zwischen einfacher Anregung und ausgearbeitetem Entwurf	5
2. Abgrenzung von einfacher Anregung und ausgearbeitetem Entwurf.....	5
a) Kriterien in Rechtsprechung und Literatur	5
b) Umsetzungsbedürftigkeit.....	6
c) Rechtsetzungstechnischer Perfektionierungsgrad.....	6
d) Objektive Betrachtungsweise	7
3. «Berner Solar-Initiative» als ausgearbeiteter Entwurf	7
a) Teilungültigerklärung wegen grammatikalischer Unvollständigkeit?.....	7
b) Kein Verstoss gegen Einheit der Form wegen eindeutigem Auslegungsergebnis.....	8
III. Gebot der Klarheit des Initiativtextes.....	9
1. Klarheitsgebot als Teilgehalt der Abstimmungsfreiheit	9
2. Unverständlichkeit des Initiativtextes	10
C. Frage 2: Ausgestaltung der Abstimmungsvorlage	11
I. Grundsatz der Unabänderbarkeit des Initiativtextes	11
II. Redaktionelle Bereinigung des Initiativtextes	11
III. Änderung des Initiativtextes zwecks Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht	12
D. Handlungsoptionen des Grossen Rates	14
E. Handlungsempfehlung	15
Literaturverzeichnis.....	16

A. Ausgangslage und zu beurteilende Fragen

Mit Beschluss vom 15. Dezember 2021 stellte der Regierungsrat des Kantons Bern das Zustandekommen der «Berner Solar-Initiative» fest.¹ Die Initiative verlangt eine Änderung des Energiegesetzes des Kantons Bern (KEng)². Der Regierungsrat beantragte dem Grossen Rat am 3. Mai 2023, die Initiative gültig zu erklären.³

Mit Blick auf die vom Grossen Rat zu beurteilende Gültigkeit der Initiative (Art. 59 Abs. 1 KV)⁴ ist den Mitgliedern der Bau-, Energie-, Verkehrs- und Raumplanungskommission (BaK) als vorberatender Kommission aufgefallen, dass die Art. 39a – 39h der Initiative fertig ausformuliert sind, Art. 59 hingegen nicht. Art. 59 enthält einen lückenhaften Satz bzw. Auslassungspunkte und beginnt mit einer Klammer «[geltendes Recht]». Die BaK wirft vor diesem Hintergrund folgende Fragen auf:

1. Wie ist die Gültigkeit von Artikel 59 der «Berner Solar-Initiative» zu beurteilen, insbesondere hinsichtlich des Erfordernisses der Einheit der Form (vgl. Art. 59 Abs. 2 KV)?
(dazu B.)
2. Falls die Initiative gültig erklärt werden kann, wer darf oder muss den Normtext von Art. 59 der «Berner Solar-Initiative», insb. die Auslassungspunkte, wann gestützt auf welche Rechtsgrundlage abschliessend festlegen? Wie wäre die Initiative den Stimmberechtigten genau zu unterbreiten?
(dazu C.)
3. Gibt es weitere Hinweise, die dem Gutachter zur vorliegenden Thematik wichtig sind, oder ergänzende Bemerkungen?
(dazu D. und E.)

¹ Beschluss des Regierungsrates vom 15. Dezember 2021, RRB 1481/2021, Ziff. 2.

² Kantonales Energiegesetz (KEng) – BSG 741.1.

³ Antrag des Regierungsrates vom 3. Mai 2023, RRB 476/2023, Ziff. 3.

⁴ Verfassung des Kantons Bern (KV) – BSG 101.1.

B. Frage 1: Gültigkeit der Initiative

I. Grammatikalische Unvollständigkeit von Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu)

Gemäss Art. 59 Abs. 2 KV sind Initiativen ganz oder teilweise ungültig zu erklären, wenn sie gegen übergeordnetes Recht verstossen (lit. a), undurchführbar sind (lit. b) oder die Einheit der Form oder der Materie nicht wahren (lit. c). Die «Berner Solar-Initiative» enthält mit Art. 59 Abs.1 KEnG (neu) eine Bestimmung, die bezüglich der Gültigkeitserfordernisse der Einheit der Form und der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht Zweifel weckt. Die vorgeschlagene Bestimmung lautet:

«Art. 59 Gebäudeanpassungen sowie Abbruch und Neubau

¹ [geltendes Recht] Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn... [neu]... und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.»

Bedenken gegen die Gültigkeit ergeben sich, weil es sich nicht um einen grammatikalisch vollständigen Satz handelt. So bemerkten Mitglieder der BaK, dass Art. 59 des Initiativtextes einen lückenhaften Satz bzw. Auslassungspunkte enthält und mit einer Klammer «[geltendes Recht]» beginnt, die übrigen Bestimmungen in Art. 39a – Art. 39h hingegen vollständig ausformuliert sind.

Der Regierungsrat hatte die Gültigkeit dieser Vorschrift bislang nicht hinterfragt. Im Vortrag des Regierungsrates heisst es dementsprechend unter Verweis auf ein aus anderen Gründen eingeholtes Rechtsgutachten, die Initiative verstosse nicht gegen übergeordnetes Recht, wahre die Einheit von Form und Materie und sei grundsätzlich durchführbar.⁵ Die Autoren des wegen rechtlicher Zweifel bezüglich anderer Aspekte der Initiative eingeholten externen Rechtsgutachtens äussern denn auch keine Bedenken gegen die Einhaltung der Einheit der Form.⁶ Auf Art. 59 KEnG (neu) wird in dem Gutachten nicht eingegangen, weder unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht, noch im Hinblick auf die Einheit der Form. Die Norm wird nur einmal erwähnt: «Überdies werden Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen unter den Vorbehalt gestellt, dass eine Solaranlage installiert wird (Änderung von Art. 59 KEnG).»⁷

In Anbetracht der Unvollständigkeit des Satzes ist eine genauere Untersuchung von Art. 59 Abs. 1 KEnG angezeigt. So könnte dadurch zum einen die Einheit der Form verletzt werden, weil nicht der gesamte Initiativtext auf eine einheitliche Art abgefasst ist (dazu II.). Zum anderen könnte ein Verstoß gegen übergeordnetes Recht in Form des aus der bundesverfassungsrechtlich garantierten Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV)⁸ abgeleiteten Gebots der Klarheit des Initiativtextes vorliegen (dazu III.).

⁵ Vortrag des Regierungsrates vom 3. Mai 2023, Grossratsbeschluss betreffend die Gesetzesinitiative «Berner Solar-Initiative» und den Gegenvorschlag zur Änderung des kantonalen Energiegesetzes (KEnG) (im Folgenden: Vortrag), S. 9.

⁶ FÖHSE/JÄGER/BACHMANN, N. 13 f.

⁷ FÖHSE/JÄGER/BACHMANN, N. 16.

⁸ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft – SR 101.

II. Einheit der Form

1. Wahlfreiheit zwischen einfacher Anregung und ausgearbeitetem Entwurf

Eine Initiative kann die Form der einfachen Anregung oder, sofern sie nicht die Totalrevision der Verfassung oder die Ausarbeitung eines Grossratsbeschlusses verlangt, die Form des ausgearbeiteten Entwurfes aufweisen (Art. 58 Abs. 3 KV). Die Formen der einfachen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs dürfen nicht miteinander verbunden werden (Art. 141 Abs. 1 PRG)⁹. Das Erfordernis der Einheit der Form ergibt sich in erster Linie aus den unterschiedlichen Verfahren für die Behandlung der beiden Varianten und dient wegen deren unterschiedlicher Tragweite zum anderen dem Schutz der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV).¹⁰

Die «Berner Solar-Initiative» zielt auf die Änderung des KEnG ab. Es handelt sich somit um eine Gesetzesinitiative gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. b KV, die entweder in Form der einfachen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfes abgefasst werden darf. Das Initiativkomitee wählte laut dem Einleitungssatz zum Initiativbegehren ausdrücklich die Form des ausgearbeiteten Entwurfes. Im Vortrag des Regierungsrates wird diese Zuordnung ohne weitere Erläuterungen übernommen.¹¹ Folgerichtig wählte der Regierungsrat für den von ihm befürworteten Gegenvorschlag ebenfalls die Form des ausgearbeiteten Entwurfes.¹²

Die Autoren des externen Rechtsgutachtens gehen ebenso davon aus, dass die Initiative als ausgearbeiteter Entwurf formuliert ist. So heisst es im Gutachten: «Die «Berner Solar-Initiative» trägt die Form des *ausgearbeiteten Entwurfs*. Die angebehrten Änderungen des kantonalen Energiegesetzes sind in der Initiative artikelgenau angegeben. Konkret soll das KEnG um neun zusätzliche Bestimmungen betreffend die Solarenergieproduktion ergänzt werden. Eine Umsetzung durch den Gesetzgeber, den Grossen Rat, ist nicht erforderlich.»¹³ Auf die Problematik betreffend Art. 59 Abs. 1 KEnG gehen die Autoren nicht ein.

2. Abgrenzung von einfacher Anregung und ausgearbeitetem Entwurf

a) Kriterien in Rechtsprechung und Literatur

Das kantonale Recht enthält keine Definition des ausgearbeiteten Entwurfs und der einfachen Anregung. Die Form der einfachen Anregung entspricht derjenigen der allgemeinen Anregung im Bund und verschiedenen anderen Kantonen.¹⁴ So ist der französische Begriff «initiative conçue en termes généraux» in Art. 58 Abs. 3 KV identisch mit der entsprechenden Form auf Bundesebene (vgl. Art. 139 Abs. 2 und insbesondere auch Art. 139 Abs. 4: «une initiative populaire conçue en termes généraux» sowie Art. 140 Abs. 2 lit. b BV). Die Abgrenzung von

⁹ Gesetz über die politischen Rechte (PRG) – BSG 141.1.

¹⁰ SCHAUB, N. 44.

¹¹ Vortrag, S. 1.

¹² Vortrag, S. 9 ff.

¹³ FÖHSE/JÄGER/BACHMANN, N. 13.

¹⁴ Zur vielfältigen Terminologie für die Antragsformen in den Kantonen BISAZ, N. 280.

einfacher Anregung und ausgearbeitetem Entwurf ist demnach anhand der in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien vorzunehmen.

b) Umsetzungsbedürftigkeit

Mit einer allgemeinen Anregung wird der gesetzgebenden Behörde der Auftrag erteilt, eine Vorlage auszuarbeiten, welche das Anliegen der Initiative umsetzt.¹⁵ Dagegen enthält der ausgearbeitete Entwurf bereits einen fertig redigierten und behördlich unantastbaren Text. Der ausgearbeitete Entwurf ist somit das Begehren, Normen wie vorgeschlagen zu erlassen, zu ändern oder aufzuheben.¹⁶ Die allgemeine Anregung enthält hingegen das Begehren, Normen im Sinn der Initiative zu erlassen, zu ändern oder aufzuheben, indem das Parlament die Volksanregung in einen Normtext umsetzt.¹⁷ Der ausgearbeitete Entwurf ist folglich selbst ein potenzieller Rechtsetzungsakt, die allgemeine Anregung enthält lediglich einen potenziellen Rechtsetzungsauftrag.¹⁸ Das Kriterium der Umsetzungsbedürftigkeit gelangt in Art. 154 PRG zum Ausdruck. Hat das Volk eine Initiative in Form der einfachen Anregung angenommen, so beschliesst der Grosse Rat über den mit der Initiative verlangten Erlass.

c) Rechtsetzungstechnischer Perfektionierungsgrad

In der Literatur wird für die Abgrenzung der beiden Formen mit Blick auf die Umsetzungsbedürftigkeit der Initiative verbreitet das formale Kriterium des «rechtsetzungstechnischen Perfektionierungsgrades» des Normtextes vorgeschlagen.¹⁹ Der für den ausgearbeiteten Entwurf erforderliche Grad ist danach erreicht, wenn die Initiative ohne ergänzende oder korrigierende Eingriffe des Parlaments am Wortlaut des Begehrens selbst oder am Wortlaut des Erlasses, der von der Initiative betroffen ist, der Rechtsordnung eingefügt und in Kraft gesetzt werden kann.²⁰ Beim ausgearbeiteten Entwurf ist das Initiativkomitee allein für die Formulierung des (allenfalls) künftigen Gesetzestextes verantwortlich.²¹

Ein Antrag in der Form der allgemeinen Anregung ist nach diesem Kriterium im Gegensatz zu einem solchen in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs nicht fertig redigiert (verfügt also nicht über den erforderlichen Grad an rechtsetzungstechnischer Perfektion) und eignet sich somit nicht, ohne Anpassung (*tel quel*) als Rechtserlass in Kraft gesetzt oder in den anvisierten Rechtserlass eingefügt zu werden.²² Beim rechtsetzungstechnischen Perfektionierungsgrad geht es einzig darum, ob der Antragstext als Rechtstext formuliert ist, der ohne weiteres Zutun nach seinen eigenen Vorgaben in die Rechtsordnung übernommen werden kann.²³ Die

¹⁵ Dazu und zum Folgenden BGer., Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C_665/2015, E. 3.4.1. Siehe auch HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N. 1976; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 884.

¹⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 1916.

¹⁷ TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 1918.

¹⁸ Vgl. für die Bundesebene DUBEY, in: CR, Art. 139 N. 37.

¹⁹ DUBEY, in: CR, Art. 139 N. 43.

²⁰ TSCHANNEN, ZBl 103/2002, S. 2, 8.

²¹ ATTINGER, S. 16.

²² BISAZ, N. 286.

²³ Dazu und zum Folgenden BISAZ, N. 288.

Normdichte dagegen besagt, wieviel inhaltlicher Gestaltungsspielraum für die gesetzgebende Behörde bei der Umwandlung des Antragstexts in einen Rechtstext besteht. Die Normdichte betrifft den Inhalt einer Norm und nicht die Form.

d) Objektive Betrachtungsweise

Teilweise wird die Auffassung vertreten, es bleibe den Initiantinnen und Initianten überlassen, den Charakter ihres Vorstosses und damit das zu beschreitende Verfahren zu bestimmen.²⁴ Abzustellen ist danach stets auf den subjektiven Willen der Initiantinnen und Initianten. Ganz überwiegend wird dagegen mithilfe einer objektiven Betrachtung auf den Wortlaut des Begehrens Bezug genommen, nicht auf den subjektiven Willen der Initiantinnen und Initianten.²⁵ Entspricht die vom Initiativkomitee gewählte Bezeichnung nicht der Formulierungsform, die sich objektiv aus dem Normtext ergibt, geht die wohl herrschende Lehre von der objektiven Form aus.²⁶

3. «Berner Solar-Initiative» als ausgearbeiteter Entwurf

a) Teilungültigerklärung wegen grammatikalischer Unvollständigkeit?

Die «Berner Solar-Initiative» ist sowohl gemäss der ausdrücklichen Bezeichnung des Initiativkomitees als auch nach dem Verständnis des Regierungsrates vollständig in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs gehalten. Mit Blick auf Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) könnte jedoch bei objektiver Betrachtung zweifelhaft sein, ob es sich um einen ausgearbeiteten Entwurf handelt. Die Bestimmung könnte nämlich der Umsetzung durch den Grossen Rat in Form der Änderung eines Gesetzes bedürfen. Dies wäre der Fall, wenn der rechtsetzungstechnische Perfektionierungsgrad der Initiative zu tief wäre. Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) könnte mit Blick auf die Auslassungspunkte und den Klammerzusatz nicht fertig redigiert sein. Ergänzende oder korrigierende Eingriffe des Parlaments am Wortlaut des Begehrens könnten notwendig werden. Die Bestimmung kann möglicherweise nicht ohne weiteres in den Erlass integriert werden.

Der Grosse Rat könnte vor diesem Hintergrund zum Schluss gelangen, es handle sich um eine allgemeine Anregung, die er erst noch in die Gesetzesform bringen muss. Wird der Grundsatz der Einheit der Form verletzt, so fehlt der Initiative die nötige Klarheit und Eindeutigkeit; für die Stimmbürgerin und den Stimmbürger, der die Initiative annehmen möchte, bleibt ungewiss, was nach Annahme des formulierten Teils mit dem anderen Teil geschieht und was somit aus dem Ganzen wird.²⁷ Das bernische Recht schliesst eine Verbindung von ausgearbeiteten Entwürfen und allgemeinen Anregungen aus (vgl. Art. 141 Abs. 1 PRG).²⁸ Die ebenfalls denkbare Rechtsfolge, bei einer Vermischung der Formen das Begehren als Ganzes als allgemeine Anregung entgegenzunehmen, sieht das bernische Recht nicht vor.

²⁴ Dazu und zum Folgenden EHRENZELLER/NOBS, in: SG-Komm., Art. 139 N. 30 f.

²⁵ TSCHANNEN, ZBl 103/2002, S. 2, 20 f.

²⁶ BISAZ, N. 410 m. w. N.; DUBEY, in: CR, Art. 139 N. 51 f.; TORNAY, S. 73.

²⁷ BGE 114 Ia 413 E. 3.c) S. 416.

²⁸ Zur entsprechenden Rechtslage im Kanton Schwyz BGer., Urteil vom 5. Oktober 2016, 1C_665/2015, E. 3.4.2.

Nach der Rechtsprechung gebietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, eine Initiative nicht als Ganzes für ungültig zu erklären, wenn nur ein Teil davon rechtswidrig ist und vernünftigerweise anzunehmen ist, die Unterzeichnerinnen und Unterzeichner der Initiative hätten den gültigen Teil auch unterzeichnet, wenn er ihnen allein unterbreitet worden wäre.²⁹ Dies ist dann der Fall, wenn der verbleibende Teil der Initiative nicht von untergeordneter Bedeutung ist, sondern noch ein sinnvolles Ganzes im Sinne der ursprünglichen Stossrichtung ergibt, sodass die Initiative nicht ihres wesentlichen Gehaltes beraubt wird.

Im vorliegenden Fall könnte der Grosse Rat somit Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) für ungültig und damit die Initiative teilweise für ungültig erklären. Auf den verbleibenden Initiativtext hätte dies keine Auswirkungen, da er auch ohne die Bestimmung seinen Sinn weitgehend behielte. Es würde lediglich eine Subventionsbestimmung gestrichen. Die anderen Massnahmen wären dessen ungeachtet geeignet, das Ziel der Initiative zu fördern.

b) Kein Verstoss gegen Einheit der Form wegen eindeutigen Auslegungsergebnis

Gegen eine solche formale Einstufung als einfache Anregung spricht der Umstand, dass der vom Initiativkomitee beabsichtigte Inhalt von Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) durch Auslegung eindeutig ermittelt werden kann. So ist im Ausgangspunkt klar, dass mit dem Verweis auf das geltende Recht nur die bei Lancierung der Initiative geltende Fassung von Art. 59 Abs. 1 KEnG (alt) im Sinne eines statischen Verweises gemeint sein kann. Dies wird durch die ausdrückliche Erwähnung des relevanten Datums (01.01.2012) im Einleitungssatz der Initiative bekräftigt. Den Inhalt der nachfolgenden Änderung von Art. 59 KEnG durch den Grossen Rat konnten die Initiantinnen und Initianten überdies nicht kennen und es bestehen keine Anhaltspunkte, dass sie dynamisch auf die im Zeitpunkt der Volksabstimmung jeweils geltende Fassung von Art. 59 Abs. 1 KEnG verweisen wollten.

Somit steht fest, dass der erste Teil des Nebensatzes wie folgt lauten muss:

« [...], wenn eine Verbesserung um mindestens zwei Effizienzklassen des Gebäudeenergieausweises der Kantone erzielt wird [...].

Unter Einbezug des vom Initiativkomitee aus dem alten Recht entnommenen Hauptsatzes («Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, [...]») und der vom Initiativkomitee hinzugefügten Ergänzung des Nebensatzes («[...] und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist») lässt sich der beabsichtigte Gehalt des Begehrens im Wege der systematischen Auslegung eindeutig ermitteln. Daraus ergibt sich eine fertig redigierte Fassung, die eins zu eins in das KEnG eingefügt werden könnte. Der mit dem Begehren verfolgte Inhalt von Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) lautet vollständig ausformuliert:

«Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn eine Verbesserung um mindestens zwei Effizienzklassen des Gebäudeenergieausweises der Kantone erzielt wird und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.»

²⁹ BGE 139 I 292 E. 7.2.3 S. 298 f. Siehe auch ATTINGER, S. 155 ff.

Es wäre vor dem Hintergrund des eindeutigen Auslegungsergebnisses überspitzt, wenn die unsorgfältige Redaktion des Initiativtextes durch das Initiativkomitee zu einer Einstufung des betreffenden Artikels als einfache Anregung führen würde. Aus der Synopse im Anhang zum Antrag des Regierungsrates ist denn auch die entsprechende Interpretation bereits ersichtlich.³⁰ Es findet sich dort die fertig redigierte Fassung von Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu), wie sie aufgrund der Auslegung lauten müsste. Somit sprechen wohl die besseren Gründe dafür, die Initiative insgesamt als ausgearbeiteten Entwurf und somit die Einheit der Form als erfüllt anzusehen.

III. Gebot der Klarheit des Initiativtextes

1. Klarheitsgebot als Teilgehalt der Abstimmungsfreiheit

Aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) folgt das Gebot der hinreichend klaren Formulierung der Abstimmungsfrage.³¹ Der Text einer Initiative muss daher genügend bestimmt sein.³² Es muss hinreichend klar sein, worauf die Initiative gerichtet ist, so dass eine Volksabstimmung durchgeführt werden kann, ohne dass sich die Stimmberechtigten der Gefahr eines Irrtums über wesentliche Punkte ausgesetzt sehen. Das Erfordernis der hinlänglichen Klarheit gilt sowohl bei einem ausgearbeiteten Entwurf als auch bei einer allgemeinen Anregung. Während bei der allgemeinen Anregung keine hohen Ansprüche an die Formulierung zu stellen sind, da gewisse Unklarheiten, ja vielleicht sogar Widersprüche, bei der Ausarbeitung des Gesetzes- oder Beschlusstextes im Parlament noch behoben werden können, rechtfertigt sich eine solche Zurückhaltung beim ausgearbeiteten Entwurf nicht.³³

Es ist zum Schutz der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) aus Sicht der Stimmberechtigten zu beurteilen, ob diese anhand des Initiativtextes die Tragweite des Begehrens hinreichend genau abschätzen können.³⁴ Das hieraus abzuleitende Erfordernis formeller Kohärenz steht sprachlichen Inkongruenzen, unverständlichen Formulierungen, überflüssigen Wiederholungen und systematischen Mängeln entgegen.³⁵ Da es sich bei den Mitgliedern des Initiativkomitees um Bürgerinnen und Bürger handelt, ist das Erfordernis der Klarheit nicht streng anzuwenden.³⁶ Der Text muss zwar verständlich sein, aber nur schwere Fehler, die geeignet sind, bei den Stimmberechtigten erhebliche Verwirrung auszulösen, sollen einen Verstoß gegen die Abstimmungsfreiheit darstellen.

³⁰ Synopse Art. 59 Abs. 1 (geändert) (Unterstreichungen im Original):

Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn eine Verbesserung um mindestens zwei Effizienzklassen des Gebäudeenergieausweises der gewichteten Gesamtenergieeffizienz Kantone erzielt wird und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.

³¹ BGE 133 I 110 E. 8.1 S. 127; HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N. 2425; MARTENET/VON BÜREN, in: CR, Art. 34 N. 81 f.

³² Dazu und zum Folgenden BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395. Siehe ebenfalls zum Erfordernis der Klarheit des Initiativtextes BGer., Urteil vom 25. Oktober 2018, 1C_59/2018, 1C_60/2018, E. 3.2; BGer., Urteil vom 4. Januar 2022, 1C_297/2021, E. 2; BGer., Urteil vom 17. August 2023, 1C_608/2022, E. 3.1.

³³ BGE 139 I 292 E. 5.8 S. 296.

³⁴ JACQUEMOUD, N. 130.

³⁵ TORNAY, S. 117 f.

³⁶ Dazu und zum Folgenden MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, N. 900.

2. Unverständlichkeit des Initiativtextes

Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) wäre für die Stimmberechtigten im Rahmen einer Abstimmungsvorlage aus sich heraus nicht verständlich. Der Satz ist grammatikalisch unvollständig und die Stimmberechtigten müssen sich fragen, was sich hinter dem Verweis auf das geltende Rechte und den Auslassungspunkten verbirgt. Erst eine vertiefte Recherche in der Gesetzessammlung ermöglicht die Kenntnis des vollständigen Gehalts des geltenden Rechts. Zur Ermittlung der Bedeutung bedarf es der Auslegung mithilfe der rechtlichen anerkannten Methoden.³⁷ Im vorliegenden Fall kommt erschwerend hinzu, dass das im Zeitpunkt der Volksabstimmung geltende Recht aufgrund der inzwischen vorgenommenen Änderung nicht mit dem vom Initiativkomitee in Bezug genommenen, im Zeitpunkt der Lancierung der Initiative, geltenden Recht identisch ist. Dieser Umstand kann dem Initiativkomitee zwar nicht angelastet werden, die spätere Änderung ist aber auch nicht fernliegend. Jedenfalls stellt das ursprüngliche Versäumnis, den Initiativtext grammatikalisch vollständig auszuformulieren, einen erheblichen Verstoss gegen das Gebot der Klarheit dar. Die Mitglieder des Initiativkomitees hätten ohne besondere Fachkenntnisse erkennen müssen, dass sie – im Gegensatz zu den sonstigen Bestimmungen – einen nicht vollständigen Satz formuliert haben, der bei den Stimmberechtigten infolge der Klammerzusätze und Auslassungspunkte Verwirrung stiftet.

Der Grosse Rat könnte deshalb grundsätzlich einen Verstoss gegen übergeordnetes Recht annehmen, Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) ungültig und damit die Initiative teilweise ungültig erklären. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wäre eine teilweise Ungültigerklärung indes nur dann erforderlich, wenn nicht weniger einschneidende Massnahmen zur Verfügung stehen, um den Mangel an Klarheit zu beheben. Die Erörterung milderer Massnahmen hängt von der Beantwortung von Frage 2 (dazu C.) ab. Dabei ist zu überlegen, wie die Initiative den Stimmberechtigten unterbreitet werden müsste, damit sie dem Gebot der Klarheit genügt.

Antwort auf Frage 1: Bezüglich der Gültigkeit von Art. 59 Abs. 1 der «Berner Solar-Initiative» erweisen sich die Anforderungen der Einheit der Form und der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht als problematisch. Der grammatikalisch unvollständige Satz könnte auf eine einfache Anregung hindeuten und zu unbestimmt sein. Durch Auslegung kann jedoch eindeutig ermittelt werden, dass das Initiativkomitee auch insoweit die Form des ausgearbeiteten Entwurfes gewählt hat und wie der Inhalt der Vorschrift bei korrekter Formulierung lauten müsste. Eine teilweise Ungültigerklärung unter Berufung auf das Verbot der Vermischung der Initiativformen wäre daher überspitzt. Ob der Verstoss gegen das aus der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) fliessende Gebot mit Blick auf die Verhältnismässigkeit zur teilweisen Ungültigerklärung der Initiative führt, hängt von den in der Beantwortung von Frage 2 zu erläuternden milderer Mitteln ab. Da sich die redaktionelle Aufbereitung des Initiativtextes (siehe Ausführungen zu Frage 2) als weniger einschneidend erweist als die teilweise Ungültigerklärung, kann Art. 59 Abs. 1 der «Berner Solar-Initiative» gültig erklärt werden. Der Grosse Rat könnte bei strenger Auffassung aber auch zum gegenteiligen Ergebnis gelangen.

³⁷ Siehe oben B. I. 3. b).

C. Frage 2: Ausgestaltung der Abstimmungsvorlage

I. Grundsatz der Unabänderbarkeit des Initiativtextes

Das Initiativrecht (Art. 34 Abs. 1 BV) schützt die Initiantinnen und Initianten vor Änderungen des Initiativtextes durch die Behörden.³⁸ Daher ist der Initiativtext, insbesondere auch in der Form des ausgearbeiteten Entwurfs, unabänderbar.³⁹ Das Parlament darf grundsätzlich keine Verbesserungen des Textes vornehmen, um die Initiative vor der Ungültigkeit zu bewahren.⁴⁰ Abgesehen vom Fall der teilweisen Ungültigerklärung darf der Wortlaut einer Initiative von den Behörden nicht angetastet werden, das Begehren ist den Stimmberechtigten, so wie es lautet, zur Abstimmung zu unterbreiten.⁴¹ Auf Bundesebene bringt Art. 99 Abs. 1 ParlG⁴² diesen Grundsatz exemplarisch zum Ausdruck. Eine Volksinitiative ist in allen gültigen Teilen, so wie sie lautet, der Volksabstimmung zu unterbreiten.

Die strenge Durchsetzung des Grundsatzes der Unabänderbarkeit des Initiativtextes würde bezüglich der «Berner Solar-Initiative» bedeuten, dass die Behörden in Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) die Klammerzusätze nicht entfernen und die Auslassungspunkte nicht ausfüllen dürften. Da es dann bei einem Verstoss gegen das Gebot der Klarheit bliebe, müsste die Bestimmung ganz gestrichen und die Initiative demnach teilweise ungültig erklärt werden.

II. Redaktionelle Bereinigung des Initiativtextes

Vom Grundsatz der Unabänderbarkeit kann nach der in der Literatur verbreiteten Ansicht in Ausnahmefällen in begrenztem Mass abgewichen werden, wenn es sich um formelle Bereinigungen des Initiativtextes handelt.⁴³ So werden die Zuordnung von Artikel- und Absatzziffern oder passender Gliederungstitel und Sachüberschriften, die Angleichung des Initiativtextes an die in der betreffenden Rechtsordnung üblichen Schreibungen und Auszeichnungen sowie die Behebung von Orthografie- und Grammatikfehlern, als zulässig erachtet.⁴⁴ Redaktionelle Bereinigungen werden ebenfalls in engem Rahmen als zulässig angesehen.⁴⁵ Als redaktionelle Bereinigung gelten Änderungen auf der rein sprachlichen Ebene. Zulässig sind danach die Beseitigung äusserlicher Widersprüche oder die Harmonisierung des Begriffsgebrauchs, die Anpassung an wiederkehrende Standardwendungen sowie Umstellungen zur Wahrung der Geschlechtsneutralität. Die Behebung von materiellen Lücken, Unklarheiten oder Ungereimtheiten ist dagegen vom Redaktionsmandat nicht gedeckt.

Das Bundesgericht betont im Ausgangspunkt, dass Änderungen durch den Grossen Rat am ausgearbeiteten Entwurf grundsätzlich ausgeschlossen sind.⁴⁶ Im Einklang mit der Literatur

³⁸ JACQUEMOUD, N. 786.

³⁹ HANGARTNER/KLEY/BRAUN BINDER/GLASER, N. 1975; TSCHANNEN, ZBI 103/2002, S. 2, 9.

⁴⁰ ATTINGER, S. 16.

⁴¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, N. 1917.

⁴² Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) – SR 171.10.

⁴³ SCHAUB, N. 248.

⁴⁴ BISAZ, N. 220; TSCHANNEN, ZBI 103/2002, S. 2, 9 f.

⁴⁵ Dazu und zum Folgenden TSCHANNEN, ZBI 103/2002, S. 2, 10.

⁴⁶ BGE 138 I 189 E. 2.5 S. 191, betreffend den Kanton Bern.

anerkennt es aber die Zulässigkeit rein technischer Anpassungen.⁴⁷ Erlaubt sind somit formelle und redaktionelle Nachbesserungen, die den Inhalt der Initiative nicht antasten und mit Blick auf ein zu schützendes öffentliches Interesse geeignet, erforderlich und zumutbar sind.⁴⁸

Auf Bundesebene darf die Redaktionskommission beider Räte bei Volksinitiativen offensichtliche Übersetzungsfehler berichtigen und die nötigen formellen Anpassungen vornehmen, um die vorgeschlagene Verfassungsänderung in die Verfassung einzuordnen (Art. 99 Abs. 2 Satz 1 ParlG). Im Kanton Bern findet sich keine spezifische Bereinigungsbefugnis in Bezug auf Volksinitiativen. Die Redaktionskommission überprüft aber im Allgemeinen Verfassungs- und Gesetzesvorlagen in sprachlicher und systematischer Hinsicht (Art. 99 Abs. 1 Satz 1 GRG)⁴⁹. Sie besorgt Berichtigungen nach Massgabe der Bestimmungen des Publikationsgesetzes vom 18. Januar 1993 (PuG)⁵⁰ (Art. 99 Abs. 3 GRG). Werden in einem Gesetz nach der Schlussabstimmung im Grossen Rat sinnstörende Versehen festgestellt, kann die Redaktionskommission die gebotenen Berichtigungen anordnen (Art. 25 Abs. 1 PuG).

Die Ergänzung des Initiativtextes durch die im Wege der Auslegung ermittelten Textteile unter Heranziehung des ehemals geltenden Rechts stellt einen Grenzfall unter dem Titel der redaktionellen Bereinigung dar. Einerseits geht die Ergänzung über die bloss redaktionelle Aufbereitung für die Einfügung in die Rechtssammlung hinaus. Andererseits stellt die Ergänzung keinen inhaltlichen Eingriff in das Initiativbegehren dar, da die ursprüngliche Absicht des Initiativkomitees zweifelsfrei ermittelt werden kann. Es wäre daher gemäss Art. 99 Abs. 3 GRG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 PuG vertretbar, die mit Blick auf die Volksabstimmung im Interesse der Klarheit vorgenommene Ergänzung als zulässige redaktionelle Bereinigung einzustufen.

Mit der redaktionellen Bereinigung würde ein hinsichtlich der Einschränkung des Initiativrechts aus Art. 34 Abs. 1 BV im Vergleich zur teilweisen Ungültigerklärung milderes Mittel angewendet. Die Redaktionskommission dürfte Art. 59 Abs. 1 KEnG (neu) für die Abstimmungsvorlage aufbereiten, indem sie den grammatikalisch unvollständigen Text mit der durch Auslegung unter Heranziehung der alten Fassung ermittelten Formulierung ergänzt.

III. Änderung des Initiativtextes zwecks Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

Das Bundesgericht hat vereinzelt über redaktionelle Bereinigungen hinaus Eingriffe des Parlaments in den Initiativtext zugelassen, sofern dies der Sicherstellung der Vereinbarkeit der Initiative mit übergeordnetem Recht dient. Sieht die Kantonsverfassung die Befugnis zur teilweisen Ungültigerklärung einer Volksinitiative vor, darf das Parlament nämlich einen Teil des Initiativtextes streichen, um die Vereinbarkeit der Initiative mit dem übergeordneten Recht herzustellen.⁵¹ Soweit der verbleibende Teil des Initiativbegehrens gültig ist, nach wie vor einen Sinn ergibt und dem Willen der Initiantinnen und Initianten entspricht, kann auch ein wichtiger Teil des Initiativtextes für ungültig erklärt werden.

⁴⁷ BGE 138 I 189 E. 3.6 S. 194.

⁴⁸ JACQUEMOUD, N. 788.

⁴⁹ Gesetz über den Grossen Rat (Grossratsgesetz, GRG) – BSG 151.21.

⁵⁰ Publikationsgesetz (PuG) – BSG 103.1.

⁵¹ BGE 133 I 110 E. 3.1 S. 114.

Hieraus leitet das Bundesgericht die Befugnis des Kantonsparlaments ab, anstelle der Teilungsgültigerklärung redaktionelle Anpassungen vorzunehmen, um eine mit dem übergeordneten Recht vereinbare Interpretation des Initiativtextes sicherzustellen.⁵² Der Eingriff in den Initiativtext diene in einem solchen Fall der Transparenz seitens der Stimmberechtigten. Solange die Initiative nicht in ihrem Sinn geändert, sondern nur deren Tragweite präzisiert werde, handle es sich nicht um eine unzulässige Umdeutung des Initiativtextes. Sinn und Zweck der Initiative müssen danach erhalten bleiben, der redaktionelle Eingriff darf die Initiative somit nicht verfremden.⁵³ Diese Auffassung wird in der Literatur allerdings mit Blick auf das Initiativrecht als zu weitgehend kritisiert.⁵⁴

Unter Zugrundlegung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dürfte der Grosse Rat demnach über die bloss redaktionelle Bereinigung hinausgehende Änderungen am Initiativtext vornehmen, um die Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht sicherzustellen und eine teilweise Ungültigerklärung zu vermeiden. Die Ergänzung des Initiativtextes wäre daher zulässig, um die Einhaltung des Gebots der Klarheit und damit der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV) zu gewährleisten. Im vorliegenden Fall würde die Initiative in Anbetracht des klar ermittelten Willens des Initiativkomitees nicht in ihrem Sinn geändert oder verfremdet. Es würde sich vielmehr um eine sprachliche Präzisierung des grammatikalisch unvollständigen Satzes handeln.

Antwort auf Frage 2: Erklärt der Grosse Rat die Initiative für gültig, kann die Redaktionskommission in der Abstimmungsvorlage gestützt auf Art. 99 Abs. 3 GRG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 PuG die Klammerzusätze streichen und die Auslassungspunkte durch die in der alten Fassung des Gesetzes enthaltene Formulierung auffüllen. Art. 59 Abs. 1 wäre den Stimmberechtigten in folgender Form zu unterbreiten:

«Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn eine Verbesserung um mindestens zwei Effizienzklassen des Gebäudeenergieausweises der Kantone erzielt wird und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.»

⁵² BGE 133 I 110 E. 3.2 S. 114.

⁵³ BGE 133 I 110 E. 3.4 S. 115.

⁵⁴ JACQUEMOUD, N. 789.

D. Handlungsoptionen des Grossen Rates

Der Grosse Rat hat im Rahmen der Gültigkeitsprüfung der «Berner Solar-Initiative» drei Möglichkeiten:

1. Er kann die Initiative vollständig für gültig erklären und damit Art. 59 Abs. 1 in der unvollständigen Form belassen. Die Abstimmungsvorlage enthielte Klammerzusätze und Auslassungspunkte.
2. Er kann die Initiative teilweise für ungültig erklären, indem er Art. 59 Abs. 1 streicht und die übrigen Bestimmungen für gültig erklärt. Den Stimmberechtigten würde die Initiative ohne den unvollständigen Art. 59 Abs. 1 zur Abstimmung unterbreitet.
3. Er kann die Initiative vollständig für gültig erklären und die Redaktionskommission kann Art. 59 Abs. 1 um den aus der alten Fassung des Gesetzes stammenden Teilsatz redaktionell ergänzen. Die Bestimmung würde in der Abstimmungsvorlage wie folgt lauten: «Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn eine Verbesserung um mindestens zwei Effizienzklassen des Gebäudeenergieausweises der Kantone erzielt wird und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.»

E. Handlungsempfehlung

Alle drei Optionen erscheinen aus rechtlicher Sicht nicht von vornherein als unzulässig. Es handelt sich in verschiedener Hinsicht um einen Grenzfall und in der Rechtsprechung wurden nur wenige vergleichbare Präzedenzfälle entschieden.

Option 1: Die vollständige Gültigerklärung und die Unterbreitung zur Volksabstimmung in unveränderter Form begründet die Besorgnis der Verletzung der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV). Stimmberechtigte könnten vor Bundesgericht möglicherweise mit Erfolg Beschwerde erheben und eine teilweise Ungültigerklärung erwirken. Da dieses Vorgehen mit einiger Rechtsunsicherheit verbunden wäre, ist Option 1 nicht zu empfehlen.

Option 2: Die teilweise Ungültigerklärung der «Berner Solar-Initiative» durch den Grossen Rat könnte bei strenger Auslegung mit einem Verstoss gegen die Einheit der Form und mit einiger Plausibilität mit einem Verstoss gegen das aus der Abstimmungsfreiheit fliessende Gebot der Rechtsklarheit begründet werden. Beschwerdeführende, wie beispielsweise Mitglieder des Initiativkomitees oder sonstige Stimmberechtigte, könnten jedoch vor Bundesgericht unter Verweis auf Option 3 mit einiger Aussicht auf Erfolg die Unverhältnismässigkeit der Sanktion geltend machen. Option 2 erweist sich somit als gangbar, muss aber als riskant eingestuft werden.

Option 3: Die vollständige Gültigerklärung unter Ergänzung des Initiativtextes mit Blick auf die Volksabstimmung erweist sich als die aus rechtlicher Sicht am wenigsten risikoreiche Vorgehensweise. Zwar könnte es sich um eine über die blosse redaktionelle Bereinigung des Initiativtextes hinausgehende Intervention handeln. Die Textergänzung dient jedoch dem Interesse an der Klarheit der Abstimmungsvorlage und damit der Abstimmungsfreiheit (Art. 34 Abs. 2 BV). Ausserdem entspricht die vorzunehmende Ergänzung dem im Wege der Auslegung ermittelten, eindeutigen Willen des Initiativkomitees. Stimmberechtigte könnten daher kaum mit Aussicht auf Erfolg auf dem Beschwerdeweg gegen die Massnahme des Grossen Rates vorgehen. Letztlich handelt es sich im Sinne der Leitlinie «in dubio pro populo» um die für das Initiativrecht (Art. 34 Abs. 1 BV) schonendste Option. Unter Abwägung aller Gesichtspunkte ist daher ein Vorgehen nach Option 3 zu empfehlen.

Literaturverzeichnis

ATTINGER PATRIZIA, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu kantonalen Volksinitiativen, Zürich 2016.

BISAZ CORSIN, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk», Zürich/St. Gallen, 2020.

Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zitiert: BEARBEITER/IN, in: SG-Komm.).

FÖHSE MARTIN/JÄGER CHRISTOPH/BACHMANN GREGOR, «Berner Solar-Initiative», Prüfung der Gültigkeit der Volksinitiative und Hinweise zur Umsetzung, Rechtgutachten vom 24. Juni 2022.

HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS/BRAUN BINDER NADJA/GLASER ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2023.

JACQUEMOUD CAMILLA, Les initiants et leur volonté, Genf/Zürich 2022.

MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 4. Aufl., Bern 2021.

Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, 2021 (zitiert: BEARBEITER/IN, in: CR).

SCHAUB BARBARA, Die Vereinbarkeit kantonaler Volksinitiativen mit dem übergeordneten Recht, Zürich/St. Gallen 2023.

TORNAY BENEDICTE, La démocratie directe saisie par le juge, Genf/Zürich/Basel, 2008.

TSCHANNEN PIERRE, Die Formen der Volksinitiative und die Einheit der Form, ZBl 103/2002, S. 2 ff.

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage, Bern 2021 (zitiert: Staatsrecht).