

Ist der sog. Selbstbestimmungsinitiative ein Gegenvorschlag im Sinne eines obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsrechtlichem Charakter gegenüberzustellen?

1. Vorstoss der FDP

Als Reaktion auf die sogenannte Selbstbestimmungsinitiative, die am 12. August 2016 eingereicht wurde, reagiert die FDP, indem sie zum einen „Klärungsbedarf“ beim Verhältnis von Völker- und Landesrecht ortet und zum andern vom Bundesrat einen Lösungsvorschlag verlangt. Damit steuert die FDP auf einen Gegenvorschlag zur Anti-Menschenrechtsinitiative der SVP zu. Sie zeigt auch schon die Richtung auf, die einzuschlagen ihr vorschwebt: Völkerrecht, welches Verfassungsrang hat, soll dem obligatorischen Referendum unterstellt werden. Dieses würde hierarchisch höher gewichtet als Völkerrecht, das nur dem fakultativen Referendum untersteht.¹ Nach dieser Lösung müsste z.B. das EU-Abkommen betreffend Personenfreizügigkeit hinter die Masseneinwanderungs-Initiative zurück treten.

2. Motion SR Caroni

Mit ihrem Lösungsvorschlag nimmt die FDP das Anliegen von Ständerat Caroni auf, der mit seiner am 15. Juni 2015 eingereichten Motion der Bundesrat beauftragen will, dem Parlament eine Revision der Bundesverfassung zu unterbreiten, welche für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsrechtlichem Charakter ein obligatorisches Referendum vorsieht. Nach Auffassung des Bundesrates, der die Motion zur Annahme empfiehlt, hat ein völkerrechtlicher Vertrag „verfassungsmässigen Charakter“, wenn es sich um „Angelegenheiten von besonderer und grundlegender Bedeutung“ handelt, um „Normen, welche Grundrechte garantieren oder wichtige Grundzüge der Behördenorganisation regeln“.² Auf den ersten Blick wirkt die Motion verführerisch. So wird etwa argumentiert, dank stärkerer Legitimierung zufolge des obligatorischen Referendums würde auch das für die Schweiz wichtige Völkerrecht innerstaatlich gestärkt.³ Besteht wirklich Klärungsbedarf? Was heisst stärkere Legitimierung?

3. Völkerrecht und Referendum gemäss geltendem Recht

Gemäss Art.140 Abs. 1 lit.b BV untersteht der Beitritt zu Organisationen für kollektive

¹ Tages-Anzeiger vom 9. August, S. 3.

² <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/sucher-curia-vista/geschaefit?AffairId=20153557>

³ Unser Recht.

Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften dem *obligatorischen* Referendum. Dem *fakultativen* Referendum unterstehen gemäss Art. 141 Abs. 1 lit.d BV völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind (Ziff. 1), die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen (Ziff. 2), sowie Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (Ziff. 3.).

Gemäss Art. 24 Abs. 2 Parlamentsgesetz (ParlG; SR 171.1) genehmigt die Bundesversammlung die völkerrechtlichen Verträge, soweit nicht der Bundesrat durch Bundesgesetz oder von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag zum selbstständigen Vertragsabschluss ermächtigt ist. Gemäss Abs. 3 genehmigt sie völkerrechtliche Verträge, die dem Referendum unterliegen, in der Form eines Bundesbeschlusses. Andere völkerrechtliche Verträge genehmigt sie in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses.

Soweit die Verfassung mit unbestimmten Rechtsbegriffen operiert (z.B. „wichtige rechtsetzende Bestimmungen“), kommt dem Parlament bei der Abgrenzung referendumpflichtiger von nicht referendumpflichtigen Verträgen, aber auch hinsichtlich der Frage, ob ein Vertrag dem obligatorischen und dem fakultativen Referendum unterliegt, zwangsläufig ein Interpretations- bzw. Ermessensspielraum zu.

4. Normenhierarchie und Anwendungsvorrang

Hierarchisch steht die Verfassung über dem Gesetz. Dennoch geniessen Gesetze im Konfliktfall gegenüber der Verfassung (Anwendungs-)Vorrang. Denn gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Damit entkoppelt die Verfassung die Frage der Legitimierung von jener der Hierarchie. Oder mit andern Worten: Obwohl Gesetze „nur“ dem fakultativen Referendum unterstehen, entbehren sie nicht der Legitimierung, ja gehen sie im Konfliktfall der Verfassung vor. Dasselbe gilt für das Völkerrecht, das nach Art. 190 BV für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden ebenfalls massgebend ist. Bleibt die von Art. 190 BV nicht beantwortete Frage des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht im Konfliktfall, die ja beide massgebend bzw. verbindlich sind. Dazu gibt es eine auf das 19. Jahrhundert zurückgehende⁴ und heute noch massgebende Rechtsprechung. Nach dieser kommt dem Völkerrecht im Verhältnis zu Bundesgesetzen grundsätzlich (Anwendungs-)Vorrang zu, der sich auch auf spätere Gesetze bezieht, sodass die *lex posterior*-Regel nicht zur Anwendung gelangt.⁵ Der Grund liegt darin, dass staatsvertragliche Verträge solange gelten, als

⁴ BGE 7 774 E. 4. S. 783, 18 189 E. 3 S. 193.

⁵ BGE 139 I 16 E. 5.1 28, 135 II 243 E. 1 249, 125 II 417 E. 4d 425.

sie nicht gekündigt oder im gegenseitigen Einverständnis revidiert worden sind, und deshalb nicht einseitig modifiziert oder ausser Kraft gesetzt werden können.⁶ Hiervon wird ausnahmsweise abgewichen, wenn der Bundesgesetzgeber "bewusst" gegen das Völkerrecht verstossen wollte. Diesfalls sollen die rechtsanwendenden Behörden an das Bundesgesetz gebunden sein (sog. *Schubert-Praxis*).⁷ Im Jahre 1999 relativierte das Bundesgericht die Schubert-Praxis hinsichtlich staatsvertraglich gewährleisteter Menschenrechtsverträge (z.B. die EMRK und der UNO-Pakt II). Diese gehen im Konfliktfall dem Landesrecht und namentlich Bundesgesetzen auf jeden Fall vor (sog. *PKK-Praxis*).⁸

5. Besteht Klärungsbedarf?

Die Frage der Legitimierung von Erlassen wird von der Verfassung losgelöst von der Frage der Normenhierarchie klar beantwortet und damit ebenfalls die Frage, welchem Erlass im Konfliktfall Vorrang gebührt. Insoweit besteht kein Klärungsbedarf. Diskutabel ist höchstens die sog. Schubert-Praxis, der auch die Lehre seit jeher mit Skepsis begegnet,⁹ bricht sie doch mit dem elementaren Grundsatz, dass Verträge zu halten sind, solange sie nicht gekündigt sind. In seiner Antwort auf eine Interpellation von Nationalrat Vogt, der wissen wollte, wie sich der Bundesrat zum Urteil des Bundesgerichtes 2C_716/2014 (BGE 142 II 35) positioniere, das von der Schubert-Praxis abweicht, erklärte dieser vorsichtig, dass die Schubert-Praxis nur ein „letztes Mittel“ bleibe, da sie einen Vertragsbruch darstelle. Völkerrechtliche Verträge seien bindend und von den Vertragsparteien nach Treu und Glauben zu erfüllen.¹⁰ Die Problematik der Schubert-Praxis kann allerdings kein Grund für eine Neuregelung der komplexen Materie sein.

6. Zielrichtung der Motion Caroni

Ziel der vorgeschlagenen Lösung ist eine neue Hierarchisierung des Völkerrechts. Abweichend von der Ordnung des Art.190 BV würde neu unterschieden zwischen völkerrechtlichen Verträgen, die dem obligatorischen Referendum, und solchen, die „nur“ dem fakultativen

⁶ BGE 21 (1895) E. 3 S. 710.

⁷ BGE 99 Ib 39. Die Entscheidung hatte als Ausgangslage den Sachverhalt, dass der österreichische Staatsbürger Schubert Land in der Schweiz kaufen wollte, was ihm durch die kantonalen Behörden untersagt wurde, da dieser Landkauf bewilligungspflichtig sei. Die Behörden stützten sich auf ein neueres Gesetz und Schubert auf einen älteren Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich, wonach Schweizer und Österreicher beim Erwerb von Grundstücken gleich zu behandeln sind.

⁸ BGE 125 II 417. Fraglich war, ob die schweizerische Zollbehörde Propagandamaterial der kurdischen Vereinigung der PKK beschlagnahmen durfte. Streitig waren das völkerrechtlich garantierte Meinungsäusserungsrecht sowie Regelungen, wie mit staatsgefährlichem Propagandamaterial umzugehen ist. Zur Bestätigung dieser Praxis siehe BGE vom 26. November 2015 (2C_716/2014), E. 3.2.

⁹ Siehe dazu auch Walter Kälin, Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?, in: ZSR 112 (1993), Hb. I, 77 ff.; Andreas Auer, ZSR 2013, Hb. I, 432 ff.

¹⁰ NZZ vom 13. Mai 2016, Landesrecht soll Völkerrecht nicht brechen, S. 17.

Referendum unterstanden. Erstere würden höher gewichtet. Was heisst das? Das bedeutete, dass der absolute Anwendungsvorrang, wie er gemäss Art. 190 BV in Verbindung mit der PKK-Praxis für die Menschenrechtsverträge gilt, inskünftig nur für die dem obligatorischen Referendum unterstellten Verträge gelten würde. Nach dieser Ordnung würde für die „nur“ dem fakultativen Referendum unterstellten Verträge wohl die Lex-posterior-Regel gelten, gemäss der sich der Gesetzgeber ohne Kündigung eines Vertrages über diesen hinweg setzen kann, was der Sinn der angestrebten Lösung zu sein scheint. Oder würde die Lex-posterior-Regel nach wie vor nur in qualifizierten Fällen im Sinne der sog. Schubert-Praxis gelten, wenn der Gesetzgeber sich bewusst über einen Vertrag hinwegsetzen wollte? Was würde für die EMRK gelten, die nach geltendem Recht (Art.190 BV) „massgebend“ ist, wiewohl sie nicht dem Referendum unterstand und nach damaligem Recht auch nicht unterstellt werden musste? Was würde für den UNO-Pakt II gelten, der „nur“ (aber immerhin) dem fakultativen Referendum unterstand? Fragen über Fragen.

7. Problematische Hierarchisierung

Hinzu kommt, dass eine Hierarchisierung aufgrund *formeller* Kriterien (obligatorisches bzw. fakultatives Referendum) auch unter einem weiteren Gesichtspunkt problematisch ist - im Gegensatz zum heute geltenden *materiellen* Kriterium der *Menschenrechte* gewährleistenden Staatsverträge, gegen welche selbst bewusste Verstösse ins Leere gehen. Die Hierarchisierung mittels formeller Elemente könnte Missbräuchen bzw. Manipulationen Tür und Tor öffnen. Wohl wäre davon auszugehen, dass ein völkerrechtlicher Vertrag, wenn es sich um „Angelegenheiten von besonderer und grundlegender Bedeutung“ handelt, „verfassungsmässigen Charakter“ hätte,¹¹ und infolgedessen dem obligatorischen Referendum unterstellt werden müsste. Abgrenzungsschwierigkeiten würden dennoch bleiben mit entsprechenden Interpretations- bzw. Ermessensspielräumen. Eine Parlamentsmehrheit hätte es in der Hand, bestimmte Staatsverträge, auch einen Menschenrechte gewährleistenden Staatsvertrag, von Beginn an zu schwächen, indem er nur dem fakultativen Referendum unterstellt würde. Zudem würde die prinzipielle Schwächung „nur“ dem fakultativen Referendum unterstellter Verträge aussenpolitisch fatale Signalwirkungen zeitigen: Vertragspartner wären von vornherein gewarnt, dass die Schweiz solche Verträge nicht wirklich als verbindlich betrachtet.

8. Schluss

¹¹ Siehe bei Fn. 2.

Es besteht keine Notwendigkeit, die heutige Rechtslage, wie sie in Art. 190 BV umschrieben ist und zu der eine gefestigte Rechtspraxis besteht, zu ändern, zumal es illusorisch ist zu glauben, mit einer anderen, auf formellen Kriterien gründenden Lösung seien alle künftigen Konflikte ein für allemal aus der Welt zu schaffen. Zu Recht weist Professor Daniel Thürer darauf hin, dass in den übrigens seltenen Fällen von Konflikten die Fragestellungen meist derart subtil seien, dass die Lösung besser den Gerichten belassen werde.¹² Die vorgeschlagene Lösung würde mehr Fragen aufwerfen als lösen. Gegen politische Manipulationen wäre sie nicht gefeit und hinsichtlich bestehender und künftiger Vertragspartner würde sie fatale Signale aussenden.

Auch mit Blick auf die Anti-Menschenrechtsinitiative der SVP-Initiative besteht kein Grund, in Aktivismus zu verfallen und der Initiative die „Ehre“ eines Gegenvorschlages zu erweisen, statt sie als Zumutung einfach abzuschmettern. Der Bundesrat hatte 2010 eine der Motion Caroni entsprechende „Klarstellung“ bereits einmal vorgeschlagen - als direkten Gegenvorschlag zur Volksinitiative „Staatsverträge vors Volk!“ -, was aber vom Parlament namentlich aus abstimmungstaktischen Überlegungen abgelehnt wurde. Wie damals legen heute auch abstimmungstaktische Überlegungen nahe, von einem Gegenvorschlag die Hände zu lassen. Beginnt man an der geltenden Gesetzgebung herumzuschrauben, gerät man in Teufels Küche. Die Gefahr wäre gross, dass der heutige Schutz der staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechte Schaden nehmen könnte.

25. August 2016

Niccolò Raselli

¹² Siehe Fn. 1.