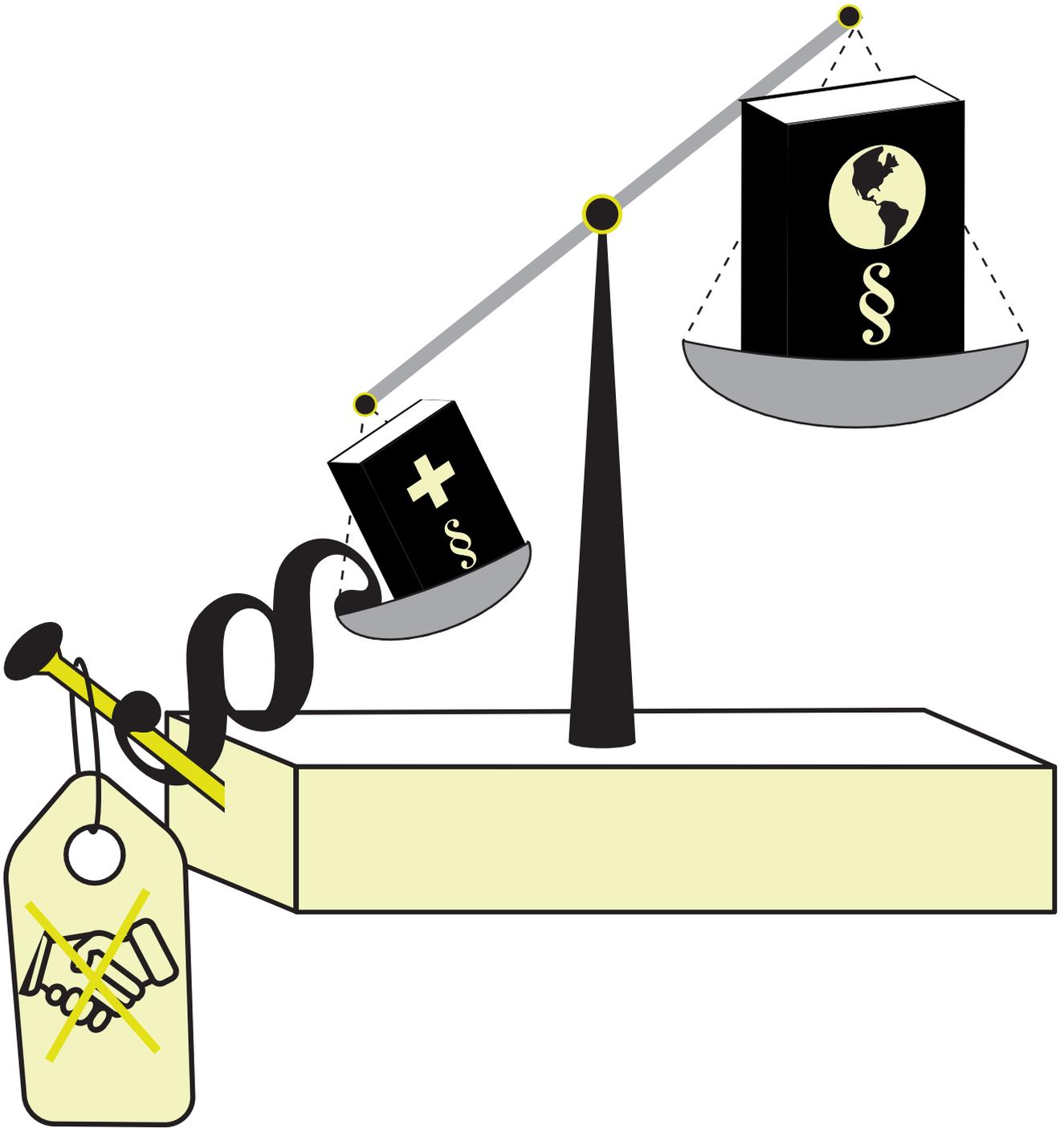


Initiative «Schweizer Recht statt fremde Richter»

*Irrungen und Wirrungen der
«Selbstbestimmungsinitiative»*

foraus-Policy Brief / Mai 2016
Programm Völkerrecht und Menschenrechte



Die Eidgenössische Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» basiert auf dem Konzept eines Völkerrechts, das die Volksrechte beschneidet. Um letztere zu stärken, soll der Vorrang des schweizerischen Verfassungsrechts vor völkerrechtlichen Verträgen in der Verfassung verankert werden. Die Initiative beinhaltet jedoch Widersprüche und logische Fehler. Hervorzuheben ist Folgendes:

- Die Initiative verkauft ein Produkt, das es nicht gibt: Die Verbindlichkeit von völkerrechtlichen Verträgen (*pacta sunt servanda*) ergibt sich aus dem Völkerrecht selber und nicht nur aus nationalem Recht. Insofern kann sie nicht über eine nationale Verfassung geändert werden (oder dann muss der Initiativtext als institutionalisierter Vertragsbruch angesehen werden).
- Die Initiative ist widersprüchlich und unlogisch: Einerseits verankert der Initiativtext den Vorrang des Völkerrechts bei referendumpflichtigen Staatsverträgen (190 BV), andererseits verlangt er «nötigenfalls» die Kündigung von Staatsverträgen, die der Verfassung widersprechen (Art. 56a BV). Dieser Widerspruch ist wohl vorgesehen, um die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) zu schwächen, die bei Ratifizierung unter altem Verfassungsrecht noch keinem Referendum unterlag. Allerdings werden die bilateralen Verträge und auch allfällige zukünftige Verträge mit der EU mit dem neuen 190 BV gestärkt, sofern sie nicht gekündigt werden.

Die Initiative birgt somit folgende Gefahren:

- Sie schwächt den Schutz der Grund- und Menschenrechte.
- Durch ihre Widersprüche und Unklarheiten bringt sie mehr Rechtsunsicherheit, als dass sie Klarheit schafft.

Die durch die Initiative geschaffenen Unsicherheiten scheinen gewollt. Das Bundesgericht soll damit von seiner bisherigen Praxis abgebracht werden, wonach völkerrechtliche Verträge bindend sind. Abgezielt wird dabei insbesondere auf die EMRK. Dabei kann vom juristischen Grundsatz *pacta sunt servanda* nur schwer grundsätzlich abgewichen werden, ohne dass die Schweiz ihre Glaubwürdigkeit als Vertragspartner verliert. Die Initiative schwächt folglich nicht nur die Grundrechte, sondern auch die Souveränität, Handlungsfähigkeit und Verhandlungsmacht der Eidgenossenschaft als internationaler Vertragspartner. Indem der Bund zudem ermächtigt wird, sogar wichtige völkerrechtliche Verträge «nötigenfalls» ohne expliziten direktdemokratischen Auftrag zu kündigen, werden die Volksrechte gar geschwächt.

Autor



Guillaume Lammers

Doktor der Rechtswissenschaften, studierte an den Universitäten Bern und Lausanne. Im Jahr 2015 veröffentlichte er seine Doktorarbeit mit dem Titel: «La démocratie directe et le droit international – Prise en compte des obligations de la Confédération et participation populaire à la politique extérieure.»

Impressum

Zitieren

foraus – Forum Aussenpolitik, 2016, Initiative «Schweizer Recht statt fremde Richter»: Irrungen und Wirrungen der «Selbstbestimmungsinitiative», policy brief, Zürich.

Danksagung

Der Autor dankt Alexandre Biedermann, Fanny de Weck, Johan Rochel und Daniel Högger für das Gegenlesen dieses Textes und ihre sachdienlichen Anmerkungen. Das Paper wurde in französischer Sprache verfasst. Es handelt sich hier um eine Übersetzung des Originals. Für die Realisierung der Infographik und weiterer graphischer Arbeiten ist überdies der Agentur *eyeloveyou* GmbH in Basel gedankt.

Disclaimer

Das vorliegende Diskussionspapier des *foraus*-Programms «Völkerrecht und Menschenrechte» gibt die persönliche Meinung des Autors wieder und entspricht nicht zwingend derjenigen des Vereins *foraus*.

www.foraus.ch

1	Einleitung.....	1
2	Hintergrund.....	2
3	Der Rang des Völkerrechts.....	3
	3.1 Die aktuelle Situation.....	3
	3.2 Die von der Selbstbestimmungsinitiative geplanten Reformen.....	4
4	Das Schicksal völkerrechtlicher Verträge bei Annahme einer Volksinitiative.....	6
5	Gesamtanalyse.....	7
6	Fazit.....	10

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung

Die Schweizer Eidgenossenschaft ist zahlreiche völkerrechtliche Verpflichtungen eingegangen. Die Schweizerische Volkspartei (SVP) will mit ihrer Volksinitiative «**Schweizer Recht statt fremde Richter (sog. Selbstbestimmungsinitiative)**» das Verhältnis der Eidgenossenschaft gegenüber diesen Verpflichtungen infrage stellen.

Die Volksinitiative besteht aus zwei Teilen. Zum einen strebt sie eine Umkehrung der hierarchischen Beziehung zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht an. Das Ziel ist es, den Vorrang des Verfassungsrechts gegenüber den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz zu verankern. Zum anderen soll der Umgang mit völkerrechtlichen Verträgen nach der Annahme von Volksinitiativen geregelt werden. Hierfür soll in die Bundesverfassung ein neuer Artikel aufgenommen werden, der den Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge untersagt, die im Widerspruch zur Bundesverfassung stehen. Darüber hinaus sollen internationale Verträge, die im Konflikt mit einer angenommenen Volksinitiative stehen, neu verhandelt oder gekündigt werden.

Die Verfassungsänderungen, die aus beiden Teilen resultieren würden, werden im Folgenden beschrieben und analysiert. Einführend wird der Hintergrund der Volksinitiative erläutert.

Text der Volksinitiative

Die Verfassung wird wie folgt geändert:

Art. 5 Abs. 1 und 4

¹ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

⁴ Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 56a Völkerrechtliche Verpflichtungen

¹ Bund und Kantone gehen keine völkerrechtlichen Verpflichtungen ein, die der Bundesverfassung widersprechen.

² Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge.

³ Vorbehalten sind die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 190 Massgebendes Recht

Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Art. 197 Ziff. 12

12. Übergangsbestimmung zu Art. 5 Abs. 1 und 4 (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns), Art. 56a (Völkerrechtliche Verpflichtungen) und Art. 190 (Massgebendes Recht)

Mit ihrer Annahme durch Volk und Stände werden die Artikel 5, Absätze 1 und 4, 56a und 190 auf alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der Bundesverfassung und auf alle bestehenden und künftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar.

2. Hintergrund

Die Selbstbestimmungsinitiative wurde vor dem Hintergrund eines anhaltenden Spannungsverhältnisses zwischen direktdemokratischen Volksentscheiden und völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz lanciert.

Am 28. November 2010 nahmen Volk und Stände die Volksinitiative *Für die Ausschaffung krimineller Ausländer* an. Das darin enthaltene Prinzip der automatischen Ausschaffung von Ausländern, die in der Schweiz bestimmte Straftaten begangen haben, verstösst in Einzelfällen nicht nur gegen

die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und weitere internationale Menschenrechtsabkommen, sondern auch gegen das

Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union (FZA) sowie gegen den in der Bundesverfassung verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Noch vor der Annahme des Gesetzesentwurfes zur Umsetzung der Initiative *Für die Ausschaffung krimineller Ausländer* durch das Parlament, lancierte die SVP 2012 eine neue Volksinitiative mit dem Titel «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)». Ihr Ziel war es, eine strikte Umsetzung der automatischen Ausschaffung krimineller Ausländer in der Bundesverfassung zu verankern. Dies ohne Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das nicht zwingende Völkerrecht. Das Volk und die Kantone haben diese Initiative im Februar 2016 deutlich abgelehnt.

Im Jahre 2012 veröffentlichte das Bundesgericht ein Urteil, in welchem es den Konflikt zwischen der

mit der Initiative *Für die Ausschaffung krimineller Ausländer* eingeführten Verfassungsbestimmung und der Bundesverfassung sowie der EMRK thematisierte. Dabei sprach es sich einmal mehr zugunsten der Geltung der EMRK aus: Infolge des Vorrangs des Völkerrechts müsse das Gericht die EMRK und die auf deren Grundlage getroffenen Urteile bei der Anwendung der Verfassungsbestimmung berücksichtigen.¹

Am 9. Februar 2014 wurde die Volksinitiative *Gegen die sog. Masseneinwanderung* angenommen. Die mit dieser Initiative in Kraft gesetzten Verfassungsbestimmungen widersprechen namentlich

dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union. Über das Schicksal dieses Abkommens wird seit Annahme der Volks-

abstimmung ausführlich diskutiert. Jene, die eine strikte und bedingungslose Umsetzung der Volksinitiative verlangen, stehen jenen gegenüber, die an den bilateralen Abkommen mit der EU festhalten wollen.

In Anbetracht dieser Ereignisse konstatieren die Initianten: «Dieses internationale Recht stellen der Bundesrat, die Mehrheit des Parlaments, das Bundesgericht und die Staats- und Völkerrechtsprofessoren über das schweizerische Recht» und setzen sich damit der Anwendung und Umsetzung

¹ «Das Bundesgericht ist auch bei Berücksichtigung von Art. 121 Abs. 3 BV hieran gebunden. Es hat die sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebenden Vorgaben weiterhin umzusetzen (vgl. Art. 190 BV). Es kann in der durch diese gebotenen Interessenabwägung der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik zugesteht» (BGE 139 I 16, Ziff. 5.3).

des Volksbegehrens entgegen.² Die von der SVP lancierte Volksinitiative ‚*Schweizer Recht statt fremde Richter*‘ wolle dies korrigieren und setzt dabei zwei Schwerpunkte: Erstens thematisiert die Initiative den Rang des Völkerrechts im Schweizer Rechtssystem. Der zweite Aspekt betrifft die Kompetenz des Bundesrats, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen oder zu kündigen.

3. Der Rang des Völkerrechts

Die Initiative betrifft in erster Linie den Rang des Völkerrechts im schweizerischen Rechtssystem. Vor einer eingehenden Analyse der durch die Initiative herbeigeführten Veränderungen soll eine Bestandsaufnahme gemacht werden.

3.1 Die aktuelle Situation

Der Rang des Völkerrechts ist in der Bundesverfassung nicht abschliessend geregelt. Der Grundsatz, verankert in Art. 5 Abs. 4 BV, besagt: «Bund und Kantone beachten das Völkerrecht». Hierbei handelt es sich allerdings nicht um eine echte Kollisionsnorm wie jene in Art. 49 Abs. 1 BV, die sich auf das Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht bezieht.³ Dennoch wird in diesem Artikel auf den Vorrang des

Völkerrechts abgestellt: Letzteres repräsentiert eine Verpflichtung, die die Schweiz als souveränes Land eingegangen ist und die sie erfüllen muss. Diese Verpflichtung liegt in der Natur des Völkerrechts. Sie verliert ihre Daseinsberechtigung, wenn sich die Staaten trotz ihres gegebenen Wortes über

In Anbetracht dieser Ereignisse konstatieren die Initianten: «Dieses internationale Recht stellen der Bundesrat, die Mehrheit des Parlaments, das Bundesgericht und die Staats- und Völkerrechtsprofessoren über das schweizerische Recht» und setzen sich damit der Anwendung und Umsetzung der Volksrechte entgegen.»

Verpflichtungen hinwegsetzen, sobald sie dies für richtig halten. Art. 5 Abs. 4 BV wird durch Art. 190 BV ergänzt, der ebenso keine Kollisionsnorm ist, jedoch postuliert: «Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.»

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung mehrmals den Vorrang des Völkerrechts vor dem schweizerischen Verfassungsrecht hervorgehoben. In einem Urteil zum Fall *Nada*⁴ etwa stützte es sich auf Art. 190 BV, um den völkerrechtlichen Verpflichtungen Vorrang einzuräumen. In einem Grundsatzentscheid vom Oktober 2012,⁵ der bereits erwähnt wurde, bekräftigte das Bundesgericht seine Begründung. Es erklärte sich bei der Anwendung von Verfassungsartikeln, die durch die Volksinitiative *Für die Ausschaffung von kriminellen Ausländern* eingeführt wurden, an die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gebunden. Erst kürzlich hat das Bundesgericht diese Position zudem für das FZA bestätigt.⁶

Die Position des Bundesgerichts ist also klar: Das Völkerrecht hat Vorrang vor nationalen Rechtsnormen, einschliesslich Verfassungsartikeln, die über

² Volksinitiative zur Umsetzung von Volksentscheiden – *Schweizer Recht geht fremdem Recht vor*, Positionspapier der Schweizerischen Volkspartei (SVP) (August 2014) ≤ http://www.svp.ch/de/assets/File/Positionspapier_def.pdf?doaction=return&emailid=37A9D0E7-E505-465D-AEF11E5638CBoC5A&email=crausaz@svp.ch&nocache=1 >, letzter Aufruf 28. Januar 2016, S. 2.

³ «Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor.»

⁴ BGE 133 II 450.

⁵ BGE 139 I 16

⁶ BGer Urteil 2C_716/2014 vom 26. November 2015 (zur Publikation vorgesehen).

eine Volksinitiative aufgenommen wurden. Diese Situation will die SVP ändern.

3.2 Die von der Selbstbestimmungsinitiative geplanten Reformen

Die beiden Verfassungsartikel, die den Vorrang des Völkerrechts verankern (Art. 5 und 190 BV), würden durch die Annahme der *Selbstbestimmungsinitiative* modifiziert. Es ergäben sich drei Veränderungen:

- Art. 5 Abs. 1 würde die Bundesverfassung als «oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft» bezeichnen.
- Art. 5 Abs. 4 gäbe der Bundesverfassung Vorrang vor dem Völkerrecht, unter Vorbehalt von dessen zwingenden Bestimmungen.
- Art. 190 sähe einen engeren Anwendungsbereich als den momentanen vor und würde das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden zur Anwendung völkerrechtlicher Verträge verpflichten, «deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden haben».

Hierzu folgende Bemerkungen: Zunächst wird der Vorrang in zwei Punkten nicht vollständig umgekehrt. Die Volksinitiative bezieht sich nur auf die

Beziehung zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht. Die Bundesgesetze müssten also stets hinter das Völkerrecht zurücktreten. Was völkerrechtliche Verträge betrifft, hätte die Volksinitiative zudem nur Folgen für solche Verträge, die nicht dem Referendum unterstanden. Art. 190 in der Fassung der Volksinitiative würde die Behörden stets dazu verpflichten, völkerrechtliche Texte anzuwenden, deren Genehmigung dem fakultativen oder obli-

gatorischen Referendum unterstand. Angesichts dessen wird klar, dass die Volksinitiative auf einen konkreten Vertrag abzielt, nämlich die Europäische Menschenrechtskonvention.⁷ Die EMRK wurde 1974 angenommen, ohne dem Referendum unterstanden zu haben. Der Anwendungsbereich des Referendums in Bezug auf völkerrechtliche Verträge war unter der alten Bundesverfassung enger als heute.

Allerdings ist die Systematik der Selbstbestimmungsinitiative nicht frei von Unklarheiten. So bezeichnet Art. 5 der Initiative die Bundesverfassung als «oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft» (Abs. 1 Satz 2) und verfügt: «Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor [...]» (Abs. 4 Satz 2, revidiert). Diese Bestimmungen stehen nicht nur im Widerspruch zu Satz 1 in Art. 5 Abs. 4 BV (dessen aktuelle Formulierung «Bund und Kantone beachten das Völkerrecht» nicht verändert würde).⁸ Sie kollidieren auch mit der Formulierung im geplanten Verfassungsartikel 190 BV, welche die Verpflichtung der Behörden und Gerichte aufrechterhalten würde,

Die Position des Bundesgerichts ist also klar: Das Völkerrecht hat Vorrang vor nationalen Rechtsnormen, einschliesslich Verfassungsartikeln, die über eine Volksinitiative aufgenommen wurden.

völkerrechtliche Verträge anzuwenden, deren Genehmigungsbeschluss dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterstanden hat. Es

sei daran erinnert, dass das Bundesgericht insbesondere auf der Grundlage dieser letztgenannten Bestimmung, deren aktuelle Formulierung das gesamte Völkerrecht umfasst, den Vorrang des Völ-

⁷ Vgl. auch die Äusserung von Prof. HANS-UELI VOGT (Direktor der Arbeitsgruppe, die die Initiative ausgearbeitet hat) in der NZZ vom 27. November 2014: «Die Kündigung der EMRK liegt in der Stossrichtung der Initiative.»

⁸ ANDREAS AUER, Die Abschaffung der Demokratie durch Demokratie, NZZ vom 13. April 2015.

kerrechts gegenüber dem Verfassungsrecht begründete. Trotz ihres neuen Status als «oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft» ist deshalb zu erwarten, dass die Bundesverfassung gegenüber völkerrechtlichen Verträgen (die dem Genehmigungsbeschluss des Referendums unterstehen) stets zurücktreten müsste.⁹

Darüber hinaus widerspricht die Beibehaltung bzw. Verankerung eines Vorrangs der völkerrechtlichen Verträge, die dem Referendum unterstehen, dem neuen, von der Initiative geplanten Artikel 56a, der

Allerdings ist die Systematik der Selbstbestimmungsinitiative nicht frei von Unklarheiten.

nachstehend analysiert wird. Diese Bestimmung sieht in Absatz 2 im Fall eines Konflikts vor, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung anzupassen sind. Dies nötigenfalls durch Neuverhandlung oder Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist potenziell sehr weit.

Das Beispiel des Flughafens Basel-Mühlhausen

Die Verwirrung, die 2014 zwischen der Schweiz und Frankreich wegen der Steuerhoheit über den Flughafen Basel-Mühlhausen ausbrach, veranschaulicht beispielhaft das Interesse der Schweiz, dass internationale Partner ihre Verpflichtungen einhalten. Der Status des Flughafens ist in einem Vertrag von 1949 zwischen der Schweiz und Frankreich festgelegt (SR 0.748.131.934.92). Im Vertragstext ist festgehalten, dass die Flughafenzone binational ist: Es gibt einen Schweizer und einen französischen Sektor.

2014 kündigten die französischen Behörden plötzlich an, die Unternehmen, die sich in der Schweizer Zone des Flughafens befinden, der Steuerhoheit ihres Landes zu unterwerfen – ein Verstoss gegen den vertraglich vereinbarten binationalen Status des Flughafens. Die Umsetzung dieser Entscheidung hätte nicht nur negative Auswirkungen für die Region Basel gehabt, sondern auch für die Eidgenossenschaft, die Gefahr gelaufen wäre, einen Flughafen zu verlieren. Die Schweiz hatte entsprechend vorübergehend erwogen, den Internationalen Gerichtshof anzurufen.

⁹ Vgl. auch ALEX DÉPRAZ, *L'initiative «pour la primauté du droit suisse» n'a pas les moyens de ses ambitions*, Domaine Public Nr. 2059: «L'initiative ne concrétise donc pas son intention de rendre la Constitution prioritaire.»

4. Das Schicksal völkerrechtlicher Verträge bei Annahme einer Volksinitiative

Der vorgeschlagene neue Art. 56a BV hätte zwei Auswirkungen: Bei Annahme einer Volksinitiative, die im Widerspruch zu bestimmten internationalen Verpflichtungen steht, müssten diese neu verhandelt oder gar gekündigt werden (Abs. 2). In die gleiche Richtung geht Abs. 1, der sich aber auf die Zukunft bezieht: Er untersagt der Eidgenossenschaft und den Kantonen, neue Verpflichtungen einzugehen, die der Bundesverfassung widersprechen.

Die Annahme dieses neuen Artikels 56a BV, insbesondere von Abs. 2, würde darauf hinauslaufen, in der Bundesverfassung den Ansatz zu verankern, den der Bundesrat bei mehreren Gelegenheiten in der Vergangenheit vorgebracht

hat: Die Annahme, eine Volksinitiative, die den internationalen Verpflichtungen der Schweiz widerspricht sei als Auftrag zu interpretieren, die völkerrechtlichen Verträge neu zu verhandeln oder dann zu kündigen.¹⁰

Dieser ursprünglich vom Bundesrat verfolgte Ansatz hat allerdings Kritik hervorgerufen und findet keine automatische Anwendung. Nehmen wir zur

Veranschaulichung das Beispiel der Volksinitiative *Gegen die Masseneinwanderung* die am 9. Februar 2014 angenommen wurde. Der Initiativtext war mit einer Übergangsbestimmung versehen, die nun in die Bundesverfassung aufgenommen wurde. Demnach sind «völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, [...] innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen».¹¹ Die Volksinitiative *Gegen Masseneinwanderung* widerspricht zahlreichen für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen.¹² Eine buchstabengetreue Umsetzung der Übergangsbestimmung hätte deren Neuverhandlung (sollte dies überhaupt möglich sein) zur Folge. Der Bundesrat ist bislang nicht so weit gegangen. Stattdessen konzentrierte er seine Bemühungen auf das FZA. Nicht angewendet werden dürfte hingegen die Übergangsbestimmung bezüglich Neuverhandlung bei der EMRK, die einige damit nicht zu vereinbarende Bestimmungen enthält.¹³ Eine Kündigung des einen oder anderen

Vertrags ist bislang nicht vorgesehen.

Zwar sieht Art. 56a BV keine automatische Kündigung vor. Im Gegenteil, es wird sogar die Formulierung «nötigenfalls durch Kündigung der be-

treffenden völkerrechtlichen Verträge» verwendet. Doch wäre dies zweifellos schwierig umzusetzen. Anhand welcher Kriterien könnte die Notwendig-

Zusätzlich wird mit dem Entwurf des Artikels 56a auch der Wille der Stimmbevölkerung bezüglich völkerrechtlichen Verträgen präjudiziert.

¹⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative *Gegen den Bau von Minaretten*, BBl 2008 7603, 7610: «Verstösst eine Volksinitiative gegen nicht zwingendes Völkervertragsrecht, darf sie deswegen nicht für ungültig erklärt werden. Wird die Initiative von Volk und Ständen angenommen, haben die Bundesbehörden unter Umständen eine Kündigung des entsprechenden Staatsvertrags ins Auge zu fassen.»

¹¹ Diese Übergangsbestimmung findet sich in Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV.

¹² Vgl. den Bericht Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auswirkung-voelkerrecht-d.pdf>

¹³ In seiner Botschaft zur Initiative weist der Bundesrat darauf hin, dass das Initiativkomitee nicht das Ziel gehabt habe, die Europäische Menschenrechtskonvention zu kündigen.

keit einer Kündigung bestimmt werden? Würde die Annahme einer Volksinitiative wie *Gegen den Bau von Minaretten*, die einem Grundrecht widerspricht, die Kündigung der EMRK implizieren, auch wenn diese einen ganzen Korpus von fundamentalen Garantien enthält, die nicht vom Text tangiert werden?

Man könnte sich auch fragen, ob Art. 56a BV auf völkerrechtliche Verträge angewandt werden sollte, die dem Referendum unterstanden. Ist es nicht ein Widerspruch, die Anwendung referendumpflichtiger Verträge explizit zu verankern (kraft Art. 190 BV revidiert) und gleichzeitig ihre Neuverhandlung oder Kündigung anzustreben?

Zusätzlich wird mit dem Entwurf des Artikels 56a auch der Wille der Stimmbevölkerung bezüglich völkerrechtlichen Verträgen präjudiziert: Die geplante Klausel geht von der Vermutung aus, wonach die Bürger wollen, dass unvereinbare Verträge (zumindest die wichtigsten) neu verhandelt oder sogar gekündigt werden. Den Bürgern wird implizit unterstellt, dass sie die Kündigung von Verträgen wünschen, die im Widerspruch zu einer Volksinitiative stehen, ohne dass sie *a priori* das Gegenteil zum Ausdruck bringen können. Den Bürgern wird somit die Wahl aus der Hand genommen. Damit ist ihre Wahl- und Abstimmungsfreiheit nicht mehr gewährleistet. Das Prinzip der Einheit der Materie verlangt, dass verschiedene Aspekte eines Abstimmungsgegenstands einen sachlichen Zusammenhang aufweisen müssen. Für eine abstimmende Person sollte das Dilemma vermieden werden, dass sie zwar einem Aspekt des Abstimmungsgegenstands zustimmt, aber einen anderen Aspekt ablehnt, der nicht zwangsläufig mit dem ersten in Zusammenhang steht. Einem Bürger, der für eine Volksinitiative stimmt, unter allen Umständen zu unterstellen, dass er die Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen wünscht, verengt

in gewisser Weise dessen Abstimmungsfreiheit. Wie soll sich jemand entscheiden, der wünscht, dass eine Volksinitiative unter Beachtung der völkerrechtlichen Bestimmungen angenommen werden soll? Nehmen wir nochmals als Beispiel die Volksinitiative *Gegen die Masseneinwanderung*: Wie soll eine Person abstimmen, die zu einem gewissen Grad die Einwanderung in die Schweiz eindämmen will, ohne zwangsläufig das FZA infrage zu stellen?¹⁴ (siehe hierzu auch Praxisbeispiel in der Box auf S. 9)

5. Gesamtanalyse

Die Analyse der *Selbstbestimmungsinitiative* bezieht sich auf zwei Themen:

- Vorrang der Normen einer bestimmten Ebene gegenüber einer anderen Ebene: Dieser Aspekt behandelt die Beziehung zwischen Rechtsnormen unterschiedlicher Ebenen (Völkerrecht, Verfassungsrecht, Bundesgesetze, Bundesverordnungen).
- Die rechtliche Einbettung einer Volksinitiative: Dieser zweite Aspekt thematisiert die Integration einer angenommenen Volksinitiative in die rechtlichen Rahmenbedingungen. Eine (verfassungsrechtliche) Norm existiert nicht «out of context», sondern muss im Hinblick auf das gesamte Rechtssystem verstanden werden. Bei einer Verfassungsnorm müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Umsetzung (durch Annahme oder Revision eines Bundesgesetzes beispielsweise) oder

¹⁴ Diese Problematik sollte Grund genug sein, sich neue Instrumente zu überlegen, die dem Bürger eine Stimme geben, nachdem eine Volksinitiative angenommen worden ist; mögliche Wege werden im weiteren Verlauf dieser Analyse aufgezeigt. Vgl. auch die Analyse in *foraus* vom November 2014: ANINA DALBERT/STEFAN SCHLEGEL/FANNY DE WECK, *Volksinitiativen und Völkerrecht*, <http://www.foraus.ch/#!/themen/c!/content-185-Volksinitiativen-und-Vlkerrecht>

bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden. Bei der Lektüre des Textes der *Selbstbestimmungsinitiative* könnte man auf den ersten Blick davon ausgehen, es sei einzig die erste Thematik, auf die abgezielt wird, nämlich auf den Rang des Völkerrechts gegenüber den Normen des Schweizer Rechts. Ziel der Volksinitiative ist es in der Tat, die hierarchische Beziehung zwischen dem Völkerrecht und dem Verfassungsrecht umzukehren.

Die Volksinitiative betrifft jedoch auch die zweite Thematik: Wie namentlich aus dem Positionspapier der SVP vom August 2014 hervorgeht, zielt die geplante Verfassungsrevisi-

on auf eine möglichst wortgetreue Umsetzung einer angenommenen Volksinitiative ab.¹⁵ Den Initianten zufolge sollte die Umsetzung ohne Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen erfolgen, in welche eine Verfassungsnorm eingebettet ist, oder diese Rahmenbedingungen sollten auf jeden Fall auf den zweiten Rang verwiesen werden.

Die Initianten wollen diese Ziele über die erste Thematik erreichen, also über die Umkehrung der Beziehung zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht. Sie gehen dies aus der Perspektive von Kollisionsnormen an. Bei einem Konflikt zwischen dem Völkerrecht und dem jüngst übernommenen widersprechenden Verfassungstext soll der Verfassungstext Vorrang haben. Dies ohne Rücksicht auf sich daraus ergebende rechtliche Konsequenzen, etwa einen Verstoss gegen internationale Verpflichtungen der Schweiz.

15 «Mit diesem Vorrang kann insbesondere die Umsetzung von in der Volksabstimmung angenommenen Volksinitiativen nicht mehr unter Hinweis auf angeblich widersprechendes Völkerrecht, übergeordnetes Recht usw. verzögert oder verweigert werden.»; vgl. Fn 2.

Die Volksinitiative irrt sich jedoch hinsichtlich der Ebenen. Das von ihr verfolgte Ziel kann nicht über diesen Hebel erreicht werden: Eine Umkehr der hierarchischen Beziehung zwischen dem Völkerrecht einerseits und dem Verfassungsrecht andererseits verhindert nicht, dass die Normen des Völkerrechts ihre Wirkung entfalten.¹⁶ Die bindende Wirkung des Völkerrechts ist direkt auf der völkerrechtlichen Ebene geregelt, namentlich durch das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (*pacta sunt servanda*).¹⁷

Die Verbindlichkeit des Völkerrechts besteht daher unabhängig von der Art und Weise, wie ein Staat die Beziehung zwischen Völkerrecht und Landesrecht regelt.¹⁸

Im Fall der EMRK etwa, würde der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nicht zögern, die Schweiz wegen eines Verstosses gegen die Konvention zu verurteilen. Dem Verfassungsrecht den Vorrang gegenüber dem Völkerrecht zuzuweisen, bedeutet nicht, dass die Schweiz ihren Verpflichtungen auf internationaler Ebene nicht mehr nachkommen muss.

Allgemeiner formuliert kann das Völkerrecht nicht funktionieren, wenn die Staaten beschliessen, dieses nur dann anzuwenden, wenn es ihren Interes-

16 Das Verhältnis von Völkerrecht zu Landesrecht, Bericht des Bundesrats vom 5. März 2010, und Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 12. Juni 2015 (<http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/voelkerrecht/ber-br-d.pdf>), S. 18.

17 Vgl. insbesondere Art. 27, erster Satz des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge: «Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.» Vgl. hierzu auch aktuell das Bundesgerichts Urteil 2C_716/2014 vom 26. November 2015.

18 JÖRG PAUL MÜLLER/DANIEL THÜRER, *Landesrecht vor Völkerrecht? Grenzen einer Systemänderung*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2015, S. 86 ff., 87 f.

sen dient, und sich ansonsten einseitig ihren Pflichten zu entziehen. Das würde auf ein Völkerrecht «à la carte» und letztlich auf dessen grundsätzliche

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Selbstbestimmungsinitiative mit ihren Widersprüchen eine Quelle der Rechtsunsicherheit für die Schweiz darstellt

Verneinung hinauslaufen. Die Problematik ist mit alltäglichen Rechtsbeziehungen vergleichbar: Bei einem Verkauf kann der

Käufer nicht einfach behaupten, der Kaufvertrag sei partiell ungültig, um zu verhindern, dass der Verkäufer den ursprünglich vereinbarten Verkaufspreis verlangt.

Dem Verfassungsrecht gegenüber dem Völkerrecht Vorrang einzuräumen, reicht also nicht aus, um die bindende Wirkung des Völkerrechts aufzuheben. Der Vorrang des Verfassungsrechts gegenüber dem Völkerrecht sowie die daraus resultierenden Verletzungen des Völkerrechts verstießen gegen den Grundsatz, wonach die Eidgenossenschaft als Rechtsstaat die von ihr eingegangenen Verpflichtungen erfüllen muss. Die Folge wäre eine Einbusse an Glaubwürdigkeit der Schweiz als zuverlässiger internationaler Partner.¹⁹ Als kleines Land ist die Schweiz jedoch darauf angewiesen, als zuverlässiger Vertragspartner zu gelten, wie sie auch daran interessiert ist, dass auch ihre Partner ihre jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber der Schweiz erfüllen.

Es ist also der zweite Ansatz der *Selbstbestimmungsinitiative*, die Intervention in den rechtlichen Kontext einer Volksinitiative, welcher als Hebel benutzt werden müsste, um die Schweiz effektiv von bestimmten völkerrechtlichen Verpflichtungen

zu befreien. Hier setzt der vorgeschlagene neue Artikel 56a an. Über diesen soll die Annahme einer Verfassungsrevision als Auftrag an die Bundesbehörden interpretiert werden können, widersprechende Völkerrechtsverträge neu zu verhandeln und sogar zu kündigen.

Anwendung auf die Masseneinwanderungsinitiative

Die Widersprüche und Risiken des vorgeschlagenen Verfassungstexts lassen sich exemplarisch anhand der Masseneinwanderungsinitiative aufzeigen. Welche Auswirkungen hätten die neuen Verfassungsbestimmungen auf diese?

Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 190 müsste das Abkommen mit der EU über die Personenfreizügigkeit zwingend von den Gerichten angewendet werden, stand dieses bei Annahme doch unter Referendumpflicht. Gemäss dem vorgeschlagenen Art. 56a müsste das Abkommen dagegen «nötigenfalls gekündigt werden». Was gilt nun?

Geht man davon aus, dass Art. 190 gilt, so bewirkt die vorgeschlagene Volksinitiative grundsätzlich nichts sondern hat einzig Auswirkungen auf die EMRK. Die bilateralen Verträge mit der EU würden dagegen gestärkt, unterstanden diese doch allesamt dem Referendum (auch ein allfälliges zukünftiges Rahmenabkommen bliebe durch die Initiative damit unberührt). Geht man davon aus, dass Art. 56a gilt, so käme dies einer Ermächtigung des Bundesrats gleich, auch referendumpflichtige völkerrechtliche Verträge ohne explizite Gutheissung der Stimmbevölkerung zu kündigen. Dies ist aus demokratischer Sicht äusserst bedenklich.

19 Bericht des Bundesrates vom 12. Juni 2015, S. 21.

Wir haben jedoch bereits gesehen, dass sich der «Automatismus», den der geplante Artikel 56a anstrebt, nicht nur als zu summarisch erweist, sondern auch für die Volksrechte hinsichtlich der Wahl- und Abstimmungsfreiheit der Bürger problematisch ist. Erinnern wir uns: Es ist möglich einer Volksinitiative zuzustimmen, ohne jedoch die betreffenden völkerrechtlichen Verträge infrage stellen zu wollen.²⁰ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Selbstbestimmungsinitiative mit ihren Widersprüchen eine Quelle der Rechtsunsicherheit für die Schweiz darstellt. Dabei zeigt gerade die Masseneinwanderungsinitiative vom 9. Februar 2014 deutlich, wie wichtig es ist, dass sich die Stimmbevölkerung vorab über Folgen der Annahme einer Volksinitiative bewusst ist. Angesichts der Komplexität dieser Thematik können Patentrezepte und Einheitslösungen nicht der Königsweg sein. Man sollte stattdessen neue Instrumente entwickeln, mit denen sich die Bürger zu den Konsequenzen eindeutig äussern können.

Dazu sind etwa folgende zwei Vorschläge denkbar. Erstens: Um die Absichten der Stimmbevölkerung hinsichtlich internationaler Verträge, die einer vorgeschlagenen Volksinitiative widersprechen, zu ermitteln, könnten die Bürger bei der Stimmabgabe auf Wunsch der Initianten aufgefordert werden, sich zum Schicksal ebensolcher Verträge zu äussern.²¹ Eine Antwort auf die Frage, ob entweder die Verträge angepasst oder sogar gekündigt wer-

den sollten, oder aber ob die Volksinitiative unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Verträge umgesetzt werden sollte, würde für Klarheit hinsichtlich des Mandats des Bundesrats sorgen und gleichzeitig dessen Massnahmen demokratisch stärker legitimieren.

Der zweite Vorschlag lehnt sich an den ersten an und schlägt die Einführung eines Initiativrechts des Volkes über völkerrechtliche Verträge vor, mit dem die Bürger die Annahme, die Änderung oder die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrags fordern könnten. Ein solches Recht existiert bereits in mehreren Kantonen.²² Auf Bundesebene besteht diese Möglichkeit zudem bereits als Verfassungsinitiative.²³ Angesichts der Relevanz dieser Frage sollte die Einführung eines solchen echten, beziehungsweise expliziten aussenpolitischen Initiativrechts analysiert werden.

6. Fazit

Die Schweiz als souveräner Staat ist zahlreiche völkerrechtliche Verpflichtungen eingegangen. Die Eidgenossenschaft ist frei, dies zu tun. Sie ist ebenfalls frei, sich von solchen Verpflichtungen durch Kündigung völkerrechtlicher Verträge zu befreien.²⁴ Das Völkerrecht ist der Schweiz keineswegs aufgezwungen. Im Gegenteil, es ermöglicht ihr Verpflichtungen mit Partnern einzugehen und ihre eigenen Interessen zu vertreten und zu verteidigen. Mit anderen Worten, nur über das Völkerrecht ist sie auch international handlungsfähig. Als

20 Vgl. *Volksinitiativen und Völkerrecht*, Eine Lösung, um Vertragsbrüche zu vermeiden, Analyse in *foraus* vom November 2014; zu diesem Punkt vgl. auch YVES PETIGNAT, Ce que le peuple a dans le ventre, in *Le Temps* vom 14. März 2015.

21 Dieser Vorschlag entspricht jenem (Vorschlag 2) in der *foraus*-Analyse vom November 2014 (ANINA DALBERT/STEFAN SCHLEGEL/FANNY DE WECK, *Volksinitiativen und Völkerrecht*, <http://www.foraus.ch/#!/themen/c/content-185-Volksinitiativen-und-Vlkerrecht>). Demnach könnte das Initiativkomitee das Wahlvolk auffordern, mittels einer Ergänzungsfrage seine Meinung zur Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, die vom Initiativtext betroffen sind, kundzutun.

22 Bern, Schaffhausen, Schwyz, Waadt und Zürich.

23 Es ist heute also durchaus möglich, die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrags wie der EMRK über eine Verfassungsinitiative zu verlangen.

24 Ausgenommen sind ausservertragliche völkerrechtliche Verpflichtungen, wie etwa das zwingende Völkerrecht.

Die Volksinitiative in Bezug auf völkerrechtliche Verträge in den Kantonen

Wie der Kanton Bern, der Pionier in dieser Frage, haben mehrere Kantone in ihren Verfassungen ein echtes Initiativrecht des Volkes in Bezug auf völkerrechtliche Verträge eingeführt. Der folgende Verfassungsartikel des Kantons Bern verankert das Initiativrecht des Volkes in Bezug auf völkerrechtliche Verträge:

«Mit einer Initiative kann das Begehren gestellt werden auf Kündigung oder Aufnahme von Verhandlungen über Abschluss oder Änderung eines interkantonalen oder internationalen Vertrags, soweit er der Volksabstimmung untersteht» (Artikel 58 Absatz 1 Buchstabe c).

Das Wahlvolk kann über eine Volksinitiative also fordern, dass die Behörden einen Vertrag annehmen, ändern oder kündigen. Ausser der Bedingung, dass dieser Vertrag in die Zuständigkeit des Kantons fällt, muss er einer Volksabstimmung (fakultativ oder obligatorisch) unterstanden haben, was der Fall ist, wenn sein Inhalt eine gewisse Bedeutung hat und er nicht alleine vom Regierungsrat (Kantonsregierung) ausgehandelt werden kann.

Die Regeln der anderen Kantone, die ein Initiativrecht eingeführt haben, sind ähnlich.

Vertragspartei und Rechtsstaat muss die Eidgenossenschaft aber auch ihre Verpflichtungen erfüllen. Das Völkerrecht ist dabei kein Korsett, das die Entscheidungsfreiheit der Eidgenossenschaft knebelt. Vielmehr trägt es zur Entscheidungsfreiheit und zu Handlungsmöglichkeiten der Schweiz auf internationaler Ebene bei. Dank zahlreicher Reformen wurde zudem in jüngerer Vergangenheit die Teil-

habe des Parlaments und der Bürger an der Aussenpolitik erheblich gestärkt. Beim Eingehen neuer wichtiger internationaler Vereinbarungen besteht stets die Referendumsmöglichkeit.

Das Völkerrecht ist der Schweiz keineswegs aufgezwungen. Im Gegenteil, es ermöglicht ihr Verpflichtungen mit Partnern einzugehen und ihre eigenen Interessen zu vertreten und zu verteidigen. Mit anderen Worten, nur über das Völkerrecht ist sie auch international handlungsfähig.

Die Annahme der *Selbstbestimmungsinitiative* hätte zweifellos gravierende Probleme zur Folge, die sich nicht nur auf die (bereits verheerenden) Auswirkungen einer Kündigung der Menschenrechtskonvention beschränken würden. Die Berücksichtigung des Völkerrechts bei der Umsetzung und Anwendung einer Verfassungsrevision ist eine komplexe Aufgabe, da die entsprechenden Regelwerke Ausdruck unterschiedlicher Absichten sind, die zu verschiedenen Zeiten und unter unterschiedlichen Umständen geäussert werden. Die *Selbstbestimmungsinitiative* trägt dieser Komplexität nicht Rechnung. Sie schlägt zudem allgemeine Reformen vor, obwohl sie klar auf einen bestimmten Vertrag abzielt (die EMRK). Dabei bestünde für die Initianten die Möglichkeit, explizit die Kündigung dieses oder anderer Vertragstexte zu verlangen.

Bei *foraus* aktiv werden

als Mitglied

Eine Mitgliedschaft in unserem einzigartigen Netzwerk und ein ehrenamtliches Engagement bei *foraus* steht jeder und jedem offen. Wir bieten Dir Zugang zu einem hochkarätigen Netzwerk, spannenden Persönlichkeiten der Schweizer Aussenpolitik und der Möglichkeit, Dein wissenschaftliches Know-How in die öffentliche Debatte zu tragen.

als Autor

foraus ermöglicht es Dir, Herausforderungen der Schweizer Aussenpolitik konkret anzupacken und bietet dir eine Plattform, Deine innovativen Ideen für die Schweizer Aussenpolitik im Rahmen eines Diskussionspapiers oder einer Kurzanalyse zu publizieren.

als Gönner

Unser Gönnerverein «Cercle des Donateurs» trägt zur Verbreiterung der Trägerschaft bei und bietet interessierten Persönlichkeiten die Möglichkeit, *foraus* nachhaltig zu unterstützen und zu fördern.

Neuste Publikationen

foraus Kurzanalyse

Die neue Alpenraumstrategie der EU im Gesamtkontext europäischer Makroregionen. Lessons learned, Chancen und Herausforderungen für die Schweiz.

foraus Diskussionspapier 27

«Gemeinsame» statt «fremde Richter»: Ein Vorschlag zur Streitbeilegung als Teil des institutionellen Rahmenabkommens Schweiz-EU.

foraus Diskussionspapier 26

Geht es in Richtung Datenparadies? Die Schweiz und Cloud Computing in der Post-Snowden-Ära.

www.foraus.ch

Zürich | *foraus* - Forum Aussenpolitik | Röschibachstrasse 24 | 8037 Zürich
office@foraus.ch | +41 44 501 68 65

Geneve | *foraus* - Forum de politique étrangère | c/o IHEID | CP 136 | 1211 Genève 21
bureau_romandie@foraus.ch | +41 22 908 44 56

PC-Konto: 60-176892-9