

Die „Selbstbestimmungsinitiative“ im Lichte des Verfassungsrechts

(Referat von Heinrich Koller am Briefing vom 13.6.2016 in Bern)

Einleitung

Die Selbstbestimmungsinitiative der SVP möchte das Verhältnis des innerstaatlichen Rechts gegenüber dem Völkerrecht neu ordnen und der Verfassung einen absoluten Vorrang vor dem Völkerrecht einräumen (Art. 5 Abs. 4 E-BV). Konkret will die SVP in der BV verankern, dass die Verfassung „die oberste Rechtsquelle“ der Eidgenossenschaft ist und keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingegangen werden dürfen, die der BV widersprechen; im Falle eines Widerspruchs müsse die völkerrechtliche Verpflichtung nötigenfalls gekündigt werden (Art. 56a E-BV). Damit würde es möglich, mit einer Verfassungsinitiative internationale Verträge (einschliesslich der Verpflichtungen aus der EMRK) umzustossen – eine gefährliche Verabsolutierung der direkten Demokratie, ein Frontalangriff auf die rechtsstaatlichen Grundprinzipien (wie die Beachtung der Menschenrechte) und auf die Verlässlichkeit der Schweiz als Vertragspartner. Das sind wahrlich gute Gründe, sich auf die Rolle des Völkerrechts zu besinnen und über das gegenseitige Verhältnis nachzudenken.

1. Grundfragen des Verhältnisses Völkerrecht – Landesrecht

1.1. Zwei sich ergänzende Teile der Gesamtrechtsordnung

Gesellschaftliche und politische Fragen lassen sich heutzutage nur mehr beschränkt auf nationaler Ebene lösen. Die zunehmende Interdependenz von Völkerrecht und Landesrecht ist offensichtlich. Die Frage der Stellung des Völkerrechts im nationalen Recht ist angesichts der gegenseitigen Durchdringung für das moderne Verfassungsrecht deshalb von zentraler Bedeutung. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Feststellung, dass sich Landesrecht und Völkerrecht heute sinnvollerweise nur noch als „sich gegenseitig bedingende, sich ergänzende, über weite Strecken konvergierende, allenfalls auch divergierende Teile einer rechtlichen Gesamtordnung“ richtig erfassen lassen (D. THÜRER). Völkerrecht und Landesrecht unterscheiden sich indes von ihrer Natur und ihrer Struktur her wesentlich voneinander, was die gegenseitige Zuordnung schwierig macht.

Das Völkerrecht verlangt von den Staaten, dass sie ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen auch innerstaatlich wahrnehmen. Völkerrechtliche Verpflichtungen sind nach Treu und Glauben zu erfüllen (*pacta sunt servanda*). Eine Vertragspartei darf sich

nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichteinhaltung eines Vertrages zu rechtfertigen (Art. 26 und 27 WVK). Die Frage, wie das nationale Recht diesen Vorgaben intern Nachachtung verschaffen will (Dualismus/Monismus), beantwortet das Völkerrecht jedoch nicht. Es gibt keine Formel „Völkerrecht bricht Landesrecht“ wie wir das im internen Recht im Verhältnis Bund – Kantone kennen (Art. 49 Abs. 1 BV).

1.2. Unterschiedliche Rechtsquellen und Strukturen

Landesrecht und Völkerrecht unterscheiden sich in Vielem. Sie haben eine unterschiedliche *Legitimationsgrundlage* (demokratische Fundierung und Selbstbestimmung einerseits, „rule of law“ [Rechtsstaatlichkeit] beruhend auf Vertrauenswürdigkeit, Gegenseitigkeitserwartung, Verlässlichkeit andererseits). Sie unterscheiden sich auch in den Formen der *Rechtserzeugung* und *Rechtsdurchsetzung* (kein zentrales Rechtssetzungsorgan, keine zwingende obligatorische Gerichtsbarkeit). Vor allem aber hinsichtlich der *Rechtsquellen*. Dazu gehören gemäss Art. 38 IGS:

- die internationalen Übereinkünfte (völkerrechtliche Verträge);
- das internationale Gewohnheitsrecht (Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannter Übung);
- die allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze;
- die gerichtlichen Entscheide und anerkannte Lehrmeinungen als Auslegungshilfen.

Das Völkerrecht ist auch anders strukturiert. Es setzt sich zusammen aus Regeln und Grundsätzen, geschriebenem und ungeschriebenem, zwingendem, verbindlichem und weichem Recht, bedeutsamen und weniger bedeutsamen Normen. Es ist nicht streng hierarchisch und pyramidal strukturiert wie das Landesrecht (Bundesrecht, Kantons- und Gemeinderecht, Verfassung, Gesetz, Verordnung), sondern gleicht einer heterogenen Masse von Regeln und Grundsätzen. Dennoch haben sich innerhalb des Völkerrechts gewisse hierarchische Strukturen herausgebildet. Mit Blick auf das schweizerische Verfassungsrecht ist vor allem die Kategorie des „ius cogens“ (zwingendes Völkerrecht) von Bedeutung, weil die Beachtung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts eine unabdingbare Voraussetzung jeder Verfassungsänderung darstellt (Art. 139 und 193 f. BV).

1.3. Einordnung des Völkerrechts in das Landesrecht

Die schweizerische Verfassungsordnung geht traditionell vom System des Monismus aus, wonach Völkerrecht und Landesrecht eine Einheit bilden und völkerrechtliche

Verpflichtungen ohne einen besonderen Umsetzungsakt zum integrierenden Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung werden und Geltung erlangen. Die BV äussert sich zu dieser Frage zwar nicht ausdrücklich, doch findet der Monismus in mehreren Bestimmungen seinen Ausdruck: Der Begriff „Recht“ in Art. 5 Abs. 1 BV umfasst auch das Völkerrecht, und gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten; nach Art. 163 Abs. 2 BV werden die Staatsverträge bloss in der Form eines BB genehmigt, und Art. 190 BV bestimmt, dass das Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend ist.

Als integrierender Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung entfaltet das internationale Recht die gleichen Wirkungen wie das nationale Recht; sie sind Teile eines bipolaren, aufeinander abgestimmten Systems. Bildhaft gesprochen könnte man sagen, das Konglomerat Völkerrecht überlagere und durchdringe das Landesrecht wie eine Hülle. Damit ist freilich noch nicht bestimmt, wie ein Konflikt zwischen einer völkerrechtlichen und einer landesrechtlichen Norm im konkreten Fall aufzulösen ist.

Man wird als erstes versuchen – so will es die Praxis – die landesrechtlichen Normen völkerrechtskonform auszulegen. Ist diese harmonisierende Auslegung nicht möglich, kommt es darauf an, welche Norm vorgeht. Die erwähnten Art. 5 Abs. 4 und 190 BV geben darauf keine Antwort. Die BV wollte diese Frage – wie der Botschaft zur BV von 1999 zu entnehmen ist – bewusst nicht beantworten. Sie überlässt die Antwort wie bis anhin Lehre und Praxis, die vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ausgehen.

2. Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht

2.1. Impliziter Vorrang des Völkerrechts

Das Verhältnis zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen wird in der BV mehrfach angesprochen, insgesamt aber macht das schweizerische Recht keine klare Aussage zur Normenhierarchie und zur Lösung von Konflikten von staatlichem Recht und Völkerrecht. Einzig dem zwingenden Völkerrecht räumt die BV eine klare Vorrangstellung ein. Allerdings belegen zahlreiche Bestimmungen der BV eine völkerrechtsfreundliche Haltung der BV (Präambel, Zweck, EMRK-Bezug der Grundrechte, Zuständigkeiten in der Aussenpolitik). Die Organe des Bundes haben denn auch im Einklang mit der in der Schweiz herrschenden Lehre den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts wiederholt anerkannt und bestätigt. Gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der BV lässt sich vorerst Folgendes festhalten:

- Art. 5 Abs. 4 verpflichtet Bund und Kantone in allgemeiner Weise dazu, das Völkerrecht zu beachten. Damit wird im Grundsatz der Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht anerkannt (ohne eine eigentliche Kollisionsnorm aufzustellen).
- Lehre und Praxis sind sich einig, das Völkerrecht im Rang über dem kantonalen Recht und über den Verordnungen des Bundes steht. Die völkerrechtliche Norm geht im Konfliktfall vor (art. 190 BV).
- Auch der Bundesgesetzgeber ist zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet. Es ist aber nach dem heutigen Stand der Praxis in besonderen Fällen möglich, dass ein Rechtsanwendungsorgan im Konfliktfall dennoch eine völkerrechtswidrigen Gesetzesnorm anwendet (vgl. nachfolgend Ziff. 2.2.).
- Im Verhältnis zum Verfassungsrecht gilt es zu differenzieren. Mit der Nennung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als Schranke der Verfassungsrevision (Art. 139 und 193 f. BV) bringt der Verfassungstext zum Ausdruck, dass diese im Rang über dem nationalen Verfassungsrecht stehen. Das einfache, also nicht zwingende Völkerrecht genießt hingegen keinen (absoluten) Vorrang vor dem Verfassungsrecht (dazu nachfolgend Ziff. 2.3.).

2.2. Grundsätzlicher Vorrang gegenüber Bundesgesetzen

Ursprünglich ging das Bundesgericht davon aus, dass die völkerrechtliche Norm im Konfliktfall der bundesgesetzlichen Norm prinzipiell vorgehe; dann ging es von der Gleichrangigkeit aus und gab der jüngeren Norm den Vorzug. Im Fall Schubert entschied sich das Bundesgericht 1973 für den Vorrang des Bundesgesetzes, falls der Gesetzgeber einen allfälligen Widerspruch bewusst in Kauf genommen habe (sog. Schubert-Praxis). Im sog. PKK-Fall führte das Bundesgericht 1999 aus, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgehe, mit der Folge, dass einer solchen Norm im Einzelfall die Anwendung versagt bleibe. Dies dränge sich umso mehr auf, „wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient“. Konsequenterweise müsste das Bundesgericht fortan einer bundesgesetzlichen Norm die Anwendung versagen, wenn diese gegen eine EMRK-Bestimmung oder gegen eine vergleichbare internationale Menschenrechtsgarantie verstösst. Über die Weiterführung der Schubert-Praxis ist damit freilich noch nicht entschieden.

2.3. Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht

Konflikte mit dem Völkerrecht sind bisher nur durch Volksinitiativen entstanden. Auf

diese Weise sind zum Teil völkerrechtswidrige Vorschriften in die BV gelangt, allerdings durch völkerrechtskonforme Auslegung bei der Umsetzung auf der Gesetzesstufe wieder relativiert worden. Klar ist, dass eine Verfassungsrevision die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen darf (Art. 193 f. BV). Dementsprechend muss eine Volksinitiative, welche solche Bestimmungen verletzt, für ganz oder teilweise ungültig erklärt werden (Art. 139 BV). Nach gegenwärtiger Auffassung genießt das nichtzwingende Völkerrecht zwar einen prinzipiellen Vorrang vor dem Gesetzes- und Ordnungsrecht sowie dem kantonalen Recht, aber keinen Vorrang vor dem Bundesverfassungsrecht. Es stellt sich also die Frage, wie mit Volksinitiativen zu verfahren ist, die einen Staatsvertrag verletzen.

Grundsätzlich sind Volksinitiativen, die mit nichtzwingendem Völkerrecht (z.B. einem Staatsvertrag) kollidieren, für gültig zu erklären. Kann mit der harmonisierenden Auslegung keine Übereinstimmung mit dem Staatsvertrag hergestellt werden, ist eine Neuverhandlung, allenfalls die Kündigung des Staatsvertrages ins Auge zu fassen (sofern dieser überhaupt kündbar ist). Offen bleibt die Frage, ob und unter welchen Umständen die Schubert-Praxis (Wille des Parlaments) oder auch die PKK-Praxis (Menschenrechtsbezogenheit) auch auf der Verfassungsebene Anwendung finden könnte.

2.4. Fazit: Keine starre Hierarchie

Aus den Bestimmungen der BV und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich keine starre Hierarchie im Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht ableiten. Einzig den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts wird eine unbedingte Vorrangstellung eingeräumt. Angesichts der zunehmenden Anzahl fraglicher Initiativen wäre eine Klärung des Verhältnisses nützlich. Dabei sollten nicht schematische, sondern differenzierende Lösungsansätze im Vordergrund stehen (G. Biaggini). Zu beachten wäre etwa die Bedeutung der involvierten Normen. Grundrechtsgewährleistungen (ob national oder international) sollten in jedem Fall angewendet werden. Im konkreten Fall müsste wohl im Sinne einer Güterabwägung und unter Beachtung der vorgeannten Grundsätze eine Lösung gesucht werden.

3. Selbstbestimmungsinitiative und ihre Folgen

3.1. Zielscheibe des Angriffs auf die bisherige Ordnung

Der Angriff auf die bisher gültige Regelung vom grundsätzlichen Vorrang des Völker-

rechts zielt wesentlich auf die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Konkretisierung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sowie auf all-fällige „fremde Richter“ in Anwendung eines Abkommens mit der EU. Es ist hier nicht der Ort, die Bedeutung und den unschätzbaren Wert der Zugehörigkeit der Schweiz zu diesem Raum der Menschenwürde und der Grundrechtsgarantien zu beleuchten. Dass gelegentlich Urteile ergehen, die nicht nach unserem Geschmack sind, tut nichts zur Sache. Fest steht, dass die Schweiz als Vertragspartei bis zum Ablauf des vertraglich vorgesehenen Kündigungsverfahrens verpflichtet bleibt, die Konvention einzuhalten. Wenn sich die Stimmbürger tatsächlich langfristig für eine Isolierung und Distanzierung der Schweiz von Europa entscheiden sollten, wie sie etwa mit der Kündigung der EMRK und damit wohl auch einem Austritt aus dem Europarat verbunden wäre, hätte das für das Ansehen der Schweiz, ihre Glaubwürdigkeit in der Vertretung humanitärer Anliegen und ihre Verlässlichkeit in der Staatengemeinschaft unschätzbare Konsequenzen.

Anfänglich stand offenbar bei der Erarbeitung der Selbstbestimmungsinitiative auch der Übergang zu einem dualistischen System zur Diskussion. Dabei ist die automatische Übernahme auch für den Bürger von Vorteil. Das Prinzip wurde ganz wesentlich zum Rechtsschutz des Einzelnen entwickelt, der sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann unmittelbar auf völkerrechtliche Bestimmungen berufen kann, wenn diese inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.

3.2. Innerstaatliches Recht entbindet nicht vor der Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Völkerrechtliche Bestimmungen können nicht durch landesrechtliche Normen geändert oder ausser Kraft gesetzt werden, weder in der Form eines Gesetzes noch der Verfassung. Staatsverträge, die die Schweiz als Völkerrechtssubjekt abgeschlossen hat, verpflichten sie. Es bleibt als Alternative nur eine Neuverhandlung oder die Kündigung der entsprechenden Verträge.

Als problematisch erweist sich auch die Referendums Klausel (Art. 190 E-BV). Danach sollen das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden nur noch an völkerrechtliche Verträge gebunden sein, die dem Referendum unterstanden haben. Das gilt gemäss der Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 12) für alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der BV und alle völkerrechtlichen Verpflichtungen des

Bundes und der Kantone. Das könnte zu absurden Situation führen, weil etwa die EMRK mit ihren Grundrechtsgarantien für das Bundesgericht nicht mehr massgebend wäre, im Unterschied zum UNO-Pakt II, der die gleichen Grundrechte verbürgt.

3.3. Absage an die Menschenrechte und an die Verlässlichkeit der Schweiz

Wenn die Schweiz mit einer Verfassungsinitiative völkerrechtliche Verpflichtungen über Bord werfen, z.B. islamfeindliche, gegen die Religionsfreiheit verstossende Anordnungen treffen könnte, käme das einer Absage an die Menschenrechte gleich. Die Schweiz würde sich dafür vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verantworten müssen, und falls sie sich der Pflicht zur Anpassung der entsprechenden Normen widersetzen würde, müsste sie die entsprechenden Sanktionen (hin zur Suspendierung ihrer Mitgliedschaft im Europarat) gewärtigen. Ähnlich verhält es sich, wenn die Schweiz nach Abschluss eines bilateralen Vertrages mit einer Verfassungsinitiative das Ganze rückgängig machen würde. Das würde die Verlässlichkeit der Schweiz als Vertragspartner längerfristig mit Sicherheit schwer gefährden.

3.4. Verabsolutierung der Volkssouveränität

Die Selbstbestimmungsinitiative stellt letztlich auch eine unzulässige Verabsolutierung der Volkssouveränität dar. Das Volk kann nicht alles. Es ist eingebunden in das von ihm selbst und der Staatengemeinschaft geschaffene Staatsgebilde und angehalten zur Einhaltung der Menschenrechte und der Verfahrensprinzipien. Allmachtsansprüche – „das Volk kann alles“! – und die Inanspruchnahme und Verabsolutierung des Volkswillens, wie sie der Selbstbestimmungsinitiative derzeit verbreitet vorkommen, verkennen, dass Demokratie und Rechtsstaat (und dazu gehört auch die Vertragstreue) aufeinander bezogen sind, sich gegenseitig bedingen und das eine nicht ohne das andere zu haben ist. Es geht auch hier nicht um eine Frage der Über- oder Unterordnung des einen Prinzips, sondern um eine differenzierte Zuordnung.

Fazit