



12. Juni 2015

Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 13.3805

Übersicht

Das Postulat 13.3805 erteilt zwei Prüfaufträge. Erstens ist Bericht zu erstatten über die Einführung des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter. Zweitens sollen die Folgen untersucht werden, wenn das Völkerrecht innerstaatlich nach Massgabe seiner demokratischen Legitimation abgestuft (hierarchisiert) würde. Aus dieser Abstufung würde eine Regel zur Lösung von Normkollisionen resultieren: Bei einem Widerspruch zwischen einer völkerrechtlichen und einer landesrechtlichen Norm des Bundesrechts hätte die demokratisch stärker legitimierte Norm den Vorrang.

Die Bundesbehörden anerkennen schon heute ein in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich vorgesehenes obligatorisches Referendum. Dieses kann dann zum Zuge kommen, wenn der in Frage stehende völkerrechtliche Vertrag von derartiger Bedeutung ist, dass ihm Verfassungsrang zukommt. Der Bundesrat hatte im Jahr 2010 dem Parlament beantragt, dieses Referendum im Verfassungstext ausdrücklich zu verankern (direkter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!»). Das Parlament ist indessen auf diesen Gegenentwurf nicht eingetreten.

Die im Postulat vorgeschlagene Vorrangregel verspricht Transparenz und einfache Handhabbarkeit. Doch könnten diese Versprechen in der Praxis nur teilweise eingelöst werden. Die Schweiz ist an die von ihr eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden, unabhängig davon, welche Ergebnisse eine innerstaatliche Vorrangregel liefert. Der Vorschlag des Postulats könnte dazu führen, dass Normkonflikte vermehrt zugunsten des Landesrechts gelöst würden. Die Probleme lösen sich damit allerdings nicht auf, sondern verlagern sich und zwar im Wesentlichen auf die Ebene des Völkerrechts. Damit verbunden wären negative Auswirkungen auf die Glaubwürdigkeit der Schweiz als verlässliche Vertragspartnerin. Hinzu kommt, dass eine aus der Hierarchisierung des Völkerrechts abgeleitete Vorrangregel in vielen Fällen gar keine Anwendung fände; beispielsweise im praktisch relativ häufigen Fall, wenn demokratisch gleichermassen legitimierte Normen kollidieren. Aus diesen Gründen sollte nach Auffassung des Bundesrats die Idee einer Hierarchisierung des Völkerrechts nach seiner demokratischen Legitimation nicht weiter verfolgt werden.

Inhalt

Übersicht.....	2
1 Ausgangslage	4
1.1 Prüfauftrag des Parlaments: Postulat 13.3805.....	4
1.2 Elemente im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.....	4
1.3 Die Rechtslage nach geltendem Recht	5
1.3.1 Keine Vorgaben des Völkerrechts zum Verfahren der Vertragsgenehmigung.....	5
1.3.2 Referendumpflicht völkerrechtlicher Verträge	5
1.3.3 Keine Vorgaben des Völkerrechts zu seinem innerstaatlichen Rang.....	6
1.3.4 Rang des Völkerrechts im schweizerischen Landesrecht	6
1.4 Stand der Diskussionen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht	8
1.4.1 Wiederholte Thematisierung	8
1.4.2 Zwei bundesrätliche Berichte zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht.....	8
1.4.3 Vernehmlassungsvorlage und Abschreibungsantrag des Bundesrats	9
1.4.4 Beratungen in den zuständigen Parlamentskommissionen	9
1.4.5 Erledigte und hängige parlamentarische Vorstösse.....	9
1.4.6 Selbstbestimmungsinitiative.....	10
2 Obligatorisches Referendum für Staatsverträge mit verfassungsähnlichem Charakter	10
2.1 Das fakultative und das obligatorische Staatsvertragsreferendum.....	10
2.2 Ungeschriebenes Verfassungsrecht («Referendum sui generis»)	11
3 Rangordnung und Vorrangregeln innerhalb des Völkerrechts	12
3.1 Übersicht über die Völkerrechtsquellen.....	12
3.2 <i>Ius cogens</i> (zwingendes Völkerrecht)	13
3.3 Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Normen des Völkerrechts.....	14
3.3.1 Das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Verträgen	14
3.3.2 Das Verhältnis zwischen den übrigen Normen des Völkerrechts.....	14
3.4 Ansätze einer Normenhierarchie im Völkerrecht?	15
4 Innerstaatliche Rangordnung völkerrechtlicher Normen nach Massgabe ihrer demokratischen Legitimation	16
4.1 Demokratische Legitimation völkerrechtlicher Verträge und landesrechtlicher Erlasse	16
4.2 Formelles oder materielleres Hierarchisierungskriterium?	17
4.3 Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze	18
4.4 Kollision zwischen Normen mit gleicher demokratischer Legitimation	18
4.5 Bestehende völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter.....	19
4.6 Auswirkungen eines Vorrangs des innerstaatlichen Rechts auf der Ebene des Völkerrechts.....	20
4.7 Fazit	21
Literaturverzeichnis.....	22
Materialienverzeichnis	23

1 Ausgangslage

1.1 Prüfauftrag des Parlaments: Postulat 13.3805

Mit dem vorliegenden Bericht erfüllt der Bundesrat das Postulat 13.3805 der FDP-Liberale Fraktion vom 25. September 2013, das der Nationalrat am 21. März 2014 angenommen hat. Es greift zwei Elemente im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht heraus. Einerseits die *Rangfrage* und andererseits die Frage der *direktdemokratischen Legitimation* von völkerrechtlichen Verträgen mit verfassungsähnlichem Charakter. Es lautet wie folgt:

«Der Bundesrat wird beauftragt, folgende Änderungen der Bundesverfassung zu prüfen und darüber Bericht zu erstatten:

1. die Einführung des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter;
2. eine innerstaatliche Rangordnung völkerrechtlicher Normen nach ihrer demokratischen Legitimation, sodass eine klare Hierarchie (und damit Konfliktregel) entsteht:
 - a. Bundesverfassung und Völkerrecht, das dem obligatorischen Referendum unterstand;
 - b. Bundesgesetze und Völkerrecht, das dem fakultativen Referendum unterstand;
 - c. Bundesrecht und Völkerrecht, das keinem Referendum unterstand;
 - d. kantonales Recht.

Dabei könnte es opportun sein, dass Völkerrecht, dem bei Inkrafttreten dieser Änderung bereits verfassungsmässiger Charakter zugesprochen wurde (namentlich die EMRK), weiterhin der ersten Stufe zugeordnet wird.

Sodann ist für den Konfliktfall unter Normen gleicher Stufe zu prüfen, ob die später erlassene Norm in der innerstaatlichen Anwendung in allen Fällen vorgehen soll (Lex-posterior-Regel) oder nur in qualifizierten Fällen (z. B. im Sinne der «Schubert-Regel»).»

Der Bundesrat hat am 13. Dezember 2013 die Annahme des Postulats 13.3805 beantragt, gleichzeitig aber in seiner Antwort auf Ziffer 2 des Postulats betont, dass die Möglichkeiten einer innerstaatlichen Rangordnung (Hierarchisierung) des Völkerrechts innerhalb des vorgegebenen völker- und verfassungsrechtlichen Rahmens eng begrenzt sein dürften. Dies vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat den Lösungsvorschlag im Jahr 2010 bereits untersucht und dazu kritisch Stellung genommen hat.¹

1.2 Elemente im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Beim Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht wird allgemein nach den drei folgenden Elementen unterschieden:²

- Erstens nach der innerstaatlichen *Geltung* des Völkerrechts,
- zweitens nach der innerstaatlichen *Anwendbarkeit* des Völkerrechts und
- drittens nach dem *Rang* des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht (eingehender dazu Ziff. 1.3.4 unten).

In der Schweiz *gilt* das Völkerrecht mit seinem Inkrafttreten unmittelbar auch im Landesrecht (Monismus); eine Übernahme durch Erlass eines Transformationsgesetzes ist nicht nötig (Dualismus). Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Monismus und Dualismus ist freilich beschränkt.

Völkerrechtliche Normen sind dann *direkt anwendbar*, wenn sie genügend konkret und bestimmt sind, so dass Private (natürliche und juristische Personen) daraus direkt Rechte und Pflichten ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen können.

¹ Im Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 9.3.2.

² Vgl. dazu und zum Folgenden den Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 5.1–5.4 (allgemein) und Ziff. 8.1–8.4 (betreffend das Schweizer Recht).

Nicht direkt anwendbare völkerrechtliche Normen müssen vom Gesetzgeber konkretisiert werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten begründen.

1.3 Die Rechtslage nach geltendem Recht

1.3.1 Keine Vorgaben des Völkerrechts zum Verfahren der Vertragsgenehmigung

Das Völkerrecht enthält keine Vorgaben, auf welche Weise die Staaten die innerstaatliche Genehmigung völkerrechtlicher Verträge auszugestalten haben. Es ist daher landesrechtlich (verfassungsrechtlich) festzulegen, welches Staatsorgan in welchem Verfahren (gegebenenfalls unter Mitwirkung der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger) zur Genehmigung berufen ist. Folglich obliegt der Entscheid über die verfassungstextliche Verankerung des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter dem schweizerischen Verfassungsgeber.

1.3.2 Referendumpflicht völkerrechtlicher Verträge

Die Bundesversammlung genehmigt die völkerrechtlichen Verträge; ausgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist (Art. 166 Abs. 2 BV). Von der Bundesversammlung zu genehmigende völkerrechtliche Verträge können weiter danach unterteilt werden, ob der Genehmigungsbeschluss dem fakultativen oder dem obligatorischen Referendum untersteht.

Dem *fakultativen* Staatsvertragsreferendum unterliegen völkerrechtliche Verträge, die (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV):

- unbefristet und unkündbar sind;
- den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen; oder
- wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.

Die direktdemokratische Beteiligung beim Verfahren zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen ist schrittweise ausgebaut worden. Heute kommen die Volksrechte im Bereich der völkerrechtlichen Verträge grundsätzlich in gleicher Weise zum Tragen wie in der innerstaatlichen Gesetzgebung (sog. Parallelismus). Nicht die Form – Gesetz oder völkerrechtlicher Vertrag –, sondern der Inhalt ist massgebend. «Was nach Artikel 164 BV «wichtig» ist und im referendumsfähigen Gesetz geregelt werden muss, ist im Falle eines internationalen Vertrages auch nach Artikel 141 BV «wichtig» und soll dem fakultativen Referendum unterstellt werden.»³

Der Parallelismus zwischen völkerrechtlichen Verträgen und Bundesgesetzen wird indessen nicht konsequent gehandhabt: Die Praxis von Bundesversammlung und Bundesrat hat es bisher erlaubt, dass Verträge, die zwar wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten, die aber inhaltlich weitgehend identisch sind mit bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Verträgen, nicht dem fakultativen Referendum unterstellt werden (vgl. zu diesen sogenannten «Standardabkommen» Ziff. 2.1 und 4.5 unten).

Sowohl die Befugnis des Bundesrats, Verordnungen zu erlassen, als auch die bundesrätliche Kompetenz zum selbstständigen Abschluss völkerrechtlicher Verträge orientieren sich am Grundsatz des Parallelismus. Auch die vom Bundesrat selbstständig abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge stützen sich auf eine demokratisch legitimierte Basis, denn die Ermächtigung des Bundesrates muss in einem Bundesgesetz oder in einem von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag verankert sein.

Dem *obligatorischen* Staatsvertragsreferendum unterliegen völkerrechtliche Verträge, die (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV):

³ Begründung zur Mo. SPK-N 04.3203 vom 22. April 2004 «Fakultatives Staatsvertragsreferendum. Parallelismus von staatsvertraglicher und innerstaatlicher Rechtsetzung». Vgl. zur Entstehungsgeschichte auch Botschaft Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!», Ziff. 2.

- den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit; oder
- den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften vorsehen.

Die Bundesbehörden und ein Teil der Lehre anerkennen darüber hinaus ein (ungeschriebenes) obligatorisches Staatsvertragsreferendum *sui generis* (eigener Art), das dann zum Zuge kommen kann, «wenn der in Frage stehende Staatsvertrag von derartiger Bedeutung ist, dass ihm Verfassungsrang zukommt.»⁴

1.3.3 Keine Vorgaben des Völkerrechts zu seinem innerstaatlichen Rang

Das Landesrecht kann bestimmen, welchen Rang es dem Völkerrecht innerhalb des nationalen Rechts zuweist und aus einer solchen Rangordnung auch Vorrangregeln ableiten. Das Völkerrecht enthält dazu keine direkten Vorgaben.⁵ Allerdings sind in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁶ zwei fundamentale, eng miteinander verknüpfte Regeln des Völkerrechts kodifiziert, die zumindest indirekt die Beurteilung der Rangfrage beeinflussen. Nach Artikel 26 WVK bindet ein in Kraft stehender völkerrechtlicher Vertrag die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen (Grundsatz *pacta sunt servanda*). Nach Artikel 27 WVK kann sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen (Verfassungs-, Gesetzes- oder Ordnungsrecht), um die Nichterfüllung einer völkerrechtlichen Verpflichtung zu rechtfertigen. Die genannten zwei Regeln haben gewohnheitsrechtliche Geltung.⁷ Ein Staat kann zwar völkerrechtswidrige Bestimmungen erlassen, die innerstaatlich Geltung und Anwendung beanspruchen und dem Völkerrecht vorgehen. Die Verletzung von Völkerrecht begründet aber in jedem Fall die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staats.⁸ Eine erhebliche Verletzung eines Vertrags durch eine Vertragspartei berechtigt die andere Vertragspartei ausserdem, die Vertragsverletzung als Grund für die Beendigung des Vertrags oder für seine gänzliche oder teilweise Suspendierung geltend zu machen (Art. 60 WVK).

1.3.4 Rang des Völkerrechts im schweizerischen Landesrecht

Die Frage nach dem Rang des Völkerrechts ist in der Praxis immer dann bedeutsam, wenn im Rahmen der Rechtsanwendung eine unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Norm möglicherweise einer landesrechtlichen Bestimmung widerspricht. Solche Widersprüche sind indessen in der Praxis relativ selten.⁹ Es wird stets versucht, mithilfe der völkerrechtskonformen Auslegung der landesrechtlichen Bestimmung einen Normenkonflikt zu vermeiden. Ist dies nicht möglich, so wäre es mit den Eigenheiten des Völkerrechts nicht vereinbar, unverändert die für das Landesrecht entwickelten Kollisionsregeln anzuwenden. Das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesgerichts tragen dem wie folgt Rechnung:

Ausgangspunkt ist Artikel 5 Absatz 4 BV. Gemäss dieser Verfassungsbestimmung *beachten* Bund und Kantone das Völkerrecht. Diese Formulierung stellt einen Kompromiss dar zwischen einer expliziten Verankerung des Vorrangs des Völkerrechts und unverbindlicheren Formulierungen wie «trägt Rechnung» oder «nimmt Rücksicht», die man andernorts in der Verfassung findet. Die Pflicht zur Beachtung verankert den Grundsatz, wonach völkerrechtliche Normen entgegenstehenden landesrechtlichen Normen vorgehen.¹⁰ Die Begründung für den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ergibt sich aus den Artikeln 26 und 27 WVK (vgl. Ziff. 1.3.3 oben).

⁴ Botschaft «Bilaterale II», Ziff. 6.4.1; vgl. auch Botschaft Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!», Ziff. 2.1.3.

⁵ Vgl. Häfelin / Haller / Keller, Rz. 1917; eine Ausnahme besteht allerdings im EU-Recht, wo der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) den Vorrang des EU-Rechts vor dem nationalen Recht als Vorgabe der EU-Grundverträge befürwortet; vgl. das Urteil des EuGH vom 15. Juli 1964, *Flaminio Costa gegen E.N.E.L.*, Rs. 6/64, Slg. 1964 1253, und die daran anknüpfende Rechtsprechung.

⁶ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111); in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990.

⁷ Vgl. die Hinweise bei Müller / Wildhaber, S. 148 f.

⁸ Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 5.4.

⁹ Vgl. dazu die anhand von Fallkategorien durchgeführte Analyse von Schürer.

¹⁰ Botschaft nBV, S. 135; Stellungnahme BJ / DV, S. 404 f.

Aus Artikel 5 Absatz 4 BV kann jedoch nicht geschlossen werden, dass die Verfassung den Vorrang des Völkerrechts vorbehaltlos anerkennt, wie dies für den Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht der Fall ist (vgl. Art. 49 Abs. 1 BV). Auch lässt sich aus Artikel 5 Absatz 4 BV keine Regel zur Lösung von Konflikten zwischen Völkerrechts- und Landesrechtsnormen ableiten. Gleiches gilt für das in Artikel 190 BV enthaltene «Anwendungsgebot», wonach *Bundesgesetze* und *Völkerrecht* für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Diese Bestimmung regelt weder den Rang des Völkerrechts, noch enthält sie eine Konfliktlösungsregel. Immerhin lässt sich Artikel 139 Absatz 3 BV sowie Artikel 193 Absatz 4 und Artikel 194 Absatz 2 BV (und Art. 53 WVK) entnehmen, dass die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts in der landesrechtlichen (und völkerrechtlichen) Normenhierarchie zuoberst stehen.

Dementsprechend anerkennt das Bundesgericht grundsätzlich den Vorrang des Völkerrechts, akzeptiert aber gewisse Ausnahmen zugunsten des Landesrechts. Seine Rechtsprechung lautet vereinfacht wie folgt:¹¹ Grundsätzlich geht Völkerrecht dem *Gesetzesrecht* vor. Ausnahmsweise, wenn die Bundesversammlung bewusst ein völkerrechtswidriges Gesetz erlassen hat, so ist dieses (spätere Gesetz) für das Bundesgericht massgebend («Schubert-Praxis»). Internationale Menschenrechtsgarantien (wie sie insbesondere die EMRK enthält) gehen jedoch dem Bundesgesetz stets vor («PKK-Praxis»¹²). Das Bundesgericht hielt fest, eine Kollision mit einem völkerrechtlichen Vertrag könne «von vornherein nur in jenen Fällen <bewusst> oder beabsichtigt sein, in denen anlässlich der Beratung des Bundesgesetzes die völkerrechtlichen Aspekte und Auswirkungen [...] resp. der mögliche Verstoss gegen Völkerrecht eingehend thematisiert wird.»¹³ Diese Rechtsprechung ist einigermaßen gefestigt, obwohl noch nicht sämtliche damit verbundenen Einzelfragen geklärt sind.¹⁴ Wenn heute von der (im Jahr 1973 begründeten) «Schubert-Praxis» gesprochen wird, so dürfte in den meisten Fällen die «PKK-Praxis» (1999) gemeint sein, die auch als «relativierte Schubert-Praxis» bezeichnet werden kann.

Die «PKK-Praxis» führt nur selten zur vorrangigen Anwendung des völkerrechtlichen Vertrags gegenüber einem *Bundesgesetz*.¹⁵ Wenn im umgekehrten Fall das bewusste Abweichen des Gesetzgebers vom völkerrechtlichen Vertrag geschützt wird, so begründet dies die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz; ausser das Handeln des Gesetzgebers werde als Auftrag aufgefasst, den widersprechenden völkerrechtlichen Vertrag neu auszuhandeln oder ihn zu kündigen.¹⁶

Eine vergleichbare Problematik besteht bei völkerrechtswidrigem *Verfassungsrecht*, das aufgrund einer angenommenen Volksinitiative zustande gekommen ist. Wenn die neue Verfassungsnorm dem Gesetzgeber keinen Weg zur völkerrechtskonformen Umsetzung offen lässt, so bleiben im Wesentlichen die folgenden Möglichkeiten, um den Normenkonflikt zu bereinigen:¹⁷ Erstens kann der Versuch unternommen werden, völkerrechtliche Verträge neu auszuhandeln bzw. an das neue Verfassungsrecht anzupassen oder es kann die Vertragskündigung erwogen werden. Zweitens steht Volk und Ständen auch der Weg offen, die völkerrechtswidrige Verfassungsnorm wieder zu ändern oder aufzuheben (Art. 192 Abs. 1 BV

¹¹ BGE 125 II 417 E. 4d; bestätigt namentlich in BGE 139 I 16 E. 5.1. Vgl. *Baumann*, S. 1010 ff., für eine Übersicht über die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rang des Völkerrechts.

¹² Diese Praxis geht zurück auf BGE 125 II 417. Ausgangspunkt für dieses Urteil bildete eine Anordnung des Bundesrats, Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei (PKK) einzuziehen.

¹³ BGE 138 II 524 E. 5.3.2.

¹⁴ So hat etwa das Bundesgericht in BGE 136 II 241 E. 16.1 festgestellt, dass auch völkerrechtliche Bestimmungen, die nicht zum Kreis der internationalen Menschenrechtsgarantien zählen, Vorrang gegenüber einer bundesgesetzlichen Norm beanspruchen können, die der Gesetzgeber im Bewusstsein der Völkerrechtswidrigkeit erlassen hat. Vgl. hingegen die Relativierung des Vorrangs internationaler Menschenrechtsgarantien in BGE 136 III 168 E. 3.3.4.

¹⁵ So etwa in BGE 133 II 450 E. 2.2 und 133 V 367 E. 11. Vgl. dazu auch *Schürer*, S. 122 und 124 ff., der zum Schluss gelangt, die fallspezifischen Eigenheiten (z.B. direktdemokratische Legitimation des betreffenden völkerrechtlichen Vertrags) seien für die Urteilsfindung nicht minder bedeutsam gewesen als der Rekurs auf die Vorrangregel gemäss PKK-Praxis.

¹⁶ Vgl. Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 8.6.2 (S. 2311).

¹⁷ Vgl. allgemein zur Problematik Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 9.6.

verankert die jederzeitige Revidierbarkeit der Verfassung). Schliesslich ist nicht ausgeschlossen, dass die Schweiz den Normenkonflikt (vorderhand) in Kauf nimmt und die sich daraus ergebenden Konsequenzen trägt, die je nach Art des betroffenen Vertrags und je nach Art der konkreten Vertragsverletzung ganz unterschiedlich sein können (z.B. Suspendierung oder Kündigung durch die andere Vertragspartei, Retorsionen, Repressalien usw.).¹⁸ Zum Umgang mit Kollisionen des Verfassungsrechts mit dem Völkerrecht hat sich das Bundesgericht noch nicht abschliessend festgelegt; auch in der Lehre herrscht keine einhellige Meinung.¹⁹

1.4 Stand der Diskussionen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

1.4.1 Wiederholte Thematisierung

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht im Allgemeinen und die Problematik völkerrechtswidriger Volksinitiativen im Besonderen ist vom Bundesrat und von der Bundesverwaltung wiederholt untersucht worden,²⁰ insbesondere anlässlich der Nachführung der Bundesverfassung und im Rahmen der Reform der Volksrechte. Die Frage wurde schliesslich im Jahr 2006 in einem Bericht des Bundesamts für Justiz (BJ) zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) wieder aufgenommen.²¹

1.4.2 Zwei bundesrätliche Berichte zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Im Jahr 2010 hat der Bundesrat das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht ausführlich beleuchtet und die Ergebnisse im gleichnamigen Bericht festgehalten.²² Dabei wurde deutlich, dass sich der Umgang der Schweiz mit dem Völkerrecht in einem Rahmen bewegt, der auch in anderen Staaten üblich ist. Das betrifft insbesondere auch die Frage, ob Völkerrecht dem Landesrecht im Konfliktfall vorgeht oder nicht (Rang des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung). Der Bundesrat hat insbesondere die Probleme diskutiert, die sich ergeben, wenn Volksinitiativen den nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts widersprechen; er hat Lösungen untersucht, die bei den Ungültigkeitsgründen und beim Verfahren der Vorprüfung von Volksinitiativen ansetzen.²³

In der Folge hat der Bundesrat drei konkrete Lösungsmöglichkeiten näher geprüft und die Ergebnisse im Jahr 2011 in einem Zusatzbericht dargelegt.²⁴ Er hat *erstens* empfohlen, das heutige Verfahren der Vorprüfung von Volksinitiativen zu stärken, indem vor Beginn der Unterschriftensammlung das BJ und die Direktion für Völkerrecht (DV) eine gemeinsame – das Initiativkomitee nicht bindende (konsultative) – Stellungnahme abgeben zur Vereinbarkeit der Verfassungsvorlage mit dem Völkerrecht. *Zweitens* hat er empfohlen, die Gültigkeit von Volksinitiativen weiteren materiellen Schranken als nur den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu unterstellen. Dabei hat der Bundesrat die Kerngehalte der Grundrechte der Bundesverfassung und das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot als mögliche Schranken diskutiert und schliesslich Erstere als geeignet und ausgewogen erachtet. *Drittens* untersuchte der Zusatzbericht die Möglichkeit, in der Bundesverfassung eine Konfliktregel zu verankern, welche bei Widersprüchen zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht den Vorrang festlegt. Der Bundesrat erachtete indessen eine solche Lösung als zu starr und

¹⁸ Vgl. für Näheres Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 6.2.

¹⁹ Vgl. BGE 139 I 16 E. 5.2 und 5.3; für eine Übersicht über die Lehrmeinungen und die Haltung des Bundesrats vgl. Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 8.6.1 und 9.3.3.

²⁰ Etwa in der im Jahr 1989 publizierten Stellungnahme BJ / DV. Vgl. auch die Übersicht zu früheren Debatten über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht bei Kley, S. 331–352.

²¹ Siehe Bericht BJ.

²² Siehe Bericht Völkerrecht / Landesrecht, veranlasst durch das Po. **07.3764** RK-S «Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht» und das Po. **08.3765** SPK-N «Volksinitiativen und Völkerrecht».

²³ Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 8.6.1, 8.7 und 9.6.

²⁴ Siehe Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht.

empfahl aus diesem Grund, von der Aufnahme einer Konfliktregel in den Verfassungstext abzusehen.

1.4.3 Vernehmlassungsvorlage und Abschreibungsantrag des Bundesrats

Die Staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat haben nach der Beratung des bundesrätlichen Zusatzberichts die Motionen 11.3468 (SPK-N) und 11.3751 (SPK-S) eingereicht und damit den Bundesrat beauftragt, auf der Basis seiner beiden Vorschläge eine konkrete Vorlage mit den nötigen Verfassungs- und Gesetzesänderungen auszuarbeiten. In der Vernehmlassung wurden die Vorschläge überwiegend kritisch aufgenommen.²⁵ Zweifel wurden insbesondere an der Wirksamkeit der Massnahmen und an der Vereinbarkeit mit der Wahl- und Abstimmungsfreiheit geäussert. Der Bundesrat beschloss deshalb, die Vorlage nicht weiterzuverfolgen und beantragte dem Parlament im Februar 2014, die genannten zwei Motionen abzuschreiben.²⁶

1.4.4 Beratungen in den zuständigen Parlamentskommissionen

Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK-N) hat am 12. August 2014 beschlossen, die Behandlung des bundesrätlichen Abschreibungsantrags bis zum Erscheinen des vorliegenden Berichts zum Postulat 13.3805, längstens aber für ein Jahr zu sistieren. Die Kommissionsmehrheit teilt die Auffassung, die mehrere Vernehmlassungsteilnehmer geäussert haben, wonach nicht am Handlungsbedarf, sondern an den vorgeschlagenen Lösungen zu zweifeln sei. Daher hielt die Kommission eine Abschreibung für verfrüht; es müsse geprüft werden, ob es bessere Lösungen gebe. Der vorliegende Postulatsbericht soll als Basis dienen für diese weiterführenden Diskussionen innerhalb der SPK-N.²⁷

Die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) hat sich – aus Anlass ihrer Beratungen zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» und zur Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)» – ebenfalls mit der vorliegenden Thematik beschäftigt. Die SPK-S ist der Ansicht, dass die heute geltenden Kriterien für die Ungültigerklärung von Volksinitiativen überprüft werden müssen. Dies aufgrund der Häufung von Volksinitiativen, welche mit den Grundrechten und grundlegenden rechtsstaatlichen Prinzipien im Konflikt stünden.²⁸

1.4.5 Erledigte und hängige parlamentarische Vorstösse

In den vergangenen Jahren sind mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht worden, die zum vorliegenden Thema Fragen aufwarfen oder auf konkrete Massnahmen abzielten.²⁹ In der Herbstsession 2014 hat der Nationalrat beschlossen, drei parlamentarischen Initiati-

²⁵ Die Vernehmlassungsunterlagen, die eingegangenen Stellungnahmen und der Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung sind einsehbar unter: <<http://www.bj.admin.ch>> (Rubriken «Staat und Bürger» / «Völkerrecht und Volksinitiativen»).

²⁶ Siehe Abschreibungsbericht.

²⁷ Vgl. Point de presse der SPK-N vom 12. August 2014, einsehbar unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20140024

²⁸ Medienmitteilung der SPK-S vom 22. August 2014, einsehbar unter: <http://www.parlament.ch/d/mm/2014/Seiten/mm-spk-s-2014-08-22.aspx>

²⁹ Vgl. die folgenden erledigten parlamentarischen Vorstösse: Pa. Iv. **07.477** Vischer «Gültigkeit von Volksinitiativen» (am 20. September 2011 keine Folge gegeben); Mo. **08.3249** Reimann «Verfassungsgrundlage für die Schubert-Praxis» (am 3. März 2010 abgelehnt); Pa. Iv. **09.414** Fraktion SVP «Völkerrecht soll Landesrecht nicht brechen» (am 14. September 2010 keine Folge gegeben); Pa. Iv. **09.466** Fraktion SVP «Definition des zwingenden Völkerrechts» (am 28. September 2010 keine Folge gegeben); Pa. Iv. **09.521** Moret «Gültigkeit von Volksinitiativen. Juristischer Entscheid vor Beginn der Unterschriftensammlung» (am 3. April 2011 keine Folge gegeben); Po. **09.3118** Heim «Mehr Transparenz zur Stärkung der Volksrechte» (am 18. März 2011 abgeschrieben); Po. **09.3676** Fraktion SVP «Völkerrecht und Landesrecht. Systemwechsel vom Monismus zum Dualismus» (am 12. Juni 2013 abgeschrieben); Pa. Iv. **10.494** Amherd «Volksinitiativen und Völkerrecht» (am 20. Mai 2011 zurückgezogen); Po. **10.3885** SPK-N «Entscheid über die Gültigkeit einer Volksinitiative vor der Unterschriftensammlung» (am 12. Juni 2013 abgeschrieben); Anfrage **12.1031** Caroni «Vereinbarkeit von Volksrechten und Völkerrecht. Verfeinertes Modell für die unverbindliche Vorprüfung» (am 16. Mai 2012 vom Bundesrat beantwortet). Vgl. ferner die Hinweise in Fn. 22.

ven keine Folge zu geben, die im Wesentlichen auf eine Stärkung des Landesrechts gegenüber dem Völkerrecht zielten.³⁰ Schliesslich sind im Zeitpunkt der Verabschiedung dieses Berichts noch drei parlamentarische Vorstösse mit thematischer Verwandtschaft hängig (in den Räten noch nicht behandelt): Die Motion 14.3221 Reimann vom 21. März 2014 «Dualismus statt Monismus», die Motion Fraktion Grüne 14.3510 vom 19. Juni 2014 «Gesetzliche Grundlage für eine Verfeinerung der Kriterien zur Ungültigerklärung von Volksinitiativen» und das Postulat Schneider-Schneiter 14.4250 «Schutz des Völkerrechts und der direkten Demokratie».

1.4.6 Selbstbestimmungsinitiative

Am 10. März 2015 wurde die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» lanciert. Hauptinhalt der Initiative ist die Verankerung einer Kollisionsregel, wonach das Verfassungsrecht dem Völkerrecht vorgeht (unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts).³¹

2 Obligatorisches Referendum für Staatsverträge mit verfassungsähnlichem Charakter

2.1 Das fakultative und das obligatorische Staatsvertragsreferendum

Die Bundesverfassung sieht heute in Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV vor, dass Staatsverträge, mit denen die Schweiz Organisationen für kollektive Sicherheit oder supranationalen Gemeinschaften beitreten will, dem obligatorischen Referendum unterstehen. Dem fakultativen Referendum unterworfen sind gemäss Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV Staatsverträge, die unbefristet und unkündbar sind, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten bzw. deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert (vgl. Ziff. 1.3.2 oben).

Das Staatsvertragsreferendum wurde 1921 aufgrund einer Volksinitiative eingeführt; dem fakultativen Referendum wurden damals unbefristete oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossene Staatsverträge unterstellt. Es waren wiederum eine Volksinitiative und parlamentarische Vorstösse, die 1977 zu einer grundlegenden Neugestaltung führten, mit der auch ein obligatorisches Referendum eingeführt wurde. Dieses sollte für Staatsverträge zur Anwendung kommen, die den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften oder zu Organisationen der kollektiven Sicherheit vorsehen.³² Die Totalrevision der Bundesverfassung wurde schliesslich zum Anlass genommen, das Staatsvertragsreferendum kritisch zu hinterfragen. Der Bundesrat hatte damals vor allem für das fakultative Referendum Korrekturbedarf festgestellt und schlug im Rahmen der Reform der Volksrechte nuancierte Änderungen vor. Aus der hürdenreichen Behandlung des damaligen Reformpakets³³ resultierte schliesslich eine Anpassung des fakultativen Referendums, die vom Leitmotiv des «Parallelismus» getragen war: Neu sollten jene Staatsverträge dem fakultativen Referendum unterstellt werden, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten – die also materiell und inhaltlich dem Bundesgesetz gleichzustellen wären – oder deren Umsetzung den Erlass (oder die Änderung) von Bundesgesetzen erfordern. Die übrigen Fallkategorien – Beitritt zu einer internationalen Organisation sowie unbefristete und unkündbare Verträge – wurden ebenso beibehalten wie die Regelung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums.

Obschon sie weder politisch besonders umstritten war, noch fundamentale Änderungen bewirkte, warf die verfassungsrechtliche Neuregelung schon bald Interpretationsfragen auf, die

³⁰ Pa. Iv. **13.452** Brand «Verfassungsrecht vor Völkerrecht» (am 18. September 2014 keine Folge gegeben); Pa. Iv. **13.456** Rutz «Rechtsangleichung durch Bundesbehörden. Einhaltung demokratischer Abläufe» (am 18. September 2014 keine Folge gegeben); Pa. Iv. **13.458** Stamm «Regelung des Verhältnisses zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen» (am 18. September 2014 keine Folge gegeben).

³¹ Vgl. BBl 2015 1965.

³² Botschaft Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!», Ziff. 2.1.1.

³³ Botschaft Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!», Ziff. 2.1.2.

durch eine konsolidierende Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung weitgehend geklärt werden konnten. Als bereinigungsbedürftig gilt noch die Frage, ob sogenannte «Standardabkommen» (Abkommen mit ähnlichen oder gar identischen Inhalten, welche die Schweiz mit zahlreichen Staaten abschliesst) mit wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen vom fakultativen Referendum ausgenommen werden dürfen. Die Bundesversammlung hat solche Abkommen, die in den Bereichen Freihandel, Investitionsschutz, soziale Sicherheit und Steuerrecht gebräuchlich sind, in der Regel vom Referendum ausgenommen. Der Bundesrat hat angekündigt, dass die Verfassungsmässigkeit dieser in Wissenschaft und Politik vereinzelt kritisierten Praxis vom EJPD genauer untersucht werden soll. Die verwaltungsinterne Auseinandersetzung mit einem entsprechenden Berichtsentwurf des BJ hat ergeben, dass für die fraglichen Sachgebiete gesetzliche, d.h. dem fakultativen Referendum unterstehende Delegationsklauseln geschaffen werden könnten, womit eine verfassungsrechtlich befriedigende und politisch überzeugende Lösung gefunden werden dürfte. Der Souverän könnte damit Bundesrat oder Bundesversammlung ermächtigen, inhaltlich ähnliche Abkommen mit anderen Partnern selbstständig abzuschliessen, ohne dass die nachfolgenden neuen Abkommen jeweils dem Referendum zu unterstellen wären. Aktuell werden konkrete Delegationsklauseln mit den zuständigen Bundesstellen entwickelt. Dem Bundesrat soll im Laufe dieses Jahres das Ergebnis dieser Arbeiten präsentiert werden.

Die letzte grundsätzliche Auseinandersetzung um das Staatsvertragsreferendum wurde wiederum durch eine Volksinitiative ausgelöst: Die 2009 von der «Aktion für eine unabhängige und neutrale Schweiz» (AUNS) eingereichte Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)» forderte eine substantielle Ausweitung des obligatorischen Referendums. Der Bundesrat empfahl die Initiative zur Ablehnung und unterbreitete der Bundesversammlung einen direkten Gegenentwurf, mit dem bisher ungeschriebenes Verfassungsrecht bestätigt und verdeutlicht werden sollte (vgl. Ziff. 2.2 unten). Die Räte traten auf den Gegenentwurf nicht ein und beantragten die Ablehnung der Volksinitiative. In der Abstimmung vom 17. Juni 2012 lehnten 75,2 Prozent der Stimmenden und alle Kantone die Volksinitiative ab.³⁴

2.2 Ungeschriebenes Verfassungsrecht («Referendum sui generis»)

Die Bundesbehörden und ein Teil der Lehre anerkennen ein (ungeschriebenes) obligatorisches Referendum sui generis, das dann zum Zuge kommen könnte, «wenn der in Frage stehende Staatsvertrag von derartiger Bedeutung ist, dass ihm Verfassungsrang zukommt.»³⁵ Bundesrat und Bundesversammlung haben beispielsweise geprüft, ob man den Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen allenfalls Verfassungsrang zubilligen müsste. Weil aber «die Assoziierung an Schengen und Dublin zu keiner tiefgreifenden Änderung unseres Staatswesens führt und mithin auch nicht die verfassungsmässige Ordnung tangiert»³⁶, wurde die Unterstellung unter ein obligatorisches Referendum sui generis verneint. Konkrete Anwendungsfälle für ein solches in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich vorgesehenes obligatorisches Referendum für Staatsverträge mit verfassungsmässigem Charakter hat es seither keine mehr gegeben. Allerdings hat der Bundesrat im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) erklärt, dass ein allfälliger Wiederbeitritt zur EMRK, die zuvor gekündigt worden wäre, deshalb dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterläge, weil der EMRK «eine Bedeutung beigemessen werden muss, die [sie] auf die Stufe der Bundesverfassung hebt»³⁷.

³⁴ Bundesratsbeschluss vom 24. Juli 2012 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012, BBl 2012 7685.

³⁵ Botschaft «Bilaterale II», Ziff. 6.4.1 mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Praxis. Einige Kantone (BL, BS, GL, GR, JU, NE, VD, SG, SH; SO, SZ, ZH) kennen vergleichbare Instrumente; beispielhaft sei auf Art. 61 Abs. 1 Bst. c der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 hingewiesen (SR 131.212), wonach «interkantonale und internationale Verträge, die mit der Verfassung nicht vereinbar sind» obligatorisch der Volksabstimmung unterliegen.

³⁶ Botschaft «Bilaterale II», Ziff. 6.4.1.

³⁷ Bericht des Bundesrates vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 vom 12. Dezember 2013 (40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven), BBl 2015 357, Ziff. 7.5.

Ungeschriebenes Recht stellt eine sowohl im Landes- wie im Völkerrecht etablierte Rechtsquelle dar. Nicht in förmlichen Erlasstexten – wie der Verfassung – verankerte und ausformulierte, sondern von der gerichtlichen oder politischen Praxis entwickelte Rechtsnormen können aber den Erwartungen, die sich aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit ergeben, nicht gleichermassen genügen wie geschriebene Normen. Anwendungsbereich und Tragweite von ungeschriebenem Recht sind oft vergleichsweise stärker auslegungsbedürftig; solche Normen sind in der Praxis oft schwerer handhabbar – vor allem wenn es, wie dies bei den politischen Rechten auf Bundesebene der Fall ist, kaum gerichtliche Klärungen und Konkretisierungen geben kann. Dem Gebot der Rechtssicherheit und der Transparenz könnte Rechnung getragen werden, wenn das obligatorische Referendum sui generis ausdrücklich im Verfassungstext verankert würde.

3 Rangordnung und Vorrangregeln innerhalb des Völkerrechts

3.1 Übersicht über die Völkerrechtsquellen

Die drei wesentlichen Rechtsquellen des Völkerrechts sind in Artikel 38 des IGH-Statuts³⁸ kodifiziert; Völkerrecht entsteht:

- durch gemeinsame Übereinkunft (völkerrechtlicher Vertrag);
- durch übereinstimmende Praxis (Völkergewohnheitsrecht);
- oder es ergibt sich aus den wesentlichen Prinzipien der nationalen Rechtsordnungen («die allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze»).

Die völkerrechtlichen Verträge enthalten heute den grössten Teil der völkerrechtlichen Regeln und sind daher von vorrangiger Bedeutung.

Zu den völkerrechtlichen Verträgen: Ein völkerrechtlicher Vertrag ist eine konsensuale Vereinbarung, ein Verhandlungsergebnis, zwischen zwei oder mehr Völkerrechtssubjekten auf dem Gebiet des Völkerrechts.³⁹ Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, regelt das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK) unter anderem den Abschluss, das Inkrafttreten, die Auslegung sowie die Änderung und Beendigung der völkerrechtlichen Verträge.⁴⁰

Zum Völkergewohnheitsrecht: Völkergewohnheitsrecht besteht in der Regel aus ungeschriebenen Normen. Seine Entstehung setzt zwei Elemente voraus: eine allgemeine, einheitliche, dauernde Übung (objektives Element) sowie die Überzeugung der Staaten, zu diesem Verhalten rechtlich verpflichtet zu sein (subjektives Element). Völkergewohnheitsrecht gilt meist global, indes ist auch die Bildung von regionalem Völkerrecht möglich.⁴¹ Eine Norm des Völkergewohnheitsrechts bindet grundsätzlich jedes durch ihren Regelungsgehalt betroffene Völkerrechtssubjekt. Nur wenn ein Staat von Anfang an und wiederholt gegen eine im Entstehen begriffene Norm protestiert, kann er sich der Bindung entziehen (sog. «persistent objector»). Die Entstehung der völkergewohnheitsrechtlichen Norm als solche kann er aber trotzdem nicht verhindern.⁴²

Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen: Darunter sind fundamentale Regeln zu verstehen, die in sämtlichen Rechtssystemen anerkannt sind und folglich universelle Geltung haben. Sie dienen vor allem der Lückenfüllung, wenn weder das Vertrags- noch das Gewohnheitsrecht Antworten auf eine bestimmte Frage enthalten. Sie können auch als Interpretationshilfen herangezogen werden. Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählen beispielsweise das Prinzip von Treu und Glauben, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Vertrauensschutz, der

³⁸ Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501); in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Juli 1948.

³⁹ *Aust*, S. 14 ff.

⁴⁰ *Aust*, S. 6 und S. 10 f.

⁴¹ *Peters*, Kapitel 4, Rn. 2 f. und 19; *Akehurst*, S. 279.

⁴² *Peters*, Kapitel 4, Rn. 16 ff.

Grundsatz der höheren Gewalt, das Verbot der ungerechtfertigten Bereicherung oder das Gebot der Verhältnismässigkeit.⁴³

Neben diesen primären Rechtsquellen gibt es auch sog. sekundäres Völkerrecht. So können *Akte internationaler Organisationen* für die Mitgliedstaaten ebenfalls bindende Wirkung entfalten; allerdings nur, wenn die Staaten dies im Gründungsvertrag der Organisation so vorgeesehen haben. Beispielsweise sind die in den Resolutionen des UNO-Sicherheitsrates enthaltenen Beschlüsse gemäss Artikel 25 der UNO-Charta⁴⁴ für die Mitgliedstaaten verbindlich.⁴⁵

Eine weitere Kategorie ist das sog. *soft law*. Darunter sind Regeln zu verstehen, die zwar nicht rechtlich verbindlich sind, aber dennoch eine gewisse (eben «weiche») rechtliche Relevanz aufweisen. Das *soft law* befindet sich quasi zwischen den rechtlichen Normen und den rein politischen Handlungsanweisungen. Zum *soft law* gehören beispielsweise die Resolutionen der UNO-Generalversammlung, die Empfehlungen der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) im Steuerbereich oder Verhaltenskodizes, die zwischen Staaten oder anderen Akteuren vereinbart wurden.⁴⁶ *Soft law* kann sich zu Völkergewohnheitsrecht entwickeln oder Eingang finden in Völkervertragsrecht.

3.2 *Ius cogens* (zwingendes Völkerrecht)

Gemäss Artikel 53 Satz 2 WVK «ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.» Es handelt sich also um Normen, die für die internationale Gemeinschaft so fundamental sind, dass sie unabdingbar – eben zwingend – sind. Ein Staat darf diese fundamentalen Normen unter keinen Umständen verletzen. Ist eine völkervertragsrechtliche Bestimmung oder eine völkergewohnheitsrechtliche Norm unvereinbar mit einer Norm des zwingenden Völkerrechts, so ist sie nichtig, d.h. sie entfaltet zu keinem Zeitpunkt Rechtsverbindlichkeit. Für das Völkervertragsrecht ist diese Rechtsfolge in Artikel 53 Satz 1 WVK kodifiziert (siehe auch Art. 64 WVK).

Die Bundesverfassung anerkennt die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision. Zum (landesrechtlichen) Begriff der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» zählt vorab das zwingende Völkerrecht, wie es Artikel 53 Satz 2 WVK allgemein umschreibt. Der Kreis der zwingenden Normen ist nirgends abschliessend und autoritativ definiert. Unbestritten anerkannt als Beispiele für *ius cogens* sind namentlich die Verbote von Folter, Sklaverei und Völkermord, das Non-Refoulement-Gebot, das Gewaltverbot der UNO-Charta (Verbot der militärischen Gewaltanwendung), die Gleichheit der Staaten sowie die Grundzüge des humanitären Völkerrechts («Recht im Krieg»)⁴⁷. Der Bundesrat hat wiederholt bestätigt, dass auch die notstandsfesten Garantien der EMRK und (punktuell) notstandsfeste Garantien des UNO-Pakts II zu den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts gehören.⁴⁸

Eine Initiative, die gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts verstösst, ist für ungültig zu erklären (Art. 139 Abs. 3 BV für Volksinitiativen; Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV

⁴³ Peters, Kapitel 4, Rn. 20.

⁴⁴ Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120); in Kraft getreten für die Schweiz am 10. September 2002.

⁴⁵ Peters, Kapitel 4, Rn. 26 f.

⁴⁶ Peters, Kapitel 4, Rn. 46 ff. Beispiel: Montreux-Dokument vom 17. September 2008 mit Grundsätzen zum Umgang von Staaten mit privaten Sicherheits- und Militärunternehmen.

⁴⁷ Siehe Kommentar der ILC zu Art. 40 der ILC-Artikel; Peters, Kapitel 4, Rn. 30; Botschaft nBV, S. 446; Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 2.4.1; Botschaft Durchsetzungsinitiative, Ziff. 1.3.3.

⁴⁸ Siehe Botschaft nBV, S. 446; Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 8.7.1.1; Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 2.4.1; Botschaft Durchsetzungsinitiative, Ziff. 1.3.3. Die notstandsfesten Garantien der EMRK sind: Verbot willkürlicher Tötung (Art. 2 EMRK), Verbot der Folter (Art. 3 EMRK), Verbot der Sklaverei und der Leibeigenschaft (Art. 4 Abs. 1 EMRK), Grundsatz «Keine Strafe ohne Gesetz» (Art. 7 EMRK) und das Verbot der Doppelstrafe (Art. 4 ZP Nr. 7 [SR 0.101.07]). Vgl. auch die Umschreibung des Bundesgerichts in BGE 133 II 450 E. 7.1 und 7.3. Zum UNO-Pakt II siehe § 11 der Allgemeinen Anmerkung Nr. 29 des UNO-Menschenrechtskomitees (UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 [2001]).

allgemein für Verfassungsvorlagen). Denn es macht aus einer landesrechtlichen und demokratiepolitischen Optik keinen Sinn, über Verfassungsänderungen abzustimmen, die keine Wirkungen entfalten können.⁴⁹

3.3 Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Normen des Völkerrechts

3.3.1 Das Verhältnis zwischen den völkerrechtlichen Verträgen

Vielfach vereinbaren die Vertragsparteien Kollisionsklauseln, die das Verhältnis mehrerer Verträge zueinander regeln sollen.⁵⁰ Ein besonderes Beispiel einer solchen Kollisionsklausel ist Artikel 103 UNO-Charta; diese Norm hält fest: «Widersprechen sich die Verpflichtungen von Mitgliedern der Vereinten Nationen aus dieser Charta und ihre Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften, so haben die Verpflichtungen aus dieser Charta Vorrang».⁵¹

Fehlt eine vertragliche Kollisionsklausel, so sind grundsätzlich alle völkerrechtlichen Verträge gleichrangig, unabhängig von ihrer Form, Bezeichnung oder vom Abschlussverfahren. Es kommen daher bei Widersprüchen zwischen völkervertraglichen Pflichten die folgenden allgemeinen Regeln zur Anwendung: Zunächst wird versucht, durch *harmonisierende Auslegung* Vertragskollisionen zu vermeiden bzw. aufzulösen. Grundsätzlich wird vermutet, dass die Vertragsparteien andere Verträge nicht verletzen wollten, es sei denn, ein solcher Wille lasse sich eindeutig an den Äusserungen oder am Verhalten der Vertragsparteien festmachen. Ein Vertrag gilt beispielsweise als beendet, wenn alle Vertragsparteien später einen sich auf denselben Gegenstand beziehenden Vertrag schliessen und die Beendigung dem Willen der Vertragsparteien entspricht (Art. 59 WVK). Verbleibt ein Konflikt zwischen völkerrechtlichen Normen, kann dieser mit den gewohnheitsrechtlichen Konfliktregeln aufgelöst werden. Zunächst gilt der Grundsatz, dass der spätere Vertrag den früheren bricht (*lex posterior derogat legi priori*).⁵² Weiter kommt auch der Grundsatz zum Tragen, dass spezielleres Vertragsrecht dem generellen vorgeht (*lex specialis derogat legi generali*).⁵³

3.3.2 Das Verhältnis zwischen den übrigen Normen des Völkerrechts

Zwischen bzw. innerhalb der übrigen Völkerrechtsquellen sind echte Konflikte höchst selten:

- So können die Staaten mit einem Vertrag von den Normen des Gewohnheitsrechts, die nicht zum *ius cogens* gehören, abweichen. Ebenso kann eine spätere Praxis der Vertragsparteien, also Gewohnheitsrecht, vertragliche Bestimmungen verdrängen.⁵⁴ Es besteht folglich keine Rangordnung zwischen Völkergewohnheitsrecht und Völkervertragsrecht.⁵⁵

⁴⁹ Botschaft nBV, S. 433 f. Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 2.4.1; Botschaft Durchsetzungsinitiative, Ziff. 1.3.3.

⁵⁰ Zum Beispiel Art. 311 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (SR 0.747.305.15); Art. 19 Ziff. 8 der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919 (SR 0.820.1); Art. XXIV des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens vom 30. Oktober 1947 (GATT; SR 0.632.21).

⁵¹ Solchen Vorrang geniessen auch die Beschlüsse des Sicherheitsrates, die gemäss Art. 25 UNO-Charta verbindlich sind. Dazu der Internationale Gerichtshof: *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 114.

⁵² Art. 30 Abs. 3 und Abs. 4 WVK. Der Grundsatz, dass der spätere Vertrag den früheren bricht, gilt allerdings nur dort, wo die Parteien beider Verträge identisch sind. Auch Art. 59 WVK gilt nur, wo die Vertragsparteien beider Verträge identisch sind. *Daillier / Forteau / Pellet*, § 173; *Aust*, S. 202 f. Wo alle Vertragsparteien identisch sind, die beiden Verträge aber nicht denselben Gegenstand betreffen, kann ebenfalls nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass der spätere Vertrag vorgeht.

⁵³ Dieser Grundsatz findet sich in den nationalen Rechtsordnungen. Er kann ebenfalls aus Art. 30 WVK hergeleitet werden: Art. 30 WVK bezieht sich nur auf «Verträge über denselben Gegenstand». Daraus folgt, dass eine spätere, aber generellere Norm eine frühere, aber speziellere Norm, vermutungsweise nicht derogieren soll. Allgemein gilt umgekehrt die Vermutung, dass die generelle Norm Platz lässt für eine speziellere (zukünftige oder bereits existierende) Norm.

⁵⁴ Beides ergibt sich wiederum aus der Anwendung der oben erwähnten Kollisionsregeln «*lex posterior*» und «*lex specialis*» im konkreten Fall. Dazu der Internationale Gerichtshof: *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 3; *Daillier / Forteau / Pellet*, § 188 und 201; *Aust*, S. 12; *Akehurst*, S. 275 f.

⁵⁵ *Daillier / Forteau / Pellet*, § 220.

- Weiter ist es aufgrund der besonderen Entstehung von Gewohnheitsrecht kaum denkbar, dass sich zwei gewohnheitsrechtliche Normen widersprechen. Denn wenn sich eine neue oder modifizierte völkergewohnheitsrechtliche Regel bildet, welche im Widerspruch zu einer älteren Regel steht, verdrängt die neue die ältere Norm. Allerdings wird es zwangsläufig eine Phase des Übergangs geben, in der eine Verletzung der alten Norm auftreten kann, bevor sich die neue Norm etabliert hat.⁵⁶
- Schliesslich kommen die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur subsidiär bzw. ergänzend zur Anwendung, wenn weder Vertrags- noch Gewohnheitsrecht eine bestimmte Frage im Falle einer Streitigkeit regeln. Ein Konflikt zwischen einem allgemeinen Rechtsgrundsatz und den Normen der zwei anderen Rechtsquellen ist folglich kaum denkbar.⁵⁷

3.4 Ansätze einer Normenhierarchie im Völkerrecht?

Das *ius cogens* geht aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung allen anderen Normen vor und steht hierarchisch über ihnen. Ansonsten kennt das Völkerrecht grundsätzlich keine Hierarchie, insbesondere gibt es keine Rangordnung zwischen den völkerrechtlichen Verträgen (Ziff. 3.3.1 oben).

Das Völkerrecht basiert auf dem Prinzip der Gleichheit der Staaten. Seine Regeln sind vom Verhandlungskonsens der Staaten getragen. Es gibt keinen zentralen Gesetzgeber, der gegen den Willen der Staaten Normen erlassen kann. Das hat auch zur Folge, dass sich das im nationalen Recht verwurzelte Prinzip der Einheit der Rechtsordnung im Völkerrecht nicht verwirklichen lässt. Multilaterale und bilaterale Verträge entstehen somit meist unabhängig voneinander. Gleichzeitig können sie sich sowohl inhaltlich als auch hinsichtlich ihrer Vertragsparteien überlappen. Das kann zu Widersprüchen führen, beispielsweise zwischen Anliegen des Umweltschutzes und solchen des Welthandels.

Haben die Parteien einem Vertrag einmal zugestimmt, so ist er von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen. Um Normenkonflikte zu vermeiden, sollten Verträge möglichst harmonisierend interpretiert werden. Ist dies nicht möglich, kommen die genannten Grundsätze zur Lösung von Normenkollisionen zur Anwendung. Diese sind zwar an sich geeignet, sämtliche Konflikte zu lösen. Sie führen aber in gewissen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil sie teilweise ohne Berücksichtigung der inhaltlichen Bedeutung der jeweiligen Norm zur Anwendung kommen. Häufig muss dann zwischen den sich gegenüberstehenden Interessen abgewogen werden.

Eine besondere Kategorie von völkerrechtlichen Verträgen bilden die Menschenrechtsverträge; sie schaffen Rechte zugunsten von Individuen und enthalten elementare Abwehrrechte gegen ungerechtfertigte staatliche Eingriffe. Menschenrechtsverträge unterscheiden sich in dieser Hinsicht von anderen völkerrechtlichen Verträgen. Aufgrund der materiellen Bedeutung solcher Verträge besteht ein erhöhtes Interesse an der Durchsetzung der vertraglichen Pflichten.⁵⁸ Da aber die üblichen Mittel zur Vertragsdurchsetzung (Gegenmassnahmen wie Retorsion oder Repressalie oder die einseitige Vertragsbeendigung usw.) grundsätzlich nicht zur Verfügung stehen, kann ein Vertragsüberwachungsgremium umso wichtiger sein.⁵⁹

Wegen ihrer Bedeutung stellt sich auch die Frage, ob die menschenrechtlichen Verträge im Konfliktfall besonderen Regeln unterliegen. Es ist eine gewisse Tendenz feststellbar, dass Vertragsüberwachungsgremien die Interessenabwägung im Konfliktfall eher zugunsten des betroffenen Menschenrechts entscheiden. Als Beispiele können die vom EGMR beurteilten

⁵⁶ Ipsen, § 21, Rn. 7; Peters, Kapitel 4, Rn. 15.

⁵⁷ Ipsen, § 21, Rn. 5.

⁵⁸ Es wird daher propagiert, dass menschenrechtliche Verträge besonderen Regeln unterliegen: zum Beispiel hinsichtlich der Zulässigkeit von Vorbehalten, der Vertragsinterpretation, der Staatennachfolge oder der Kündigung bei fehlender Kündigungsklausel. Siehe dazu: Simma, S. 735 ff.

⁵⁹ Dies gilt natürlich auch für andere Verträge, in denen nicht der Austausch von Leistungen, sondern ein kollektives Interesse im Vordergrund steht, das in einem gewissen Mass eine Rechtsharmonisierung fordert, zum Beispiel im Bereich Umweltschutz.

Auslieferungs- und Überstellungsfälle dienen. In diesen Fällen stehen sich ein Auslieferungsvertrag bzw. das Dublin-Abkommen und Artikel 3 EMRK gegenüber.⁶⁰ Der EGMR entschied jeweils zugunsten von Artikel 3 EMRK. Allerdings betonte der EGMR auch, dass es sich bei Artikel 3 EMRK um eine notstandsfeste, absolute Garantie handelt.⁶¹ In vielen Fällen dürfte es ohnehin um grundrechtliche Garantien mit ius cogens-Charakter gehen, die Vorrang vor anderen Bestimmungen haben. Andererseits ist der EGMR eher zurückhaltend, wenn es um Immunitäten (von Staaten oder internationalen Organisationen) geht. So kann die Immunität eines Staates oder der UNO vor nationalen Gerichten im Konflikt stehen mit dem Recht auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 EMRK).⁶²

Wenn auch eine gewisse Tendenz eines Vorrangs der fundamentalen Menschenrechte feststellbar sein mag, ist diese auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt, noch nicht gefestigt und wenig geklärt. Ein allgemeiner Vorrang ist daher zu verneinen. Es ist eine einzelfallweise Abwägung zwischen den konkret betroffenen Rechtsgütern durchzuführen. Die vom Bundesgericht entwickelte «PKK-Rechtsprechung» spiegelt diese Gegebenheiten (vgl. Ziff. 1.3.4 oben).

4 Innerstaatliche Rangordnung völkerrechtlicher Normen nach Massgabe ihrer demokratischen Legitimation

4.1 Demokratische Legitimation völkerrechtlicher Verträge und landesrechtlicher Erlasse

Gemäss Ziffer 2 des Postulats 13.3805 sollen völkerrechtliche Verträge nach Massgabe ihrer demokratischen Legitimation abgestuft (hierarchisiert) werden. Aus dieser Rangordnung würde eine Regel zur Lösung von Normkollisionen resultieren: Bei einem Widerspruch zwischen einer völkerrechtlichen und einer landesrechtlichen Bestimmung des Bundesrechts würde sich im Anwendungsfall die hierarchisch höherrangige Norm durchsetzen. Weiterhin soll aber sämtliches Völkerrecht dem kantonalen Recht vorgehen.

Daraus ergibt sich im Lichte des geltenden Rechts die folgende Unterteilung des Landesrechts und der völkerrechtlichen Verträge:⁶³

⁶⁰ *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, requête no.14038/88, arrêt du 07 juillet 1989; *Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête no. 30696/09, arrêt 21 janvier 2011. Siehe auch BGE 126 II 324, p. 327: «Dans le domaine de l'extradition régie par la CEEExtr. (qui présente, de ce point de vue, les mêmes traits que la CEEJ), la jurisprudence a établi le principe que les garanties de procédure offertes par la CEDH et le Pacte ONU II appartiennent à l'ordre public international et que la Suisse contreviendrait elle-même à ses obligations internationales en extradant une personne à un Etat où il existe de sérieux motifs de penser qu'un risque de traitement contraire à la CEDH ou au Pacte ONU II menace la personne poursuivie».

⁶¹ Siehe *Affaire M.S.S. c. Belgique et Grèce*, requête no. 30696/09, arrêt 21 janvier 2011, § 218.

⁶² Zum Beispiel: *Affaire Al-Adsan c. Royaume-Uni*, requête no. 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001; *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, requête no. 65542/12, décision du 11 juin 2013.

⁶³ Vgl. zur Referendumpflicht völkerrechtlicher Verträge auch Ziff. 1.3.2 oben. Der Übersichtlichkeit halber sind namentlich die folgenden Erlassformen in der Tabelle nicht berücksichtigt: Dringlich erklärte Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage (obligatorisch referendumpflichtig; Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV); dringlich erklärte Bundesgesetze mit Verfassungsgrundlage, deren Geltungsdauer ein Jahr übersteigt (fakultativ referendumpflichtig; Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV) bzw. deren Geltungsdauer ein Jahr nicht übersteigt (nicht referendumpflichtig; Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV e contrario); selbstständige Verordnungen des Bundesrats (gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV).

	Völkerrechtlicher Vertrag	Landesrechtlicher Erlass
Obligatorisches Referendum	Genehmigungsbeschluss über Verträge nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV; ungeschriebenes Referendum sui generis bei Verträgen mit verfassungsähnlichem Charakter	Änderung der Bundesverfassung (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV)
Fakultatives Referendum	Genehmigungsbeschluss über Verträge nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV	Bundesgesetz (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV)
Nicht referendums-pflichtiger Erlass der Bundesversammlung	Genehmigungsbeschluss über sonstige Verträge (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 24 Abs. 3 Satz 2 ParlG ⁶⁴)	Verordnung der Bundesversammlung (Art. 163 Abs. 1 BV; Art. 22 Abs. 2 ParlG)
Nicht referendums-pflichtiger Erlass des Bundesrats	Selbstständiger Vertragsabschluss, soweit durch Gesetz oder Staatsvertrag ermächtigt (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 7a RVOG ⁶⁵)	Verordnung des Bundesrats (Art. 182 BV)

Die Hierarchie der landesrechtlichen Erlasse nach dem Prinzip *lex superior derogat legi inferiori* (die höherrangige Norm verdrängt die widersprechende niederrangige) ist an die Wichtigkeit und damit an die Art der demokratischen Legitimation der Rechtsnormen geknüpft. Annahme und Änderung von Verfassungsrecht bedürfen der obligatorischen Zustimmung von Volk und Ständen. Wenn das Referendum gegen ein Bundesgesetz zustande kommt, hat das Stimmvolk über die Annahme oder Ablehnung zu entscheiden. Verordnungen erlassen die zuständigen Behörden (Bundesversammlung und Bundesrat) je in eigener Kompetenz. Dieselbe Vorstellung der demokratischen Legitimation kommt auch in der Unterscheidung zwischen den referendumpflichtigen und den nicht referendumpflichtigen völkerrechtlichen Verträgen zum Ausdruck (vgl. Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV).

Der Bundesrat geht mit der Postulantin einig, dass die beschriebene Rangordnung bzw. Vorrangregel in der Verfassung zu verankern wäre. Zusätzlich wäre zu prüfen, ob am jetzigen Wortlaut von Artikel 5 Absatz 4 BV (Beachtung des Völkerrechts) und Artikel 190 BV (Massgeblichkeit der Bundesgesetze und des Völkerrechts für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden) festgehalten werden könnte.

In den folgenden Ziffern 4.2–4.6 sind unter verschiedenen Blickwinkeln Eigenheiten der vorgeschlagenen Massnahmen und deren Tauglichkeit näher zu prüfen.

4.2 Formelles oder materielleres Hierarchisierungskriterium?

Die vorgeschlagene Hierarchisierung stellt vordergründig auf die demokratische Legitimation in Form der Referendumpflicht und damit auf ein formelles Kriterium ab. Auf den ersten Blick erscheint damit die praktische Handhabung einfach, weil keine Wertungsfragen im Vordergrund stehen. Allerdings hängt die Frage der Referendumpflicht ihrerseits bis zu einem gewissen Grad von Wertungen ab, etwa davon, ob ein völkerrechtlicher Vertrag *wichtige rechtsetzende Bestimmungen* enthält (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV). Die vorgeschlagene Hierarchisierung würde damit im Kern auf die bereits bestehende Unterscheidung zwischen referendumpflichtigen und nicht referendumpflichtigen Verträgen und damit auf materielle Kriterien⁶⁶ abstellen.

In diesem Zusammenhang geht bisweilen vergessen, dass auch die vom Bundesrat selbstständig abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge demokratisch legitimiert sind. Zum

⁶⁴ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (SR 171.10).

⁶⁵ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

⁶⁶ Vgl. über die Problematik von materiellen Hierarchisierungskriterien auch bereits den Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 9.3.1.

selbstständigen Vertragsabschluss ist der Bundesrat nämlich nur befugt, soweit er durch ein Bundesgesetz oder einen von der Bundesversammlung genehmigten völkerrechtlichen Vertrag dazu ermächtigt ist (Art. 7a Abs. 1 RVOG), welche beide ihrerseits dem Referendum unterstehen.⁶⁷

Zudem darf nicht ausgeblendet werden, dass das Völkerrecht selber eine entsprechende Hierarchisierung nicht kennt. Die Anwendung der nationalen Kriterien auf völkerrechtliche Normen fände daher keinerlei Entsprechung im internationalen Recht. Auch wenn die Schweiz eine Hierarchisierung von völkerrechtlichen Verträgen einführen würde, so würde dies völkerrechtlich nicht dazu führen, dass gewisse ihrer Verpflichtungen weniger verbindlich wären als andere.

Die – nationale – Hierarchisierung des Völkerrechts würde schliesslich keine Abhilfe schaffen in Fällen, in welchen sich zwei Bestimmungen derselben Stufe (mit gleicher demokratischer Legitimation) widersprechen (z.B. Bundesgesetz und völkerrechtlicher Vertrag, der dem fakultativen Referendum untersteht). Bei Normkollisionen zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht sind indessen relativ häufig solche Konstellationen betroffen. Folglich käme die vorgeschlagene Vorrangregel in vielen Fällen gar nicht zur Anwendung. Für die Lösung solcher Normkollisionen müssten andere Regeln entwickelt werden (vgl. für Näheres Ziff. 4.4 unten).

Weiter erfolgt auch innerhalb des Landesrechts keine strikte Handhabung der Normenhierarchie nach Massgabe der demokratischen Legitimation:

- So ist der Vorrang des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht umfassend (Art. 49 Abs. 1 BV). Sämtliches Bundesrecht geht dem kantonalen Recht vor, unabhängig vom jeweiligen Genehmigungsverfahren. Beispielsweise hat bei einem Normwiderspruch eine Verordnung des Bundesrats (oder sogar des Departements oder eines Bundesamts) Vorrang gegenüber dem referendumpflichtigen kantonalen Gesetz.
- Bundesgesetze dürfen zwar nicht gegen die höherrangige Verfassung verstossen. Erlässt aber die Bundesversammlung ein verfassungswidriges Gesetz, so ist dieses vom Bundesgericht trotzdem anzuwenden (Art. 190 BV).

4.3 Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

Völkerrechtliche Verträge bilden zwar die wichtigste aber nicht die einzige Rechtsquelle des Völkerrechts (vgl. Ziff. 3.1 oben). Verbreitet sind auch das Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze. Diese Rechtsquellen entziehen sich naturgemäss einem landesrechtlichen Genehmigungsverfahren und können folglich vom Hierarchisierungskriterium der demokratischen Legitimation gar nicht erfasst werden.⁶⁸ Die aus der vorgeschlagenen Rangordnung abgeleitete Vorrangregel liefert demnach keine Lösungen für Normwidersprüche zwischen dem Landesrecht und völkerrechtlichen Normen, die nicht im Völkervertragsrecht verankert sind. Einzuräumen ist, dass solche Konflikte in der Praxis nur relativ selten vorkommen dürften.

4.4 Kollision zwischen Normen mit gleicher demokratischer Legitimation

Das Postulat 13.3805 beauftragt zur Prüfung, ob bei der Kollision einer völkerrechtlichen mit einer gleichermassen demokratisch legitimierten landesrechtlichen Norm generell oder nur in qualifizierten Fällen (beispielhaft genannt wird die «Schubert-Praxis») die später erlassene Bestimmung vorgehen soll.

Ein genereller Vorrang der später erlassenen Norm wäre voraussehbar und einfach in der Handhabung, da das Kriterium klar und eindeutig wäre. Trotzdem wäre ein differenziertes Kriterium vorteilhafter. Denn der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts sollte nur in Frage

⁶⁷ In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, dass sich die bundesrätliche Befugnis zur Rechtsetzung in gewissen Fällen sogar direkt aus der Verfassung ergibt; so kann der Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV sog. selbständiges Ordnungsrecht erlassen.

⁶⁸ Vgl. so schon Bericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 9.3.2.

gestellt werden, wenn dies auch dem klaren Willen des Gesetzes- oder Verfassungsgebers entspricht.

Heute werden Konflikte zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen nach Massgabe der (relativierten) «Schubert-Praxis» (bzw. «PKK-Rechtsprechung») gelöst (vgl. Ziff. 1.3.4 oben und sogleich Ziff. 4.6). Das heisst, grundsätzlich geht Völkerrecht dem Landesrecht vor. Wenn allerdings die Bundesversammlung bewusst ein völkerrechtswidriges Gesetz erlässt (oder die Abweichung vom Völkerrecht in Kauf nimmt), so ist dieses (spätere) Gesetz für das Bundesgericht massgebend, ausser wenn das Bundesgesetz mit internationalen Menschenrechtsgarantien im Widerspruch steht. Der Vorschlag, wonach die später erlassene landesrechtliche Norm *nur in qualifizierten Fällen* vorgehen soll, stimmt folglich mit der bereits aktuell geübten Praxis überein. Wenn im umgekehrten Fall ein Konflikt droht zwischen einem neuen völkerrechtlichen Vertrag und einem früheren Bundesgesetz, so wird das Gesetz in der Regel vor oder gleichzeitig mit der Ratifikation des völkerrechtlichen Vertrags angepasst.⁶⁹

Die Anwendung der «Schubert-Praxis» wird dadurch erschwert, dass ein «bewusstes Abweichen» des Gesetzgebers selten klar auszumachen ist. Die Meinungen über die Völkerrechtskonformität eines Erlasses sind in der Bundesversammlung oft geteilt.⁷⁰ Ein bewusstes Abweichen des Verfassungsgebers im Rahmen einer Volksinitiative dürfte noch schwerer auszumachen sein. Es wäre deshalb denkbar, bei einer Normierung dieser Praxis festzulegen, was «bewusstes Abweichen» bedeutet und wie sich ein solcher Wille konkret manifestieren müsste. Geprüft werden könnte beispielsweise, ob eine explizite Aussage in die betreffende landesrechtliche Norm aufzunehmen wäre, wonach eine bestimmte völkerrechtliche Norm derogiert werden soll.

4.5 Bestehende völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter

Das Postulat 13.3805 wirft die Frage auf, ob ein für die Schweiz in Kraft stehender völkerrechtlicher Vertrag mit verfassungsmässigem Charakter der obersten Normstufe zuzuordnen wäre, obwohl der entsprechende Genehmigungsbeschluss nur dem fakultativen Referendum unterstand oder überhaupt von der Referendumpflicht ausgenommen war.

Das Postulat nennt namentlich die EMRK: Gestützt auf das damals geltende Verfassungsrecht genehmigte die Bundesversammlung am 3. Oktober 1974 die Konvention in der Form eines dem Staatsvertragsreferendum nicht unterstehenden Bundesbeschlusses.⁷¹ Die Anwendung der im Postulat 13.3805 vorgeschlagenen Vorrangregel hätte (ohne Korrektiv) zur Folge, dass sämtliches Verfassungs- und Gesetzesrecht des Bundes im Widerspruchsfall der EMRK vorgehe. Um ein solches Ergebnis zu vermeiden, ist mit der Postulantin davon auszugehen, dass die Vorrangregel mit einem – ebenfalls in der Verfassung zu verankern dem – Korrektiv zu ergänzen wäre, um der «verfassungsähnlichen Funktion»⁷² der EMRK Rechnung zu tragen.

Über die EMRK hinaus wäre aber bei weiteren völkerrechtlichen Verträgen nach ihrem verfassungsmässigen Charakter und damit nach ihrer Zuordnung zur obersten Normstufe zu fragen. So ist der Katalog der durch die EMRK garantierten Rechte und Freiheiten namentlich mit den zwei folgenden Zusatzprotokollen erweitert worden: Mit dem Protokoll Nr. 6 vom 28. April 1983⁷³ über die Abschaffung der Todesstrafe und mit dem Protokoll Nr. 7 vom 22. November 1984⁷⁴, das verfahrensrechtliche Garantien im Bereich des Ausländerrechts, die

⁶⁹ Vgl. auch Art. 141a Abs. 2 BV: Die Bundesversammlung kann die Gesetzesänderungen, die der Umsetzung eines (fakultativ referendumpflichtigen) völkerrechtlichen Vertrags dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen.

⁷⁰ Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht, Ziff. 5.6.

⁷¹ Bericht EMRK, Ziff. 3.4; AS 1974 2150 (Bundesbeschluss).

⁷² Bericht EMRK, Ziff. 5.1 (S. 384).

⁷³ SR 0.101.06.

⁷⁴ SR 0.101.07.

Garantie der Gleichbehandlung der Eheleute und Gewährleistungen im Bereich des Strafrechts enthält. Beide Zusatzprotokolle unterlagen dem fakultativen Staatsvertragsreferendum.⁷⁵ Die gleichen Fragen stellen sich in Bezug auf die UNO-Pakte I und II.⁷⁶

Eine vergleichbare Problematik besteht in Bezug auf völkerrechtliche Verträge, die nach damals geltendem Verfassungsrecht von der Referendumpflicht ausgenommen waren, heute indessen gestützt auf Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV dem fakultativen Referendum unterstehen. Es wäre sachgerecht, solche Verträge auf die gleiche Normstufe wie die Bundesgesetze anzuheben. Ein solches Vorgehen wäre schliesslich auch nicht auszuschliessen für so genannte «Standardabkommen».⁷⁷ Diese werden von der Bundesversammlung in der Regel nicht dem fakultativen Referendum unterstellt. Der Bundesrat hat das EJPD beauftragt zu untersuchen, ob diese Praxis mit dem Erfordernis gemäss Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV zu vereinbaren ist, wonach völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstehen, wenn sie wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten.⁷⁸ Aktuell wird verwaltungsintern geprüft, ob für solche Standardabkommen gesetzliche Delegationsklauseln zugunsten der Bundesversammlung geschaffen werden könnten (vgl. Ziff. 2.1 oben).

Bei einem gewissen Kreis von völkerrechtlichen Verträgen wäre also für die Festlegung der zugehörigen Normstufe nicht das formelle Kriterium massgebend, ob sie im Zeitpunkt ihrer Genehmigung dem Referendum unterstanden, sondern das materielle Kriterium des «verfassungsmässigen Charakters».

4.6 Auswirkungen eines Vorrangs des innerstaatlichen Rechts auf der Ebene des Völkerrechts

Auch wenn das Landesrecht eine Regel bereithält, welche im Fall eines Konflikts möglicherweise zu einem Vorrang des Landesrechts und damit zu einer Nichtanwendung der völkerrechtlichen Norm führt, bleibt in solchen Fällen der in Artikel 27 WVK verankerte Grundsatz gültig: Eine Partei eines völkerrechtlichen Vertrags kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung des Vertrags zu rechtfertigen. Daraus ergibt sich Folgendes (vgl. auch Ziff. 1.3.3 und 1.3.4 oben):

- Ein Normkonflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einer neuen landesrechtlichen Norm lässt sich nur dann tatsächlich ausräumen, wenn entweder beim völkerrechtlichen Vertrag (Änderung oder Kündigung) oder beim Landesrecht (Änderung oder Aufhebung) angesetzt wird.
- Weicht der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber bewusst vom völkerrechtlichen Vertrag ab und wird in der Folge die landesrechtliche Norm vorrangig angewendet, so ist zu prüfen, ob es dem Willen des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers entspricht, den widersprechenden völkerrechtlichen Vertrag neu auszuhandeln oder ihn zu kündigen.
- In der Regel nimmt der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber den Widerspruch zum Völkerrecht in Kauf, ohne sich über das weitere Vorgehen auszusprechen. Im Vorfeld müsste daher transparent dargelegt werden, wie die Kollision der Vorlage mit einem oder mehreren völkerrechtlichen Verträgen gelöst werden soll.
- Nicht ausgeschlossen ist ferner die (vorläufige) Inkaufnahme des Normenkonflikts, wenn die Bereitschaft vorhanden ist, die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen.

⁷⁵ Vgl. AS 1987 1806 (Bundesbeschluss vom 20. März 1987 betreffend das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK) und AS 1988 1597 (Bundesbeschluss vom 20. März 1987 betreffend das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK).

⁷⁶ Der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I; SR 0.103.1) und der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) unterstanden dem *fakultativen* Staatsvertragsreferendum (vgl. AS 1993 724 und 1993 749).

⁷⁷ Als Standardabkommen gelten insbesondere Freihandels- und Investitionsschutzabkommen sowie Abkommen über die soziale Sicherheit, die dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet werden. Die jeweiligen Bundesbeschlüsse sind nicht dem Referendum unterstellt.

⁷⁸ Vgl. zur Illustration die Botschaft des Bundesrats vom 4. September 2013 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und China sowie des Abkommens zwischen der Schweiz und China über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, BBl 2013 8165, Ziff. 7.4.

Auf der Ebene des Völkerrechts bleibt ein landesrechtswidriger völkerrechtlicher Vertrag gültig und in Kraft. Landesrechtlich hingegen bleibt dem Vertrag die Anwendung versagt. Ein solcher zwiespältiger Rechtszustand ist zu vermeiden.

4.7 Fazit

Eine aus einer Hierarchisierung des Völkerrechts abgeleitete Vorrangregel könnte bei vielen Normkollisionen zwischen dem Völker- und dem Landesrecht gar nicht angewendet werden. Um stossende Ergebnisse zu vermeiden, wäre die Vorrangregel in gewissen Konstellationen mit einem Korrektiv zu ergänzen. Das Versprechen der einfachen Handhabbarkeit würde in der Praxis nicht eingelöst werden können. Die Schweiz müsste ihre völkerrechtlichen Pflichten unabhängig davon einlösen, welche Ergebnisse die innerstaatliche Anwendung der Vorrangregel liefert. Mit der zu erwartenden Zunahme der Zahl von Normkonflikten, die zugunsten des Landesrechts gelöst würden, nähme auch die Zahl der Probleme zu, die auf der Ebene des Völkerrechts zu lösen wären. Damit verbunden wären negative Auswirkungen auf die Glaubwürdigkeit der Schweiz als verlässliche Vertragspartnerin. Aus diesen Gründen sollte davon abgesehen werden, die Idee einer Hierarchisierung des Völkerrechts weiterzuverfolgen.

Der Bundesrat stellt aber ein Verbesserungspotenzial fest im Hinblick auf die Konsequenzen, welche bei auftretenden Unvereinbarkeiten zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen zu ziehen sind. So erachtet es der Bundesrat als wichtig, dass das zuständige Beschlussorgan jeweils vor der Verabschiedung eines Erlasses bzw. vor der Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags darüber Rechenschaft ablegt, ob es dadurch zu einem Konflikt zwischen dem Völker- und dem Landesrecht kommt. Dies würde es zum einen erlauben, die mögliche Anwendung der PKK-Rechtsprechung auf eine zuverlässigere Grundlage zu stellen. Zum andern könnte so auch bewirkt werden, dass bereits bei der Verabschiedung Klarheit besteht, mit welchen Mitteln die Unvereinbarkeit beseitigt werden soll. Die entsprechende Willensäußerung müsste aus dem betreffenden Erlass ersichtlich sein.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die vom Postulat angesprochene Problematik insbesondere betreffend das Verhältnis von Volksinitiativen und Völkerrecht durchaus besteht. Gerade in jüngster Zeit haben einige Volksinitiativen konkret die Frage aufgeworfen, wie mit möglichen Konflikten zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz umzugehen ist. Die verschiedenen hängigen parlamentarischen Vorstösse (vgl. Ziff. 1.4.5 oben) haben ihren Grund in diesen aktuellen Problemen. Der Bundesrat unterstützt die Bestrebungen, diese Probleme einer Lösung zuzuführen. Die laufenden und zu erwartenden Diskussionen im Parlament werden auch dem Bundesrat Gelegenheit geben, weitere Beiträge zu leisten.

Literaturverzeichnis

- Akehurst Michael*, The hierarchy of the sources of international law, *British Yearbook of International Law* 1974/75, S. 273–285
- Aust Anthony*, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Aufl., Cambridge 2013
- Baumann Robert*, Die Tragweite der Schubert-Praxis, *AJP* 2010, S. 1009–1019
- Daillier Patrick / Forteau Mathias / Pellet Alain*, *Droit international public*, 8. Aufl., Paris 2009
- Häfelin Ulrich / Haller Walter / Keller Helen*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012
- Ipsen Knut*, *Völkerrecht*, 6. Aufl., München 2014
- Kley Andreas*, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, Zürich 2011
- Müller Jörg Paul / Wildhaber Luzius*, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl., Bern 2001
- Peters Anne*, *Völkerrecht. Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Zürich 2012
- Schürer Stefan*, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, *ZBI* 2015, S. 115–132
- Simma Bruno*, Der Einfluss der Menschenrechte auf das Völkerrecht: ein Entwurf, in: *International Law between Universalism and Fragmentation*, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Leiden 2008, S. 729–745
- Tschannen Pierre*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011

Materialienverzeichnis

- Artikel zur Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen inkl. Kommentar, International Law Commission (ILC), zur Kenntnis genommen von der UNO Generalversammlung am 12.12.2001 mit Resolution 56/83 (zit.: ILC-Artikel) (2001)
- Bericht des Bundesrats vom 19. Februar 2014 zur Abschreibung der Motionen 11.3468 und 11.3751 der beiden Staatspolitischen Kommissionen über Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit den Grundrechten, BBI 2014 2337 (zit.: Abschreibungsbericht)
- Bericht des Bundesrats vom 19. November 2014 in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 vom 12. Dezember 2013 (40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven), BBI 2015 357 (zit.: Bericht EMRK)
- Bericht des Bundesrats vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263 (zit.: Bericht Völkerrecht / Landesrecht)
- Berichts des Bundesamts für Justiz vom 28. Dezember 2006 zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, VPB 2012 Nr. 4 (zit.: Bericht BJ)
- Botschaft vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBI 2004 5965 (zit.: Botschaft «Bilaterale II»)
- Botschaft vom 1. Oktober 2010 zur Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)», BBI 2010 6963 (zit.: Botschaft Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!»)
- Botschaft vom 20. November 2013 zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBI 2013 9459 (zit.: Botschaft Durchsetzungsinitiative)
- Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1 (zit.: Botschaft nBV)
- Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989 über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, VPB 1989 Nr. 54 (zit.: Stellungnahme BJ / DV)
- Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2011 3613 (zit.: Zusatzbericht Völkerrecht / Landesrecht)