



VPB 1/2012 vom 1. Mai 2012

2012.4 (S. 55–71)

Voraussetzungen für die Gültigkeit von Volksinitiativen und die materiellen Schranken der Verfassungsrevision

EJPD, Bundesamt für Justiz

Bericht vom 28. Dezember 2006 zuhanden der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates

Stichwörter: Gültigkeit von Volksinitiativen; materielle Schranken der Verfassungsrevision; Undurchführbarkeit; zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

Mots clés: validité des initiatives populaires; limites matérielles à la révision de la Constitution; inexécutabilité; règles impératives du droit international

Termini chiave: validità delle iniziative popolari; limiti materiali alla revisione della Costituzione; inattuabilità; regole cogenti del diritto internazionale

Regeste:

1. Analyse von Gültigkeitsgründen von Volksinitiativen in Bezug auf das geltende Recht, die Praxis der Bundesbehörden und der Lehre.
2. Untersuchung anderer Lösungen, insbesondere:
 - Ausweitung des Begriffs der Undurchführbarkeit oder der Regeln des zwingenden Völkerrechts
 - Einführung einer neuen materiellen Schranke für nicht kündbare Verträge oder einiger spezifischer Verträge

Regeste:

1. Analyse des conditions de validité des initiatives populaires au regard du droit en vigueur, de la pratique des autorités fédérales et de la doctrine.
2. Examen d'autres solutions, en particulier:
 - extension de la notion d'inexécutabilité ou de celle de règles impératives du droit international;
 - introduction d'une nouvelle limite matérielle concernant les traités non dénonçables ou certains traités spécifiques.

Regesto:

1. Analisi delle condizioni di validità delle iniziative popolari per quanto attiene al diritto in vigore, alla prassi delle autorità federali e alla dottrina.

2. Ricerca di altre soluzioni, in particolare:

- estensione della nozione di inattuabilità o di regole cogenti del diritto internazionale;
 - introduzione di un nuovo limite materiale concernente i trattati non denunciabili o taluni trattati specifici.
-

Rechtliche Grundlagen:

Art. 139 Abs. 3 BV (entspricht dem im Bericht zitierten Art. 139 Abs. 2 BV gemäss AS 2003, 1953)

Base légales:

art. 139, al. 3, Cst. (correspond à l'art. 139, al. 2 Cst., selon le RO 2003 1953, cité dans le rapport)

Base giuridica:

art. 139 cpv. 3 Cost. (corrisponde all'art. 139 cpv. 2 Cost., secondo la RU 2003 1953, citata nel rapporto)

1 Einleitung und Auftrag

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) hat im Rahmen ihrer Arbeiten zur Umsetzung der Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» (05.081) der Verwaltung folgenden Auftrag erteilt:

«Die Verwaltung wird beauftragt, der Kommission Bericht zu erstatten über Vorschläge betreffend den Umgang mit Initiativen, die gegen Völkervertragsrecht verstossen oder die faktisch oder rechtlich nicht umsetzbar sind. Der Bericht soll des Weiteren die Thematik der materiellen Schranken der Verfassungsrevision beleuchten».

Der Auftrag wird, zusammengefasst, folgendermassen begründet:

Nach dem geltenden geschriebenen Verfassungsrecht bilden einzig zwingende Bestimmungen des Völkerrechts (*ius cogens*) eine materielle Schranke der Verfassungsrevision. Die Frage, ob es weitere materielle Schranken gibt, wird in der Verfassung nicht ausdrücklich beantwortet. Die Kommission wirft insbesondere die Frage auf, wie mit Volksinitiativen umzugehen ist, die gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen, dies im Zusammenhang mit der Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter». Sie wirft die Frage auf, ob die Lösung nicht in der ungeschriebenen materiellen Schranke der Undurchführbarkeit gefunden werden könnte; das Kriterium der Undurchführbarkeit wäre auch dann gegeben, wenn eine Volksinitiative gegen faktisch oder rechtlich nicht kündbare völkerrechtliche Verträge von erheblicher Tragweite verstossen würde. Weiter wird die Möglichkeit erwähnt, gewisse grundlegende Verfassungsnormen wie die Grundrechte, der Föderalismus, die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit als weitere materielle Schranken der Verfassungsrevision anzuerkennen.

Die Aktualität der aufgeworfenen Fragen wird unterstrichen durch den Beschluss der RK-N vom 24. November 2006 zur Umsetzung der Verwahrungsinitiative. Die RK-N empfiehlt dem Nationalrat, auf die Änderung des Strafgesetzbuches im Zusammenhang mit der Umsetzung der Initiative nicht einzutreten, weil sie zum Schluss gekommen ist, es sei unmöglich, eine Gesetzgebung auszuarbeiten, die mit der EMRK vereinbar ist. Daher sei es Sache der Gerichte, die mit der Initiative eingeführte Verfassungsbestimmung unter Einhaltung der EMRK direkt anzuwenden.

Dieser Bericht, mit dem die im Auftrag der RK-N aufgeworfenen Fragen beantwortet werden sollen, ist folgendermassen aufgebaut:

Nach einer Klärung der Beziehungen zwischen den Voraussetzungen für die Gültigkeit von Volksinitiativen und den materiellen Schranken der Verfassungsrevision (Ziff. 2) wird ein Überblick über das geltende Recht in diesem Bereich gegeben, insbesondere zu den Kriterien der Undurchführbarkeit und der Unvereinbarkeit mit zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (Ziff. 3). Dabei werden sowohl die Praxis der Bundesbehörden (Ziff. 3.1 und 3.2) als auch die Lehrmeinungen (Ziff. 3.3) aufgezeigt. Die Bundesbehörden haben sich zu diesem Thema namentlich im Zusammenhang mit der Nachführung der Bundesverfassung und der Volksrechtsreform (Ziff. 3.1) sowie anlässlich von zahlreichen Volksinitiativen, von denen einzelne schliesslich für ungültig erklärt wurden (Ziff. 3.2), geäussert. Nach der Analyse des positiven Rechts folgt eine Synthese der bereits bestehenden Lösungen sowie der Vorschläge der Lehre für den Umgang mit Initiativen, die gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen (Ziff. 4). Anschliessend nehmen wir eine Bewertung der verschiedenen Optionen vor und ziehen unsere Schlussfolgerungen daraus (Ziff. 5).

2 Beziehung zwischen den Voraussetzungen für die Gültigkeit von Volksinitiativen und den materiellen Schranken der Verfassungsrevision

Gemäss Artikel 139 Absatz 2 der Bundesverfassung gibt es für die Gültigkeit einer Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung nur eine materielle Voraussetzung: die Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts¹.

¹ Die formellen Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen, also die Einheit der Form und die Einheit der Materie, werden hier nicht behandelt.

Zu dieser ausdrücklichen materiellen Voraussetzung kommt eine zweite hinzu, die ungeschrieben ist, die aber von der Praxis der Behörden und der Lehre seit langem anerkannt ist: die Voraussetzung der Durchführbarkeit.

Volksinitiativen auf Totalrevision der Bundesverfassung müssen diese Gültigkeitskriterien ebenfalls erfüllen². Das Gleiche gilt für Initiativen auf Total- oder Teilrevision der Verfassung, die von der Bundesversammlung oder vom Bundesrat vorgeschlagen werden (Art. 194 Abs. 2 und 193 Abs. 4 BV).

Die in diesem Bericht untersuchten Voraussetzungen für die Gültigkeit von Volksinitiativen, also die Durchführbarkeit und die Einhaltung zwingender Bestimmungen des Völkerrechts, sind demnach allgemein auf alle Verfassungsrevisionen anwendbar. Sie sind materielle Schranken der Verfassungsrevision.

3 Geltendes Recht (*de lege lata*)

3.1 Nachführung der Bundesverfassung und Volksrechtsreform

3.1.1 Undurchführbarkeit

3.1.1.1 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat äussert sich in seiner Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung (im Folgenden: Botschaft 1996) zum Kriterium der Undurchführbarkeit folgendermassen:

«Bisher ist einzig die offensichtliche faktische Undurchführbarkeit einer Initiative als ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision anerkannt worden, was als selbstverständlich gelten kann»³. Der Bundesrat führt als Beispiel die Ungültigerklärung der Chevallier-Initiative im Jahre 1955 an, die «die Kürzung von Ausgaben in Rechnungsjahren [verlangte], die nach Inkrafttreten der Bestimmung bereits abgelaufen gewesen wären»⁴. Wir werden weiter unten auf diese Initiative zurückkommen.

Die Ausführungen des Bundesrates zu diesem Punkt in der Botschaft zur Nachführung der Bundesverfassung zeigen klar auf, dass es sich bei der Undurchführbarkeit um eine offensichtliche **faktische** Undurchführbarkeit handeln muss.

In der Vorlage B «Reform der Volksrechte», die Teil derselben Botschaft 1996 ist, wird ein ganzes Kapitel den materiellen Schranken der Verfassungsrevision gewidmet.

Zur Undurchführbarkeit finden sich folgende Erwägungen:

«Die Bundesbehörden haben lange Zeit einzig die faktische Undurchführbarkeit einer Initiative als ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision anerkannt. Stellt eine Initiative ein Begehren, das unmöglich ist und somit nicht erfüllt werden kann, ist es materiell gegenstandslos und darf nicht der Abstimmung unterbreitet werden»⁵.

Der Bundesrat fügt an, dass das Erfordernis, dass eine Initiative durchführbar sein muss, derart selbstverständlich ist, dass es nicht ausdrücklich in der Verfassung verankert werden muss.

3.1.1.2 Haltung der eidgenössischen Räte

Bei der Beratung der Nachführung der Bundesverfassung haben sich die eidgenössischen Räte im Zusammenhang mit dem Kriterium der Undurchführbarkeit von Volksinitiativen diskussionslos der Haltung des Bundesrates angeschlossen.

² Zwingendem Völkerrecht kommt gemäss der Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung (BBI 1997 I 1) im Zusammenhang mit Volksinitiativen auf Totalrevision nur eine geringe Bedeutung zu, denn diese sind auf die Form der allgemeinen Anregung beschränkt, was es der Bundesversammlung erlaubt, die Totalrevision in Übereinstimmung mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts auszuarbeiten (S. 432).

³ Botschaft 1996, S. 433.

⁴ Botschaft 1996, S. 433, Fn. 11.

⁵ Botschaft 1996, S. 445.

Das Thema wurde in der Folge nicht mehr diskutiert. Insbesondere wurde es bei den Arbeiten zur parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» nicht behandelt⁶.

3.1.2 Zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

3.1.2.1 Haltung des Bundesrates

Der Bundesrat beantragte in seiner Botschaft zur Nachführung der Bundesverfassung, eine materielle Schranke der Verfassungsrevision im Verfassungstext ausdrücklich festzuschreiben, nämlich die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (*ius cogens*). Der Bundesrat bezieht sich auf die Ungültigerklärung der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» und führt aus, dass die Festschreibung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision der jüngsten Praxis der Bundesbehörden entspreche. Er begründet diese damit, dass zwingende Bestimmungen des Völkerrechts unbedingte Geltung beanspruchen und dass sich ein Rechtsstaat an sie halten muss. Diese Regeln sind deshalb zwingend, weil sie «zu den Grundregeln zwischenstaatlichen Verhaltens gehören und für das friedliche Zusammenleben der Menschheit oder ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind». In den Erläuterungen wird präzisiert: «Auch im Falle ihrer staatsvertraglichen Verankerung entbindet eine Kündigung aufgrund des zwingenden Charakters dieser Normen nicht von ihrer Berücksichtigung»⁷.

Der Bundesrat rechtfertigt also mit anderen Worten die Aufnahme der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als ausdrückliche materielle Schranke der Verfassungsrevision namentlich damit, dass sich die Schweiz der Einhaltung dieser Normen nicht entziehen könnte, selbst wenn sie die entsprechenden Staatverträge künden würde.

In den Erläuterungen zur Vorlage B «Reform der Volksrechte» der Botschaft 1996 geht der Bundesrat ausführlicher auf die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision ein. Er erklärt, dass die Frage, wie sich das Initiativrecht zum Vorrang des Völkerrechts verhalten soll, sehr heikel ist. Um das Initiativrecht so weit als möglich zu schonen, spricht er sich dafür aus, nur die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als Schranke der Verfassungsrevision vorzusehen und nicht das ganze Völkerrecht: «Diese weitgehende Schonung des Initiativrechts erfolgt mit Blick auf die vielen politischen und rechtlichen Mittel, die eingesetzt werden können, um einen Normkonflikt zu vermeiden. Zu denken ist an völkerrechtskonforme Auslegung, an die Möglichkeit, einen völkerrechtskonformen Gegen- oder Alternativvorschlag zu präsentieren, an eine völkerrechtskonforme Umsetzung der Initiative, an eine allfällige Kündigung des Staatsvertrags»⁸.

Der Bundesrat hat also bewusst darauf verzichtet, im Rahmen der Reform der Volksrechte zu beantragen, dass Volksinitiativen für ungültig erklärt werden können, weil sie nicht mit dem nicht zwingenden Völkerrecht vereinbar sind. Er begründet seinen Entscheid unter anderem damit, dass die betroffenen Staatsverträge gegebenenfalls gekündigt werden können. Diese Begründung beantwortet allerdings nicht die Frage, wie mit unkündbaren Staatverträgen zu verfahren wäre.

Sowohl in den Erläuterungen zur Nachführung der Bundesverfassung als auch in denjenigen zur Volksrechtsreform führt der Bundesrat eine Reihe von Bestimmungen auf, die «unbestrittenermassen zum *ius cogens*» zählen. Dazu gehören die Verbote von Aggression, Genozid, Folter, Sklaverei, «die notstandsfesten Garantien der EMRK» und die Grundzüge des humanitären Kriegsrechts⁹.

Der Bundesrat präzisiert weiter: «Die <zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts> können nicht abstrakt umschrieben werden. Es ist Aufgabe der Praxis – nach den Reformvorschlägen also Aufgabe der Bundesversammlung und des Bundesgerichtes –, hier eine Rechtsprechung unter Einbezug der Lehre zu entwickeln und letzte Klarheit über die Tragweite des Begriffs zu schaffen»¹⁰. Nach dem Bundesrat ist es also möglich, dass sich in Zukunft die Praxis im Bereich der materiellen Schranken der Verfassungsrevision – natürlich immer innerhalb des *ius cogens* – weiterentwickelt.

⁶ Die SPK-S behandelt die Frage der Undurchführbarkeit von Volksinitiativen in ihrem Bericht zur parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» (BBI 2001 4803) nicht. Auch die Stellungnahme des Bundesrates zu diesem Bericht geht auf diesen Punkt nicht ein (BBI 2001 6080).

⁷ Botschaft 1996, S. 362 und 433f.

⁸ Botschaft 1996, S. 446, Fn. 17.

⁹ Botschaft 1996, S. 362, 433 und 446.

¹⁰ Botschaft 1996, S. 446f.

Der Bundesrat hat ebenfalls die Möglichkeit aufgeführt, dass in Zukunft weitere materielle Schranken der Verfassungsrevision eingeführt werden: «Abschliessend ist festzuhalten, dass die präsentierte Schrankenregelung, die einzig die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision statuiert, den heutigen Stand der Rechtslage wiedergibt. Sie ist nicht abschliessend zu verstehen, sondern lässt Weiterentwicklungen in diesem Bereich zu»¹¹.

Der Bundesrat schloss also im Jahr 1996 nicht aus, dass weitere Arten von materiellen Schranken aufgenommen werden können. Er hat sich aber nicht zu deren Art geäussert.

3.1.2.2 Haltung der eidgenössischen Räte

Die Aufnahme der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts in die Verfassung als materielle Schranke der Verfassungsrevision wurde bei der Nachführung der Bundesverfassung in der Subkommission 1 der Verfassungskommission des Nationalrates (Subk.1 VK-N) ausführlich behandelt. Die Diskussionen drehten sich hauptsächlich um die Bedeutung des Begriffs «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» sowie darum, ob es nötig und angebracht sei, auch nicht kündbare internationale Verträge als eine materielle Schranke der Verfassungsrevision vorzusehen.

Am Ende der Beratungen kamen die Mitglieder der VK-N genauso wie die Mitglieder der Subk.1 VK-N zum Schluss, dass der Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» auf jeden Fall das *ius cogens* umfasst. Sein Inhalt wird von der Völkergemeinschaft bestimmt und entwickelt sich somit ständig weiter. Zum Zeitpunkt der Diskussion konnten eine bestimmte Anzahl von Bestimmungen mit Sicherheit als *ius cogens* betrachtet werden, beispielsweise das Verbot der Gewaltanwendung und Aggression zwischen Staaten, des Völkermords, der Folter, der Sklaverei, der willkürlichen Tötung und der Hinrichtung ohne faires Verfahren sowie das Non-Refoulement-Prinzip. Diese internationalen Verpflichtungen entsprechen denjenigen, die der Bundesrat in der Botschaft 1996 nennt. Dort wurden zudem die unveräusserlichen Menschenrechte, also die notstandsfesten Garantien der EMRK oder des UN-Paktes II erwähnt. In der VK-N wurde in diesem Zusammenhang präzisiert, dass insbesondere die in Artikel 15 EMRK genannten Garantien betroffen sind, nämlich das Recht auf Leben, das Verbot der Folter, der Sklaverei und der willkürlichen Tötung sowie die Grundsätze «Keine Strafe ohne Gesetz» und «ne bis in idem». Die Genfer Konventionen zum Schutz des humanitären Völkerrechts enthalten ebenfalls Rechte, die auch im Kriegsfall Bestand haben. Sie werden als harter Kern des humanitären Völkerrechts bezeichnet. Die Subk. 1 VK-N und später die VK-N haben sich der Auffassung angeschlossen, dass diese Garantien im Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts», wie er in der Botschaft 1996 verwendet wird, eingeschlossen sind¹². In Bezug auf den Inhalt des Begriffs «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» hat sich die VK-N also dem Bundesrat angeschlossen.

Die Subk.1 VK-N hat sich weiter mit der Frage befasst, ob unkündbare völkerrechtliche Verträge ebenfalls als materielle Schranke der Verfassungsrevision festgelegt werden sollen. Die Subkommission hat in der Folge einen entsprechenden Vorschlag ausgearbeitet; demnach würde die in der Nachführung verwendete Bestimmung zur Gültigkeit von Volksinitiativen als materielle Schranke nicht nur die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, sondern auch die unkündbaren völkerrechtlichen Verträge aufführen. Dieser Zusatz wurde aus folgenden Gründen hinzugefügt: Einerseits sollte geregelt werden, wie vorgegangen werden soll, wenn eine Initiative angenommen wird, die gegen einen unkündbaren völkerrechtlichen Vertrag verstösst. Denn nach Artikel 113 Absatz 3 aBV (Art. 191 nBV) muss das Völkerrecht angewendet werden. Andererseits unterstehen unkündbare völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum; das Volk kann sich also dazu äussern im Bewusstsein, dass es sich auf ewig bindet¹³.

Die VK-N ist hingegen dem Bundesrat gefolgt und hat beschlossen, diesen Zusatz nicht in die nachgeführte Bundesverfassung zu übernehmen, da es sich sonst nicht mehr um eine Nachführung, sondern um eine materielle Änderung gehandelt hätte, die überdies nicht gerechtfertigt gewesen wäre, weil ein unkündbarer völkerrechtlicher Vertrag auch weniger bedeutende und technische Themen betreffen kann, die sicher nicht als Schranken der Volksrechte festgelegt werden können¹⁴. Die Subk.1 VK-S sprach sich ebenfalls gegen die Aufnahme der unkündbaren völkerrechtlichen Verträge

¹¹ Botschaft 1996, S. 448.

¹² Subk.1 VK-N, Sitzung vom 14.5.1997, S. 5ff.; VK-N, Sitzung vom 7.7.1997, S. 10.

¹³ Subk.1 VK-N, Sitzung vom 14.5.1997, S. 6ff.

¹⁴ VK-N, Sitzung vom 7.7.1997, S. 10f.

als zweite Kategorie von materiellen Schranken der Verfassungsrevision aus. Es wurde namentlich darauf hingewiesen, dass die Unkündbarkeit eines Vertrags schwierig zu bestimmen ist, da es Verträge gibt, die rechtlich nicht kündbar sind, und andere, die faktisch nicht kündbar sind¹⁵.

Bei der Beratung der Nachführung der Bundesverfassung im Plenum wurden die materiellen Schranken der Verfassungsrevision nicht mehr behandelt. Die eidgenössischen Räte haben sich dem Entwurf des Bundesrates diskussionslos angeschlossen.

Die Frage wurde hingegen im Rahmen der «abgespeckten» Volksrechtsreform der VK-S wieder aufgeworfen.

Einer der Gründe, weshalb die VK-S die parlamentarische Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» eingereicht hatte, war die mangelnde Klarheit im damaligen geltenden Recht *«darüber, wie vorzugehen ist, wenn Volksinitiativen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen»*¹⁶. Die VK-S erarbeitete eine konkrete Lösung, die vorsah, Artikel 173 BV durch folgende Bestimmung zu ergänzen: *«Die Bundesversammlung entscheidet, welche Massnahmen zu treffen sind, wenn eine angenommene Volksinitiative ganz oder teilweise völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz widerspricht»*. Der Bericht der SPK-S hält fest, dass die VK-S der Ansicht war, eine Reaktion der politischen Behörden müsse erfolgen, wenn eine völkerrechtswidrige Volksinitiative angenommen wird, und *«eine solche Reaktion sei dann angebracht oder sogar zwingend, wenn es zum Beispiel um das Künden eines völkerrechtlichen Vertrags gehe. Die Bundesversammlung könne jedoch auch zum Schluss kommen, dass der Widerspruch zum Völkerrecht toleriert und die allfälligen Konsequenzen getragen werden sollen»*¹⁷. Es ging also nicht darum, eine völkerrechtswidrige Initiative für ungültig zu erklären, sondern darum, die Bundesversammlung die notwendigen Massnahmen beschliessen zu lassen, darunter gegebenenfalls auch die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrags.

Die Staatspolitische Kommission des Ständerates (SPK-S) hat sich, als es darum ging, die parlamentarische Initiative zu konkretisieren, gegen diese Lösung entschieden und hat sich der Auffassung des Bundesrates angeschlossen, wonach es nicht wünschenswert sei, wenn die Unvereinbarkeit einer angenommenen Volksinitiative mit dem Völkerrecht zu einer Parlamentsdebatte führe, da das Volk dann den Eindruck hätte, seine Entscheide würden nicht ernst genommen. Die SPK-S hat ihren Beschluss zugunsten des Status quo namentlich damit begründet, dass bis jetzt nur wenige Konfliktfälle vorgekommen sind und auch in Zukunft nur wenige zu erwarten sind¹⁸. Dieser Beschluss wurde im Plenum bei der Beratung der parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» nicht in Frage gestellt.

Die Diskussionen zur Volksrechtsreform haben also die im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung getroffenen Entscheide bestätigt: Die Bundesbehörden haben – im Bewusstsein um die Problematik der völkerrechtswidrigen Volksinitiativen – ihren Beschluss, nur die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als materielle Schranke der Verfassungsrevision festzuschreiben, wiederholt bestätigt.

3.1.3 Weitere Schranken

Der Bundesrat ist in seinen Ausführungen zur Nachführung der Bundesverfassung und zur Volksrechtsreform nur auf das *ius cogens* als materielle Schranke der Verfassungsrevision eingegangen; für weitere materiellen Schranken gäbe es weder in der Verfassungstradition noch in der Praxis eine Grundlage¹⁹.

3.1.4 Teilungültigkeit

Mit der Nachführung der Bundesverfassung wurde schliesslich die Möglichkeit verankert, eine Volksinitiative für teilweise ungültig zu erklären (Art. 139 Abs. 2 BV). Mit dieser Regelung, die auf Initiative

¹⁵ Subk.1 VK-S, Sitzung vom 20.5.1997, S. 5f.

¹⁶ Bericht der SPK-S, BBl 2001 4803, 4809 (im Folgenden: Bericht SPK-S).

¹⁷ Bericht SPK-S, S. 4828.

¹⁸ Bericht SPK-S, S. 4599.

¹⁹ Botschaft 1996, S. 433 und 446.

der VK-N und der VK-S aufgenommen wurde, konnte eine rechtliche Frage geklärt werden, die zuvor sehr umstritten war²⁰.

3.2 Praxis bei der Ungültigerklärung von Volksinitiativen

3.2.1 Undurchführbarkeit

3.2.1.1 Für ungültig erklärte Initiative

Bis heute hat die Bundesversammlung nur eine einzige Initiative wegen Undurchführbarkeit für ungültig erklärt, und zwar das «Volksbegehren für eine vorübergehende Herabsetzung der Militärausgaben», besser bekannt unter dem Namen «Chevallier-Initiative». Die Initiative verlangte insbesondere, «*dass im ordentlichen Budget der Eidgenossenschaft für das Jahr 1955 (oder spätestens für 1956) eine massive Herabsetzung der Militärausgaben im Ausmass von 50 Prozent vorgenommen werde und dass die dadurch erzielten Einsparungen für schweizerische Jugendhilfswerke, für die Erstellung billiger Wohnungen und für den Wiederaufbau kriegsverwüsteter Gebiete in den Nachbarländern verwendet werden*» sollte.

In seinem zweiten Bericht an die Bundesversammlung vom 8. August 1955²¹ hat der Bundesrat zunächst ernsthafte Zweifel bezüglich der Einheit der Materie angeführt, die Initiative unter diesem Gesichtspunkt aber dennoch für gültig erklärt. Im Gegenzug hat er die Initiative aber «*im Hinblick auf die zur Verfügung stehende Zeit und mit Rücksicht auf Gründe materieller Art*» als undurchführbar beurteilt. Tatsächlich hätte die Volksabstimmung aus organisatorischen Gründen frühestens Ende 1955 stattfinden können. Zu diesem Zeitpunkt wäre es aber nicht mehr möglich gewesen, im Budget 1956 die von der Initiative verlangte Herabsetzung der Ausgaben vorzunehmen. Die Initiative wäre im Zeitpunkt der Abstimmung «praktisch nicht durchführbar» gewesen, da die Zeit für die Annahme und die Inkraftsetzung der notwendigen Vollzugsbestimmungen nicht gereicht hätte. Zudem war der Bundesrat der Ansicht, dass die Initiative auch materiell nicht umsetzbar sei. Es sei nicht möglich, die fixen Ausgaben des Militärbudgets um 50 Prozent zu kürzen, zumindest nicht befristet und innerhalb so kurzer Zeit, wie die Initiative es verlangte. Der Bundesrat empfahl deshalb der Bundesversammlung, die Initiative für ungültig zu erklären. Die Bundesversammlung folgte dieser Empfehlung am 15. Dezember 1955.

Seither wurde keine einzige Initiative mehr wegen Undurchführbarkeit für ungültig erklärt. Das Kriterium der Undurchführbarkeit ist aber immer noch Bestandteil der Überprüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen. Die bundesrätlichen Botschaften widmen sich dieser Frage in der Regel mehr oder weniger ausführlich. Die dort enthaltenen Aussagen können uns Angaben dazu liefern, wie dieses Kriterium zu verstehen ist. Dies soll im Folgenden dargelegt werden.

3.2.1.2 Weitere Initiativen

In den meisten seiner Botschaften zu Volksinitiativen nimmt der Bundesrat Stellung zur «faktischen Durchführbarkeit»²².

²⁰ Votum Leuba (Berichterstatter), AB N 1998, Separatdruck S.51; Voten Frick (Berichterstatter) und Koller (Bundesrat), AB S 1998, Separatdruck, S. 120f.

²¹ BBI 1955 II 325.

²² Vgl. insbesondere die Botschaften zur Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen», BBI 2006 8953; zur Volksinitiative «für einen autofreien Sonntag pro Jahreszeit - ein Versuch für vier Jahre (Sonntags-Initiative)», BBI 2000 503; zur Volksinitiative «für mehr Verkehrssicherheit durch Tempo 30 innerorts mit Ausnahmen (Strassen für alle)», BBI 2000 2887. In seiner Botschaft vom 29. Oktober 1997 zur Volksinitiative «für die Halbierung des motorisierten Strassenverkehrs» (BBI 1998 269, 274), schreibt der Bundesrat im Kapitel «Durchführbarkeit», dass seit der Ungültigerklärung der Chevallier-Initiative «*problematische Initiativen jeweils auch auf faktische Undurchführbarkeit überprüft*» werden. Und er fährt fort: «*Die Hürden für eine Ungültigerklärung wegen Undurchführbarkeit sind allerdings hoch. Nach der Rechtsprechung sowie nach der Praxis des Bundesrates [...] darf der Entscheid über das Initiativbegehren der Volksabstimmung nicht entzogen werden, wenn einem Initiativtext nach den anerkannten Auslegungsregeln eine Bedeutung beigemessen werden kann, die das Begehren nicht als offensichtlich und ohne jeden Zweifel undurchführbar erscheinen lässt*» (Verweise weggelassen). Der Bundesrat hat zwar festgestellt, dass im vorliegenden Fall die praktische Umsetzung der Initiative zahlreiche Schwierigkeiten mit sich bringen würde, insbesondere Zuständigkeitsprobleme bezüglich Vollzug, die Diskriminierungsproblematik, beschränkte Kapazitäten im öffentlichen Verkehr sowie weitreichende und einschneidende wirtschaftliche und soziale Auswirkungen, dass aber all diese Schwierigkeiten nichts an der grundsätzlichen Durchführbarkeit ändern: «*Der Streit darüber, ob die Schweiz diese Schwierigkeiten und Konsequenzen in Kauf nehmen will, muss auf dem Feld der politischen Auseinandersetzung ausgetragen werden*».

In einigen Fällen hat der Bundesrat einen etwas anderen Gebrauch vom Begriff der «Durchführbarkeit» gemacht, indem er den Begriff der «rechtlichen Undurchführbarkeit»²³ eingeführt hat. Dieses Kriterium der rechtlichen Undurchführbarkeit hat er insbesondere in der Botschaft zu den Volkinitiativen «MoratoriumPlus – Für die Verlängerung des Atomkraftwerk-Baustopps und die Begrenzung des Atomrisikos (MoratoriumPlus)» und «Strom ohne Atom – Für eine Energiewende und die schrittweise Stilllegung der Atomkraftwerke (Strom ohne Atom)» präzisiert: «*Nach konstanter Praxis ist eine Initiative dann undurchführbar, wenn sie nicht nur rechtlich und zeitlich, sondern auch materiell offensichtlich undurchführbar ist*»²⁴.

Die Ausführungen in diesen Botschaften zeigen, dass eine rechtliche Undurchführbarkeit nicht ausreicht, um eine Initiative im Sinne der Praxis der Behörden für ungültig zu erklären. Im Gegenteil: Für eine Ungültigerklärung muss die Initiative nicht nur rechtlich, sondern auch zeitlich und materiell undurchführbar sein. Folglich kann man von einer rein rechtlichen Undurchführbarkeit nicht auf eine zur Ungültigkeit führende Undurchführbarkeit schliessen.

Zum Zusammenhang zwischen Undurchführbarkeit und Verletzung von – allenfalls unkündbaren – völkerrechtlichen Verträgen hat sich der Bundesrat in seiner Botschaft zur Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik»²⁵ geäußert. Bekanntlich hat das Parlament die Initiative schliesslich für ungültig erklärt, und zwar wegen Unvereinbarkeit mit zwingendem Völkerrecht (siehe unten). Zur Durchführbarkeit stellte der Bundesrat folgende Überlegungen an:

Die Initiative widerspreche den Bestimmungen der Genfer Flüchtlingskonvention, der UNO-Folterkonvention, der EMRK und des UN-Paktes II. Diese völkerrechtlichen Verträge seien kündbar, mit Ausnahme des Paktes II, der keine Kündigungsklausel enthalte. Bei einer Annahme der Initiative werde deshalb das Völkerrecht unvermeidlich verletzt. Diese Überlegungen führten zu folgendem Schluss:

«Trotzdem kann der Initiative die faktische Durchführbarkeit nicht abgesprochen werden, weil letztlich jeder Staat völkerrechtswidrig handeln kann, wenn er bereit ist, die entsprechenden Konsequenzen zu tragen. Der Bundesrat weist aber darauf hin, dass diese Konsequenzen im Falle einer Annahme der Initiative derart gravierend wären, dass die Schweiz auf den Gebieten des Flüchtlingsrechts und der Menschenrechte aussenpolitisch isoliert, von der Staatengemeinschaft stigmatisiert und als Rechtsstaat in Frage gestellt würde».

Damals ging der Bundesrat also davon aus, dass auch eine Initiative, die gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstösst, seien diese noch so wichtig und unkündbar, gemäss Praxis der Bundesbehörden durchführbar sei.

Gemäss aktueller Praxis der Bundesbehörden geht es beim Kriterium der Durchführbarkeit als Voraussetzung für die Gültigkeit einer Volksinitiative also nur um die faktische, nicht aber um die rechtliche Durchführbarkeit. Insbesondere ist der Verstoss gegen einen unkündbaren völkerrechtlichen Vertrag kein ausreichender Grund, um eine Initiative für undurchführbar zu erklären.

3.2.2 Zwingendes Völkerrecht

3.2.2.1 Für ungültig erklärte Initiative

Bisher hat die Bundesversammlung erst eine Volksinitiative – die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» – wegen Verletzung des zwingenden Völkerrechts für ungültig erklärt. Diese Volksinitiative versties gegen das Non-Refoulement-Gebot. Die Bundesversammlung fälltte ihren Entscheid am 14. März 1996²⁶.

²³ So hat der Bundesrat in der Botschaft über die Volksinitiative «Für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik» im Kapitel Durchführbarkeit festgehalten, dass «*unter dem Gesichtspunkt der sachlichen und rechtlichen Durchführbarkeit keine Ungültigkeit begründet werden*» kann (BBI 1994 III 1201, 1204). (Die Bundesversammlung erklärte die Initiative später für ungültig, da die Einheit der Materie nicht gewahrt sei).

²⁴ BBI 2001 2665, 2672. Ebenso lautet der Kommentar zur Volksinitiative «für tiefere Spitalkosten» (BBI 1999 9679, 9684): «*Nach konstanter Praxis dürfen jedoch nur zweifelsfrei und faktisch unmöglich durchführbare Volksinitiativen der Volksabstimmung entzogen werden. Die Unmöglichkeit der Durchführung eines Initiativbegehrens in rechtlicher Hinsicht sowie praktische Schwierigkeiten bei dessen Verwirklichung reichen nicht aus, um dieses wegen Undurchführbarkeit für ungültig zu erklären.*» (Die gleiche Formulierung ist auch zu finden in der Botschaft zur Volksinitiative «Gesundheit muss bezahlbar bleiben», BBI 2000 4267).

²⁵ BBI 1994 III 1486.

²⁶ BBI 1996 I 1355.

Schon der Bundesrat hat in seiner Botschaft zu dieser Volksinitiative die Ungültigerklärung beantragt. Seinen Antrag begründete er nicht mit Undurchführbarkeit, sondern damit, die Initiative widerspreche einer zwingenden Norm des Völkerrechts. In seinen Erläuterungen dazu äussert er sich ausführlich über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht und zu der Frage, ob der Vorrang des Völkerrechts dazu führen müsse, dass völkerrechtliche Verpflichtungen als materielle Schranken der Verfassungsrevision zu gelten haben. Wie er anführt, ist bis zu jenem Zeitpunkt keine Volksinitiative wegen Unvereinbarkeit mit dem Völkerrecht für ungültig erklärt worden. Die Frage stellte sich nur in wenigen Fällen und dann nur *«im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus dem Völkervertragsrecht, aus denen sich die Schweiz mittels Kündigung oder einseitiger Erklärung hätte befreien können»*²⁷. Eine Kündigung völkerrechtlicher Bestimmungen, die nicht im Einklang sind mit dem Initiativtext, kommt laut dieser Botschaft aber dann nicht in Frage, wenn eine Volksinitiative völkerrechtliche Bestimmungen verletzen würde, die wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die internationale Rechtsordnung unbedingte Geltung erfordern, und zwar unabhängig davon, ob sie auf Völkergewohnheitsrecht oder Völkervertragsrecht beruhen. Massgebend für das *ius cogens* ist nach dieser Botschaft, dass es *«Regeln zum Inhalt [hat], von denen sich die Staaten auch durch eine Kündigung der völkerrechtlichen Verträge, in denen sie verankert sind, nicht befreien können»*. Im Übrigen war damals in der Lehre die Meinung vorherrschend, zwingendes Völkerrecht müsse als materielle Schranke der Verfassungsrevision gelten. Eine Minderheit vertrat dagegen die Ansicht, Völkerrecht, ob kündbar oder unkündbar, müsse generell als materielle Schranke der Verfassungsrevision anerkannt werden. Der Bundesrat schloss sich der Meinung der Mehrheit an.

Das Parlament folgte der Argumentation des Bundesrates, wonach die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden sollten, und stellte fest, die Volksinitiative verletze eine solche Bestimmung, nämlich das Prinzip des Non-Refoulement. Deshalb erklärte es die Volksinitiative für ungültig.²⁸

3.2.2.2 Weitere Initiativen

Bereits vor der Ungültigerklärung der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» wegen Unvereinbarkeit mit dem *ius cogens* gab es mehrere Volksinitiativen, die die Frage der Vereinbarkeit mit dem Völkervertragsrecht aufwarfen²⁹ und den Bundesrat zu einer Stellungnahme veranlassten. Die Verletzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen war indessen für den Bundesrat zu keinem Zeitpunkt ein Grund, eine Volksinitiative für ungültig zu erklären.

Seit der Ungültigerklärung der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» hat der Bundesrat wiederholt bekräftigt, einzig das *ius cogens* bilde eine materielle Schranke der Verfassungsrevision, nicht aber das nicht zwingende Völkerrecht³⁰.

Die Frage des Vorgehens bei Volksinitiativen, die mit unkündbarem Völkervertragsrecht kollidieren, stellte sich in jüngerer Zeit bei zwei Volksinitiativen³¹.

Im Zusammenhang mit der Volksinitiative «für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz – Ja!)» stellt der Bundesrat fest, ein Importverbot für Tiere und Waren, die im Ausland nicht nach den Grundsätzen des schweizerischen Tierschutzrechts gehalten beziehungsweise hergestellt werden, verstiesse gegen das GATT/WTO-Übereinkommen, gegen die Europäische Menschenrechtskonvention und gegen den UN-Pakt II. Nach seiner Auffassung haben diese Vertragswerke einen *«Rang, der ihre*

²⁷ BBI 1994 III 1486, 1495.

²⁸ AB S 1995, 334 und AB N 1996, 303.

²⁹ Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Volksinitiative «zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr» namentlich festgehalten, die vorgesehenen Massnahmen stünden im Widerspruch zu verschiedenen bilateralen Verträgen, die bei Annahme der Volksinitiative demnach gekündigt werden müssten, und zu dem mit der EG vereinbarten Transitabkommen (BBI 1992 II 877, 906f.).

³⁰ In der Botschaft zur «Verkehrshalbierungs-Initiative» hält der Bundesrat fest, die Initiative verletze keine zwingenden völkerrechtlichen Verpflichtungen, sie tangiere aber eine Reihe völkerrechtlicher Übereinkommen. *«Diese Abkommen vermögen jedoch keine völkerrechtlich motivierte Ungültigerklärung der Initiative zu begründen. Zum einen, weil die Praxis der Bundesorgane aus dem Völkervertragsrecht fliessende Schranken der Verfassungsrevision bisher vermeint hat. Zum andern, weil sämtliche durch die vorliegende Initiative berührten bilateralen und multilateralen Abkommen kündbar oder zeitlich befristet sind [...]»* (BBI 1998 205, 274).

³¹ Die Frage hatte sich bereits bei der «Sonntags-Initiative» gestellt. Der Initiativtext liess aber dem Bundesrat die Möglichkeit, im öffentlichen Interesse Abweichungen vorzusehen. Er hätte also einen Widerspruch zum Völkerrecht umgehen können, indem er für die von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen Ausnahmen vorgesehen hätte. (BBI 2000 503, 508).

Kündigung durch die Schweiz faktisch ausschliesst»³². Im Fall der EMRK bestehe zwar theoretisch eine Kündigungsmöglichkeit; «*die politischen Konsequenzen einer Kündigung der EMRK würden allerdings sehr schwer wiegen*». Einen Austritt aus der WTO hält der Bundesrat angesichts der «*überaus schwerwiegenden Folgen für die Schweizer Wirtschaft*» für «*keine realistische Option*». Somit stellte sich die Frage, ob die tangierten völkerrechtlichen Bestimmungen als «*zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*» im Sinne der Bundesverfassung eingestuft werden konnten. Nach einem Teil der Lehre gibt es «*faktisch zwingende Bestimmungen des Völkerrechts*». Sie entsprechen den völkerrechtlichen Verpflichtungen, die eine solche Tragweite haben, dass sie faktisch unkündbar geworden sind³³.

Der Bundesrat hat aber ausdrücklich darauf verzichtet, solche Bestimmungen als zwingende Bestimmungen des Völkerrechts im Sinn von Artikel 139 Absatz 2 BV anzuerkennen. Er begründet dies damit, dass das Recht des Souveräns, sich zu Verfassungsänderungen zu äussern, nur im äussersten Notfall beschnitten werden dürfe. «*Das bedeutet, dass es auszuschliessen ist, neue Ungültigkeitsgründe, die nicht zweifelsfrei in der Verfassung verankert sind, einzuführen.*»³⁴

Der Bundesrat hat diese Position erst kürzlich mit der Botschaft zur Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen» bekräftigt³⁵. Im Kapitel über die Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht vertritt er die Ansicht, dass der mit der Volksinitiative angestrebte Ausschluss jeglicher gerichtlicher Überprüfung von Einbürgerungsentscheiden mehrere wichtige internationale Übereinkommen verletzen würde, namentlich das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, den UN-Pakt II und die EMRK. Er stützt sich in seiner Argumentation auf die Botschaft zur Volksinitiative «Tierschutz – Ja!», wo er sich ausdrücklich dagegen ausgesprochen hat, «*dass Normen aus völkerrechtlichen Verpflichtungen, selbst wenn sie für die Schweiz von so überragender Bedeutung sind, dass deren Aufkündigung nicht in Frage kommt, mit zwingendem Völkerrecht gleichgestellt werden*». Deshalb führe dies dazu, «*dass trotz der Unkündbarkeit des Pakts II und trotz des hohen Ranges der EMRK in der Hierarchie der Übereinkommen beide Abkommen kein zwingendes Völkerrecht im Sinne von Artikel 139 [...] Abs. 3 darstellen*»³⁶.

Selbstverständlich auszunehmen sind die Garantien der EMRK und des Pakts II, von denen sich kein Staat, selbst in einer Notlage, befreien kann. Diese fallen seit jeher unter die bundesrätliche Umschreibung des zwingenden Völkerrechts.

3.2.3 Verwahrungsinitiative

In seiner Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» hat der Bundesrat festgestellt, die Initiative stehe nicht im Widerspruch mit dem Völkerrecht. Namentlich kollidiere sie weder mit der EMRK noch mit dem Pakt II, denn sie könne völkerrechtskonform ausgelegt werden, insbesondere durch eine weite Auslegung des Begriffs der «*neuen wissenschaftlichen Erkenntnis*»³⁷.

Diese Auslegungsprobleme und die Notwendigkeit, die Initiative völkerrechtskonform auszulegen, haben den Bundesrat veranlasst, eine Ausführungsgesetzgebung vorzulegen³⁸. Der Ständerat ist dem Bundesrat gefolgt und hat die von ihm beantragte Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches bis auf wenige Details gutgeheissen³⁹.

Die RK-N hingegen hat am 24. November 2006 Nichteintreten auf die Vorlage beschlossen. Laut Ansicht der Kommissionmehrheit stellte der Revisionsentwurf die Einhaltung der EMRK nicht sicher. Deshalb zog sie es vor, es den Gerichten zu überlassen, Artikel 123a BV direkt anzuwenden, wenn immer möglich im Einklang mit dem Völkerrecht.

³² BBI 2004 3283, 3293.

³³ Yvo Hangartner, *Art. 139 Abs. 3 BV*, in: St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 29; Luzius Wildhaber, *Neues zur Gültigkeit von Initiativen*, in: De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Basel 1996, S. 293ff., 299.

³⁴ BBI 2004 3283, 3293.

³⁵ BBI 2006 8953.

³⁶ BBI 2006 8953, 8962.

³⁷ BBI 2001 3433 3456.

³⁸ BBI 2006 889, 897.

³⁹ AB S 2006, 545ff.

Eine solche Lösung ist vertretbar, wenn die Initiative aufgrund ihres Wortlauts direkt anwendbar ist. Der Verzicht auf eine Ausführungsgesetzgebung steht in diesem Fall einer direkten Anwendung der Bestimmung durch die Gerichte nicht im Weg. Anders verhält es sich, wenn der Wortlaut der Initiative keine direkte Umsetzung zulässt. In diesem Fall bleibt das Problem der Unvereinbarkeit zwischen Volkswillen und Völkervertragsrecht bestehen.

3.3 Lehre

3.3.1 Undurchführbarkeit

Zum Thema der Undurchführbarkeit von Initiativen stellt Yvo Hangartner fest, dass dieses Kriterium nur dann erfüllt ist, wenn die angestrebte Regelung «physisch Unmögliches» verlangt. Hingegen wird durch rechtliche Unzulässigkeit, zum Beispiel durch Verletzung von Völkerrecht, eine Initiative nicht undurchführbar.⁴⁰ Diese Meinung wird gegenwärtig von der überwiegenden Mehrheit in der Lehre vertreten.⁴¹ Eine gegenteilige Meinung vertritt dagegen André Grisel; ihm zufolge sollte eine Volksinitiative, die gegen Völkerrecht verstösst, wegen rechtlicher Undurchführbarkeit für ungültig erklärt werden.⁴²

3.3.2 Zwingendes Völkerrecht

Die Botschaft von 1996 zu einer neuen Bundesverfassung gibt, was die Frage der materiellen Schranken der Verfassungsrevision betrifft, den damaligen Stand der Lehre wieder.⁴³

Bereits damals erachteten einige Autorinnen und Autoren das gesamte Völkerrecht, sei es nun zwingend oder vertraglich, als Schranke der Verfassungsrevision.⁴⁴ Der Bundesrat hat sich dieser Auffassung jedoch sowohl anlässlich der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» wie auch in seiner Botschaft zur Nachführung der Bundesverfassung ausdrücklich nicht angeschlossen.

Seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung haben verschiedene Autorinnen und Autoren dafür plädiert, nebst dem in der Botschaft des Bundesrates genannten *ius cogens* weiteres Völkerrecht als materielle Schranke der Verfassungsrevision anzuerkennen.

Yvo Hangartner etwa vertritt die Meinung, dass zu den «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» im Sinne von Artikel 139 Absatz 2 BV auch die «faktisch zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» zu zählen seien, nämlich völkerrechtliche Verträge von «erheblicher Tragweite», die unkündbar oder einem Rücktritt nur beschränkt zugänglich sind, sowie Verträge von erheblicher Tragweite, die formell zwar kündbar, faktisch aber unkündbar geworden sind.⁴⁵ Der zwingende Charakter dieser Normen ergibt sich, gemäss Hangartner, aus einer Analogie mit dem zwingenden Charakter des *ius cogens*: Da sie nicht kündbar sind, hat die Schweiz keine Möglichkeit, sie nicht anzuwenden, wie sie auch keine Möglichkeit hat, das *ius cogens* nicht anzuwenden.

Was die faktisch unkündbaren Verträge betrifft, so merkt Hangartner an, dass es sich dabei um Abkommen handelt, die aufgrund ihrer Tragweite faktisch unkündbar geworden sind, sodass ausgeschlossen ist, dass man nachträglich Vorbehalte dazu anbringt, und auch für die absehbare Zukunft ausgeschlossen ist, dass man durch Neuverhandlungen eine Änderung bewirken könnte. Solche Schranken gibt es insbesondere bei globalen Abkommen von grosser Tragweite auch für die Schweiz. Ein Beispiel wäre etwa das WTO-Abkommen.⁴⁶

⁴⁰ Hangartner, *supra* Fn. 33, Rz. 34.

⁴¹ Vgl. Aldo Lombardi, *Vorbemerkungen zu Art. 138-142*, in: St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 9 mit weiteren Hinweisen.

⁴² André Grisel, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl 1987, 377ff., 386. Vgl. auch die Hinweise bei Robert Baumann, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 288, Fn. 1316.

⁴³ Botschaft 1996, S. 445 sowie die Verweise auf die Lehre in der Botschaft zur Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik», BBl 1994 III 1495f.

⁴⁴ Vgl. die in der Botschaft zur Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» zitierten Autorinnen und Autoren, BBl 1994 III 1486, 1495f., namentlich: Olivier Jacot-Guillarmod, *La primauté du droit internationale face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, ZSR 1985, I. Hb., S. 416f.; Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3. Aufl., Zürich 1993, S. 298; Yvo Hangartner, *Völkerrecht und Landesrecht*, in: Recht, Staat und Politik am Ende des zweiten Jahrtausends, FS zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller, Bern/Stuttgart/Wien 1993, S. 675ff.

⁴⁵ Hangartner, *supra* Fn. 33, Rz. 29.

⁴⁶ Yvo Hangartner, *Rechtsprobleme des Schächtverbots*, in: AJP/PJA 9/2002 S. 1022ff., 1034.

Luzius Wildhaber hat im Zeitpunkt der Debatte um die Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» die gleiche Meinung vertreten⁴⁷.

Wie bereits erwähnt, hat sich der Bundesrat in seinen Botschaften zu den Initiativen «Tierschutz – Ja!» und «für demokratische Einbürgerungen» dieser Lehrmeinung ausdrücklich nicht angeschlossen.

Neben der Meinung von Hangartner und Wildhaber plädiert eine Reihe weiterer Autorinnen und Autoren für eine weite Auslegung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision, über das von der internationalen Gemeinschaft anerkannte *ius cogens* hinaus. Gemäss Giovanni Biaggini etwa, der hierin von Häfelin und Haller unterstützt wird, bezeichnet der Ausdruck «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» in der Bundesverfassung nicht das von der Völkergemeinschaft anerkannte *ius cogens*, sondern vielmehr einen schweizerischen Begriff von *ius cogens*, der auch weitere Verpflichtungen einschliessen könnte⁴⁸. Die betreffenden Autorinnen und Autoren präzisieren allerdings nicht, um was für Verpflichtungen es sich handeln könnte. René Rhinow vertritt die Meinung, dass die Verankerung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts in der Bundesverfassung die eidgenössischen Räte nicht daran hindern muss, weitere materielle Schranken der Verfassungsrevision anzuerkennen, auch wenn diese nicht explizit in der Verfassung verankert sind⁴⁹. Diese Autorinnen und Autoren äussern sich allerdings nicht ausdrücklich zur spezifischen Problematik der rechtlich oder faktisch unkündbaren völkerrechtlichen Verträge.

Im Gegensatz zu den oben dargestellten Meinungen wenden sich andere Autorinnen und Autoren ausdrücklich gegen eine Ausweitung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision. So ist Aldo Lombardi der Ansicht, eine Volksinitiative, die gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstösst, sei gültig. Er meint, dass für den Fall, dass eine solche Initiative von Volk und Ständen angenommen würde, in erster Linie versucht werden sollte, einen direkten Konflikt mit dem Völkerrecht zu vermeiden, sei es durch eine völkerrechtskonforme Auslegung oder sei es durch ein Hinausschieben des Inkrafttretens bis zum Zeitpunkt, in dem der völkerrechtliche Vertrag gekündigt oder geändert werden kann. Sollten sich diese Möglichkeiten als unpraktikabel erweisen, so müsste die Schweiz in zweiter Linie die Völkerrechtsverletzung in Kauf nehmen und dafür in ihren internationalen Beziehungen die Verantwortung übernehmen; sie würde sich in einem solchen Fall Schadenersatzforderungen oder Gegenmassnahmen der andern Vertragsstaaten aussetzen⁵⁰. Die Argumentation von Lombardi kommt derjenigen der Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht (vgl. Ziff. 4.2.1) nahe. Für Pierre Tschannen steht die Auffassung, der Begriff des *ius cogens* sei in einem eigenen, für das schweizerische Recht spezifischen Sinn auszulegen, im Widerspruch zum klaren Willen des Verfassungsgebers⁵¹. Robert Baumann findet, die Bundesversammlung sollte nicht versuchen, den Begriff des *ius cogens* über die von der Völkergemeinschaft anerkannten Normen hinaus auszudehnen⁵². Er begründet diese Position damit, dass es über den Kerngehalt des Völkerrechts hinaus nichts gebe, was hinreichend legitimiert wäre, Volk und Stände in ihrer Freiheit zu beschränken, über Verfassungsänderungen zu befinden⁵³. Was im Besonderen die nicht kündbaren völkerrechtlichen Verträge betrifft, so unterstreicht Baumann, dass die Gültigkeit von «auf ewig» eingegangenen Verpflichtungen stets problematisch ist⁵⁴.

3.3.3 Weitere materielle Schranken

Seit Jahrzehnten vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, es existierten neben der Undurchführbarkeit und dem Widerspruch zum zwingenden oder nicht zwingenden Völkerrecht weitere materielle Schranken der Verfassungsrevision. Erwähnt werden dabei besonders häufig gewisse Grundrechte, der föderalistische Staatsaufbau, die Gewaltentrennung und die Rechtsstaatlichkeit⁵⁵. Diese Lehrmeinung

⁴⁷ Wildhaber, *supra* Fn. 33, S. 299.

⁴⁸ Giovanni Biaggini, *Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft*, AJP/PJA 6/99, S. 722ff., 728; Häfelin/Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, S. 513f., Rz. 1756

⁴⁹ René Rhinow, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht*, Basel/Genf/München 2003, S. 564, Rz. 3191

⁵⁰ Aldo Lombardi, *supra* Fn. 41, Rz. 12

⁵¹ Pierre Tschannen, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Bern 2004, S. 532 Rz. 25.

⁵² Baumann, *supra* Fn. 42, S. 280, Rz. 364: «Soweit Volksinitiativen betroffen sind, sollte aber die Bundesversammlung auf eine Fortentwicklung, welche die Ungültigerklärung einer Volksinitiative zur Folge hätte, verzichten zu Gunsten eines Abstimmungsentscheids von Volk und Ständen als obersten Organen im Verfahren der Verfassungsrevision.»

⁵³ *Idem*, S. 290, Rz. 375.

⁵⁴ *Idem*, S. 291, Rz. 377.

⁵⁵ Weitere Beispiele sowie ein Darstellung dieser Lehrmeinung findet sich bei Luzius Wilhaber, BV Komm., Rz. 39ff. ad Art. 118 BV 1874. Vgl. auch Aldo Lombardi, *Vorbemerkungen zu Art. 192-195*, in: St. Galler Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002, Rz. 5.

scheint aber zunehmend an Anhängerschaft zu verlieren; in jüngerer Zeit konzentrieren sich die Autorinnen und Autoren hauptsächlich auf diejenigen Schranken der Verfassungsrevision, die sich aus dem Völkerrecht ableiten⁵⁶.

4 Zusammenfassung und Beurteilung der denkbaren Lösungen

4.1 Kriterium der Undurchführbarkeit

Die behördliche Praxis in Sachen Undurchführbarkeit ist konstant und klar. Initiativen sind nur dann undurchführbar, wenn sie faktisch undurchführbar sind, das heisst, wenn sie sich materiell nicht umsetzen lassen. Rechtliche Undurchführbarkeit hingegen ist kein Grund, eine Initiative für ungültig zu erklären. Der Begriff der Undurchführbarkeit lässt also kaum Interpretationsspielraum. Die Durchführbarkeit als Gültigkeitskriterium gehört im Übrigen zum ungeschriebenen Verfassungsrecht. Nach Auffassung von Bundesrat und Parlament ist dieses Kriterium selbstverständlich und braucht deshalb nicht in der Verfassung verankert zu werden. Anders verhielte es sich, wenn auch die rechtliche Undurchführbarkeit, die durch eine Verletzung unkündbaren Völkerrechts entsteht, eingeschlossen sein sollte. In diesem Fall liesse sich das Fehlen einer verfassungsrechtlichen Verankerung nicht rechtfertigen.

Wollte man also den Begriff der Undurchführbarkeit, wie er heute gilt, ändern, so müsste man dazu die Verfassung ändern. Bei einer Verfassungsrevision wäre es aber aus Gründen der begrifflichen Klarheit des Textes sinnvoller, bei der Definition des Völkerrechts anzusetzen, das eine materielle Schranke für die Verfassungsrevision bildet (siehe unten).

4.2 Kriterium des Verstosses gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

4.2.1 Status quo

Auch im Bereich des Völkerrechts verfolgen die Bundesorgane eine klare Linie. Nur die völkerrechtlichen Bestimmungen, die nach Artikel 53 der Wiener Vertragskonvention zum *ius cogens* gehören, bilden eine materielle Schranke der Verfassungsrevision. Bundesrat und Parlament haben Anträge wiederholt ausdrücklich abgelehnt, zum *ius cogens* hinzu das gesamte Völkerrecht oder die nicht kündbaren völkerrechtlichen Verträge oder die faktisch zwingenden völkerrechtlichen Regeln, das heisst die rechtlich oder faktisch unkündbaren Verträge von erheblicher Tragweite, als materielle Schranke anzuerkennen.

Diese Praxis löst nicht alle Probleme, die eine völkerrechtswidrige Initiative aufwirft. Die Bedeutung dieser Tatsache ist aber zu relativieren, denn das geltende Recht hält durchaus Instrumente bereit, mit denen einem solchen Konflikt begegnet werden kann.

Ein solches Instrument ist die mit der Nachführung der Bundesverfassung definitiv verankerte Möglichkeit, eine Initiative teilweise für ungültig zu erklären (Art. 139 Abs. 2 BV). Wenn also nur ein Teil einer Volksinitiative gegen das *ius cogens* verstösst, kann die Bundesversammlung diesen Teil für ungültig erklären, vorausgesetzt, dass die Streichung nicht zentrale Bestimmungen der Initiative betrifft und der Rest noch immer ein kohärentes Ganzes bildet und dem Willen der Initiantinnen und Initianten entspricht⁵⁷. Mit diesem Instrument lassen sich sowohl ein Konflikt mit dem Völkerrecht vermeiden als auch die Volksrechte bestmöglich wahren.

In einer gemeinsamen Stellungnahme über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung⁵⁸ legten das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht gemeinsam die Mittel dar, die die verfassungsrechtliche Ordnung bietet, um Probleme der Harmonisierung von Völkerrecht und Landesrecht zu lösen, welche sich bei einer möglicherweise

⁵⁶ Vgl. namentlich Tschannen, *supra* Fn. 51, S. 533f. Rz. 28.

⁵⁷ BBl 1994 III 1486, 1500 zur Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik»; eine Teilungültigerklärung wurde in diesem Fall allerdings ausgeschlossen, weil die gegen das *ius cogens* verstossende Bestimmung eines der Hauptziele der Initiantinnen und Initianten betraf. Vgl. auch Hangartner, *supra* Fn. 33, Rz. 37 und die dort aufgeführten Referenzen.

⁵⁸ Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamts für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26. April 1989, VPB 53.54, insbesondere S. 428ff.

völkerrechtswidrigen Volksinitiative stellen könnten. Laut dieser Stellungnahme muss eine Volksinitiative völkerrechtskonform ausgelegt werden. Ist eine solche Auslegung nicht möglich, so könnte das Inkrafttreten so lange aufgeschoben werden, bis der Staatsvertrag gekündigt oder angepasst ist. Wenn ein Vertrag weder kündbar ist noch angepasst werden kann, beispielsweise weil es sich um einen unbefristeten oder einen unkündbaren Vertrag handelt, so müsste die Schweiz letztlich ihre völkerrechtliche Verantwortung wahrnehmen und die Konsequenzen tragen.

Das geltende Recht sieht zwar keine anderen materiellen Schranken als das zwingende Völkerrecht vor. Es bietet aber dennoch Mittel, um den Schwierigkeiten begegnen, die mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz kollidierende oder schwer vereinbare Initiativen stellen.

4.2.2 Weitere mögliche Lösungen

Das *ius cogens* bildet anerkanntermassen eine materielle Schranke der Verfassungsrevision. Dafür werden ein materielles und ein formelles Argument angeführt: Aus materieller Sicht handelt es sich dabei um elementare Bestimmungen zum Schutz fundamentalster Grundrechte, über die sich kein Rechtsstaat, der diesen Namen verdient, hinwegsetzen kann. Aus formeller Sicht hat das *ius cogens* Regeln zum Inhalt, von denen sich die Staaten auch durch eine Kündigung der völkerrechtlichen Verträge, in denen sie verankert sind, nicht befreien können. Stellt man dieses formelle Argument in den Vordergrund, so ist die Meinung vertretbar, wonach rechtlich und/oder faktisch unkündbare Verträge, vor allem wenn sie Bestimmungen von erheblicher Tragweite enthalten, ebenfalls eine materielle Schranke der Verfassungsrevision darstellen sollten. Eine solche Lösung wäre von diesem Standpunkt aus mit der von den Bundesorganen verfolgten Linie vereinbar. Es stellte sich dabei aber die Frage, ob sich eine solche Erweiterung der materiellen Schranken der Verfassungsrevision über die Auslegung des Begriffs der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» bewerkstelligen liesse oder ob dazu eine Verfassungsänderung notwendig wäre.

Nach Auffassung verschiedener Autoren lässt das geltende geschriebene Verfassungsrecht zu den materiellen Schranken deren Erweiterung zu, indem der Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» weiter ausgelegt würde als nach gegenwärtiger Praxis oder aber indem ungeschriebene materielle Schranken anerkannt würden. Eine Verfassungsänderung wäre laut diesen Autoren nicht notwendig.

Der Bundesrat hat aber jüngst diese – namentlich von Hangartner und Rhinow⁵⁹ vertretene – Lösung klar zurückgewiesen. Zudem haben sich Bundesrat und Parlament seit der Ungültigerklärung der Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» an eine enge Auslegung des *ius cogens* gehalten.

Wenn also auch unkündbare völkerrechtliche Verträge als materielle Schranke der Verfassungsrevision gelten sollen, wäre eine Verfassungsänderung wohl das mit der gegenwärtigen Praxis der Bundesbehörden am besten im Einklang stehende Vorgehen.

Eine solche Verfassungsänderung könnte unterschiedlich ausgestaltet sein:

1. In der Verfassung könnte festgeschrieben werden, dass neben dem zwingenden Völkerrecht auch rechtlich und/oder faktisch unkündbare völkerrechtliche Verträge eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden. Diese Lösung wirft aber einige Fragen auf:

So müsste geklärt werden, ob nur die rechtlich unkündbaren völkerrechtlichen Verträge unter die Bestimmung fallen oder auch die faktisch unkündbaren. Auch die Frage der Kündbarkeit stellt Schwierigkeiten: Nicht immer ist die Bedeutung der in gewissen Verträgen enthaltenen Kündigungsklauseln ganz klar. Zudem bedeutet eine Kündigungsklausel nicht zwingend, dass ein Vertrag einfach gekündigt werden kann: In gewissen Fällen wären die negativen Folgen einer Kündigung so schwerwiegend, dass man von einer faktischen Unkündbarkeit sprechen kann. Aber auch das Fehlen einer Kündigungsklausel kann Fragen aufwerfen. Ein Teil der Lehre vertritt nämlich die Auffassung, kein Vertrag könne *ad aeternum* abgeschlossen werden, oder anders gesagt, jeder Vertrag sei aus rechtlicher Sicht kündbar, auch wenn eine ausdrückliche Kündigungsklausel fehle⁶⁰. Die UN-Pakte I und II umfassen beispielsweise keine solche Klausel. Sie enthalten aber zahlreiche Bestimmungen, die nicht zum *ius cogens* gehören. Deshalb

⁵⁹ Botschaft über die Volksinitiative «Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz – Ja!)», BBl 2004 3283, 3292; Botschaft zur Eidgenössischen Volksinitiative «für demokratische Einbürgerungen», BBl 2006 8953, 8962.

⁶⁰ Baumann, *supra* Fn. 42, S. 291, Rz. 377; Lombardi, *supra* Fn. 41, Rz. 12.

muss nach Auffassung dieses Teils der Lehre die Kündigung möglich sein, dies umso mehr, als das *ius cogens* wegen seines zwingenden Gehalts auch im Fall einer Kündigung seine Geltung nicht verliert.

Es müsste zudem entschieden werden, ob einzig Verträge mit Bestimmungen von erheblicher Tragweite eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden sollen. Rechtlich unkündbare Verträge können nämlich auch Gegenstände von untergeordneter Bedeutung wie den Verlauf einer Grenze regeln.

In die Überlegungen einzubeziehen ist auch die Tatsache, dass die meisten unkündbaren Verträge, die als materielle Schranken der Verfassungsrevision in Frage kommen, nicht unter das obligatorische Referendum nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV fallen oder fielen, sondern nur dem fakultativen Referendum unterstellt werden oder wurden. Das heisst, dass im besten Fall, also wenn das Referendum ergriffen wird und auch zustande kommt, nur das Volk – und nicht Volk und Stände – über die Texte abstimmt. Deren demokratische Legitimierung ist deshalb geringer als diejenige einer Verfassungsänderung, für die es das doppelte Mehr von Volk und Ständen braucht. Solche Verträge einer Verfassungsänderung gegenüberzustellen und damit dem Recht von Volk und Ständen, sich darüber auszusprechen, ist deshalb fragwürdig.

Aus diesen Unsicherheiten ergibt sich Folgendes: Rechtlich und/oder faktisch unkündbare Verträge auch zu den materiellen Schranken der Verfassungsrevision zu rechnen würde nicht alle Probleme aus dem Weg schaffen. Die Probleme würden einfach verlagert: Sie würden sich nicht mehr bei der Umschreibung des *ius cogens* stellen, sondern beim Entscheid, ob es sich um einen unkündbaren Vertrag handelt oder nicht.

2. Denkbar wäre auch eine zweite Lösung, dank der sich die eben dargelegten Probleme mindestens teilweise lösen liessen. Sie bestünde darin, in den Verfassungsbestimmungen, die die materiellen Schranken der Revision regeln, die Verträge, die solche Schranken bilden, einzeln aufzuführen. Diese Liste könnte beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention und den UN-Pakt II umfassen. Eine Bestimmung könnte zudem festlegen, dass diese abschliessende Liste nur mit Verträgen ergänzt werden kann, die dem obligatorischen Referendum unterstellt wurden.

Aber auch diese Lösung wirft eine Reihe von Fragen auf: Es wäre sicher schwierig, eine solche abschliessende Liste zu erstellen; denn der Entscheid darüber, welche Verträge in die Liste aufgenommen werden sollen, ist mehr ein politischer denn ein rechtlicher. Nach welchen Kriterien soll unterschieden werden, wenn es darum geht, einen Vertrag zu den materiellen Schranken der Verfassungsrevision zu zählen oder nicht? Gehören beispielsweise die Übereinkommen von Schengen und Dublin dazu? Was ist mit den WTO-Abkommen? Eine Klausel, wonach nur Verträge in die Liste aufgenommen werden, die dem Volk und den Ständen zur Abstimmung unterbreitet wurden, schüfe zudem eine Ungleichheit zwischen neuen Verträgen, die dem obligatorischen Referendum unterstellt werden müssten, und den bestehenden Verträgen, die dieser Pflicht entgingen.

Neben den Umsetzungsschwierigkeiten, die, wie dargestellt, mit beiden Möglichkeiten zur Erweiterung verbunden sind, drängt sich auch ein Einwand grundsätzlicher Natur auf: Es gibt keinen überzeugenden Grund, der es rechtfertigte, dem Verfassungsgeber im Gegensatz zum Gesetzgeber die Möglichkeit zu verwehren, eine völkerrechtswidrige Norm anzunehmen. Der Gesetzgeber kann tatsächlich ohne rechtliche Folgen ein Bundesgesetz verabschieden, das (nicht zwingendes) Völkerrecht verletzt. Ein Gesetz hingegen, das zwingendes Völkerrecht verletzt, wird nicht vollzogen. Bei einem Verstoß gegen zwingende Normen des Völkerrechts ist also die Gleichbehandlung von Verfassungs- und Gesetzgeber gewährleistet. Dies wäre nicht mehr der Fall, wenn auch nicht zwingendes Völkerrecht als materielle Schranke der Verfassungsrevision anerkannt würde.

3. Denkbar ist auch eine dritte Lösung: In der Verfassung könnte das Recht der Bundesversammlung verankert werden, im Fall von völkerrechtswidrigen Volksinitiativen, die von Volk und Ständen angenommen wurden, Massnahmen zu treffen, so wie das die VK-S im Rahmen der parlamentarischen Initiative «Beseitigung von Mängeln der Volksrechte» vorsah. Eine Massnahme könnte die Kündigung des Vertrags oder, wenn dies nicht möglich oder aber sehr schwierig ist, die Nichtumsetzung der Initiative sein. Diese Lösung böte den Vorteil grösserer Flexibilität. Zudem würde sie es erlauben, den Schwierigkeiten zu begegnen, die im Zusammenhang mit

der Umsetzung der Verwahrungsinitiative aufgetaucht sind. Gegen diese Lösung spricht, was bereits im Bericht der SPK-S zu lesen war: Es ist fraglich, ob es sinnvoll ist, dem Parlament die Kompetenz einzuräumen, Ergebnisse von Volksabstimmungen zu diskutieren oder gar in Zweifel zu ziehen.

4.3 Weitere Schranken

Die Bundesbehörden haben es immer klar abgelehnt, gewisse verfassungsmässige Fundamentalnormen als materielle Schranken der Verfassungsrevision anzuerkennen. Diese Haltung wird auch gestützt durch die grundsätzliche Feststellung, dass es innerhalb der Verfassung keine Hierarchisierung der Normen gibt. Selbst wenn vom theoretischen Standpunkt aus Verfassungsbestimmungen als unantastbar angesehen werden müssten, bliebe es sehr schwierig, objektive Kriterien für die Auswahl dieser Bestimmungen festzulegen.

5 Schlussfolgerungen

Alle in Erwägung gezogenen Lösungen bringen eine Reihe praktischer wie auch theoretischer Probleme mit sich. Wie die Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Verwahrungsinitiative zeigen, hat aber auch die geltende Ordnung ihre Mängel. Allerdings sind diese in mancherlei Hinsicht weniger schwerwiegend als die Probleme, die mit einer Änderung in einer der dargestellten Richtungen verbunden wären.

Das geltende Recht bietet Instrumente an, die es erlauben, die meisten Fälle, in denen eine Volksinitiative in einem Spannungsverhältnis oder gar in direktem Widerspruch mit dem Völkerrecht steht, pragmatisch zu lösen. Zudem darf man nicht ausser Acht lassen, dass sich in den vergangenen gut 50 Jahren nur bei ein paar wenigen zustande gekommenen Volksinitiativen ein gravierendes Problem der Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht stellte und dass die meisten dieser Volksinitiativen von Volk und Ständen verworfen wurden. Für diejenigen, die angenommen wurden, liess sich eine pragmatische Lösung finden.⁶¹

Zudem gibt es keinen zwingenden Grund, der Bundesversammlung die Kompetenz einzuräumen, den Souverän daran zu hindern, die Verfassung in dem von ihm gewünschten Sinn zu ändern.

Deshalb und um das Gleichgewicht zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen und den Volksrechten zu wahren, sollten unserer Ansicht nach die materiellen Schranken der Verfassungsrevision nicht ausgedehnt werden, und dies trotz der Probleme, die gewisse Fälle aufwerfen. Die Fortführung der geltenden Praxis, im Einzelfall nach einer Vereinbarkeit des Volkswillens mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen zu suchen, ist aus rechtlicher Sicht zweckmässiger.

Addendum: Siehe dazu auch den Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBI 2010 2263) und den Zusatzbericht des Bundesrates vom 30. März 2011 (BBI 2011 3613)

⁶¹ Beispiele sind die Verwahrungs- und die Alpeninitiative.