



15. August 2018

Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter; Umsetzung der Motion 15.3557 Caroni

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf

Inhaltsverzeichnis

1	Grundzüge der Vorlage.....	3
1.1	Ausgangslage: Motion 15.3557	3
1.2	Obligatorisches Staatsvertragsreferendum	3
1.2.1	Regelung vor der Totalrevision der Bundesverfassung.....	3
1.2.2	Totalrevision der Bundesverfassung und Reform der Volksrechte	4
1.2.3	Ungeschriebenes Verfassungsrecht: Referendum sui generis.....	5
1.3	Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» und Gegenentwurf.....	6
1.3.1	Volksinitiative.....	6
1.3.2	Gegenentwurf des Bundesrats.....	6
1.3.3	Verzicht des Parlaments auf einen Gegenentwurf	7
1.4	Die beantragte Neuregelung	7
1.4.1	Konkretisierung des «verfassungsmässigen Charakters».....	7
1.4.2	Differenzierte «Überführung» ins geschriebene Recht.....	8
1.4.3	Verfassungsbegriffe und «Verfassung im materiellen Sinn» als Anknüpfungspunkt.....	9
1.4.4	Einordnung in die bestehende Systematik von Artikel 140 Absatz 1 BV	10
1.4.5	Ausführungsgesetz und Inkrafttreten.....	10
2	Erläuterungen zum vorgeschlagenen Artikel	10
2.1	Formulierungsvorschlag.....	10
2.2	Kommentar.....	10
3	Auswirkungen	11
3.1	Anwendungsfälle	11
3.1.1	Im Bereich der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen .	11
3.1.2	Im Bereich der Grundrechte.....	12
3.2	Finanzielle Auswirkungen	13

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage: Motion 15.3557

Das Parlament hat die Motion Caroni vom 15. Juni 2015 (15.3557 «Obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter») am 29. Februar 2016 überwiesen und damit den Bundesrat beauftragt, den Entwurf einer Verfassungsänderung zur Einführung des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter zu unterbreiten.

Zur Begründung führte der Motionär aus, das heutige in Artikel 140 der Bundesverfassung (BV)¹ verankerte obligatorische Referendum weise eine Lücke auf: Während Verfassungsänderungen dem obligatorischen Referendum unterstünden und durch Volk und Stände legitimiert seien, gelte das für völkerrechtliche Verträge mit inhaltlich verfassungsmässigem Charakter nicht. Zwar sei bereits heute ein in der Verfassung nicht ausdrücklich genanntes obligatorisches Referendum beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen mit Verfassungsrang anerkannt. Doch würde die Kodifikation dieses Volksrechts Klarheit und Rechtssicherheit schaffen.

Der Bundesrat beantragte am 2. September 2015 die Annahme der Motion. Er begründete dies – in Anknüpfung an seine Ausführungen im kurz zuvor veröffentlichten Bericht «Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht»² – wie folgt:

- Was landesrechtlich in der Verfassung zu regeln ist, bedarf obligatorisch der Zustimmung von Volk und Ständen (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV). Wird der gleiche Inhalt in einem völkerrechtlichen Vertrag geregelt, so sollte dieser ebenfalls dem obligatorischen Referendum unterstellt sein (Leitmotiv des «Parallelismus»).
- Nach verbreiteter Meinung ist ein obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts (Referendum sui generis). Die ausdrückliche Verankerung im Verfassungstext verbessert die praktische Handhabung dieses Volksrechts und stärkt die demokratische Legitimation des Völkerrechts.

Der Nationalrat hat die Motion am 25. September 2015 diskussionslos angenommen.³ Am 22. Januar 2016 hat auch die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) einstimmig die Annahme der Motion beantragt.⁴ Der Ständerat hat die Motion am 29. Februar 2016 mit 36 gegen 9 Stimmen angenommen.⁵

1.2 Obligatorisches Staatsvertragsreferendum

1.2.1 Regelung vor der Totalrevision der Bundesverfassung

Ein Referendum beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen wurde erstmals 1921 in der Bundesverfassung verankert.⁶ Der damalige Artikel 89 Absatz 3 der Bundesverfassung von 1874 (aBV)⁷ unterwarf alle «Staatsverträge mit dem Auslande, welche unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen sind», dem fakultativen Referendum.

¹ SR 101

² Bericht des Bundesrats vom 12. Juni 2015 in Erfüllung des Postulats 13.3805, Ziff. 2.

³ AB 2015 N 1873.

⁴ Vgl. Medienmitteilung der SPK-S vom 22. Januar 2016.

⁵ AB 2016 S 15.

⁶ Vgl. mit einer umfassenden Darstellung der Vorgeschichte und der damaligen Regelung des Staatsvertragsreferendums die Botschaft vom 23. Okt. 1974 über die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums, BBl 1974 II 1133, Ziff. 2. Vgl. dazu und zum Folgenden auch die Botschaft vom 1. Okt. 2010 zur Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)», BBl 2010 6963, Ziff. 2.1.

⁷ www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Abgeschlossene Rechtsetzungsprojekte > Reform der Bundesverfassung.

Im Jahr 1977 wurde das Staatsvertragsreferendum grundlegend revidiert. Das fakultative Referendum wurde ausgedehnt auf völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder die eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen. Ferner wurde in Artikel 89 Absatz 4 aBV ein Behördenreferendum geschaffen; damit konnte das Parlament «weitere» – das heisst nicht referendumspflichtige völkerrechtliche Verträge – dem fakultativen Referendum unterstellen (sog. «parlamentarisches Staatsvertragsreferendum» oder «ausserordentliches fakultatives Staatsvertragsreferendum»).⁸

In Artikel 89 Absatz 5 aBV neu eingeführt wurde zudem ein *obligatorisches Staatsvertragsreferendum* für den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften oder zu Organisationen der kollektiven Sicherheit. Bereits damals wurde erwogen, auch völkerrechtliche Verträge mit verfassungsähnlichem Inhalt dem obligatorischen Referendum zu unterstellen; Bundesrat und Parlament verfolgten diesen Weg aber nicht weiter. Der Bundesrat lehnte die Kodifikation vor allem deshalb ab, weil ihm die damals diskutierten oder in der Vernehmlassung geforderten Kriterien – Eingriffe in die Souveränität, Abtretung von Hoheitsrechten, Eingriffe in Freiheitsrechte, verfassungsändernde Verträge – zu ungenau waren.⁹ Umgesetzt wurde schliesslich die Lösung, die nur für zwei konkrete Fälle – eben den Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften und zu Organisationen der kollektiven Sicherheit – ein obligatorisches Referendum vorsah. Diese zwei Konstellationen wurden damals als die «am weitest reichenden und am schwersten wiegenden aussenpolitischen Entscheide» qualifiziert.¹⁰

Bis heute hat es zum obligatorischen Staatsvertragsreferendum gemäss Artikel 89 Absatz 5 aBV bzw. Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV einen konkreten Anwendungsfall gegeben: Der im Jahr 1986 an der Urne gescheiterte Beitritt zur UNO wurde dem obligatorischen Referendum unterstellt, weil es sich um einen Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit handelte.¹¹ Im Jahr 2002 erfolgte der Beitritt zur UNO über die – als Teilrevision der Bundesverfassung gemäss Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a BV dem obligatorischen Referendum unterstehende – Aufnahme von Artikel 197 Ziffer 1 BV.

1.2.2 Totalrevision der Bundesverfassung und Reform der Volksrechte

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung wurde das Staatsvertragsreferendum erneut kritisch überprüft. Für das *obligatorische* Referendum wurde kein Reformbedarf angenommen; es wurde unverändert in die neue Bundesverfassung überführt (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV). Auch die im Jahr 2003 angenommene Reform der Volksrechte¹² liess das obligatorische Staatsvertragsreferendum unberührt. Danach wurden zwar wiederholt Korrekturen am obligatorischen Staatsvertragsreferendum angeregt. Mehrere zu diesem Zweck eingereichte parlamentarische Initiativen sind indessen abgelehnt worden.¹³

⁸ Das Behördenreferendum wurde anlässlich der Reform der Volksrechte im Jahr 2003 (vgl. dazu unten Ziff. 1.2.2) aufgehoben (Aufhebung von Art. 141 Abs. 2 BV; AS **2003** 1949).

⁹ Botschaft Neuordnung des Staatsvertragsreferendums (Fn. 6), S. 1157 f. Dazu auch VALENTIN ZELLWEGER, Die demokratische Legitimation staatsvertraglichen Rechts, in: Cottier / Achermann / Wüger / Zellweger (Hrsg.), Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 251 ff., 284.

¹⁰ Botschaft Neuordnung des Staatsvertragsreferendums (Fn. 6), S. 1155.

¹¹ Botschaft vom 21. Dez. 1981 über den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen, BBl **1982** I 497, hier 583.

¹² Im Jahr 1999 scheiterten bundesrätliche Vorschläge für eine Reform der Volksrechte in den Eintretensdebatten beider Kammern des Parlaments. Volk und Stände hatten indessen im Jahr 2003 einer Volksrechtreform zugestimmt. Seither unterstehen auch völkerrechtliche Verträge dem *fakultativen* Referendum, die «wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert» (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV); vgl. dazu eingehend die Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk» (Fn. 6), S. 6968 f.

¹³ Vgl. dazu die Übersicht in der Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk» (Fn. 6), S. 6971 f. mit Erörterungen zu den folgenden Parlamentarischen Initiativen: 05.407 Zisyadis vom 18. März 2005 «Gats. Obligatorisches Referendum»; 05.426 Fraktion SVP vom 17. Juni 2005 «Mehr Demokratie in der Aussenpolitik. Ausweitung des Staatsvertragsreferendums»; 09.443 und 09.444 Reimann vom 18. Juni 2009 «Stärkung der Demokratie. Einführung eines ausserordentlichen fakultativen Referendums» und «Stärkung der Demokratie. Einführung eines Ratsreferendums».

1.2.3 Ungeschriebenes Verfassungsrecht: Referendum sui generis

Ein Teil der Lehre¹⁴ vertritt die Meinung, ein völkerrechtlicher Vertrag bedürfe auch dann der Zustimmung von Volk und Ständen, wenn seine Bedeutung ihn auf die Stufe der Bundesverfassung hebt. Ein solches Referendumsrecht sei zwar nicht ausdrücklich im Verfassungstext verankert, sei aber Teil des *ungeschriebenen* Verfassungsrechts. Dieses wird mit verschiedenen Begriffen bezeichnet: «ungeschriebenes obligatorisches Staatsvertragsreferendum», «Referendum sui generis» oder «ausserordentliches obligatorisches Referendum».

Ansätze für ein solches Referendum wurden bereits anlässlich des Abschlusses des Freihandelsabkommens mit der EG von 1972¹⁵ entwickelt – zu einer Zeit also, zu der in der Bundesverfassung nur ein fakultatives Staatsvertragsreferendum verankert war. Der Bundesrat erklärte damals, ein Staatsvertrag sei unabhängig von seiner Dauer und Kündbarkeit Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten, «wenn er tiefgreifende Änderungen der Staatsstruktur mit sich bringt oder einen grundsätzlichen Wandel in der schweizerischen Aussenpolitik zur Folge hat.»¹⁶

Auch nach der Neugestaltung des Staatsvertragsreferendums im Jahr 1977 bestand die Auffassung, es könne und dürfe ein solches Referendum sui generis weiterhin geben.¹⁷ Ob ein völkerrechtlicher Vertrag verfassungsmässigen Charakter aufweise und aus diesem Grund dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen sei, wurde seither vor allem in den folgenden zwei Fällen eingehender diskutiert:

- *Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR)*: Der Bundesrat war der Meinung, der EWR bedeute keinen Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft im Sinne von Artikel 89 Absatz 5 aBV (heute: Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV). Dennoch beantragte er den Räten, das Abkommen dem obligatorischen Referendum zu unterstellen. Er begründete dies mit dem materiell umfassenden Anwendungsbereich des Abkommens, der unmittelbaren Anwendbarkeit zahlreicher Vertragsbestimmungen, den mit dem Beitritt verbundenen Verfassungsanpassungen und der Unterwerfung der Schweiz unter die Zuständigkeit des EFTA-Gerichtshofs und der EFTA-Überwachungsbehörde. Letztlich entziehe sich allerdings der EWR den herkömmlichen Referendumskategorien der Verfassung. Der Bundesrat habe freilich schon bei früheren Gelegenheiten die Auffassung vertreten, dass ein Staatsvertrag dann Volk und Ständen vorgelegt werden könne, wenn sachliche oder politische Gründe dafür sprechen. Der EWR sei «zweifellos von überragender politischer und wirtschaftlicher Bedeutung für unser Land.» Daher kam nach Meinung des Bundesrats nur das obligatorische Referendum in Frage.¹⁸
- *Bilaterale II*: Die Abkommen über die Assoziierung der Schweiz an Schengen und an Dublin erfüllten nach Auffassung des Bundesrats die von Praxis und Lehre entwickelten Kriterien für die Anwendung des obligatorischen Referendums sui generis nicht. Dies mit der Begründung, dass diese Abkommen keine «tiefgreifenden Änderungen unseres Staatswesens» herbeiführen und die verfassungsmässige Ordnung nicht tangieren: «Die Assoziierungsabkommen schränken weder die Souveränität unseres Landes ein noch beeinträchtigen sie die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung: Die Umsetzung der

¹⁴ Vgl. dazu die Übersicht bei BABETTE BRUNNER, Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel, Diss. Zürich 2014, S. 61.

¹⁵ SR 0.632.401

¹⁶ Botschaft vom 16. Aug. 1972 über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, BBI 1972 II 653, hier 735.

¹⁷ Vgl. z.B. Botschaft vom 20. Nov. 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, hier 364.

¹⁸ Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBI 1992 IV 1, hier 538 ff.

Abkommen kann im Rahmen der bestehenden Kompetenzen von Bund und Kantonen erfolgen»¹⁹.

Jüngst wurde die Frage der Anwendbarkeit des Referendums sui generis im Parlament bei der Genehmigung des Übereinkommens des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen²⁰ aufgeworfen, letztlich aber klar verneint.²¹

1.3 Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» und Gegenentwurf

1.3.1 Volksinitiative

Die Urheber der im Jahr 2009 eingereichten Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik (Staatsverträge vors Volk!)» vertraten die Ansicht, die demokratische Mitwirkung beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen sei ungenügend. Deshalb solle Artikel 140 Absatz 1 BV mit einem neuen Buchstaben d ergänzt und damit das obligatorische Staatsvertragsreferendum substanziell ausgebaut werden:²²

Art. 140 *Obligatorisches Referendum*

¹ Volk und Ständen werden zur Abstimmung unterbreitet:

d. die völkerrechtlichen Verträge, die:

1. eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung in wichtigen Bereichen herbeiführen,
2. die Schweiz verpflichten, zukünftige rechtsetzende Bestimmungen in wichtigen Bereichen zu übernehmen,
3. Rechtsprechungszuständigkeiten in wichtigen Bereichen an ausländische oder internationale Institutionen übertragen,
4. neue einmalige Ausgaben von mehr als 1 Milliarde Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 100 Millionen Franken nach sich ziehen.

Der Bundesrat hat zwar ebenfalls ein Potenzial zur Optimierung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums ausgemacht. Er vertrat allerdings die Meinung, die zusätzlichen Beteiligungsmöglichkeiten von Volk und Ständen in der Aussenpolitik gingen zu weit. Ferner könne eine Optimierung nicht über einen mehrfach auslegungsbedürftigen («wichtige Bereiche») und kasuistisch geprägten Verfassungstext erreicht werden, der deutlich über das Leitmotiv des Parallelismus hinausgehe.²³

1.3.2 Gegenentwurf des Bundesrats

Der Bundesrat schlug vor, in der Verfassung neu ein obligatorisches Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungsrang festzuschreiben: Was landesrechtlich in der Verfassung zu regeln sei, unterstehe obligatorisch der Abstimmung und bedürfe der Zustimmung von Volk und Ständen. Werde der gleiche Inhalt in einen Staatsvertrag aufgenommen, so müsse – in konsequenter Fortführung der Parallelismusidee – dieser Staatsvertrag dem gleichen Genehmigungsverfahren unterworfen sein wie eine Verfassungsänderung (Unterstellung unter das obligatorische Referendum). Dementsprechend stellte der Bundesrat der

¹⁹ Botschaft vom 1. Okt. 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl **2004** 5965, hier 6290. Ein im Ständerat eingebrachter Antrag auf Unterstellung dieser Abkommen unter das obligatorische Referendum unterlag mit 31 zu 6 Stimmen, AB **2004** S 728 f.

²⁰ SR **0.652.1**

²¹ Vgl. insb. AB **2015** N 1619 (Votum BR Widmer-Schlumpf), 1626 f.

²² Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk» (Fn. 6), S. 6966 (vorgeschlagener Verfassungstext), 6972 f. (Argumentation des Initiativkomitees).

²³ Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk» (Fn. 6), S. 6987.

Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» den folgenden direkten Gegenentwurf gegenüber:²⁴

Art. 140 *Obligatorisches Referendum*

¹ *Volk und Ständen werden zur Abstimmung unterbreitet:*

b. völkerrechtliche Verträge, die:

- 1. den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften vorsehen [wie bisher];*
- 2. Bestimmungen enthalten, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern oder einer solchen gleichkommen [neu].*

Der Bundesrat hielt fest, es sei zwar nicht einfach, jene Normen zu bestimmen, die verfassungswürdig seien. Die gleiche Frage habe sich freilich bereits bei der Nachführung der Bundesverfassung gestellt. Eine staatsvertragliche Norm könne namentlich dann verfassungswürdig sein, wenn sie Grundrechte garantiere, in die föderale Staatsstruktur eingreife oder die Behördenorganisation regle.²⁵

1.3.3 Verzicht des Parlaments auf einen Gegenentwurf

Der Nationalrat hat dem Gegenentwurf am 13. April 2011 zugestimmt.²⁶ Der Ständerat indes trat – seiner vorberatenden Kommission (SPK-S) folgend – am 20. September 2011 nicht auf den Gegenentwurf ein:²⁷ Dieser sei zwar präziser als die Initiative «Staatsverträge vors Volk!»; jedoch sei auch das vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept, wonach Staatsverträge mit Verfassungscharakter dem obligatorischen Referendum unterstellt werden sollen, nicht hinreichend klar definiert. Weiter wurde im Ständerat argumentiert, es bedürfe einer klaren Abwehrfront gegen die Volksinitiative. Ansonsten werde im Abstimmungskampf vor allem über Schwächen des Gegenentwurfs diskutiert, nicht aber über die Initiative selbst. Ferner sei es schwierig, die Unterschiede der beiden Vorlagen zu erklären.

Angesichts der klaren ständerätlichen Haltung gab es im Nationalrat am 15. Dezember 2011 für den Gegenentwurf keine Unterstützung mehr.²⁸ Neu wurde auch dort Kritik geäußert, der Gegenentwurf sei zu ungenau.²⁹ Insgesamt hat also das Parlament den Gegenentwurf vor allem aus abstimmungstaktischen Gründen, aber auch aufgrund inhaltlicher Bedenken verworfen. Die Volksinitiative wurde am 17. Juni 2012 ohne Gegenentwurf zur Abstimmung unterbreitet. 75,3 Prozent der Stimmenden und alle Kantone lehnten die Volksinitiative ab.³⁰

1.4 Die beantragte Neuregelung

1.4.1 Konkretisierung des «verfassungsmässigen Charakters»

Der am Gegenentwurf zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» geäußerten Kritik der inhaltlichen Unbestimmtheit ist bei der Umsetzung der Motion 15.3557 Rechnung zu tragen, indem der vorzuschlagende Verfassungstext den Begriff des «verfassungsmässigen Charakters» näher umschreibt.

²⁴ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» (Fn. 6), S. 6986 f.

²⁵ Vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» (Fn. 6), S. 6988.

²⁶ AB 2011 N 695.

²⁷ AB 2011 S 843 ff.

²⁸ AB 2011 N 2085.

²⁹ Vgl. AB 2011 N 2084 (insb. Voten NR Pfister und Fehr).

³⁰ Bundesratsbeschluss vom 24. Juli 2012 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012, BBl 2012 7685.

Ziel eines höheren Bestimmtheitsgrads ist die bessere Voraussehbarkeit, ob ein konkreter völkerrechtlicher Vertrag dem obligatorischen Referendum untersteht. Eine bestimmtere Formulierung trägt dem Anliegen Rechnung, dass die Tragweite der Volksrechte möglichst klar und direkt dem Verfassungstext zu entnehmen ist. Ferner gibt es mit einer solchen Formulierung eine Annäherung an den höheren Bestimmtheitsgrad der heute geltenden (kasuistischen) Regelung in Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV.

Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter ist nach verbreiteter Auffassung Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts (vgl. oben Ziff. 1.2.3 zum «Referendum sui generis»). Ungeschriebenes Recht stellt zwar sowohl im Landesrecht wie auch im Völkerrecht eine etablierte Rechtsquelle dar. Allerdings können solche Rechtsnormen, die nicht in förmlichen Erlasstexten (in der Verfassungsurkunde) verankert und ausformuliert sind, sondern von der gerichtlichen oder politischen Praxis entwickelt wurden, nicht im gleichen Mass wie geschriebene Normen die Erwartungen nach Rechtssicherheit erfüllen. Existieren dazu – wie etwa im Fall der politischen Rechte auf Bundesebene – kaum Konkretisierungen und gerichtliche Klärungen, bleiben Anwendungsbereich und Tragweite von ungeschriebenem Recht vergleichsweise undeutlich und sind entsprechend auslegungsbedürftig. Solche Normen sind in der Praxis schwerer handhabbar. Deshalb kann den Geboten nach Rechtssicherheit und Transparenz tendenziell besser Rechnung getragen werden, wenn das obligatorische Referendum sui generis in den Verfassungstext überführt wird.³¹

1.4.2 Differenzierte «Überführung» ins geschriebene Recht

Zur Tragweite des (ungeschriebenen) Referendums sui generis finden sich namentlich die folgenden Umschreibungen:³²

Ein völkerrechtlicher Vertrag ist dann dem Referendum sui generis zu unterstellen, wenn er entweder a) tiefgreifend in die verfassungsrechtliche Ordnung eingreift, b) eine grundsätzliche Änderung der schweizerischen Aussenpolitik mit sich bringt oder c) sehr bedeutende sachliche oder politische Gründe dafür sprechen. Bei der Umsetzung der Motion 15.3557 sollte wie folgt differenziert werden:

- Zu a): Von einem tiefgreifenden Eingriff in die verfassungsrechtliche Ordnung ist dann auszugehen, wenn ein Rechtssatz «verfassungsmässigen Charakter» hat (vgl. dazu sogleich Ziff. 1.4.3).
- Zu b): Eine Änderung der schweizerischen Aussenpolitik, selbst wenn sie grundsätzlicher Natur ist, sollte für sich alleine noch nicht zur Anwendung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums führen. Erst wenn ein völkerrechtlicher Vertrag Bestimmungen enthält, die eine Änderung der Bundesverfassung erfordern (beispielsweise eine Anpassung der in Art. 54 Abs. 2 BV verankerten Ziele der schweizerischen Aussenpolitik) oder einer solchen gleichkommen, fällt das obligatorische Staatsvertragsreferendum in Betracht.
- Zu c): Es ist vorstellbar, dass ein völkerrechtlicher Vertrag keinen verfassungsmässigen Charakter hat und trotzdem vorgebracht wird, bedeutende sachliche oder politische Gründe sprächen für eine Genehmigung durch Volk und Stände. In einer solchen Konsultation sollte indessen das obligatorische Staatsvertragsreferendum nicht zum Tragen

³¹ Vgl. so bereits der Bericht des Bundesrats zum Po. 13.3805 (Fn. 2), Ziff. 2.2.

³² Vgl. BRUNNER (Fn. 14), S. 62 mit Hinweis auf: Botschaft zum EWR (Fn. 18), S. 541 f.; Botschaft Freihandelsabkommen mit der EG (Fn. 16), S. 735 ff.

kommen, weil dieses sonst auch Züge eines Behördenreferendums («fakultativ-obligatorisches Staatsvertragsreferendum») aufweisen würde (vgl. oben Ziff. 1.2.1 zum mittlerweile abgeschafften «ausserordentlichen fakultativen Staatsvertragsreferendum»).

Klar erscheint ferner, dass Volk und Stände auch weiterhin stets dann zur Abstimmung aufgerufen sind, wenn der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags eine Verfassungsänderung erfordert (vgl. Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV). Auch weiterhin möglich ist die Schaffung eines «Gesamtpakets» (Art. 141a Abs. 1 BV): obligatorisches Staatsvertragsreferendum mit Einbezug von – ohnehin dem obligatorischen Referendum unterstehenden – Verfassungsänderungen.

1.4.3 Verfassungsbegriffe und «Verfassung im materiellen Sinn» als Anknüpfungspunkt

Zur *Verfassung im formellen Sinn* zählen alle Rechtssätze, die im Verfahren der Verfassungsgebung erlassen worden sind; auf die Wesentlichkeit des Inhalts (Verfassungswürdigkeit) kommt es nicht an. Insbesondere auf dem Weg der Volksinitiative finden auch Vorschriften ohne fundamentale Bedeutung Eingang in die Verfassung.

Demgegenüber stellt der Begriff der *Verfassung im materiellen Sinn* auf den Inhalt der Verfassungsrechtssätze ab. Er umfasst alle Rechtssätze, die als Grundlage der rechtsstaatlichen und demokratischen Staatsordnung in die Verfassung gehören und damit «verfassungswürdig» sind bzw. «verfassungsmässigen Charakter» haben (so die Terminologie der Motion 15.3557). Freilich gehen die Auffassungen über den «richtigen» Inhalt der Verfassung auseinander. Die Verfassung im materiellen Sinn lässt sich daher nicht mit der gleichen Zuverlässigkeit einkreisen wie die Verfassung im formellen Sinn. Welche Normen in die Verfassung gehören und welche nicht, hängt von den Funktionen ab, die man der Verfassung zuschreiben will und damit vom Verfassungsverständnis.³³ Trotz diesen Unschärfen soll bei der Umsetzung der Motion 15.3557 hauptsächlich an den Begriff der Verfassung im materiellen Sinn angeknüpft werden.

Fragen des Verfassungsverständnisses und damit auch des Begriffs der Verfassung im materiellen Sinn waren bei der Totalrevision der Bundesverfassung bedeutsam. Damals wurden die folgenden zentralen Regelungsbereiche der Bundesverfassung benannt:³⁴

- *Garantie der grundsätzlichen Rechtsstellung des Individuums*: Die rechtsstaatliche Verfassung hat die Aufgabe, die Rechte und Freiheiten der im Staat lebenden Personen zu gewährleisten. Diese Aufgabe übernehmen die Grundrechte und die Garantien der politischen Rechte.
- *Festlegung der Staatsorganisation*: Die Verfassung setzt die obersten Staatsorgane ein, regelt deren Zuständigkeiten und – in den Grundzügen – die Verfahren, in denen Recht gesetzt und verwirklicht wird.
- *Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen*: Die Bundesverfassung bezeichnet die Kompetenzen und Aufgaben des Bundes und bestimmt damit zugleich die Grenzen seiner Handlungsbefugnisse.

Der Formulierungsvorschlag zur Umsetzung der Motion 15.3557 soll diese Regelungsbereiche zum Ausdruck bringen (vgl. unten Ziff. 2).

³³ PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 3 N. 11 f.

³⁴ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 17) sowie die Kategorisierung bei HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N. 21.

1.4.4 Einordnung in die bestehende Systematik von Artikel 140 Absatz 1 BV

Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV zum obligatorischen Referendum über den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften bleibt unverändert. Das Staatsvertragsreferendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter wird im neuen Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b^{bis} BV eingeführt. Im Ergebnis würde Artikel 140 Absatz 1 BV weiterhin alle Fälle des obligatorischen Referendums mit erforderlichem Doppelmehr zusammenfassen (vgl. Art. 140 Abs. 2 BV für Fälle des obligatorischen Referendums mit blossem Volksmehr bei Vorabstimmungen).

1.4.5 Ausführungsgesetz und Inkrafttreten

Würde in der Bundesverfassung das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter verankert, so wäre kein Ausführungsgesetz notwendig. Auch «technische Anpassungen» wären insoweit entbehrlich, als namentlich weder Artikel 58 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976³⁵ über die politischen Rechte («Erlasse, die dem obligatorischen Referendum unterstehen, [...]») noch Artikel 81 Absatz 1 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002³⁶ («Haben beide Räte [...] einen dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss durchberaten [...]») zu ändern wären. Die neue Verfassungsbestimmung würde mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft treten (Art. 195 BV).

2 Erläuterungen zum vorgeschlagenen Artikel

2.1 Formulierungsvorschlag

Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter kann gestützt auf die hiervor dargelegten Leitlinien mit der folgenden Formulierung in Artikel 140 Absatz 1 BV aufgenommen werden:

Art. 140 *Obligatorisches Referendum*

¹ *Volk und Ständen werden zur Abstimmung unterbreitet:*

b^{bis}. völkerrechtliche Verträge, deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert oder die Bestimmungen von Verfassungsrang in einem der folgenden Bereiche enthalten:

- 1. Bestand der Grundrechte, Bürgerrechte oder politische Rechte;*
- 2. Verhältnis von Bund und Kantonen oder Zuständigkeiten des Bundes;*
- 3. Finanzordnung;*
- 4. Organisation oder Zuständigkeiten der Bundesbehörden.*

2.2 Kommentar

Der Formulierungsvorschlag hat primär zum Ziel, das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter zu verankern. Ferner funktioniert die vorgeschlagene Bestimmung als Konkretisierungshilfe zur näheren Eingrenzung des «verfassungsmässigen Charakters» eines Staatsvertrags. Eine vergleichbare Funktion erfüllt Artikel 164 Absatz 1 BV, der die Gesetzespflichtigkeit bestimmter Materien benennt und bei der Beurteilung der fakultativen Referendumpflicht gemäss Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV herangezogen wird.

³⁵ SR 161.1

³⁶ SR 171.10

Der Formulierungsvorschlag stellt weitgehend auf die bestehende Begrifflichkeit der Bundesverfassung ab. «Grundrechte», «Bürgerrechte» und «politische Rechte» sind Begriffe in der 1. und 2. Kapitelüberschrift des 2. Titels der BV und erfassen inhaltlich die in den Artikeln 7–40 BV verankerten Garantien der grundsätzlichen Rechtsstellung des Individuums. Der Begriff der «politischen Rechte» erfasst auch die im 4. Titel der BV verankerten allgemeinen Bestimmungen über die politischen Rechte und die Bestimmungen über die Volksrechte (Initiative und Referendum).

Ein völkerrechtlicher Vertrag ist auch dann dem obligatorischen Referendum zu unterstellen, wenn er das «Verhältnis von Bund und Kantonen oder Zuständigkeiten des Bundes» betrifft. Gemeint sind damit Änderungen im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, wie es im 1. Kapitel des 3. Titels der BV geregelt ist. Obligatorisch referendumpflichtig sind ferner völkerrechtliche Verträge, die den im 2. Kapitel in den Artikeln 54–125 BV aufgelisteten Bestand der Zuständigkeiten (Bundeskompetenzen) ändern. Gleiches gilt, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag zu Änderungen an den Grundprinzipien zur Finanzordnung und an Bundeskompetenzen im Steuerbereich führt. Diese sind in Art. 126–135 BV verankert und damit ebenfalls im 3. Titel der BV (und dort im 3. Kapitel), der die bundesstaatlichen Strukturen der Eidgenossenschaft abbildet.

Nach dem gleichen Muster wird die Festlegung der Staatsorganisation umschrieben. Der Formulierungsvorschlag stellt ab auf den Wortlaut der jeweiligen Abschnittstitel im 2. und 3. Kapitel des 5. Titels der BV («Organisation», «Zuständigkeit») und erstreckt sich auf die «Bundesbehörden», das heisst auf die Bundesversammlung, den Bundesrat und das Bundesgericht.

Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags, auch wenn Volk und Stände zugestimmt haben, bewirkt für sich alleine keine formelle Änderung der Verfassung (vgl. allerdings oben Ziff. 1.4.2 zur Möglichkeit der Bildung eines «Gesamtpakets» im Sinne von Art. 141a Abs. 1 BV). Der Einleitungssatz des vorgeschlagenen Artikels 140 Absatz 1 Buchstabe b^{bis} BV erfasst die folgenden zwei Vertragskategorien: Zum einen völkerrechtliche Verträge, die nur umgesetzt werden können, indem auch die Verfassung (formell) geändert wird. Zum anderen Verträge, die zwar keine formelle Verfassungsänderung bedingen, aber Bestimmungen von Verfassungsrang in einem der in den Ziffern 1–4 des Buchstabens b^{bis} aufgelisteten Bereiche enthalten.

3 Auswirkungen

3.1 Anwendungsfälle

Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter ist in das bestehende Referendumssystem einzubetten. Dadurch bleibt die Tragweite des fakultativen Staatsvertragsreferendums gemäss Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d BV grundsätzlich unberührt. Völkerrechtliche Verträge, die nach heutiger Praxis dem fakultativen Referendum unterstellt werden, bleiben (bei gleichartigem Inhalt) auch künftig in aller Regel bloss fakultativ referendumpflichtig.

Ausgehend vom Formulierungsvorschlag können denkbare Anwendungsfälle des obligatorischen Referendums für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter namentlich in den folgenden Bereichen angesiedelt werden:

3.1.1 Im Bereich der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen

Völkerrechtliche Verträge, die dem Bund direkt Befugnisse einräumen, die von Verfassungen wegen bisher den Kantonen zugestanden wurden, würden im Sinne des vorgeschlagenen Artikels 140 Absatz 1 Buchstabe b^{bis} Ziffer 2 BV die Aufgabenteilung zwischen Bund und

Kantone ändern. Sie wären aus diesem Grund dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen. Völkerrechtliche Verträge sind indessen meistens «föderalismusblind», weil sich die Vertragspflichten an die Eidgenossenschaft als Völkerrechtssubjekt richten. Aus völkerrechtlicher Optik ist es in der Regel unerheblich, welche staatliche Ebene schliesslich die Vertragspflichten erfüllen wird.

Es gibt aber durchaus Beispiele von völkerrechtlichen Verträgen, welche die föderale Aufgabenverteilung und die Zuweisung von Handlungsbefugnissen zum Thema haben, wie dies etwa beim Europäischen Rahmenübereinkommen vom 21. Mai 1980³⁷ über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen Gebietskörperschaften und seinen Zusatzprotokollen der Fall ist. Der Bundesrat war damals allerdings der Meinung, dass das Rahmenübereinkommen keine Kompetenzverschiebung bewirke.³⁸ Auch gibt es völkerrechtliche Verträge, die spezifische «Föderalismusbestimmungen» enthalten, zum Beispiel Artikel 35 des Übereinkommens vom 17. Oktober 2003³⁹ zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes. Dazu hat sich der Bundesrat wie folgt geäussert: «Diese für die Übereinkommen der UNESCO typische Klausel stellt eine ausdrückliche Anerkennung der internen Kompetenzverteilung in föderativen Staaten dar. Wenn es, gestützt auf die interne Kompetenzverteilung, den Kantonen obliegt, Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens zu ergreifen, informiert der Bund die kantonalen Behörden über die entsprechenden Bestimmungen des Übereinkommens und empfiehlt ihnen ihre Umsetzung. Die Klausel hat dagegen keinen Einfluss auf die Kompetenz des Bundes, das Übereinkommen zu ratifizieren, die sich aus Artikel 54 BV ergibt.»⁴⁰

Sofern solche Verträge keine Kompetenzverschiebung bewirken, die Umsetzung im Rahmen der bestehenden Bundeskompetenzen erfolgen und die kantonale Organisationsautonomie beachtet werden kann, so wären sie vom neuen obligatorischen Staatsvertragsreferendum ausgenommen.

3.1.2 Im Bereich der Grundrechte

Völkerrechtliche Verträge können den Katalog von Grundrechten, wie er in der Bundesverfassung verankert ist, erweitern, ausdrücklich bestätigen, bestehende Grundrechte inhaltlich wesentlich weiterentwickeln oder auf bisher nicht erfasste Sachverhalte und Personen ausdehnen und damit den «Bestand» der Grundrechte betreffen. Ein solcher völkerrechtlicher Vertrag würde dem neuen obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellt. Ein bloss inhaltlicher Bezug zu Grundrechten oder der Umstand, dass es im Zuge der Anwendung des völkerrechtlichen Vertrags zu einem Grundrechtseingriff kommen kann, genügt aber für sich allein nicht zur Unterstellung unter das obligatorische Referendum. Wie auch in der Schweiz die Verfahren zur Geltendmachung grundrechtlicher Ansprüche auf Gesetzesstufe geregelt sind, könnte etwa die Anpassung von Verfahrensbestimmungen in einem Menschenrechtsvertrag (weiterhin) dem fakultativen Referendum unterstellt werden.

Bei zwei völkerrechtlichen Verträgen mit Grundrechtsbezug wurde jüngst die Unterstellung unter das fakultative Staatsvertragsreferendum als hinreichend angesehen und an einer solchen Beurteilung dürfte auch nach Einführung des neuen obligatorischen Staatsvertragsreferendums festgehalten werden:

³⁷ SR 0.131.1

³⁸ Botschaft vom 20. Mai 1981, BBl 1981 II 833, hier 837.

³⁹ SR 0.440.6

⁴⁰ Botschaft vom 21. Sept. 2007 zum Übereinkommen zur Bewahrung des immateriellen Kulturerbes, BBl 2007 7251, hier 7274.

Das von der Bundesversammlung am 18. März 2016 genehmigte *Protokoll Nr. 15 zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*⁴¹ führt zu Änderungen am Kontrollmechanismus (Organisation und Verfahren des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte) und damit am Text der EMRK. Es enthält rechtsetzende Bestimmungen, die wichtig sind, weil sie Zuständigkeiten festlegen, Rechte von Personen betreffen sowie institutionelle und verfahrensrechtliche Fragen des Gerichtshofs regeln. Innerstaatlich müssten derartige Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes erlassen werden (Art. 164 Abs. 1 Bst. g BV) und dementsprechend wurde auch dieser völkerrechtliche Vertrag gestützt auf Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV dem fakultativen Referendum unterstellt.

Das *dritte Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention*⁴² ist prozeduraler Natur und enthält verschiedene Kontrollelemente: ein individuelles Mitteilungsverfahren, ein zwischenstaatliches Mitteilungsverfahren und ein Untersuchungsverfahren. Namentlich verleiht es Einzelpersonen das Recht, gegen die Schweiz beim Ausschuss für die Rechte des Kindes eine Mitteilung betreffend die Verletzung von Konventionsrechten einzureichen. Die Schweiz ist zwar nicht an die Auffassungen und Empfehlungen des Ausschusses gebunden, die Behörden haben jedoch verbindliche Mitwirkungspflichten. Das Fakultativprotokoll enthält somit wichtige rechtsetzende Bestimmungen und wurde aus diesem Grund dem fakultativen Referendum unterstellt.⁴³

Anderes würde aber gelten für Zusatzprotokolle zur EMRK, welche den Katalog der EMRK-Garantien erweitern und den «Bestand der Grundrechte» der Bundesverfassung betreffen. Heute hat die Schweiz drei solche Zusatzprotokolle nicht ratifiziert, nämlich die Zusatzprotokolle 1, 4 und 12. Eine Übernahme dieser Zusatzprotokolle könnte, jedenfalls wenn ohne Vorbehalte realisiert, vom vorgeschlagenen Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b^{bis} Ziffer 1 BV erfasst und somit dem obligatorischen Referendum unterstellt werden.⁴⁴

3.2 Finanzielle Auswirkungen

Die Kosten einer Volksabstimmung werden zwischen dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden geteilt. Der Bund stellt den Kantonen die Abstimmungsunterlagen und die Stimmzettel zur Verfügung, während die Kantone die Abstimmung auf ihrem Gebiet durchführen und die erforderlichen Anordnungen erlassen (Art. 11 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte).

Die Annahme der Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» hätte zu einer rund 30-prozentigen Zunahme der Abstimmungsgegenstände geführt und einen zusätzlichen Abstimmungstermin nötig gemacht. In Bezug auf den vom Parlament verworfenen Gegenentwurf zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk!» ging der Bundesrat davon aus, dass dieser nur zu einer geringfügigen Zunahme der Abstimmungsgegenstände geführt hätte und daher wahrscheinlich keine zusätzlichen Abstimmungstermine nötig geworden wären. Dementspre-

⁴¹ Protokoll Nr. 15 vom 24. Juni 2013 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BBI **2015** 2359 (Vertragstext) und BBI **2016** 2125 (Bundesbeschluss).

⁴² Fakultativprotokoll vom 19. Dez. 2011 über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren; SR **0.107.3**.

⁴³ Botschaft vom 11. Dez. 2015 zur Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren, BBI **2016** 217, hier 243.

⁴⁴ Beim Zusatzprotokoll 1: das Recht auf freie und geheime Wahlen; beim Zusatzprotokoll 4: Freizügigkeit im Sinne der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit innerhalb eines Vertragsstaates; beim Zusatzprotokoll 12: allgemeines Diskriminierungsverbot, das umfassender verstanden wird als in Art. 8 Abs. 2 BV.

chend wurde davon ausgegangen, dass die Annahme des Gegenentwurfs nur zu «bescheidenen Zusatzausgaben» führen würde.⁴⁵ Diese Einschätzungen zu den finanziellen Auswirkungen des Gegenentwurfs lassen sich auf den hier unterbreiteten Vorentwurf zur Umsetzung der Motion 15.3557 übertragen.

⁴⁵ Botschaft zur Volksinitiative «Staatsverträge vors Volk» (Fn. 6), S. 6990 f. mit Hinweisen zu den Verwaltungskosten für die Vorbereitung, die Umsetzung und die Betreuung des Abstimmungstermins und den Ausgaben für die Erläuterungen und die Stimmzettel.