



Chapitre de livre

2012

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für Schubert

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für Schubert. In: Genève au confluent du droit interne et du droit international : Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société suisse des juristes à l'occasion du congrès 2012. François Bellanger ; Jacques de Werra (Ed.). Zürich : Schulthess, 2012. p. 185–201. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23323>

Völkerrecht und Landesrecht : Plädoyer eines Völkerrechtlers für SCHUBERT

MARCO SASSÒLI

*Professeur à l'Université de Genève**

I. Einleitung

Als der österreichische Staatsangehörige Ernst SCHUBERT im Jahre 1972 seine Liegenschaft in Brissago im Kanton Tessin durch den Zukauf einer weiteren Parzelle erweitern wollte, konnte er nicht ahnen, dass sein Name die nächsten 40 Jahre der juristischen Debatte über den Rang des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht prägen würde. Das Bundesgericht entschied damals, dass ihm der Zukauf in völkerrechtswidriger Weise zu verweigern sei, da es ein vom Parlament angenommenes Bundesgesetz anwenden musste, auch wenn dieses einem früheren völkerrechtlichen Vertrag widersprach, weil sich der Gesetzgeber bei dessen Annahme bewusst war, dass es völkerrechtswidrig sein könnte. Noch im Jahre 2007 verlangte ein Postulat der Rechtskommission des Ständerates, der Bundesrat solle einen Bericht verfassen, der sich unter anderem « über die Weiterführung und allfällige gesetzliche Verankerung der <SCHUBERT-Praxis> ausspricht »¹. Der Bundesrat sprach sich « gegen eine Verankerung der SCHUBERT-Praxis aus, sei es auf Gesetzes- oder auf Verfassungsstufe »². Fast hätte es Ernst SCHUBERT also sogar in die Bundesverfassung geschafft. In einem Zusatzbericht aus dem Jahre 2011 über die (an sich unterschiedliche) Frage des Verhältnisses von Verfassungsinitiative und Völkerrecht behandelt ein ganzer Abschnitt die Frage der « Anwendung der (relativierten) SCHUBERT-Praxis auf späteres Verfassungsrecht ». In der Forschung wird die SCHUBERT-Rechtsprechung fast einmütig kritisiert, nicht nur von Völkerrechtlern³, sondern gerade auch von Staatsrechtlern⁴, die den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts geradezu

* MARCO SASSÒLI ist Professor für Völkerrecht und Direktor des Departements für Völkerrecht und internationale Organisation an der Universität Genf. Er dankt Frau DJEMILA CARRON, Master en droit, LL.M., Assistentin an der juristischen Fakultät der Universität Genf für ihre Hilfe bei den Recherchen zu diesem Beitrag und Frau KATJA SCHÖBERL, Assistentin und Doktorandin an der Universität Genf, für sprachliche und inhaltliche Anregungen.

¹ Postulat 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007.

² Bericht des Bundesrats, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, BBl. 2010, S. 2340.

³ PERRIN GEORGES, *Droit international public : sources, sujets, caractéristiques*, Zürich, 1999, S. 837-838; WILDHABER LUZIUS, « Bemerkungen zum Fall Schubert », in: *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, 1974, Bd. 30, S. 195-201.

⁴ AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTETIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. I « L'Etat », Bern, 2006, Rz. 1304 ; RHINOW RENÉ, SCHEFER MARKUS, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage,

wie den ihnen besser bekannten Grundsatz « Bundesrecht bricht kantonales Recht » verstehen. Oft wird geradezu behauptet, die Rechtsprechung gelte nicht mehr⁵. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst uneinheitlich. Oft hat es die SCHUBERT-Rechtsprechung in *obiter dicta* bestätigt, ebenso oft hat es offen gelassen, ob sie noch gilt, und manchmal hat es sie gar nicht erwähnt, obwohl sie anwendbar war.

Als Völkerrechtler bin ich natürlich für den Vorrang des Völkerrechts, nicht nur weil er als völkerrechtliche Regel unbestritten ist, sondern auch weil ich als Bürger eines Kleinstaats überzeugt bin, dass die Einhaltung des Völkerrechts im besten Interesse meines Landes ist, und weil die Einhaltung, Weiterentwicklung und unterschiedslose Durchsetzung des Völkerrechts einem aussenpolitischen Anliegen meines Landes entspricht. Vielleicht weil ich mich in Lehre, Forschung und Praxis oft mit Kriegsvölkerrecht befasse, bin ich auch der Meinung, dass die *rule of (international) law*, auf Französisch die *primauté du droit (international)* – man beachte die unterschiedliche Bedeutung in den beiden Sprachen, die man etwas hilflos mit internationaler Rechtstaatlichkeit übersetzen kann – im besten Interesse der Menschheit und aller Menschen liegt, obwohl sie leider noch nicht der Realität entspricht. Man denke nur, wie viel besser es der Menschheit ginge, wenn die – sicher ungenügenden und verbesserungswürdigen – Regeln des Völkerrechts auch nur so konsequent eingehalten und durchgesetzt würden wie das Landesrecht in der Schweiz. Selbst die Mächtigsten dieser Erde sollten sich einen Satz des Genfers Jean-Jacques ROUSSEAU zu Herzen nehmen, den er freilich nicht im hier verstandenen Sinne gemeint hat: « *Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours maître, s'il ne transforme pas sa force en droit, et l'obéissance en devoir* »⁶.

Dennoch glaube ich, dass die SCHUBERT-Rechtsprechung ein Ventil sein kann, das sparsam angewandt und alle Interessen im Einzelfall berücksichtigend auch durch die gegenwärtige Struktur des Völkerrechts

Basel, 2009, Rz. 3615-3644; KÄLIN WALTER, « Schubert und der Rechtsstaat oder sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge ? », *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1993, Bd. 112, S. 73-77; KÄLIN WALTER, « Der Geltungsgrund des Grundsatzes "Völkerrecht bricht Landesrecht" », in: VON GUIDO/KÄLIN, *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Bern, 1988, S. 60-65; HANGARTNER YVO, « Ende oder Weiterführung der Schubert-Praxis », *AJP/PJA* 1997, S. 634-635; JACOT-GUILLARMOD OLIVIER, « La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse », *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 1985, Bd. 104, S. 406; TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Auflage, Bern, 2007, S. 33-35; RHINOW RENÉ, *Die Bundesverfassung 2000 : eine Einführung*, Basel, 2000, S. 368; COTTIER THOMAS, HERTIG MAYA, « Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung : Stellung und Auswirkungen », in: ZIMMERLI (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung : Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft/Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP* 1999, Bern, 2000, S. 13-17.

⁵ AUER/MALINVERNI/HOTTELER (n. 4) Rz. 1305-1306.

⁶ ROUSSEAU JEAN-JACQUES, « Du contrat social ou principes du droit politique », Livre I, Chapitre III, in: ROUSSEAU, *Du contrat social et autres œuvres politiques*, Paris, 1975, S. 238.

gerechtfertigt werden kann. Dies möchte ich in diesem Beitrag darlegen. Ich hoffe, dass mich dies nicht eines Tages vom Einlass in das Paradies der Völkerrechtler disqualifiziert, falls es ein solches gibt.

II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die SCHUBERT-Praxis ist anderswo ausführlich und richtig dargestellt worden⁷. Im naturgemäss auf Italienisch verfassten Ausgangsentscheid hielt das Bundesgericht fest, dass es den Niederlassungsvertrag vom 7. Dezember 1875 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Österreich-Ungarn⁸ als völkerrechtlichen Vertrag gegenüber dem späteren Bundesbeschluss über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland von 1961 und 1970⁹ vorgehen lassen müsse, ausser wenn der Gesetzgeber « *risolva con piena consapevolezza di emanare una disposizione di diritto interno eventualmente in contrasto con il diritto internazionale* » (ganz bewusst eine möglicherweise dem Völkerrecht widersprechende landesrechtliche Regel angenommen habe)¹⁰. Hier möchte ich schon klarstellen, dass der Gesetzgeber in der Praxis natürlich nie explizit entscheidet, Völkerrecht zu verletzen. Es muss genügen, wenn die Frage der möglichen Völkerrechtswidrigkeit entweder in der Botschaft oder im Parlament aufgeworfen wurde und die entsprechende Bestimmung dennoch angenommen wurde. Dann war der Gesetzgeber « *consapevole dei riflessi e delle implicazioni che tale disciplina legale poteva eventualmente comportare in ordine al diritto internazionale* » (sich der möglichen Auswirkungen des Gesetzes in Bezug auf das Völkerrecht bewusst)¹¹. Auch im Fall SCHUBERT, war die Völkerrechtswidrigkeit des Bundesbeschlusses umstritten und diejenigen, die mit der Mehrheit für seine Annahme plädierten, führten an, er widerspreche dem Völkerrecht gar nicht. Wenn dann das Bundesgericht entsprechend seiner Aufgabe als Gericht zum Schluss kommt, dies sei dennoch der Fall, ist die SCHUBERT-Praxis anwendbar. In der Folge hat das Bundesgericht die SCHUBERT-Praxis mehrmals bestätigt¹². In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht jedoch, meist in *obiter dicta*, den « grundsätzlichen » Vorrang des Völkerrechts ohne einen Vorbehalt der SCHUBERT-Praxis erwähnt. Dabei

⁷ BAUMANN ROBERT, « Die Tragweite der Schubert-Praxis », *AJP/PJA* 2010, S. 1009 ff ; Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl. 2011, S. 3655-3657.

⁸ SR 0.142.111.631.

⁹ Heutige Fassung : Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG ; SR 211.412.41).

¹⁰ BGE 99/1973 Ib 39 E. 3, 43, *Schubert*.

¹¹ *Ibid.* E. 4, 44.

¹² BGE 112/1986 II 1 E. 8, 13, *Wohnbau AG Giswil in Liquidation*, sowie in Erwägungen, die für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend waren, BGE 117/1991 Ib 367 E. 2b, 370, *Eidg. Steuerverwaltung*, und 118/1992 Ib 277 E. 3b, 281, *S.*

ging es meistens – aber nicht immer¹³ – um Rechtshilfefragen, für die schon das Gesetz¹⁴ einen Vorrang völkerrechtlicher Vereinbarungen vorsieht¹⁵.

Seit dem PKK-Entscheid von 1999 scheint das Bundesgericht jedoch internationale Menschenrechtsgarantien, zumindest solche der EMRK, immer einem späteren Gesetz vorzuziehen¹⁶. Im PKK-Entscheid selbst heisst es noch etwas vage, Völkerrecht gehe « prinzipiell » vor und dies gelte « umso mehr [...] wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient »¹⁷. Das Bundesgericht fügt jedoch sogleich bei : « Ob in anderen Fällen [das Bundesgericht verweist ausdrücklich auf die SCHUBERT-Praxis] davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen sind, ist vorliegend nicht zu prüfen »¹⁸. Gleichzeitig führt das Bundesgericht aus, der Vorrang des Völkerrechts ergebe sich schon aus Artikel 26 und 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁹, die natürlich nicht nur für Menschenrechtsverträge gilt. Auf dieses Argument wird zurückzukommen sein. In späteren Entscheiden war das Bundesgericht bezüglich des Vorrangs von Menschenrechtsverträgen eindeutiger²⁰. In einem davon liess es eine ein Grundrecht schützende Norm des Freizügigkeitsabkommens mit der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einer späteren gesetzlichen Regelung vorgehen, obwohl der Gesetzgeber letztere zur Einschränkung der Tragweite des Vertrags beschlossen hatte²¹. Um seine Praxis noch verwirrender zu machen, fügte es in einem weiteren *obiter dictum* bei, dass direktdemokratisch legitimierte Verträge immer vorgehen sollen²². Bei allem Respekt ist das natürlich ein unbrauchbares Kriterium, da Verträge, gegen die das Referendum nicht ergriffen wurde, zumindest genauso direktdemokratisch legitimiert sind²³ und auch spätere Gesetze immer entweder ausdrücklich oder stillschweigend (durch Nicht-Ergreifen des Referendums) direktdemokratisch legitimiert sind. In einem neusten Entscheid führt die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts jedoch aus, es sei

¹³ Zuletzt BGE 136/2010 II 241 E. 16.1, 255, X.

¹⁴ Siehe Art. 1(1) des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG ; SR 351.1).

¹⁵ BGE 102/1976 Ia 317 E. 1, 319, *Lanusse* ; BGE 106/1980 Ib 400 E. 5a, 402, *Lorenzo Bozano* ; BGE 109/1983 Ib 165 E. 7b, 173, *Maurel* ; BGE 122/1996 II 485 E. 3a, 487, S.

¹⁶ BGE 125/1999 II 417, A.

¹⁷ *Ibid.* E. 4c, 425.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK ; SR 0.111).

²⁰ BGE 128/2002 IV 117 E. 3b, 122, *Ministero pubblico del Cantone Ticino* ; BGE 128/2002 IV 201 E. 1.3, 305, X, Y. und Z. ; BGE 136/2010 II 120 E. 3.5.3, 131, X.

²¹ BGE 133/2007 V 367 E. 11, 386, *Segretariato di Stato dell'economia*.

²² *Ibid.* E. 11.4 und 11.5, 389.

²³ BAUMANN (n. 7) S. 1013.

« naheliegend » einen bewussten Verstoss des Gesetzgebers gegen die EMRK gemäss der SCHUBERT-Praxis für massgeblich zu erachten²⁴.

Zusammenfassend lässt sich ausführen, dass das Bundesgericht die SCHUBERT-Praxis, ausser für Menschenrechtsgarantien, nie entscheidrelevant aufgegeben hat, seine *obiter dicta* uneinheitlich sind, und neuestens sogar den Vorrang von Menschenrechtsgarantien in Frage stellen. Ich bin mit einem Teil der Forschung einverstanden, der argumentiert, dass das Bundesgericht gar nicht auf der Suche nach einer verbindlichen Konfliktlösungsregel ist, sondern frei sein will, die auf dem Spiele stehenden Interessen abzuwägen und im Notfall, im Sinne einer in der Schweiz an sich unbekanntenen *political question*-Doktrin, dem Landesrecht Vorrang zu geben und *self-restraint* auszuüben²⁵. Wie zu zeigen sein wird, kritisiere ich dies jedoch nicht, sondern halte es auch aus völkerrechtlicher Sicht für gerechtfertigt. Immerhin sollte das Bundesgericht offen dazu stehen, und sei es nur, um seine Praxis vorhersehbarer zu machen.

III. Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Völkerrechts

Auf internationaler Ebene geht Völkerrecht dem Landesrecht vor. Für Verträge wird das ausdrücklich in Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention festgehalten, der besagt : « Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen ». Dasselbe ergibt sich für alle völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Artikel 3 der Artikel über Staatenverantwortlichkeit, der festhält : « Die Beurteilung der Handlung eines Staates als völkerrechtswidrig bestimmt sich nach dem Völkerrecht. Diese Beurteilung bleibt davon unberührt, dass die gleiche Handlung nach innerstaatlichem Recht als rechtmässig beurteilt wird »²⁶. Meines Erachtens ergibt sich das schon aus der Natur des Völkerrechts als zwischenstaatliche Ordnung. Wenn ein Staat gegenüber anderen Staaten den Vorrang seines Landesrechts gegenüber dem Völkerrecht geltend machen könnte, wäre das Völkerrecht kein internationales Recht, sondern nationales, « äusseres Staatsrecht »²⁷.

²⁴ BGE 136/2010 III 168 E. 3.3.4, 172, *Ma*.

²⁵ BAUMANN (n. 7) S. 1019 ; COTTIER/HERTIG (n. 4) S. 15, und in einem gewissen Sinne schon die Kritik von JACOT-GUILLARMO OLIVIER, « Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse », *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 1984, Bd. 120, S. 229-230.

²⁶ Resolution 56/83 der UNO-Generalversammlung vom 12. Dezember 2001, über Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidrige Handlungen, Beilage, deutsch : <http://www.un.org/Depts/german/gv-56/band1/56bd-6.pdf>.

²⁷ HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin, 1821, Rz. 330-333.

Diese völkerrechtliche Regel wird jedoch oft missverstanden, insbesondere von Landesrechtlern. Sie besagt nicht, dass ein Staat in seinem Landesrecht Völkerrecht den Vorrang geben muss. Das Recht der Europäischen Union und die EMRK verlangen deren direkte Anwendbarkeit und deren Vorrang im Landesrecht vor entgegenstehendem Landesrecht. Im Allgemeinen verlangt jedoch Völkerrecht nur, dass es eingehalten wird, legt aber nicht fest, wie ein Staat dies in seinem Landesrecht sicherstellen muss. Ohne Völkerrecht zu verletzen, darf ein Staat vorsehen, dass Völkerrecht gar nicht Teil seines Landesrechts ist, womit es von seinen Gerichten und Behörden gar nicht angewandt werden kann und sich die Frage, ob es vor- oder nachrangig ist, gar nicht stellt. Dieses oft dualistisch genannte System gilt in fast allen Ländern englischer Rechtstradition (ausser den USA), auch etwa in Kanada, für das das Völkerrecht eine ähnlich wichtige Rolle in der Aussenpolitik spielt wie für die Schweiz, und welches das Völkerrecht nicht weniger einhält, als die Schweiz. Dieses dualistische System führt bloss dazu, dass der Staat sein Landesrecht an neue völkerrechtliche Pflichten anpassen muss, bevor er sie eingeht, wenn er nicht völkerrechtlich verantwortlich werden will. Wenn ein Staat, wie die Schweiz, ein monistisches System wählt, also Völkerrecht unmittelbar als Landesrecht gilt, schreibt ihm das Völkerrecht nicht den Rang desselben gegenüber dem Landesrecht vor. Dies ist eine rein verfassungsrechtliche Frage. Die Rechtsprechung eines gemäss seiner Verfassung monistischen Staates wie die USA stellt selbst völkerrechtliche Regeln, die *self-executing* sind, praktisch auf die gleiche Ebene wie Gesetzesrecht²⁸. Nur eine Minderheit der Staaten mit einem monistischen Verfassungssystem lassen Völkerrecht sogar der Verfassung vorgehen²⁹, obwohl natürlich auch für alle anderen die völkerrechtliche Regel gilt, dass sie sich nicht auf ihre Verfassung berufen können, um eine Verletzung ihrer völkerrechtlichen Verpflichtungen zu rechtfertigen.

IV. Die Geltung des Völkerrechts im Schweizer Landesrecht

Die Schweizer Bundesverfassung³⁰ sieht ein monistisches System vor. Artikel 5, Absatz 4 schreibt vor: « Bund und Kantone beachten das Völkerrecht ». Was nicht in dieser Bestimmung steht, aber zumindest für völkerrechtliche Verträge unbestritten ist, ist, dass dies noch nicht besagt, dass Gerichte und Behörden immer die völkerrechtliche Regel anwenden müssen. Im Gegenteil, wenn die betreffende Regel nicht direkt anwendbar, nicht *self-executing* ist, können sie sie gar nicht anwenden und müssen somit möglicherweise

²⁸ Siehe Reid v. Covert 354 US 1, 18.

²⁹ Siehe Art. 91 (3) der niederländischen Verfassung von 2008. Diesen Vorrang sieht jedoch die Verfassung selbst vor (und sie verlangt eine Zweidrittelmehrheit im Parlament für die Annahme solcher Verträge), womit sie doch Vorrang hat.

³⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV ; SR 101).

entgegenstehendes Landesrecht anwenden, bis der Gesetzgeber die völkerrechtliche Regel ins Landesrecht umgesetzt hat³¹.

Immerhin könnte man einwenden, die Bundesversammlung und das Volk seien Organe des Bundes und müssen sich als solche bei ihrer Gesetzgebung an Artikel 5, Absatz 4 halten, also das Völkerrecht einhalten, ob es *self-executing* ist oder nicht. Einzig das Bundesgericht und die übrigen Behörden können dies nicht überprüfen, weil Artikel 190 BV bekanntlich vorsieht: « Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend ». Diese Bestimmung kann in der Tat als Regelung einer Kompetenzfrage angesehen werden und nicht als Regelung des Verhältnisses materieller Normen. So würde etwa niemand behaupten, die Bundesversammlung müsse sich nicht an die Bundesverfassung halten, nur weil das Bundesgericht dies vorderhand nicht durchsetzen kann. Man kann also behaupten, dass die Bundesverfassung Volk und Parlament vorschreibt, das Völkerrecht einzuhalten. Hingegen ist es meines Erachtens falsch zu behaupten, die Bundesversammlung habe die SCHUBERT-Rechtsprechung dadurch gegenstandslos gemacht, dass sie ihre Zustimmung zur Ratifikation von Artikel 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention gegeben hat³². Erstens vermischt dieses Argument eine völkerrechtliche und eine landesrechtliche Frage. Die Bundesversammlung hat bloss den Bundesrat ermächtigt, die Schweiz zu verpflichten, gegenüber völkerrechtlichen Verpflichtungen kein entgegenstehendes Landesrecht geltend zu machen. Zweitens ist Artikel 27 nicht *self-executing*. Er betrifft eindeutig die zwischenstaatliche Ebene und kann nicht direkt innerstaatlich angewandt werden. Drittens könnte man genauso gut behaupten, mit der Annahme der Bundesverfassung von 1999 habe sich die Bundesversammlung verpflichtet, keine verfassungswidrigen Gesetze anzunehmen, weshalb das Bundesgericht die Verfassung vorgehen lassen müsse.

V. Landesrecht als Beitrag zur Entstehung neuen Völkerrechts

Völkerrecht entsteht in grundsätzlich anderer Weise als Landesrecht in allen modernen Staaten. Es fehlt ein zentraler, hierarchisch übergeordneter Gesetzgeber. Es fehlt auch eine anhaltende Kette von Präzedenzfällen in Form von Gerichtsentscheiden, wie diejenige, die das *common law* geschaffen hat. Die wichtigsten Rechtssubjekte, die Staaten, sind individuell Adressaten und zugleich kollektiv Rechtsetzer. Als Rechtssubjekte sind sie natürlich an das

³¹ BGE 133/2007 I 286 E. 3.2, 291, *Schmid und Mitb.*; BGE 129/2003 II 249 E. 3.3, 257, *A.X.*; BGE 126/2000 I 240 E. 2b, 242, *A. und B.*; BGE 124/1997 III 90 E. 3a, 91, *L.X.*, mit weiteren Verweisen.

³² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (n. 4) Rz. 1305.

Völkerrecht gebunden. Wenn sie neues Recht schaffen, sind sie hingegen nicht an die primären Regeln des Völkerrechts gebunden. Sie dürfen sie abändern. Eine strukturelle Schwäche des Völkerrechts ist es gerade, dass es über ungenügende Anpassungsmechanismen verfügt. Grundsätzlich kann neues Völkerrecht nur mit dem Einverständnis der Adressaten geschaffen werden, einschliesslich derer, die Interesse an der bisherigen Regel hatten. Bei der Schaffung von Völkerrecht gibt es keinen Mehrheitsentscheid. Im Allgemeinen herrscht Konsensprinzip.

Theoretisch sind Staaten bei der Rechtsetzung immerhin an die sekundären Regeln über die Verfahren, nach denen neues Völkerrecht geschaffen werden kann, gebunden. Auch diese könnten sie jedoch abändern, und zwar im selben Verfahren, in dem sie neue primäre Regeln schaffen. Wenn die Staaten wollten, könnten sie beschliessen, dass Resolutionen der UNO-Generalversammlung oder Enzykliken des Papstes verbindlich sind. Dies ist einfach nicht der Fall. Eine weitere Schranke bildet zwingendes Völkerrecht³³. Es kann nicht von einer beschränkten Anzahl an Staaten abgeändert werden. Doch kann auch es von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit durch neues zwingendes Völkerrecht ersetzt werden.

Diese Unterscheidung zwischen Rechtsadressat und Rechtsetzer ist nicht für alle Völkerrechtsquellen gleich schwierig. Die wichtigste Völkerrechtsquelle sind Verträge. Wenn das Parlament (oder sogar das Volk) den Bundesrat ermächtigt, einen völkerrechtlichen Vertrag zu ratifizieren, ist es natürlich nicht an völkerrechtliche Verträge zum selben Inhalt gebunden. Das Verhältnis des neuen Vertrags zu bestehenden Verträgen regelt das Völkerrecht selbst und es kann meist davon ausgegangen werden, dass ein neuer völkerrechtlicher Vertrag unter den Vertragsparteien eine *lex specialis* und eine *lex posterior* im Verhältnis zu bestehendem Völkerrecht darstellt. Wenn das Parlament (oder das Volk) hingegen neue innerstaatliche Gesetze annimmt, muss es aus völkerrechtlicher Sicht, wie erwähnt, völkerrechtliche Verträge einhalten. Innerstaatlich kommt hinzu, dass das Parlament (und das Volk) zwar (gewisse) völkerrechtliche Verträge annehmen müssen, es aber immer der Bundesrat ist, der sie kündigt³⁴. Es ist umstritten, ob das Parlament den Bundesrat zur Kündigung eines Vertrages, den es selbst genehmigt hat³⁵, verpflichten kann³⁶. Wenn das Völkerrecht also nur auf Verträgen beruhte,

³³ Siehe Art. 53 WVK (n. 19).

³⁴ Auch dies ist umstritten EHRENZELLER BERHARD, THÜRER DANIEL, ISLIKER FRANZISKA, « Art. 166 », in : EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/WALLENDER, *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Auflage, Zürich, 2008, S. 2457-2458.

³⁵ Siehe zum Sonderfall völkerrechtlicher Verträge, die der Bundesrat in eigener Kompetenz abgeschlossen hat, Art. 7a (2) und 48a (2) des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG ; SR 172.010).

³⁶ RHINOW/SCHEFER (n. 4) Rz. 3676 ; KÄLIN WALTER, EPINEY ASTRID, CARONI MARTINA, KÜNZLI JÖRG, *Völkerrecht : Eine Einführung*, 3. Auflage, Bern, 2010, S. 109.

könnte man zumindest konzeptuell und unter Vorbehalt dessen, was hiernach über Auslegung ausgeführt wird, zwischen dem Parlament als Rechtsadressaten und dem Parlament als Völkerrechtssetzer unterscheiden. Es gibt aber noch weitere Völkerrechtsquellen : das Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze.

Ursprünglich beruhten allgemeine Rechtsgrundsätze auf den Landesrechten gemeinsamen Grundsätzen, die auf die Völkerrechtsordnung übertragen werden konnten. Hier ist die Rolle des nationalen Gesetzgebers als völkerrechtlicher Rechtsetzer offensichtlich : weil die nationalen Gesetzgeber in allen Rechtssystemen den Verhältnismässigkeitsgrundsatz vorsehen, ist er ein völkerrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsatz. In der Forschung werden andere allgemeine Rechtsgrundsätze postuliert, die sich aus der Natur der Völkerrechtsgemeinschaft ergeben sollen, wie zum Beispiel die souveräne Gleichheit der Staaten. Wenn sich die Staaten, ermächtigt durch ihre Verfassungsgeber, zu einem Weltstaat zusammenschliessen würden, wären sie aber nicht mehr souverän. Solche Grundsätze sind also auch nicht unabänderlich. Einzig die in einem Teil der Forschung ebenfalls zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gezählten Grundsätze der Logik und diejenigen, die sich aus der Natur des Menschen ergeben sollen, wären wohl dem Einfluss des nationalen Gesetzgebers entzogen. Selbst überzeugte Naturrechtler behaupten jedoch nicht, dass die meisten Völkerrechtsregeln auf diese Weise entstehen.

Die dritte und vielleicht gerade heute wieder zunehmend wichtige Quelle des Völkerrechts ist das Völkergewohnheitsrecht, das ich lieber allgemeines Völkerrecht nenne, da die meisten seiner Regeln nur noch wenig mit tatsächlicher Übung der meisten Staaten zu tun haben, sondern mehr mit dem, was die Staaten erklären, akzeptieren, was von anderen internationalen Akteuren postuliert wird und wogegen sich die Staaten nicht energisch wehren. Solche Regeln werden heute immer wichtiger, da es unter zweihundert Staaten immer schwieriger wird, sich auf völkervertragliche Regeln zu einigen und diese dann auch für bindend anzuerkennen. Insbesondere im Rahmen internationaler Organisationen und anderer Foren können sich die Staaten viel schneller als im schwerfälligen Vertragsschlussverfahren über Regeln einigen, die den normativen Bedürfnissen der internationalen Gemeinschaft entsprechen.

Es ist unbestritten, dass Gesetze über völkerrechtlich relevante Sachverhalte tatsächliche Übung eines Staates darstellen und seine Rechtsüberzeugung ausdrücken³⁷. Obwohl der Gesetzgeber, wenn er Recht

³⁷ ANZILOTTI DIONISIO, *Corso di diritto internazionale*, Bd. I, 4. Auflage, Padua, 1955, S. 100. Auch ein anderer Altmeister des Völkerrechts schreibt : « *Le droit international coutumier se concrétise souvent sous forme de normes du droit interne. Le droit de la haute mer, celui de la mer territoriale et en particulier celui des ports maritimes a ses origines dans des règles de droit*

setzt, als Staatsorgan das Völkerrecht einhalten muss, trägt er also gleichzeitig zur Entstehung von Völkergewohnheitsrecht bei.

Hinzu kommt und damit zusammenhängt, dass im Völkerrecht die Abgrenzung zwischen Auslegung und Rechtsetzung noch fließender ist als im Landesrecht. Selbst völkerrechtliche Verträge müssen ausgelegt werden und ein Element der Auslegung ist die spätere Praxis der Vertragsstaaten³⁸. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch der nationale Gesetzgeber Völkerrecht auslegen muss und soll. Gerade wer der Meinung ist, späteres Landesrecht müsse früheres Völkerrecht einhalten, fordert vom Parlament eine Auslegung des Völkerrechts. Das Ergebnis ist die Praxis der Schweiz zum entsprechenden Vertrag, die zusammen mit derjenigen der anderen Vertragsstaaten ein Element der Auslegung des Vertrags ist. Eben diese Praxis der Staaten schafft jedoch, begleitet durch eine Rechtsüberzeugung, neues Völkerrecht, inklusive solches, das zur *desuetudo* eines früheren Vertrags führt³⁹. Für allgemeines Völkerrecht oder Völkergewohnheitsrecht ist die Unterscheidung zwischen Auslegung und Weiterentwicklung noch fließender.

VI. Gründe für einen Vorrang bewusst völkerrechtswidrigen späteren Landesrechts im Landesrecht

Hier soll nicht vorgeschlagen werden, dass bewusst völkerrechtswidrige Gesetze immer früherem Völkerrecht vorgehen sollen. Vielmehr sollen bewusst völkerrechtswidrige Bundesgesetze, ganz entsprechend der oben dargestellten tatsächlichen, aber nie zugestandenen Praxis des Bundesgerichts, nach Abwägung aller Interessen ausnahmsweise dem früheren Völkerrecht vorgehen können. Dafür gibt es völkerrechtliche und landesrechtliche Gründe.

A. Beitrag der Schweiz zur Auslegung und Weiterentwicklung des Völkerrechts

Die Schweiz (und nicht der Bundesrat) ist Subjekt des Völkerrechts. Als solches sind die Schweiz und all ihre Organe, also auch das Volk, die Stände und der Gesetzgeber an das Völkerrecht gebunden. Aber alle Organe tragen auch zur Bildung des Völkerrechts bei. Im Vertragsschlussverfahren ist der jeweilige Beitrag jedes Organs in der Bundesverfassung geregelt⁴⁰. Nicht so für

interne » (GUGGENHEIM PAUL, *Traité de droit international public : avec mention de la pratique internationale et suisse*, Bd. 1, Genf, 1953, S. 51).

³⁸ Art. 31(3)(b) WVK (n. 19).

³⁹ KOLB ROBERT, « La désuétude en droit international public », *Revue générale de droit international public* 2007, Bd. 111, Nr. 3, S. 577-608.

⁴⁰ Siehe Art. 140-141a und 166 BV (n. 30).

das Völkergewohnheitsrecht. Vielleicht könnte das Landesrecht eines Staates gar nicht regeln, welche Organe zu Völkergewohnheitsrecht beitragen können. Jedenfalls ist dies für die Schweiz nicht der Fall. Obwohl der Bundesrat die Aussenpolitik führt und nicht das Bundesgericht, stellt die Praxis des Bundesgerichts unbestrittenermassen völkerrechtliche Übung der Schweiz dar⁴¹. Sie hat auch schon wesentlich zur Entstehung (oder vielmehr Abänderung) einer völkerrechtlichen Regel beigetragen. So war das Schweizer Bundesgericht bereits 1918⁴² nach italienischen und belgischen Gerichten eines der ersten, das behauptete, Staaten geniessen für Handlungen *jure gestionis* keine Immunität⁴³. Damals war die herrschende Meinung, dass Staaten vor Gerichten anderer Staaten absolute Immunität geniessen, woran etwa die USA und das Vereinigte Königreich bis 1970 festhielten⁴⁴. Technisch gesehen verletzte die Schweiz im Jahre 1918 durch ein solches Urteil, dass einem Staat für Akte *jure gestionis* die Immunität vor Schweizer Gerichten verweigerte, das Völkerrecht. Andere Staaten sind jedoch der Schweiz gefolgt, manchmal durch ihre obersten Gerichte, manchmal durch ihre Gesetzgeber. Damit wurde die völkergewohnheitsrechtliche Regel geändert und heute handelt es sich um das geltende Völkergewohnheitsrecht⁴⁵. Der Gesetzgeber kann ebenfalls zur Entwicklung des Völkerrechts beitragen. Als er in Artikel 5, Absatz 1, Buchstabe b) des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB)⁴⁶ den Weltrechtsgrundsatz für sexuelle Handlungen gegen Kinder unter 14 Jahren einführte, verletzte er wahrscheinlich das Völkerrecht. Ausser für internationale Verbrechen, zu denen sexuelle Handlungen mit Kindern nicht gehören (solange sie kein Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Völkermord darstellen oder als Teil eines solchen Verbrechens begangen werden), muss ein Staat nämlich einen besonderen Bezug zu einer Tat haben, um diese seiner Strafhoheit zu unterstellen. Wenn hingegen, was zu erwarten ist, kein Staat gegen diese Bestimmung oder deren

⁴¹ Siehe allgemein der Ständige Internationale Gerichtshof im Fall *Lotus, Case of the SS Lotus (Turkey v France)*, 1927 PCIJ Series A, no. 10, S. 28-29 ; ANZILOTTI (n. 37) S. 74 und 100.

⁴² BGE 44/1918 I 49, *K. k. Oesterreich. Finanzministerium*.

⁴³ FAVRE DOMINIQUE, « L'immunité de juridiction des Etats et des organisations internationales : la pratique suisse », in : *Droit des immunités et exigences du procès équitable : actes du colloque du 30 avril 2004*, Paris, 2004, S. 44 ; CANDRIAN JÉRÔME, *L'immunité des Etats face aux Droits de l'homme et à la protection des biens culturels : immunité de juridiction des Etats et droits de l'homme, immunité d'exécution des Etats et de leurs biens culturels*, Zürich, 2005, S. 140.

⁴⁴ Botschaft betreffend das Übereinkommen über und das Zusatzprotokoll zu diesem Übereinkommen vom 27. Mai 1981, BBl. 1981 II, S. 979.

⁴⁵ BIANCHI ANDREA, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », in : *Revue générale de droit international public* 2004, Bd. 108, no 1, S. 68-73 ; CANDRIAN (n. 43) S. 141 ; BGE 106/1980 Ia 142 E. 3a, 147-148, *Sozialistische Libysche Arabische Volks-Jamahiriya* ; ZIEGLER ANDREAS, *Einführung in das Völkerrecht*, Bern, 2006, Rz. 656 ; DAILLIER PATRICK, FORTEAU MATHIAS, PELLET ALAIN, *Droit international public*, 8. Auflage, Paris, 2009, Rz. 289-291.

⁴⁶ SR 311.0.

Anwendung protestiert, hat der Schweizer Gesetzgeber damit vielleicht auf die Dauer zur Entstehung einer neuen völkerrechtlichen Regel beigetragen.

Die Schweiz ist ein Rechtsstaat. Damit sollte staatliches Handeln über eine gesetzliche Grundlage verfügen. Wieweit das Legalitätsprinzip auch für die Aussenpolitik gilt, ist zwar umstritten⁴⁷. Wenn jedoch völkerrechtswidrige Gesetze ausgeschlossen wären, dürfte aussenpolitisches Handeln, das auf Abänderung einer Völkerrechtsregel abzielt, gar keine gesetzliche Grundlage haben. Ausserdem trägt ein Staat nicht nur durch aussenpolitisches Handeln zu Völkergewohnheitsrecht bei. Wenn der Gesetzgeber sich somit nicht bewusst gegen die Einhaltung einer bestehenden Regel entscheiden dürfte, könnte die Schweiz auf vielen Gebieten überhaupt nicht zur Fortentwicklung des Völkergewohnheitsrechts beitragen.

Wer wie der Schreibende fordert, der Bundesgesetzgeber müsse die Möglichkeit haben, Völkerrecht auch entgegen bestehendem Völkerrecht weiterentwickeln zu wollen, muss immerhin vom Bundesgericht verlangen, dass es im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung aller Umstände und Interessen, einschliesslich der Missbrauchsgefahr, auch berücksichtigt, ob sich aus den gesamten *travaux préparatoires* ein solcher Wille ergibt, im Fall einer Völkerrechtswidrigkeit des Erlasses möglicherweise zur Fortentwicklung und Auslegung des Völkerrechts beizutragen. Wenn der Gesetzgeber hingegen bloss will, dass sich die Schweiz nicht an eine Völkerrechtsregel hält, welche er an sich für sinnvoll hält und deren Einhaltung er von anderen Staaten weiterhin erwartet, sollte das Bundesgericht der Völkerrechtsregel den Vorrang geben. Auch wenn ein an sich gutgemeinter Vorstoss des Gesetzgebers zur Änderung des Völkerrechts erfolglos war, sollte das Bundesgericht dies in seiner Abwägung berücksichtigen.

B. Gewaltenteilung

Die Bundesverfassung regelt ausdrücklich den Beitrag der Bundesversammlung und des Volkes zur Entstehung von neuem, die Schweiz bindenden Völkervertragsrecht. In einem monistischen System wie dem schweizerischen gibt sie dem Gesetzgeber zu Recht eine entscheidende Rolle, weil Völkerrecht Individuen ebenso berechtigt und verpflichtet wie Gesetzesrecht. Innerstaatlich entspricht heute das Vertragsschlussverfahren weitgehend dem Gesetzgebungsverfahren. Völkerrecht entsteht jedoch nicht nur – und immer weniger ausschliesslich – durch Verträge. Es wäre im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung unbefriedigend, wenn nur

⁴⁷ WILDHABER LUZIUS, « Legalitätsprinzip und Aussenpolitik – eine Problemskizze », in : BRUNNER/MUHEIM/STÜCHELI /WIDMER (Hrsg.), *Einblick in die schweizerische Aussenpolitik, Festschrift für Staatssekretär Raymond Probst*, Zürich, 1984, S. 443 ff ; BORER THOMAS, *Das Legalitätsprinzip und die auswärtigen Angelegenheiten*, Basel, 1986.

die Exekutive (und wie erwähnt die Gerichte) zu Völkergewohnheitsrecht beitragen dürften. Wie erwähnt muss die Legislative aber, um zur Entwicklung des Völkerrechts beitragen zu können, auch Gesetze annehmen können, die dem geltenden Völkerrecht widersprechen.

C. Politischer Opportunismus

Populisten und selbsternannte Hüter der direkten Demokratie haben sich auf das Völkerrecht als etwas « undemokratisches » eingeschossen. Dies gilt insbesondere für alle Regeln, die sich nicht in Verträgen äussern, weil nur der Abschluss der letzteren formell das Volk einbezieht. In Wirklichkeit hat gerade Völkergewohnheitsrecht eine Art demokratische Legitimation, weil die Zivilgesellschaft immer mehr zur Entstehung neuer Regeln beiträgt (beispielsweise wenn Staaten es als Reaktion auf Forderungen von NGOs, Volksaufstände oder Medienkampagnen akzeptieren). Trotzdem ist es wichtig, das Völkerrecht nicht als Einschränkung, sondern als Chance zu sehen. Wie alle anderen Staatsorgane müssen sich das Volk und die von ihm gewählte Bundesversammlung an das Völkerrecht halten, aber sie können es auch beeinflussen. Daher müssen sie auch völkerrechtswidrige Gesetze annehmen können, wenn sie dies bewusst tun. So wird das Volk zum Miteigner und nicht bloss zum Unterworfenen des Völkerrechts.

VII. Konsequenzen einer Verletzung des Völkerrechts durch späteres Landesrecht

Aus völkerrechtlicher Sicht lässt sich gegen meine Rechtfertigung der SCHUBERT-Praxis einiges einwenden. Erstens ist es schwierig, « bewusst » völkerrechtswidrige Gesetzgebung auf Fälle zu beschränken, in denen die Schweiz Anstoss zu einer neuen Regel geben will. Wenn der Gesetzgeber aber auch dann Völkerrecht verletzen könnte, wenn er von den anderen Staaten weiterhin die Einhaltung der verletzten Regel erwarten würde, würde die Schweiz bloss den Grundsatz des Vorrangs des Rechts in der Völkergemeinschaft noch weiter schwächen. Zweitens kann die Schweiz alleine kein neues Völkerrecht schaffen und als Kleinstaat ist ihr Einfluss auf andere Staaten auf den meisten Gebieten gering. Der Gedanke, die Schweiz könnte z. B. zum Schutze der Umwelt ein Vorbild sein, das andere Staaten mitreisst, beruht weitgehend, aber nicht vollständig, auf einer Selbstüberschätzung.

Wenn der Versuch, das Völkerrecht zu beeinflussen, nicht erfolgreich ist, wird die Schweiz für völkerrechtswidrige Gesetzgebung oder zumindest für dessen Anwendung völkerrechtlich verantwortlich. Anderslautendes

innerstaatliches Recht schliesst völkerrechtliche Verantwortlichkeit nicht aus⁴⁸. Völkerrechtswidrigkeit führt zwar nicht zu Nichtigkeit, aber zur Verpflichtung zur Wiedergutmachung, was in erster Linie Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bedeutet, d.h. die Aufhebung des völkerrechtswidrigen Gesetzes. Ansonsten können betroffene Staaten die verletzte Vertragsregel gegenüber der Schweiz selbst verletzen⁴⁹ oder Gegenmassnahmen ergreifen, d.h. ihrerseits gegenüber der Schweiz gewisse Völkerrechtsregeln nicht mehr einhalten⁵⁰.

All dies sollte der Gesetzgeber berücksichtigen, wenn er völkerrechtswidrige Gesetze annimmt. Erstens sollte er prüfen, ob das innerstaatliche Ziel (und der mögliche Anstoss zu einer Entwicklung des Völkerrechts) nicht auch ohne Verletzung des geltenden Völkerrechts erreicht werden kann. Zweitens muss der Gesetzgeber zwischen den Vorteilen einer völkerrechtswidrigen Gesetzgebung und der Konsequenz einer völkerrechtlichen Verantwortlichkeit sowie der nicht im Interesse der Schweiz liegenden Schwächung des Völkerrechts abwägen. Eine ebensolche Abwägung sollte auch das Bundesgericht vornehmen und oben wurde aufgezeigt, dass es dies unerklärtermassen auch schon tut.

VIII. Ausnahmen, insbesondere für Menschenrechte ?

Es fragt sich, ob die hier vertretene Möglichkeit, späteres « bewusst » völkerrechtswidriges Gesetzesrecht vorgehen zu lassen für alle völkerrechtlichen Regeln gelten soll, oder ob gewisse Völkerrechtsregeln immer vorgehen sollten. Als solche kommen die sich nur teilweise überschneidenden Kategorien des zwingenden Völkerrechts und der Menschenrechte in Frage.

A. Zwingendes Völkerrecht?

An sich gilt alles Vorstehende auch für zwingendes Völkerrecht. Es beruht auf dem Willen der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit. Auch zu ihm kann und soll die Schweiz beitragen und auch für seine Auslegung ist insbesondere an den Rändern die Staatenpraxis von Bedeutung (z.B. wie hoch das Risiko einer Verfolgung sein muss, um den im Folterverbot enthaltenen Grundsatz des *non-refoulement* zu verletzen). Die zwingende Natur einer völkerrechtlichen Regel hat an sich nichts mit dem Verhältnis von Völkerrecht

⁴⁸ Siehe Art. 3 über Staatenverantwortlichkeit (n. 26).

⁴⁹ Siehe Art. 60 VVK (n. 19). So hat Österreich infolge des SCHUBERT-Entscheids des Bundesgerichts der Schweiz mitgeteilt, dass es Art. 2 des Niederlassungsvertrags solange nicht anwenden wird, bis die Schweiz ihn wieder anwendet (siehe Notenwechsel publiziert in SR 0.142.111.631.2).

⁵⁰ Siehe Art. 49 über Staatenverantwortlichkeit (n. 26).

und Landesrecht zu tun. Ein Staat kann sich nicht auf sein Landesrecht berufen, um Verletzungen zwingender und nicht zwingender Völkerrechtsregeln zu rechtfertigen. In dualistischen Verfassungssystemen können auch zwingende Völkerrechtsregeln erst innerstaatlich angewandt werden, wenn sie ins Landesrecht umgesetzt worden sind. Immerhin kann eine Regel des zwingenden Völkerrechts nur durch eine neue Regel des zwingenden Völkerrechts ersetzt werden, die also von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit als eine solche anerkannt wird, von der nicht abgewichen werden darf. Es ist fast nicht vorstellbar, dass Schweizer Gesetzgebung entgegen einer zwingenden Norm, welche von der Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit anerkannt wird, diese Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit bewegt, eine den Schweizer Vorstellungen entsprechende Norm nicht nur anzuerkennen, sondern anzuerkennen, dass keine Abweichung entsprechend der bisherigen zwingenden Norm zulässig ist. Hinzu kommt, was in unserem Zusammenhang von grösserer Bedeutung ist, dass nach Schweizer Recht sogar der Bundesverfassungsgeber zwingendes Völkerrecht einhalten muss. Wenn dies für den Verfassungsgeber gilt, muss das auch für den Gesetzgeber gelten und diese Ungültigkeit der innerstaatlichen späteren Norm, welche die Bundesversammlung für Volksinitiativen feststellen muss, muss für Bundesgesetze das Bundesgericht im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung feststellen können.

B. Menschenrechte?

In seinem Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht von 2011 schreibt der Bundesrat, dass eine Verankerung der SCHUBERT-Praxis in der Bundesverfassung (die von verschiedenen Parlamentariern gefordert wurde) wie folgt lauten könnte :

« Bei einem Widerspruch zwischen dem Völkerrecht und der Bundesverfassung oder einem Bundesgesetz findet das innerstaatliche Recht Anwendung, wenn der Verfassungs- oder Gesetzgeber bewusst vom Völkerrecht abgewichen ist und die Bestimmung des Völkerrechts nicht dem Schutz der Menschenrechte dient »⁵¹.

Der Bundesrat verwirft schliesslich die Idee einer solchen Kodifizierung, aber nicht weil er keine Ausnahme für Menschenrechte gelten lassen will. Er findet bloss « die Tragweite der internationalen Menschenrechtsgarantien » seien noch « nicht klar bestimmt ». Hier könnte man einwenden, dass dies gerade die Aufgabe des Bundesgerichts sein könnte. Der Bundesrat meint jedoch ganz allgemein, die Nachteile einer Kodifizierung der SCHUBERT-Praxis

⁵¹ BBl. 2011, S. 3660.

überwiegen. In der Forschung wird vertreten, die SCHUBERT-Praxis finde angesichts der PKK-Praxis auf menschenrechtliche Bestimmungen keine Anwendung und dies scheint auch die Auslegung der Bundesgerichtspraxis im Bericht des Bundesrats zu sein, obwohl er eingesteht, diese sei noch nicht « gefestigt »⁵².

Aufgrund der europäischen geschichtlichen Erfahrungen im letzten Jahrhundert ist es sehr wichtig, dass Menschenrechte auch völkerrechtlich geschützt sind. Dieser internationale Schutz hat einen wichtigen Einfluss auf die Rechtswirklichkeit in Europa und Lateinamerika, zumindest theoretisch auch in Afrika, nicht aber in Nordamerika und Asien. Trotzdem werden Menschenrechte auch bei uns hauptsächlich durch das Verfassungsrecht geschützt. Den Schutz der Menschenrechte in erster Linie mit der Debatte über den Rang des Völkerrechts im Landesrecht in Verbindung zu bringen, ist eine Beleidigung der Bundesverfassung, die unbestrittenermassen späterem Gesetzesrecht vorgeht. Es lenkt auch von der wirklichen Frage ab, ob auch auf Bundesebene eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze eingeführt werden soll⁵³ und es führt in der politischen Debatte zum falschen Eindruck, Menschenrechte würden der Schweiz « von aussen » aufgezwungen. Mit Ausnahme von Menschenrechten, die zum zwingenden Völkerrecht gehören und die wir weiter oben behandelt haben, haben Menschenrechtsregeln auch keinen besonderen, höheren Status im Völkerrecht oder – mit einer sogleich zu behandelnden Ausnahme – im Schweizer Landesrecht. Es liegt daher nahe, auch Menschenrechtsregeln der allgemeinen SCHUBERT-Praxis zu unterstellen. Hoffentlich wird das Bundesgericht bald in der Lage sein, Menschenrechten als Verfassungsrecht auch gegenüber späterem Bundesrecht den Vorrang zu verschaffen – und dabei wird es wie bisher die Weiterentwicklung und Präzisierung gewisser Grundrechte durch völkerrechtliche Regeln bei der Auslegung berücksichtigen.

Abgesehen davon, dass es nicht leicht wäre, immer festzustellen, ob eine gewisse Völkerrechtsregel (z.B. in einem Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation) ein Menschenrecht schützt, ist es in meiner Sicht nicht angebracht, formell und absolut Menschenrechtsregeln in Bezug auf die hier abgehandelte Frage anders zu behandeln als andere Völkerrechtsregeln. Auch hier kann das Bundesgericht einem späteren Bundesgesetz in Abwägung aller Umstände und Interessen den Vorrang geben.

Eine landesrechtlich begründete Ausnahme, die sich aber auch aus völkerrechtlicher Sicht aufdrängt, gilt für die EMRK. Artikel 122 des

⁵² Ebenda.

⁵³ Siehe dazu Parlamentarische Initiative 05.445, Verfassungsgerichtsbarkeit, und Parlamentarische Initiative 07.476, Bundesverfassung massgebend für rechtsanwendende Behörden, Bericht und Vorentwurf der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, vom 17. Februar 2011, online : http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2041/Verfassungsgerichtsbarkeit_Bericht_d.pdf.

Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG)⁵⁴ sieht bekanntlich vor, dass das Bundesgericht sein Urteil revidieren muss, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgestellt hat, dass die Schweiz mit einem Urteil des Bundesgerichts die EMRK verletzt hat. Zu Recht wartet das Bundesgericht schon heute nicht darauf, dass « fremde » Richter es dazu zwingen, der EMRK gegenüber einem späteren Bundesgesetz den Vorrang zu gewähren, sondern wendet im Einzelfall schon ohne den Umweg über Strassburg das EMRK-widrige Bundesgesetz einfach nicht an. Diese Sonderbehandlung lässt sich damit begründen, dass Urteile des EGMR völkerrechtlich verbindlich sind⁵⁵ – hier also die Auslegung und Weiterentwicklung nicht den einzelnen Staaten als Adressaten überlassen wird. Die Praxis von Durchführungsorganen anderer menschenrechtlicher Verträge, z.B. der UNO-Pakte, ist nicht völkerrechtlich verbindlich. Immerhin sollte das Bundesgericht auch hier im Rahmen seiner SCHUBERT-Abwägung die blosse Existenz dieser Durchführungsorgane, deren Praxis und die Tatsache, dass sie der Meinung sein könnten, die Schweiz habe ihre vertraglichen Verpflichtungen verletzt, berücksichtigen. Dies gilt jedoch meines Erachtens nicht nur für menschenrechtliche Regeln.

IX. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht ein vielschichtiges ist, das wegen der Natur und Struktur der gegenwärtigen internationalen Gemeinschaft keineswegs mit dem Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht vergleichbar ist. In der SCHUBERT-Praxis behält es das Bundesgericht sich – und damit dem Gesetzgeber – vor, späteres Gesetzesrecht früherem Völkerrecht vorgehen zu lassen. Obwohl das Bundesgericht offiziell auf den « Willen » des Gesetzgebers abstellt (was unrealistisch ist), kann behauptet werden, es gehe ihm bloss um die Möglichkeit, in Ausnahmefällen, nach Abwägung aller Umstände, dem späteren Gesetz den Vorrang einzuräumen. Solche Ausnahmen lassen sich auch aufgrund der Natur und Struktur des Völkerrechts rechtfertigen – obwohl sie zunächst zu einer Verletzung des Völkerrechts durch die Schweiz führen – insbesondere wenn Bundesversammlung, Volk und Bundesgericht berücksichtigen, ob die Schweiz auch befürworten würde, dass sich andere Staaten nicht an die entsprechende Regel halten. Der Vorrang des Völkerrechts sollte aber die Regel bleiben.

⁵⁴ SR 173.110.

⁵⁵ Art. 46 (1) EMRK.