

Helen Keller

Rezeption des Völkerrechts

Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis
des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes
der Europäischen Gemeinschaften
und des schweizerischen Bundesgerichts
in ausgewählten Bereichen

The Reception of International Law

(English Summary)



Springer

Berlin Heidelberg New York Barcelona
Hongkong London
Mailand Paris Tokio

cher Art abgewichen¹⁰⁸. Ein erheblicher Kompetenzausbau für das Bundesgericht ging mit dem Erlass materiellen Bundesrechts einher (Zivilrecht 1912, Strafrecht 1942)¹⁰⁹.

Ein erster Schritt zum Aufbau einer Verwaltungsgerichtsbarkeit war mit der Annahme von Art. 114^{bis} BV¹¹⁰ getan¹¹¹. Einen weiteren bedeutenden Ausbau seiner Rechtsprechungskompetenzen erfuhr das Bundesgericht mit der Schaffung eines Eidgenössischen Versicherungsgerichts¹¹². Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde allerdings erst in den 60er Jahren systematisch ausgebaut¹¹³. Die Bemühungen für den Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit blieben erfolglos¹¹⁴.

¹⁰⁸ Die Staatsvertragsbeschwerde wurde mit der OG-Revision von 1991 (AS 1992 288, BBl 1991 II 465) verfahrensmässig an die Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte angeglichen, indem die Ausschöpfung der kantonalen Rechtsmittel auch bei der Staatsvertragsbeschwerde verlangt wurde (Art. 86 OG), vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtskonventionen durch das Bundesgericht, S. 602 f.

¹⁰⁹ Vgl. allgemein zum Ausbau der bundesgerichtlichen Kompetenzen MÜLLER PETER ALEXANDER, Gedanken zur (künftigen) Rolle des Bundesgerichts in der schweizerischen Gerichtsbarkeit, in: Internationales Symposium vom 13. Juni 1998 am Bundesgericht. Justizreform, Lausanne 1998, S. 413–430, 418 f.

¹¹⁰ Angenommen in der Volksabstimmung vom 25. Oktober 1914, vgl. die Botschaft vom 20. Dezember 1911 zur Verfassungsrevision, BBl 1911 V 322.

¹¹¹ Vgl. zur Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 164 ff.

¹¹² Bundesbeschluss betreffend die Organisation und das Verfahren des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. März 1917 (AS 1917 517 ff.).

¹¹³ Vgl. die Botschaften vom 24. September 1965 zur OG-Revision (BBl 1965 II 1265) und zur VwVG-Revision (BBl 1965 II 1348).

¹¹⁴ Vgl. zuletzt den Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, BBl 1999 8633, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, aus dem die Verfassungsgerichtsbarkeit gestrichen worden war, vgl. zum Werdegang dieser Vorlage COTTIER/HERTIG, *Völkerrecht in der neuen Bundesversammlung*, S. 16 Anm. 65; ZIMMERLI ULRICH, *Verfassungsgerichtsbarkeit aus parlamentarischer Sicht*, in: Internationales Symposium vom 13. Juni 1998 am Bundesgericht. Justizreform, Lausanne 1998, S. 255–268. Vgl. die parlamentarischen Beratungen im Rahmen der Revision der BV Amtl.Bull. 1998 NR (Separatdruck), S. 389 ff. und Amtl.Bull. 1998 SR (Separatdruck), S. 197 ff.

3. Kapitel: Verfassungsrechtlicher Überblick

1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

Ähnlich wie die Verfassung der Vereinigten Staaten oder die Gründungsverträge der Gemeinschaft äussert sich auch die Bundesverfassung von 1874 nicht in abschliessender und umfassender Weise zu den Kernfragen des Verhältnisses von internationalem und nationalem Recht. Zusammenfassend lassen sich Lehre und Rechtsprechung zum Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht in der Schweiz auf den folgenden Nenner bringen: Die schweizerische Rechtsordnung gilt als monistisch; völkerrechtliche Vereinbarungen werden mit ihrer Ratifikation verbindlich. Der weit gehenden Zentralisierung der aussenpolitischen Gewalt im Bund entspricht es, dass die völkerrechtlichen Verträge innerstaatlich dem Bundesrecht zugeordnet werden. Das Völkergewohnheitsrecht gilt als automatisch transformiert¹. Die Rechtsprechung räumt dem Völkerrecht einen – allerdings nicht uneingeschränkten – Vorrang vor dem nationalen Recht ein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die integrationspolitischen Fragestellungen sowie die Bemühungen um die Verfassungsrevision intensivierten die Diskussion um die grundlegenden Fragen im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in neuerer Zeit.

Das folgende Kapitel soll einen Überblick über die wichtigsten konstitutionellen Fragen im Zusammenhang mit der Rezeption des Völkerrechts geben. Besonderes Augenmerk wurde vor allem auf die historisch unterschiedliche Beurteilung gewisser Fragen gelegt. Die Rezeption in den einzelnen Sachgebieten wird anschliessend in den Kontext dieser Entwicklung gestellt².

2. Verständnis des internationalen Rechts

Seit der Entstehung des Bundesstaates war das Verständnis des Völkerrechts verschiedenen Wandlungen unterworfen. In der Frühphase der Eidgenossenschaft wurde das Völkerrecht vorwiegend als Mittel zum

¹ SALADIN, Völkerrechtliches ius cogens, S. 81.

² Vgl. im 3. Teil die Kapitel über die Rezeption in den einzelnen Sachgebieten durch das Bundesgericht, S. 587 ff.

Aufbau eines diplomatischen und konsularischen Netzes verstanden³. Daraus resultierte ein bescheidenes Interesse am Völkerrecht, das nicht nur auf die aussenpolitische Schwäche der Eidgenossenschaft zurückzuführen war. Der Schweiz fehlte es im Vergleich zu verschiedenen anderen europäischen Staaten und den Vereinigten Staaten auch an einer Tradition im internationalen Seerecht, die in diesen Ländern die Diskussion um das Völkerrecht stimulierte und seinen Stellenwert beträchtlich erhöhte. Das beschränkte Interesse der Schweiz am Völkerrecht erweiterte sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Dank dem Aufbau eines Netzes von bilateralen Verträgen trat der Vertragscharakter des Völkerrechts immer stärker in den Vordergrund⁴. Zudem entwickelte sich frühzeitig einer der grundlegenden Topoi im schweizerischen Verständnis des Völkerrechts: Gerade als schwacher Kleinstaat konnte und durfte es sich die Schweiz nicht leisten, sich über internationale Normen hinwegzusetzen⁵. In dieser Erkenntnis lag auch das

³ Vgl. auch im Kapitel Aussenpolitischer Überblick (Anm. 4); Geschäftsprüfungsbericht des Bundesrates im Jahr 1858, BBl 1859 I 269: «Denn, was ist eigentlich das internationale Recht andres als das übereinstimmende Urtheil der Staaten über ihre gegenseitigen Rechtsverhältnisse? Jeder Staat (...) sucht so viel möglich zu vermeiden, in seiner äussern Politik in eine isolirte Stellung zu gerathen, dadurch, dass er Massregeln ergreift oder eine Richtung einschlägt, von deren Missbilligung ab Seite der andern Staaten er zum Voraus überzeugt ist; jeder Staat nimmt vielmehr darauf Rücksicht und legt Werth darauf, in seinem politischen Vorgehen der Billigung und Unterstützung anderer Staaten sicher zu sein. Die Schweiz hat alle Ursache, diesen Gesichtspunkt nicht rücksichtslos zu beseitigen, sondern ihm die gebührende Stellung anzuweisen.»

⁴ Bericht des Bundesrates zur Volksinitiative zur Einführung des Staatsvertragsreferendums, BBl 1914 III 445, 456: «Staatsverträge sind Rechtsgeschäfte, durch welche der eine Staat dem andern Rechte einräumt und für sich Ansprüche begründet. Sie schaffen teils völkerrechtliche subjektive Rechte und Pflichten, teils objektives Völkerrecht, im Gegensatz zu dem durch das Gesetz geschaffenen objektiven Staatsrecht.» BGE 38 I 551, 585 (Brandt): «Für die Auslegung von Staatsverträgen gelten nach heutiger Rechtsanschauung (...) im wesentlichen dieselben Grundsätze, wie für die Auslegung privatrechtlicher Vereinbarungen (...).»

⁵ So der Bundesrat: «Die Achtung vor dem Recht war von jeher die Hoffnung und der Schutz der Schwachen.» (BBl 1947 II 512, Botschaft vom 8. Juli 1947 über den Beitritt zum Statut des internationalen Gerichtshofes) oder: «Der Kleinstaat Schweiz hat aber an der Einhaltung des Völkerrechts und an der Erhaltung einer internationalen Ethik und Moral ein überragendes Interesse. Es wäre zutiefst bedauerlich, wenn er sich aus freien Stücken unter die Rechtsbrecher reihen wollte.» (BBl 1974 II 1153, Botschaft vom 23. Oktober 1974 über

schweizerische Engagement für die Entwicklung der internationalen Streitschlichtung begründet⁶. Die Idee eines universellen, weltumspannenden Völkerrechts setzte sich erst im 20. Jahrhundert durch. Deutlich kommt dieses Verständnis etwa in den Beitrittsbotschaften zum Statut des internationalen Gerichtshofes⁷, zur EMRK⁸ und schliesslich zu den UNO-Menschenrechtspakten zum Ausdruck⁹.

Der Wandel des Rechtsverständnisses spiegelte sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Während die frühe Rechtsprechung von einem vorbehaltlosen Wohlwollen gegenüber dem Völkerrecht geprägt war¹⁰, zeichnete sich seit der Zwischenkriegszeit eine Rechtsprechungs-

die Neuordnung des Staatsvertragsreferendums). Allgemein zur weit verbreiteten Ansicht, dass das Völkerrecht eine wirksame Waffe des Schwächeren sei, und der Fragwürdigkeit dieses Arguments GREWE, Aussenpolitik, S. 2 ff.

⁶ Vgl. im Kapitel Aussenpolitischer Überblick, S. 292 f.

⁷ BBl 1947 II 510, 512: «Die Einführung von internationalen Untersuchungs-, Vergleichs-, Schieds- und Gerichtsverfahren stellt daher einen wesentlichen Fortschritt zur Bildung einer *wirklich organisierten Staatengesellschaft* dar, in der jeder auch noch so kleine Staat einen gewissen Schutz gegen den Missbrauch der Macht geniessen würde.» (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁸ BBl 1974 I 1035, 1065: «Die Europäische Menschenrechtskonvention wurde in der Überzeugung geschaffen, dass sie entscheidend zur Einigung Europas beitrage, da eine menschliche Gemeinschaft ohne gemeinsame geistige Werte nicht über eine ausreichende Grundlage verfügt. (...). Die Schweiz ist seit 1963 Mitglied des Europarates. Sie ist es sich schuldig, einen weiten Schritt in der aufgezeigten Richtung zu tun und den Vertrag zu ratifizieren, der in konkreter Art und Weise *die kollektive Garantie der Menschenrechte in Europa* sichert.» (Hervorhebung durch die Verfasserin).

⁹ BBl 1991 I 1189, 1195: «Auf universeller Ebene waren die Pakte die ersten internationalen Instrumente, welche die Menschenrechte auf die Ebene rechtlicher Vorschriften gehoben haben, die dazu bestimmt sind, die gegenseitigen Beziehungen der Vertragsstaaten zu regeln und die Menschenrechte zu einem wichtigen Element der internationalen Beziehungen zu machen. (...) Daraus folgt, dass die Pakte zu einer verstärkten Wirksamkeit des universellen Menschenrechtsschutzes beitragen.» Vgl. auch den völkerrechtsfreundlichen Tenor in verschiedenen bundesrätlichen Botschaften und Berichten zusammengestellt von KRAFFT MATTHIAS-CHARLES, *Quelques observations sur l'attitude de la Suisse à l'égard du droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique*, in: *Mélanges Grossen*, Basel/Frankfurt a.M. 1992, S. 429–437.

¹⁰ Insbesondere die Entscheide BGE 7 774 (Kiesow) und BGE 35 I 594, 596 (Martin), die dem Völkervertragsrecht auf den ersten Blick sogar vor späteren Bundesgesetzen Vorrang einräumen wollen; vgl. zur differenzierten Interpreta-

tendenz ab, die im Konfliktfall vermehrt den Akzent auf die nationale Gesetzgebung als Ausfluss der Souveränität legte. Diese Entwicklung wurde gegen Ende des 20. Jahrhunderts von einer Tendenz abgelöst, die in verschiedenen Bereichen bewusst eine völkerrechtsfreundlichere Haltung erkennen lässt¹¹.

3. Monismus-Dualismus-Frage

Die Grundlagen für die monistische Struktur der schweizerischen Bundesverfassung bildeten sich in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts heraus. Dies war zumindest anfänglich ein unreflektierter Prozess¹². In den Materialien zur Verfassungsgebung von 1848 und 1874 finden sich keine Hinweise darauf, dass die automatische Übernahme des Völkerrechts in das schweizerische Recht umstritten gewesen wäre¹³. Das legt den Schluss nahe, dass man diesen Mechanismus in der Schweiz als

tion dieser Entscheide im Sinne einer Anwendung der *lex-specialis*-Regel WILHELM, *Force obligatoire*, S. 195 und 197.

¹¹ Vgl. etwa das Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2001 (Beverly Overseas SA u.a., nicht als BGE publiziert), Erw. 5 f.: «Bei dem in der UN-Charta fest verankerten Grundsatz des Gewaltverzichts, der in den meisten nationalen Rechtsordnungen und insbesondere auch in der schweizerischen Kriegsmaterialpolitik seinen Niederschlag gefunden hat, handelt es sich um einen ethisch höchststehenden Wert, der allen Kulturstaaten gemeinsam ist. Waffen- oder Kriegsmateriallieferungen in Gebiete, in denen ein bewaffneter Konflikt herrscht oder auszubrechen droht, verstossen daher grundsätzlich gegen die *universelle öffentliche Ordnung*. Liegt diesem Grundsatz zudem – wie im vorliegenden Fall – ein vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen erlassenes weltweites Waffenembargo zu Grunde, so verstärkt und konkretisiert dies das Verbot. Im Rahmen der internationalen öffentlichen Ordnung besteht für die schweizerischen Gerichte mangels Inlandbezugs kein Grund, sich dem Gehalt dieses weltweit umfassenden Waffenembargos in autonomer Weise durch konkretisierende Rechtsanwendung zu entziehen.» (Hervorhebung durch die Verfasserin).

¹² HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 654. Tendenziell anders in der Einschätzung hingegen THÜRER, *Perspektive Schweiz*, S. 23: «Auch ordnete das Bundesgericht mit Selbstverständlichkeit die nicht positivrechtlich vorgegebene Zuordnung der Systeme des Völker- und Landesrechts in einem Sinne, der sich weltoffen an der Einheitlichkeit des Rechtsgedankens und nicht an der damals in Europa vorherrschenden Ideologie der nationalstaatlichen Absonderung und Rechtsautarkie orientierte.»

¹³ Vgl. im Kapitel *Verfassungsgeschichtlicher Überblick*, S. 335 ff.

selbstverständlich betrachtete. Es ist durchaus denkbar, dass sich die Verfassungsväter in dieser Frage an der amerikanischen Lösung orientierten¹⁴.

Das Bundesgericht schloss sich 1882 der Auffassung der transformationslosen Geltung der völkerrechtlichen Verträge in der Schweiz vorbehaltlos an¹⁵. Auch der Bundesrat beantwortete 1906 eine Anfrage der niederländischen Regierung, ob die Schweiz durch den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages gebunden sei und der Vertrag für den Einzelnen verbindlich werde, grundsätzlich positiv¹⁶. Doch bereits einige Jahre später dehnte sich die europaweite Monismus-Dualismus-Debatte auf die Schweiz aus. Ein für diese Zeit typischer Tenor kommt etwa in der bundesrätlichen Ablehnung des Staatsvertragsreferendums zum Ausdruck: «Bei Abschluss und Verkündung von Staatsverträgen ist eine doppelte Rechtswirkung ins Auge zu fassen: eine völkerrechtliche nach aussen, eine staatsrechtliche nach innen. Staatsverträge sind Rechtsgeschäfte, durch welche der eine Staat dem andern Rechte einräumt und für sich Ansprüche begründet. Sie schaffen teils völkerrechtliche subjektive Rechte und Pflichten, teils objektives Völkerrecht, im Gegensatz zu dem durch das Gesetz geschaffenen objektiven Staatsrecht. Erst durch den mit dem Staatsvertrag verbundenen *Gesetzesbefehl*, der sich an die eigenen Staatsangehörigen richtet und dahin geht, sie haben dem Vertrage gemäss zu handeln, wird eine innerstaatliche Geltung bewirkt. Dass dieser Gesetzesbefehl bei uns kein ausdrücklicher ist, sondern die Form einer Verkündung des Staatsvertrages ange-

¹⁴ Zu den Einflüssen des amerikanischen Verfassungsdenkens auf die Schweiz, die vor allem Spuren bei der Ausgestaltung des Bundesstaats- und des Zweikammersystems hinterliessen, HIS EDUARD, Amerikanische Einflüsse im schweizerischen Verfassungsrecht, Basel 1920.

¹⁵ BGE 8 436, 443 (Baselstadt v. Solothurn): «Denn die Bestimmungen des (...) Niederlassungsvertrages (...) sind durch die Ratifikation und Publikation (...) auch zur staatsrechtlichen Norm im Innern der Schweiz erhoben (...).» BGE 30 II 575, 578 (Basler Gesangverein): «(...) die privatrechtlichen Bestimmungen von Staatsverträgen der Schweiz bilden nach schweizerischer Auffassung einen integrierenden Bestandteil des Bundescivilrechtes, auf die gestützt die Berufung an das Bundesgericht statthaft ist.»

¹⁶ VON SALIS/BURCKHARDT II, Nr. 626; in seinem Antwortschreiben ging der Bundesrat sogar soweit, die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge auch dann zu bejahen, wenn sie bestehendes Gesetzesrecht änderten. Die Problematik der direkt anwendbaren Bestimmungen aus völkerrechtlichen Verträgen wurde allerdings nicht thematisiert.

nommen hat, also gleichsam nur in einer Art Reflexwirkung des Staatsvertrages besteht, ändert an diesem Charakter nichts; (...)»¹⁷

Die Monismus-Dualismus-Debatte wurde auch von der Wissenschaft aufgegriffen¹⁸, was wiederum nicht ohne Einfluss auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts blieb. In der Zwischenkriegszeit fällte das Bundesgericht zwei Urteile, die einen deutlich dualistischen Ansatz erkennen liessen¹⁹. Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht beim ersten Entscheid nicht zum Dualismus griff, um dem Landesrecht den Vorrang zu geben²⁰. Im zweiten Entscheid wäre der Rückgriff auf eine dualistische Konzeption der schweizerischen Rechtsordnung gar nicht nötig gewesen, weil zwischen dem internationalen Recht und dem Landesrecht gar kein Widerspruch bestand²¹. Der Rückgriff auf dualistische

¹⁷ Bundesrat im Bericht zur Volksinitiative zur Einführung des Staatsvertragsreferendums vom 29. Mai 1914, BBl 1914 III 456 f. (Hervorhebung durch die Verfasserin). Ähnlich auch Botschaft vom 10. Dezember 1920 über die Beschlüsse der ersten internationalen Arbeitskonferenz, BBl 1920 V 433, 446.

¹⁸ BATELLI MAURICE, *Les institutions de démocratie directe en droit suisse et comparé moderne*, Genève 1932, S. 53 f.; KUNDERT RALF, *Völkerrechtlicher Vertrag und Staatsvertragsgesetz im schweizerischen Recht*, Zürich 1919, S. 51 ff. und 78 ff.; FLEINER FRITZ, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, S. 757 f., der häufig in diesem Zusammenhang zitiert wird, äussert sich m.E. hingegen nicht eindeutig zur Monismus-Dualismus-Diskussion.

¹⁹ BGE 49 I 188 (Lepeschkin); BGE 59 II 331 (Steenworden).

²⁰ Das Bundesgericht erklärte Art. 17 Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 17. Juli 1905 i.c. anwendbar. Die massgeblichen Ausführungen zum Dualismus machte das Bundesgericht bei der Frage, ob ein Abweichen von der internationalen Norm als Retorsionsmassnahme der Schweiz gegenüber Russland opportun wäre, BGE 49 I 188, 195 (Lepeschkin): «Damit wird aber die Stellung der Gerichte gegenüber den Normen eines rechtssetzenden Staatsvertrages verkannt. Die Verpflichtung der rechtsanwendenden Behörden des einzelnen Vertragsstaates zur Beachtung eines derartigen Vertrages ergibt sich nicht aus dem Vertrage selbst, der zunächst nur eine Bindung zwischen den beiden Staaten als solchen, als Subjekten des Völkerrechts schafft. Es ist dazu ein Akt des nach internem Staatsrecht zuständigen Organs notwendig, der die Vollziehung der Vertragsbestimmungen anordnet und ihnen damit auch im internen Verhältnis verbindliche Kraft verleiht.»

²¹ Die Konvention von Bern vom 9. September 1896 in der revidierten Fassung vom 13. November 1908 sieht in Art. 13 Abs. 2 einen Vorbehalt für eine landesrechtliche Regelung vor. Unter Hinweis auf den Entscheid Lepeschkin wiederholt das Bundesgericht den dualistischen Ansatz, BGE 59 II 331, 337 (Steenworden): «Au point de vue interne, en effet, les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et

Konzeptionen lässt sich nur aus dem Zeitgeist der damaligen Diskussion erklären, in der dualistisches Gedankengut – nicht zuletzt wegen dem Einfluss der deutschen Doktrin – en vogue war²². Das Bundesgericht verfolgte den dualistischen Ansatz in der späteren Rechtsprechung nicht mehr weiter²³. Die monistische Grundstruktur der schweizerischen Rechtsordnung wird auch von der Lehre heute vorbehaltlos bejaht²⁴. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass dem Völkerrecht auch in jedem Fall Vorrang vor dem Landesrecht eingeräumt würde. Vielmehr deutet die Praxis des Bundesgerichts in letzterer Frage – wie noch zu zeigen sein wird – auf eine pragmatische Haltung, die sich mit der monistischen Grundstruktur der schweizerischen Rechtsordnung nur schwerlich vereinbaren lässt²⁵.

promulguée (...).» Zur Interpretation dieses Entscheides vgl. KOPELMANAS, Commentaire, S. 257 ff.; WILHELM, Force obligatoire, S. 201 ff. Zur lex posterior-Regel in diesem Entscheid vgl. hinten, S. 357 f.

²² DOMINICÉ/VOEFFRAY, Suisse, S. 547; MALINVERNI, L'application de la CEDH, S. 25 f.

²³ In BGE 76 IV 43, 49 (Lang und Legler) verwies das Bundesgericht auf den Entscheid Lepeschkin (BGE 49 I 188, 196), kehrte aber kommentarlos zum monistischen Ansatz zurück. Statt vieler: BGE 105 II 49, 57f. (Bosshard Partners Intertrading AG): «Ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag wird mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden für die Schweiz verbindlich und zum Bestandteil des Landesrechts. Seine Normen können deshalb neben den Behörden auch Einzelpersonen verpflichten, wenn sie unmittelbar anwendbar, d.h. inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.»

²⁴ Statt vieler: ALDER, Vorrang, S. 348; AUBERT, Bundesstaatsrecht, Rz. 1325; COTTIER/PANNATIER, Völkerrecht und BV, S. 3; DOMINICÉ, Nature juridique, S. 250 f.; GUGGENHEIM, Conflict, S. 504; JACOT-GUILLARMOD, Applicabilité directe, S. 131; HAEFLIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1049; HAEFLIGER, Hierarchie, S. 479; KÄLIN, Geltungsgrund, S. 54 ff.; KNAPP, Les particuliers, S. 298; SCHWEIZERISCHE BUNDESBEHÖRDEN, Landesrecht und Völkerrecht, S. 403; ZUMSTEIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 42. Zu den politischen Vorstößen der 90er Jahre, die einen Systemwechsel von Monismus zu Dualismus vorschlugen, vgl. HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 206. Eine dualistische Lösung de constitutione ferenda befürwortet FLEINER-GERSTER THOMAS, Völkerrecht – Landesrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen zum Verhältnis des Landesrechts zum internationalen Recht, in: Haller Walter et al. (Hrsg.), Im Dienst an der Gemeinschaft. FS für Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a.M. 1989, S. 687–699, insbesondere 698 f.

²⁵ MÜLLER, Kommentar BV, Rz. 211 Einleitung zu den Grundrechten.

4. Direkte Anwendbarkeit

Da internationales Recht innerstaatlich ohne Transformationsakt Gültigkeit erlangt, stellt sich für die schweizerischen Gerichtsinstanzen auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine internationale Norm von den Behörden als Grundlage einer Entscheidung herangezogen oder von Bürgern vor Gericht als Anspruchsgrundlage angerufen werden kann. Die Praxis des Bundesgerichts zur direkten Anwendbarkeit von internationalen Bestimmungen gilt gemeinhin als völkerrechtsfreundlich, weil an die direkte anspruchsbegründende Natur einer Norm keine allzu hohen Anforderungen geknüpft werden²⁶. Bis in die 70er Jahre wandte das Bundesgericht immer wieder völkerrechtliche Normen direkt an, ohne die Voraussetzungen für ihre direkte Anwendbarkeit genauer zu prüfen²⁷. Das entsprach auch der stiefmütterlichen Behandlung der Frage in der Doktrin²⁸. Erst 1972 wurde die direkte Anwendbarkeit problematisiert und in einer Reihe von Entscheiden für verschiedene Bestimmungen des Freihandelsabkommens mit der Euro-

²⁶ Vgl. etwa die Einschätzung von KNAPP, *Les particuliers*, S. 302: «En Suisse, le juge accorde aux particuliers, beaucoup plus facilement que dans la plupart des pays, la possibilité de tirer des droits des traités internationaux.» Ähnlich auch BALDI, *Unmittelbare Anwendbarkeit*, S. 4; SCHWEIZER, *Schweizerische Gerichte*, S. 624. Kritischer in der Einschätzung hingegen EPINEY, *Internationalisierung*, S. 8. Siehe auch HOLZER, *Innerstaatliche Anwendbarkeit*, S. 102, der für die schweizerische Rechtsordnung eine generelle Vermutung zu Gunsten der unmittelbaren Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen, für welche zwischenstaatlich Anwendungsfreiheit gilt, postuliert.

²⁷ BGE 98 Ib 385, 387 (Banque de Crédit international): «Ainsi, un particulier pourra invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux, si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète, la majeure du syllogisme juridique dont la décision sera la conclusion. Tel n'est pas le cas d'une disposition conventionnelle qui énonce un programme ou fixe les lignes directrices dont devra s'inspirer la législation des Etats contractants et qui s'adresse ainsi non aux autorités administratives et judiciaires, mais bien au législateur national.» COTTIER/PANNATIER, *Völkerrecht und BV*, S. 5; JACOT-GUILLARMOD, *Applicabilité directe*, S. 141 ff.; DOMINICÉ/VOEFFRAY, *Suisse*, S. 548 f.; DE VRIES REILINGH, *Pactes des Nations Unies*, Rz. 141.

²⁸ Vgl. die Hinweise auf die Lehre im Völker- und Staatsrecht bei KOLLER, *Unmittelbare Anwendbarkeit*, S. 24 f.

päischen Gemeinschaft abgelehnt²⁹. Das Bundesgericht machte von seinem weiten Ermessen, das ihm bei der Anerkennung einer Norm als self-executing zusteht, in differenzierter Weise Gebrauch. Traditionellerweise gelten völkerrechtliche Verträge mit eher technischem Charakter als direkt anspruchsbegründend³⁰; dazu zählen etwa die Doppelbesteuerungsabkommen³¹, die Vereinbarungen über die gerichtliche Zuständigkeit, die Anerkennung von ausländischen Urteilen und Vollstreckbarkeit ausländischer Titel³² sowie die Auslieferungsverträge³³. Direkt anspruchsbegründend sind auch diverse Menschenrechtskonventionen wie etwa bestimmte Garantien im UNO-Pakt II³⁴, das Flüchtlingsstatut³⁵, die Garantien der EMRK sowie Teile der UNO-Kinderrechtskonvention³⁶. Zurückhaltender war und ist die Praxis des Bundesgerichts teilweise im Bereich des Sozialversicherungsrechts³⁷ und der Freihandelsabkommen³⁸. Abgelehnt hat das Bundesgericht grundsätzlich die anspruchsbegründende Natur des UNO-Paktes I³⁹.

²⁹ Vgl. im Kapitel über die Rezeption der Handelsabkommen durch das Bundesgericht, S. 590 ff. Zur Kritik an dieser Rechtsprechung JACOT-GUILLARMOD, *Applicabilité directe*, S. 137 f.

³⁰ Zum Beispiel BGE 122 II 234, 237 (Schweizerischer Bund für Naturschutz u.a.) zum Vertrag mit Deutschland über die Strasse zwischen Lörrach und Weil am Rhein auf schweizerischem Gebiet vom 25. April 1977 (SR 0.725.122); BGE 108 Ib 261, 265 (Radio 24 Radiowerbung Zürich AG) betreffend Ziff. 423 des Internationalen Radioreglementes.

³¹ BGE 84 I 77, 80 (Nawiasky); BGE 88 I 125, 127 ff. (Stiedry).

³² Statt vieler: BGE 84 II 487, 489 ff. (Chemitelin); BGE 85 II 86, 89 (Trebitsch); BGE 87 I 73, 75 f. (Hagen).

³³ Statt vieler: BGE 78 I 235, 241 (Wyrobnik).

³⁴ Vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien, S. 641 f.

³⁵ BGE 93 II 354, 358 f. (Eheleute Pater); BGE 92 I 382, 385 (T.).

³⁶ BGE 124 III 90, 91 f. (L.X.); BGE 124 II 361, 368 (H.): für Art. 12 UNO-KRK bejaht; BGE 123 III 445, 447 (P.S.): für Art. 2, 3 und 18 hingegen offengelassen. Vgl. dazu auch WOLF STEPHAN, *Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht*, ZBJV 1998 113–153.

³⁷ Zum umstrittenen Entscheid BGE 111 V 201 (Courtet) vgl. hinten, S. 351 ff.

³⁸ JACOT-GUILLARMOD, *Méthodes d'interprétation*, S. 117.

³⁹ BGE 120 Ia 1, 11 ff. (Verband Studierender an der Universität Zürich u.a.); bestätigt in BGE 126 I 240, 242 ff. (A. und B.); vorsichtiger BGE 125 III 277,

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt deutlich auf, dass entgegen einem häufig verwendeten Topos in der bundesgerichtlichen Praxis die Klarheit und Unbedingtheit einer völkervertraglichen Norm für die direkte Anwendbarkeit keine ausschlaggebenden Kriterien darstellen⁴⁰.

Noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, inwieweit das Bundesgericht an Aussagen der Exekutive oder Legislative über den direkt verbindlichen Charakter einer völkervertraglichen Norm gebunden ist. Das Bundesgericht setzt sich allgemein selten über die vom Bundesrat (oder von anderen Verwaltungsbehörden) geäußerte Rechtsauffassung bei der Auslegung völkervertraglicher Normen hinweg⁴¹. In Regelungsbereichen, die einer dynamischen Weiterentwicklung unterliegen – wie etwa die EMRK – schliesst sich das Bundesgericht in der Regel den neuesten Tendenzen an⁴². Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit der Bundesgesetzgeber die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen verbindlich festsetzen resp. ausschliessen kann. Ein Freiraum für eine solche Regelung besteht nur, sofern Anwendungsfreiheit von den beteiligten Vertragsstaaten vereinbart wurde, was die Regel in der internationalen Praxis darstellt. Die Doktrin bejaht die Verbindlichkeit einer

282 (K.) vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 642.

⁴⁰ GLA. HOLZER, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 103 und 113 f. sowie COTTIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 26.

⁴¹ Für die Praxis des Bundesgerichts bei der Auslegung staatvertraglicher Normen auf die Meinung der Exekutive Rücksicht abzustellen vgl. KNAPP, *Les particuliers*, S. 304; KRONAUER, *Auslegung*, S. 24 ff., 71 ff. und 74 f., JACOT-GUILLARMOD, *Méthodes d'interprétation*, S. 114 und 123. Als Beispiel aus der jüngeren Praxis des Bundesgerichts: BGE 120 Ia 1, 12 (Verband Studierender an der Universität Zürich u.a.). Als Gegenbeispiel vgl. immerhin das Eidgenössische Versicherungsgericht in BGE 112 V 145, 150 (Mondragon). «En ce qui concerne la portée du message du Conseil fédéral auquel, avec raison, se sont également référés les premiers juges, il convient cependant de remarquer que ce document ne saurait à lui seul exprimer la volonté des parties contractantes puisqu'il émane du gouvernement d'une seule de ces parties. En réalité, en matière de conventions internationales, le message du Conseil fédéral ne fait qu'exprimer la manière dont la Suisse comprend et interprète le traité auquel elle entend adhérer.»

⁴² Vgl. etwa zur direkten Anwendbarkeit von Art. 13 EMRK im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 638.

solchen legislativen Regelung für das Bundesgericht⁴³. Dies entspricht einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung im Verhältnis von Völker- und Landesrecht, die in letzter Konsequenz auch die lex posterior-Regel im Verhältnis von völkerrechtlichem Vertrag und späterem Bundesgesetz bejaht⁴⁴. Eine vorbehaltlose Bejahung des Vorranges des Völkerrechts schliesst eine solche Einbindung des Richters zumindest in denjenigen Fällen aus, in denen sich auf der internationalen Ebene eine gegenteilige Rechtsauffassung durchsetzt.

Die Problematik um die direkte Anwendbarkeit in der Rechtsprechung sei an einem berühmten Beispiel aus der Praxis des Eidgenössischen Versicherungsgerichts aufgezeigt, nämlich am Fall *Courtet*⁴⁵. Im Zentrum stand die Frage, ob die Bestimmungen zweier internationaler Abkommen, welche die Leistungskürzung nur bei vorsätzlichem und schwerem Verschulden des Leistungsempfängers im Sozialversicherungsrecht vorsehen, direkt anwendbar seien⁴⁶. Obwohl die Doktrinen direkt anspruchsbegründenden Charakter der internationalen Normen mehrheitlich bejahte⁴⁷, verneinte ihn das Versicherungsgericht mit folgender Begründung: Die Anwendung der Schubert-Regel falle zwar ausser Betracht, weil keine Anzeichen dafür ersichtlich seien, dass der Gesetzgeber bewusst von der internationalen Norm abweichen

⁴³ COTTIER/PANNATIER, Völkerrecht und BV, S. 5; HOLZER Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 116; SCHÖBI FELIX, Art. 46 Vertragsrechtskonvention und der Monismus, recht 1996 214–218, 217; SCHINDLER, Die Schweiz und das Völkerrecht, S. 112; THÜRER, Kommentar BV, Rz. 11 Anm. 28 Bundesverfassung und Völkerrecht.

⁴⁴ Ähnlich auch HOLZER Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 87 f. mit rechtsvergleichenden Hinweisen; THÜRER, «Rule of Law», S. 472.

⁴⁵ BGE 111 V 201 (Courtet).

⁴⁶ Art. 32 Abs. 1 lit. e des Übereinkommens Nr. 128 der IAO (SR 0.831.105, AS 1978 1493): «Eine Leistung, auf die eine geschützte Person in Anwendung eines der Teile II bis IV dieses Übereinkommens Anspruch hätte, kann in einem vorgeschriebenen Ausmass ruhen, (...) wenn der Fall vorsätzlich durch eine grobe Verfehlung der betreffenden Person herbeigeführt worden ist.» Art. 68 lit. f. der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit (SR 0.831.104, AS 1978 1518): «Eine Leistung, auf die eine geschützte Person nach einem der Teile II bis X Anspruch hätte, kann in vorgeschriebenem Ausmass ruhen, (...) wenn die betreffende Person den Fall vorsätzlich herbeigeführt hat.»

⁴⁷ Vgl. die Hinweise in BGE 111 V 201, 203 (Courtet). Zur Schubert-Regel vgl. im Kapitel über die Rezeption der Niederlassungsverträge durch das Bundesgericht, S. 678 ff.

wollte. Allerdings gehe aus den Materialien hervor, dass der Schweiz aus dem Beitritt zu den genannten Abkommen keine zusätzlichen Verpflichtungen erwachsen sollten. Schliesslich habe der Gesetzgeber auch nach Inkrafttreten der internationalen Verpflichtungen für die Schweiz die nationale Gesetzgebung anlässlich der Revision des Unfallversicherungsgesetzes⁴⁸ nicht an das internationale Recht angepasst⁴⁹. Aufgrund dieser Überlegungen räumte das Bundesgericht im Ergebnis dem nationalen Recht, das eine Reduktion der Sozialversicherungsansprüche auch bei fahrlässiger Verursachung der Invalidität vorsah⁵⁰, Vorrang gegenüber dem internationalen Recht ein. Nachdem es den genannten Normen den self-executing-Charakter abgesprochen hatte, hielt es lakonisch fest: «S'il existe, sur ce point, une divergence entre la norme de droit interne et les dispositions correspondantes de traités internationaux ratifiés par la Suisse, c'est au législateur qu'il incombe d'en tirer les conclusions et cela d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence de l'un des principes fondamentaux du droit fédéral des assurances sociales.»⁵¹

Der Entscheid *Courtet* macht deutlich, dass durch die Verneinung des direkt anspruchsbegründenden Charakters einer internationalen Norm ein offener Konflikt zwischen Landesrecht und Völkerrecht kaschiert werden kann. Diese Strategie sowie die Tatsache, dass sich das Versicherungsgericht über die anerkannten Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention hinwegsetzte, brachten ihm erhebliche Kritik ein⁵². Schliesslich leitete das Versicherungsgericht 1993 eine Praxisände-

⁴⁸ Der Bundesgesetzgeber hatte im Unfallversicherungsgesetz vom 20. März 1981 in Art. 37 Abs. 2 (SR 832.20) auch eine Reduktion bei schwerer Fahrlässigkeit verankert.

⁴⁹ BGE 111 V 201, 204 f. (Courtet).

⁵⁰ Art. 7 Abs. 1 Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, SR 831.20: «Hat ein Versicherter die Invalidität vorsätzlich oder grobfahrlässig oder bei Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert, so können die Geldleistungen dauernd oder vorübergehend verweigert, gekürzt oder entzogen werden.»

⁵¹ BGE 111 V 201, 205 (Courtet).

⁵² BERENSTEIN, *Le droit international*, S. 15 f.; JACOT-GUILLARDMOD, *Applicabilité directe*, S. 138; JACOT-GUILLARDMOD, *Méthodes d'interprétation*, S. 112; MAURER ALFRED, *Bundessozialversicherungsrecht*, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 21; MEYER-BLASER ULRICH, *Die Bedeutung von Art. 4 für das Sozialversicherungsrecht*, ZSR NF 1992 II 301–472, 446; PETERSMANN, *Verfassungsentscheidung*, S. 561; SCARTAZZINI GUSTAVO, in: *Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale*, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S. 252 f.; SPIRA, *L'application*, S. 475 f.

nung ein⁵³. Auffallend ist der ausgesprochen völkerrechtsfreundliche Tenor des Entscheides⁵⁴. Unter Hinweis auf den Entscheid *Erben X.*⁵⁵ bestätigte es den Vorrang des Völkerrechts auch im Lichte von Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV; alsdann stellte es klar, dass der Entscheid *Courtet* keine Bestätigung der Schubert-Praxis darstelle; schliesslich attestierte es den erwähnten internationalen Normen einen justiziablen Charakter⁵⁶. Ausschlaggebend für die Änderung der Rechtsprechung dürfte gewesen sein, dass der Bundesrat zum damaligen Zeitpunkt bereits angekündigt hatte, dass das Landesrecht an die Vorgaben des internationalen Rechts angepasst werden sollte⁵⁷.

Neben der Frage, ob Individuen sich direkt auf völkerrechtliche Verträge stützen können, zeigt sich in der Rechtsprechung ein weiteres Problem. Immer häufiger fragt es sich, welche Wirkung Rechtsakte internationaler Organisationen oder Urteile internationaler Streitschlichtungsinstanzen innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung haben⁵⁸. Die Urteile des EGMR sind nicht direkt anwendbar⁵⁹, die Schweiz ist aber aufgrund von Art. 53 EMRK verpflichtet, sich «nach Entscheidung des Gerichtshofs zu richten»⁶⁰.

⁵³ BGE 119 V 171 (X.).

⁵⁴ BGE 119 V 171, 176 f. (X.): «L'arrêt Courtet ne met pas en cause la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances qui donne au droit international conventionnel de la sécurité sociale la primauté sur le droit national (...). Au demeurant, sur un plan plus général, le principe de la primauté du droit international n'est plus guère contesté aujourd'hui, en particulier s'agissant de l'application des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst.»

⁵⁵ BGE 117 Ib 367 (*Erben X.*), vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 612 ff.

⁵⁶ BGE 119 V 171, 177 ff. (X.).

⁵⁷ BGE 119 V 171, 179 (X.). Vgl. die Botschaft vom 27. Juni 1999, BBl 1990 III 201, 247, Art. 64 f. Militärversicherungsgesetz; in Übereinstimmung mit einem Entwurf für ein BG über einen Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, BBl 1991 II 186, 193. Die Rechtsprechung wurde seither mehrfach bestätigt, z.B. BGE 119 V 410 (X.); BGE 119 V 241 (X.); BGE 120 V 128 (M.); BGE 120 V 224 (G.).

⁵⁸ Dazu grundlegend DOMINICÉ, *Nature juridique*, passim.

⁵⁹ SCHWEIZER, *Schweizerische Gerichte*, S. 662.

⁶⁰ Diese Bestimmung entspricht heute inhaltlich Art. 46 Abs. 1 EMRK (Nummerierung gemäss der konsolidierten Fassung nach Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokoll, AS 1998 2993): «Die Hohen Vertragsparteien verpflichten

5. Rang der völkerrechtlichen Verträge

5.1 Allgemeines

Die schweizerische Diskussion um die Rangfrage völkerrechtlicher Bestimmungen innerhalb der nationalen Rechtsordnung ist von zwei Besonderheiten geprägt: Einerseits wird die Hierarchiefrage vom Anwendungsgebot in Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV überlagert, das unverändert auch in der neuen Bundesverfassung gilt⁶¹. Andererseits präsentiert sich der allgemeine Konflikt zwischen Landes- und Völkerrecht in einer direkten Demokratie in besonders prägnanter Weise, weil sich ein Widerspruch zwischen dem internationalen Recht und dem Willen des Souveräns ergeben kann⁶².

Die Bundesverfassung von 1874 schweigt sich über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus. Dem zwingenden Völkergewohnheitsrecht wird gemeinhin ein Rang über dem nationalen Recht eingeräumt. Das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden ebenfalls als für das Bundesgericht verbindlich betrachtet⁶³. Einigkeit besteht in der schweizerischen Doktrin darüber, dass das Völkerrecht als Teil des Bundesrechts dem kantonalen Recht aller Stufen vorgeht; ungeteilt spricht man sich auch für den Vorrang des Völkerrechts vor Bundesverordnungen aus⁶⁴. Die neue Bundesverfassung folgt im Wesentlichen diesen Leitlinien. Allerdings erhebt sie die Ein-

sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen.»

⁶¹ Art. 191 nBV (resp. Art. 190 nBV in der Fassung gemäss Ziff. II des Bundesbeschlusses vom 8. Oktober 1999, noch nicht in Kraft getreten). Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 513; BIAGGINI, Verhältnis der Schweiz, S. 728 f.

⁶² SCHINDLER, Vorrang des Völkerrechts, S. 330 f., warnt davor, der fehlenden demokratischen Legitimation des Völkerrechts allzu grosse Bedeutung beizumessen. Vgl. auch die Problemübersicht bei GRISEL ETIENNE, Das Verhältnis zwischen direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen, ZBl 1995 437–450. Allgemeiner zum Problem SCHINDLER DIETER, Völkerrecht und Demokratie, in: Hafner Gerhard et al. (Hrsg.), Liber Amicorum Seidl-Hohenveldern, The Hague etc. 1998, S. 611–630.

⁶³ KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 32.

⁶⁴ CAYTAS, Vorrang, S. 12; EPINEY, Primat des Völkerrechts, S. 543; MÜLLER, Völkerrecht, S. 224.

haltung des Völkerrechts durch Bund und Kantone in Art. 5 Abs. 4 nBV zu einem Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns⁶⁵.

Speziell ist die Situation, wenn völkerrechtliche Verträge der Kantone mit dem Bundesrecht in Konflikt geraten⁶⁶. Hier spricht die derogatorische Kraft des Bundesrechts für den Vorrang des letzteren, der Grundsatz *pacta sunt servanda* hingegen für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtung. Die bundesgerichtliche Praxis in den seltenen Konfliktfällen ist nicht einheitlich⁶⁷. Ob diese Verträge Bundesrecht derogieren können, ist in der Lehre umstritten⁶⁸.

5.2 Bundesrecht und Völkervertragsrecht des Bundes

Differenziert und unterschiedlich wird das Rangverhältnis zwischen dem internationalen Vertragsrecht und dem Bundesrecht betrachtet⁶⁹. Als gesichert darf heute die Erkenntnis gelten, dass 1874 bei der Ausformulierung von Art. 113 Abs. 3 BV Überlegungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht keine Rolle spielten und dass sich

⁶⁵ Art. 5 Abs. 4 nBV: «Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.»

⁶⁶ Vgl. zum ähnlich strukturierten Problem der Altverträge im gemeinschaftlichen Kontext im Kapitel Institutioneller Überblick für die Gemeinschaft, S. 261 f. und im Kapitel über die Rezeption des GATT/WTO-Rechts durch den EuGH, S. 487 f.

⁶⁷ Während das Bundesgericht in BGE 104 III 68, 70 f. (Elmer, Schwald & Co) die Übereinkunft der Krone Württemberg mit verschiedenen Kantonen vom 12. Dezember 1825/18. Mai 1826 wie jeden anderen völkerrechtlichen Vertrag behandelte und als im Vorbehalt von aArt. 271 Abs. 3 SchKG (aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 16. Dezember 1994, AS 1995 1227, in Kraft seit dem 1. Januar 1997) mitenthalten betrachtete, setzte sich das Bundesgericht in BGE 109 III 83, 86 (X.) über denselben Vertrag der Kantone hinweg, da «kantonales Recht vor dem eidgenössischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz ohnehin zurückzutreten» hätte. Vgl. die Kritik zu letzterem Entscheid bei WILHELM, *Force obligatoire*, S. 38.

⁶⁸ Verneinend: Der Bundesrat im Bericht vom 7. März 1994 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit und die Mitwirkung der Kantone in der Außenpolitik, BBl 1994 II 620, 625; HOLZER, *Innerstaatliche Anwendbarkeit*, S. 120 und 127; KÄLIN, *Staatsrechtliche Beschwerde*, S. 32. Bejahend: BURCKHARDT, *Kommentar zur BV*, S. 790; WILHELM, *Force obligatoire*, S. 33.

⁶⁹ Zu den besonderen Fragen der hierarchischen Einordnung der EMRK, vgl. im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 605 ff.

diese Verfassungsbestimmung deshalb nicht zum Rangverhältnis äussert⁷⁰. Dieser Meinung hat sich auch das Bundesgericht angeschlossen⁷¹. In der Literatur bestehen sowohl völkerrechtliche wie auch landesrechtliche Ansätze, die den Primat des Völkerrechts begründen wollen; als argumentative Grundlage dienen insbesondere die monistische Grundordnung, das Rechtsstaatsprinzip sowie der Grundsatz *pacta sunt servanda*⁷². Daneben verteidigt aber auch ein Teil der Lehre die *lex posterior*-Regel im Verhältnis von völkerrechtlichem Vertrag und Bundesgesetz⁷³. Im neueren Schrifttum wird zum Teil in Fällen, in denen

⁷⁰ Vgl. im Kapitel Verfassungsgeschichtlicher Überblick, S. 335 f.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 104 f.; AUBERT, Autorité, S. 277; BORER, Legalitätsprinzip, S. 94; EPINEY, Primat des Völkerrechts, S. 549 f.; JACOT-GUILLARMOD, Primauté, S. 403 ff.; PATRY, Tribunal fédéral, S. 527; SCHWEIZERISCHE BUNDESBEHÖRDEN, S. 415.

⁷¹ BGE 117 Ib 367, 372 (Erben X.).

⁷² Vgl. die Hinweise bei SCHWEIZERISCHE BUNDESBEHÖRDEN, Landesrecht und Völkerrecht, S. 413 Anm. 61: Erwähnt seien insbesondere COTTIER/PANNATIER, Völkerrecht und BV, S. 17 allerdings mit einem Vorbehalt zugunsten des Landesrechts, sofern die Grundrechte in ihrem Kerngehalt betroffen sind oder der Souverän sich en toute connaissance de cause für die Nichteinhaltung des Völkerrechts ausgesprochen hat; ähnlich auch COTTIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 23 f.; BORER, Legalitätsprinzip, S. 96 f.; BURCKHARDT WALTHER, Die staatsrechtliche Wirkung der Staatsverträge, ZSR NF 1915 145–174, 164; CAYTAS, Vorrang, S. 21 ff.; DOMINICÉ, Droit international coutumier, S. 32; EPINEY, Primat des Völkerrechts, S. 553 ff.; FREYMOND PIERRE, La ratification des traités et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne, Lausanne 1947, S. 151 ff.; FURGLER Kurt, Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten, Winterthur 1948, S. 22; GUGGENHEIM PAUL, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 16, 1955, S. 10 f.; HAEFLIGER, Hierarchie, S. 480; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 13 III a; JACOT-GUILLARMOD, Fondements juridiques, S. 233 ff.; KÄLIN, Geltungsgrund, S. 47 ff.; KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 35; KAYSER, Grundrechte, S. 142 ff.; MÜLLER, Anwendung der EMRK, S. 378; MÜLLER, Völkerrecht, S. 224 f.; SALADIN, Völkerrechtliches *ius cogens*, S. 81 f.; SPINNER Bruno, Die Kompetenzdelegation beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Zürich 1977, S. 64 ff. und 78 f.; SCHINDLER, Kommentar BV, Rz. 59 zu Art. 85 Ziff. 5; ZUMSTEIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 54 ff.

⁷³ Vgl. die Hinweise bei SCHWEIZERISCHE BUNDESBEHÖRDEN, Landesrecht und Völkerrecht, S. 413 Anm. 60. Erwähnt seien insbesondere AUBERT, Bundesstaatsrecht, Rz. 1326 f.; AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 102f.; BOLLA, Protokoll der Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, ZSR NF

der Bundesgesetzgeber bewusst im Gegensatz zu einer völkervertraglichen Bestimmung legiferiert hat, vertreten, das Bundesgericht solle eine Praxis ähnlich der *political-question-Doktrin* in den Vereinigten Staaten entwickeln und den Fall als unentscheidbar erklären⁷⁴.

Die bundesgerichtliche Praxis ist uneinheitlich. Während das Bundesgericht in einer grossen Zahl von Fällen den Vorrang des Völkerrechts als grundsätzliche *Maxime* bejaht⁷⁵, finden sich auch Urteile, in denen die *lex-posterior-Regel* generell⁷⁶ proklamiert oder unter bestimmten Vor-

1932 653a; FAVRE ANTOINE, *Principes du droit des Gens*, Paris/Fribourg 1974, S. 306; FLEINER/GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 830 f.; GRISEL ANDRÉ, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, S. 92; HANGARTNER, *Völkerrecht*, S. 661 f. und 668 f.; MOOR PIERRE, *Droit administratif*, Bd. I, Bern 1994, S. 65 f.; PATRY, *Tribunal fédéral*, S. 528; SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz*, S. 379; SEILER, *Staatsvertrag*, S. 451 ff.; SIEGENTHALER, *Völkerrecht*, S. 213 ff.; WILDHABER/BREITENMOSER, *Relationship*, S. 198; ZIMMERMANN, *Contrôle préjudiciel*, S. 101 ff. Neuerdings auch in einem differenzierten Sinne THÜRER, «Rule of Law», S. 472: «(...) dass dem Gesetzgeber letztlich die Befugnis vorbehalten bleibt, Völkerrechtsnormen die unmittelbare Anwendung zu versagen. In diesem weiten und *analogen* Sinn verstanden hat (...) die vielgeschmähte Schubert-Praxis des Bundesgerichts (...) durchaus ihren Sinn.» (Hervorhebung im Original); zurückhaltender THÜRER, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 223, der beim Primat des Völkerrechts von einem «ausnahmefreundlichen Grundsatz» spricht.

⁷⁴ KÄLIN, *Geltungsgrund*, S. 63 f.; zustimmend EPINEY, *Primat des Völkerrechts*, S. 558 Anm. 115; THÜRER, «Rule of Law», S. 473. Ablehnend SEILER, *Staatsvertrag*, S. 453 f. Zur *political-question-Doktrin* vgl. im Kapitel *Verfassungsrechtlicher Überblick für die Vereinigten Staaten*, S. 167 f. und im Teil *Synthese*, S. 735.

⁷⁵ Statt vieler: BGE 7 774, 783 (Kiesow); BGE 21 705, 710 f. (Caudéran); BGE 22 1025, 1030 (Rieger); BGE 35 I 467, 473 (Spengler); BGE 35 I 594, 596 (Martin); BGE 48 II 260, 261 (Baumann); BGE 54 I 40, 43 (Schärf); BGE 93 II 192, 197 f. (Librairie Hachette); BGE 95 I 462, 465 (Della Savia); BGE 96 V 140, 141 (Hillman); BGE 100 Ia 407, 410 (Thareau); BGE 102 Ia 317, 319 (Lanusse); BGE 103 Ia 624, 625 (Donadoni); BGE 106 Ib 400, 402 (Bozano); BGE 109 Ib 165, 173 (Maurel); BGE 110 V 72, 76 (Lehmann).

⁷⁶ BGE 59 II 331, 337 f. (Steenworden): «Si donc il y avait opposition entre une loi fédérale et une convention internationale réglant le même objet, la convention ne devrait pas forcément être préférée à la loi. L'une et l'autre ayant une portée identique au point de vue législatif interne, leur opposition devrait être résolue comme une opposition entre deux textes de loi contradictoires, en vertu de la maxime *lex posterior derogat priori*. Conformément à cette maxime, le traité récent abroge *ipso jure* les dispositions contraires de la loi antérieure et, inversement, la loi récente paralyse l'application en Suisse des dispositions

aussetzungen⁷⁷ angewandt wurde. Im Entscheid *Erben X.*⁷⁸ ging das Bundesgericht so weit, dass es seine Befugnis zur Überprüfung von Bundesgesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK trotz Art. 113 Abs. 3 und 114^{bis} Abs. 3 BV theoretisch bejahte. Im neuesten Entscheid in dieser Linie der Rechtsprechung setzte sich das Bundesgericht über das Anwendungsgebot von Art. 191 nBV⁷⁹ hinweg und räumte der Rechtsweggarantie aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK gegenüber dem Landes-

contraires d'un traité plus ancien.» Dieser Entscheid dürfte einen erheblichen Einfluss auf die bundesrätliche Botschaft zur Rheinau-Initiative gehabt haben, vgl. BBl 1954 I 739. Vgl. den für die damalige Zeit typisch völkerrechtsfeindlichen Tenor in BGE 58 I 302, 306 (Schuler): «Es kann daher auch einem Vertragsstaate trotz des Vollstreckungsabkommens nicht verwehrt sein, auf seinem Gebiet getroffenen derartigen Abreden durch seine interne Gesetzgebung allgemein die Anerkennung zu versagen, falls sie unter gewissen besonderen, näher umschriebenen Umständen zustandegekommen sind (...).»

⁷⁷ BGE 99 Ib 39 (Schubert); bestätigt in BGE 111 V 201, 203 (Courtet); BGE 112 II 1, 13 (Wohnbau AG Giswil); BGE 116 IV 262, 268 f. (X. und Y.); BGE 117 IV 124, 128 (K.); BGE 118 Ib 277, 281 (S.); BGE 119 V 171, 177 (X.); in den vier letztgenannten Fällen hat das Bundesgericht allerdings nur die Grundregel der Schubert-Praxis in dem Sinne bestätigt, dass der Bundesgesetzgeber nicht bewusst vom Völkerrecht abweichen wollte und deshalb die Schubert-Praxis nicht zur Anwendung komme; illustrativ in dieser Hinsicht BGE 119 V 171, 174 ff. (X.). Vgl. auch BGE 125 II 417, 425 (A.), wo das Bundesgericht im Bereich des Menschenrechtsschutzes einen prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts statuierte, den Widerspruch zur Schubert-Praxis jedoch nicht auflöste.

⁷⁸ BGE 117 Ib 367 (*Erben X.*), vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 612 ff. Dieser Sicht schloss sich auch das Eidgenössische Versicherungsgericht an, ohne allerdings den Widerspruch zu Art. 113 Abs. 3 BV aufzulösen, vgl. etwa BGE 120 V 1, 3 f. (B.): «Comme l'a cependant rappelé la juridiction cantonale, le juge n'a pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'une loi fédérale (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. ...): il ne saurait, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs, se substituer au législateur en adoptant la solution qu'il jugerait adéquate en droit désirable. (...) En vertu du principe de la primauté du droit international, le Tribunal fédéral des assurances examine la conformité du droit interne au droit international (ATF 119 V 171), notamment sa conformité aux principes consacrés par la CEDH.»

⁷⁹ Mit der Annahme des Bundesbeschlusses über die Justizreform entspricht Art. 191 nBV neu Art. 190 nBV (in der Fassung gemäss Ziff. II des Bundesbeschlusses vom 8. Oktober 1999, noch nicht in Kraft getreten).

recht Vorrang ein⁸⁰. In neuesten Entscheidungen schliesslich deutet das Bundesgericht an, dass der Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht direkt aus der Natur der völkerrechtlichen Norm fliesst und wendet widersprechendes innerstaatliches Recht – auch auf Bundesebene – nicht an⁸¹. Diese Rechtsprechung wird aber nicht konsequent befolgt⁸², wobei die II. Zivilabteilung kürzlich andeutete, dass sich diese neue Rechtsprechungslinie wenigstens im Falle der EMRK durchsetzen werde⁸³. Es lässt sich allerdings sowohl für die Schubert-Praxis als auch für den konsequenten Vorrang des Völkerrechts eine eigene Linie in der Rechtsprechung verfolgen⁸⁴. Der in der neuen Bun-

⁸⁰ BGE 125 II 417 (A.), vgl. dazu auch im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 615.

⁸¹ BGE 122 II 485, 487 (S.), vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption der Auslieferungsverträge durch das Bundesgericht, S. 662. Zu dieser Herleitung des Vorranges des Völkerrechts bereits zuvor JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques*, S. 233 ff. Beipflichtend MALINVERNI, *L'indépendance*, S. 14.

⁸² Auch der Kassationshof formuliert den Vorrang des Völkerrechts nicht vorbehaltlos in BGE 119 IV 65, 71 (M.): «Der das Recht anwendenden Behörde ist es unbenommen, sich unter Berücksichtigung der gesamten relevanten Umstände für den Vorrang des jüngeren ANAG vor dem älteren Niederlassungsvertrag zu entscheiden. Wohl geht nach der heute herrschenden Auffassung älteres Staatsvertragsrecht dem jüngeren Bundesgesetzesrecht grundsätzlich vor. Das muss aber nicht in jedem Fall so sein. Es ist vielmehr eine von der urteilenden Behörde zu entscheidende Rechtsfrage, ob der Staatsvertrag oder das Bundesgesetz vorgehe.»

⁸³ Mit Bezug auf BGE 122 II 485, 487 (S.) führt die II. Zivilabteilung des Bundesgerichts in BGE 122 III 414, 416 (B. M. und M.) aus: «Der vorliegend zu beurteilende Fall weist mit dem in der zitierten Rechtsprechung aufgezeigten insofern eine Parallele auf, als Art. 270 Abs. 1 ZGB nach der Europäischen Menschenrechtskonvention in Kraft getreten ist (EMRK; SR 0.101; für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974; Art. 270 ZGB: am 1. Januar 1988). Ob indessen die Rechtsprechung in ihrer ganzen Tragweite auf den Bereich des Zivilrechts zu übertragen ist und welche Konsequenzen sich insgesamt daraus ergeben, braucht hier nicht entschieden zu werden, zumal die Beschwerde, was die gerügte Verletzung der Art. 8 und 14 EMRK betrifft, ohnehin abzuweisen ist.» Vgl. auch BGE 120 II 384, 387 (E. und B.). Zu BGE 125 III 209, 218 (X.) vgl. im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 615.

⁸⁴ WILDHABER, *Votum*, in: *Symposium Wildhaber*, S. 94: «Mir scheint, dass die Rechtsprechung sich wirklich darin gefällt, über Jahrzehnte hinweg die geschilderten, widersprüchlichen beiden Linien parallel fortzuführen. (...) Viel-

desverfassung eingefügte Art. 5 Abs. 4 nBV, der Bund und Kantone zur Einhaltung des Völkerrechts anhält, klärt diese Rechtslage nicht⁸⁵.

Abkommen, die der Bundesrat in alleiniger Kompetenz abgeschlossen hat, erklärte das Bundesgericht bisher als verbindlich, selbst wenn innerstaatliche Kompetenznormen verletzt worden sind, sofern die Verletzung nicht offenkundig ist und eine innerstaatliche Norm von grundlegender Bedeutung betrifft⁸⁶. Diese Lösung, die in Einklang mit Art. 46 WVK steht, gilt auch unter der neuen Verfassung⁸⁷.

5.3 Völkerrecht und Bundesverfassungsrecht

Besondere Probleme stellen sich beim Konflikt von Bundesverfassungsrecht und Völkerrecht⁸⁸. Die Doktrin beschäftigte sich mit dieser Fragestellung primär im Zusammenhang mit dem Initiativrecht auf Bundesebene. Hier fragt es sich vor allem, ob das Völkerrecht eine inhaltliche Schranke der Verfassungsrevision darstellt. Die ältere Praxis und Doktrin verneinte das Bestehen von völkerrechtlichen Schranken für die Revision der Bundesverfassung. In seiner Botschaft zur Rheinauinitiative erklärte der Bundesrat, das allgemeine Völkerrecht habe «nicht in dem

leicht liegt diese Rechtsprechung aber politisch richtig und stellt genau das dar, was es braucht. (...) Wenn es die beiden Linien gibt, dann werden es am Schluss wahrscheinlich die Gerichte sein müssen, die zu entscheiden haben, welche der beiden Linien im Einzelfall anwendbar ist.»

⁸⁵ Botschaft zur neuen Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 134; BIAGGINI, Verfassungsreform, S. 452; DERSELBE, Verhältnis der Schweiz, S. 728. Vgl. auch COTTIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 17, die sich unter Art. 5 Abs. 4 nBV für «ein differenzierendes Verhältnis von Staatsvertrag und Gesetzesrecht» aussprechen; beim Vorliegen von «Kriterien der *bewussten* und *nachweisbaren* Abweichung und Inkaufnahme seitens des Gesetzgebers im Sinne der Schubert-Praxis» sei ein Vorrang des Landesrechts gerechtfertigt (Hervorhebung im Original).

⁸⁶ BGE 120 Ib 360, 366 f. (V.); BGE 124 II 293, 307 ff. (Politische Gemeinde Glattfelden u.a.).

⁸⁷ Die verfassungsrechtliche Ausgangssituation in der neuen Bundesverfassung ist durch die umfassende Bundeskompetenz in Art. 54 Abs. 1 nBV einerseits und die Einschränkung der selbständigen Vertragsabschlusskompetenz des Bundesrates in Art. 166 Abs. 2 nBV andererseits klarer geworden.

⁸⁸ Im Speziellen zur Frage der Hierarchie der Verfassungsrechte und der auf internationaler Ebene garantierten Menschenrechte DE VRIES REILINGH, Pactes des Nations Unies, Rz. 150 ff.

Sinne den Vorrang vor dem Verfassungsrecht der Einzelstaaten, dass diese nicht die Befugnis hätten, in ihrer Verfassung etwas anzuordnen, was nicht dem Völkerrecht gemäss ist»⁸⁹. Bei verschiedenen Verfassungsrevisionen prüfte der Bundesrat die Völkerrechtskonformität gar nicht oder nicht im Detail⁹⁰. Die Praxis, auch völkerrechtswidrige Verfassungsvorlagen Volk und Ständen zur Abstimmung zu unterbreiten, stiess in der Folge auf immer heftigere Kritik von Seiten der Lehre; sie postulierte, dass vor allem Normen des völkerrechtlichen *ius cogens* materielle Schranken der Verfassungsrevision bilden müssten⁹¹. Diese Kritik fruchtete schliesslich in den 90er Jahren, als die politischen Behörden erstmals eine Verfassungsinitiative wegen Verstosses gegen das *non-refoulement*-Prinzip⁹² als ungültig erklärten⁹³. Diese Praxis erhielt in der revidierten Bundesverfassung eine explizite Grundlage⁹⁴.

⁸⁹ Botschaft vom 4. Mai 1954, BBl 1954 I 721, 739. Im Folgenden Bejahung der *lex-posterior*-Regel im Verhältnis von Bundesgesetz und Staatsvertrag und im Anschluss: «Um so mehr muss eine spätere Verfassungsvorschrift dem früher abgeschlossenen Staatsvertrage vorgehen.»

⁹⁰ So bei der Initiative der Nationalen Aktion über das Staatsvertragsreferendum von 1973, bei den Überfremdungsinitiativen von 1970, 1974 und 1977, bei der Schwerverkehrsabgabe von 1980; vgl. die Hinweise bei KÄLIN, Internationale Menschenrechtsgarantien, S. 244 und 253 f.; WILDHABER, Kommentar BV, Rz. 83 ff. zu Art. 118.

⁹¹ GUGGENHEIM, *Conflict*, S. 510 f.; MÜLLER, *Völkerrecht*, S. 235; MÜLLER JÖRG PAUL, *Materiale Schranken der Verfassungsrevision?*, in: Hangartner/Trechsel (Hrsg.), *Völkerrecht im Dienste des Menschen*, FS für Hans Haug, Bern/Stuttgart 1986, S. 195–203, insbesondere 200 f.; in Bezug auf die EMRK vgl. MALINVERNI, *L'application de la CEDH*, S. 33, und WILDHABER, *Verfassungsrang der EMRK*, S. 262; vgl. zum aktuellen Meinungsstand KÄLIN, *Internationale Menschenrechtsgarantien*, S. 244 Anm. 11 mit weiteren Hinweisen auf die Doktrin sowie SCHINDLER, *Verfassungsstaat*, S. 1036.

⁹² Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention (SR 0.142.30, Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge). Vgl. zum Prinzip des *Non-Refoulement* im historischen Kontext des Zweiten Weltkrieges auch BGE 126 II 145 (Spring).

⁹³ BBl 1996 I 1355; vgl. die Erläuterungen des Bundesrates in der Botschaft zur Volksinitiative «für eine vernünftige Asylpolitik» vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, insbesondere 1493 ff.

⁹⁴ Art. 139 Abs. 3 nBV; für die Totalrevision Art. 193 Abs. 4 nBV. Allerdings ist umstritten, ob der Terminus «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» mit dem *ius cogens* übereinstimmt. Für eine autonome Auslegung dieses Begriffes sprechen sich aus BIAGGINI, *Verhältnis der Schweiz*, S. 728; COT-

Abgesehen von den Fällen, in denen ein Verstoß gegen zwingendes Völkerrecht vorliegt, ist das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Initiativrecht weitgehend ungeklärt. Stimuliert wurde die Diskussion etwa im Zusammenhang mit der Alpeninitiative⁹⁵ und einem allfälligen Beitritt zur EG⁹⁶. Im Vorfeld des von Volk und Ständen abgelehnten EWR-Beitritts wurde die Frage von Völkerrecht und Landesrecht breit diskutiert⁹⁷. Der Bundesrat vertrat in der EWR-Botschaft die Meinung, dass dem EWR widersprechendem Landesrecht die Anwendung versagt werden müsse, da Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV im Lichte von Art. 26 f. Wiener Vertragsrechtskonvention interpretiert werden müssten, die Schubert-Praxis mithin abzulehnen sei⁹⁸. In den parlamentarischen Debatten war man bemüht, eine Formulierung für den EWR-Vorrang vor dem nationalen Recht zu finden und gleichzeitig die Möglichkeit eines nachträglichen, fakultativen Referendums zu verankern. Die Voten für und gegen die Schubert-Praxis hielten sich

TIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 19 f. Der Bundesrat hingegen geht in der Botschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I 361 f. vom völkerrechtlichen Begriff des *ius cogens* aus.

⁹⁵ Die Alpeninitiative, resp. Art. 36^{sexies} Abs. 2 Satz 2 BV kollidierte mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 15 des Transitvertrages vom 2. Mai 1992, SR 0.740.71, AS 1993 1198; vgl. dazu EPINEY, Primat des Völkerrechts, S. 539. Vgl. auch im Kapitel Aussenpolitischer Überblick, S. 310.

⁹⁶ Bericht über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249, 371 f.; ein Beitritt zur EG hätte einschneidende Auswirkungen auf die Kompetenzen des schweizerischen Verfassungs- und Gesetzgebers.

⁹⁷ ALDER, Vorrang, S. 360 Anm. 45. Amtl.Bull. NR 1992 1392, Amtl.Bull. SR 1992 886.

⁹⁸ Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1, insbesondere 87 ff., wo der Bundesrat sich grundsätzlich zum Vorrang des Völkerrechts bekennt und sich von der Schubert-Praxis distanziert. Vgl. die Kritik von SEILER, Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz, S. 385 f. Vgl. ähnlich auch den Tenor in der bundesrätlichen Botschaft zum Beitritt zur Antirassismuskonvention vom 22. März 1992, BBl 1992 III 269, 300: «Eine logische Folge des Primats des Völkerrechts wäre es wohl, wenn die gerichtlichen Behörden einer völkerrechtswidrigen Norm eines Bundesgesetzes die Anwendung im konkreten Einzelfall versagen würden, es jedoch dem Bundesgesetzgeber überliessen, die Änderung der Vorschrift an die Hand zu nehmen.»

in etwa die Waage⁹⁹. Die Vorrangklausel wurde im Differenzbereinigungsverfahren gestrichen. Verschiedentlich wurde in der Lehre darauf hingewiesen, dass das EG- (oder das EWR-Recht) entgegen Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV eine Überprüfung der Bundesgesetze verlange¹⁰⁰. Die Diskussion um die neue Bundesverfassung schliesslich brachte hinsichtlich dieser Kernfragen im Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht keine Klärung¹⁰¹.

Der Bundesverfassungsgeber darf grundsätzlich ebensowenig völkerrechtswidrige Regelungen erlassen wie der Bundesgesetzgeber. Aufgrund der verfassungsmässigen Verbindlichkeit muss das Bundesgericht Staatsverträge auch dann anwenden, wenn sie gegen die Verfassung ver-

⁹⁹ Vgl. die Zusammenfassung der Parlamentsdebatte und die Hinweise auf die Literatur bei SCHÖBI, „Schubert-Praxis“, S. 887. Einzig der Bundesrat war ablehnend gegenüber der Schubert-Praxis eingestellt, vgl. BBl 1992 IV 87 ff., und die Stellungnahme von Bundesrat Koller Amtl.Bull. NR 1992 1391 f., Amtl.Bull. SR 1992 884, Amtl.Bull. NR 1992 1845, Amtl.Bull. SR 1992 941. Vgl. aber zur Haltung des Bundesrates während der Revision der Bundesverfassung hinten, Anm. 101.

¹⁰⁰ AUER ANDREAS, Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Petersmann/Hauser (Hrsg.), *Constitutional Problems of European Integration – EC 92 and Beyond*, Außenwirtschaft (Sonderheft) 1991 533–549; EPINEY ASTRID, EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie, SJZ 1992 261–270, 281–289; SCHWEIZER, Schweizerische Gerichte, S. 592; SEILER, Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz, S. 383 f.

¹⁰¹ Vgl. zur Verteidigung der Schubert-Praxis die bundesrätliche Botschaft vom 20. November 1996 zur neuen BV, BBl 1997 I 514: «Zugunsten dieser Praxis lässt sich anführen, dass es kaum Aufgabe des Richters ist, korrigierend einzugreifen, wenn der Gesetzgeber bewusst Völkerrecht verletzt hat und damit bereit ist, die Konsequenzen des Rechtsbruchs zu tragen. Die Justizreform soll deshalb dem Bundesgericht die Möglichkeit lassen, in solchen – seltenen Ausnahmefällen – weiterhin auf die Durchsetzung des Vorrangs des Völkerrechts zu verzichten.» Art. 178 Abs. 3^{bis} lit. c des nationalrätlichen Entwurfes für die Justizreform, BBl 1998 I 436: «Es (sc. das Bundesgericht) verzichtet auf die Aufhebung der angefochtenen Hoheitsakte namentlich, wenn der Bundesgesetzgeber die Verletzung von völkerrechtlichen Verträgen bewusst in Kauf nimmt.» Auf die explizite Verankerung der Schubert-Praxis wurde schliesslich verzichtet; Art. 5 Abs. 4 nBV schliesst die Anwendung der Schubert-Praxis jedoch nicht von vornherein aus, vgl. dazu das Votum des Berichterstatters im Ständerat, Amtl.Bull. SR 1998 (Separatdruck), S. 29, und dasjenige im Nationalrat, Amtl.Bull. NR 1998 (Separatdruck), S. 145.

stossen¹⁰². Besonders heikel sind jedoch die Fälle, in denen die Bundesverfassungsnorm im Verhältnis zum Völkerrecht jünger ist. Wollte der Bundesverfassungsgeber bewusst von der völkerrechtlichen Norm abgewichen, dürfte es für das Bundesgericht schwierig sein, sich über dieses Verdikt zugunsten des Völkerrechts hinwegzusetzen, sofern es sich beim Völkerrecht nicht um eine qualifizierte Norm des internationalen Rechts handelt¹⁰³. Neuerdings plädiert ein Teil der Doktrin dafür, dass das Landesrecht nicht «mechanisch» dem Völkerrecht unterzuordnen sei, sondern dass das Rangverhältnis je nach Bedeutung der völkerrechtlichen Norm differenziert zu beurteilen sei¹⁰⁴.

5.4 Rechtsfolge des Verstosses von Bundesrecht gegen das Völkerrecht

Bei einem Verstoß gegen zwingendes Völkergewohnheitsrecht gilt das Landesrecht als nichtig¹⁰⁵. Ansonsten genießt das Völkerrecht hinsichtlich widersprechendem Landesrecht keine derogatorische Wirkung¹⁰⁶. Das Bundesgericht wendet das Landesrecht in diesen Fällen nicht an,

¹⁰² Zum Anwendungsgebot in Art. 113 Abs. 3 und Art. 114^{bis} Abs. 3 BV sowie Art. 191 nBV (resp. Art. 190 nBV in der Fassung gemäss Ziff. II des Bundesbeschlusses vom 8. Oktober 1999, noch nicht in Kraft getreten) statt vieler: MÜLLER, Völkerrecht, S. 224 und 231. Vgl. auch BGE 54 I 40, 43 f. (Schärf); BGE 57 I 19 (Heini).

¹⁰³ HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1052 f. verneinen den Vorrang des Völkerrechts vor der Bundesverfassung für fundamentale Normen des Bundesverfassungsrechts. Ähnlich auch HOLZER, Innerstaatliche Anwendbarkeit, S. 123 Anm. 518; ähnlich aber einschränkender COTTIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 23 f.; a.A. hingegen GRISEL, Hiérarchie, S. 382 ff., der zwar die Grundrechtsbindung der vertragsschliessenden Gewalt bejaht, aber vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ausgeht; PETERSMANN, Verfassungsentscheidung, S. 552 und SCHINDLER, Die Schweiz und das Völkerrecht, S. 113 f., die den Vorrang des Völkervertragsrechts vor der Bundesverfassung in genereller Weise bejahen.

¹⁰⁴ Vgl. etwa COTTIER/HERTIG, Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, S. 18; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1051 ff.; SEILER, Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz, 387; THÜRER, Kommentar BV, Rz. 16 ff. zu Bundesverfassung und Völkerrecht; DERSELBE, «Rule of Law», S. 468 f. Ablehnend demgegenüber SCHINDLER, Vorrang des Völkerrechts, S. 332 f.

¹⁰⁵ DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, Völkerrecht I, S. 103; SALADIN, Völkerrechtliches ius cogens, S. 89; SCHINDLER, Vorrang des Völkerrechts, S. 329.

¹⁰⁶ HANGARTNER, Völkerrecht, S. 662 f.

sofern es sich nicht auf die *lex-posterior*-Regel beruft¹⁰⁷. Schwieriger ist die Situation, wenn sich aus der Völkerrechtswidrigkeit einer landesrechtlichen Regelung direkt keine konkrete Lösung eines Falles ergibt¹⁰⁸; hier plädiert die Doktrin für eine zurückhaltende Praxis des Bundesgerichts, die in einem Feststellungsurteil nur die Völkerrechtswidrigkeit feststellt, die konkrete Lösung der anstehenden Fragen jedoch dem Gesetzgeber überlässt¹⁰⁹.

5.5 Harmonisierungsstrategien

Abgesehen von der reinen Hierarchiefrage entwickelte das Bundesgericht in seiner Praxis Harmonisierungsstrategien, um Konflikte zwischen dem Landesrecht und dem Völkerrecht weitgehend zu vermeiden. Zu erwähnen ist an erster Stelle die völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts¹¹⁰. Sie basiert implizit auf der Annahme, dass der

¹⁰⁷ Exemplarisch dazu BGE 125 II 417, 425 f.: «In Fällen, in denen das kantonale Recht die gebotene gerichtliche Beurteilung einer Streitsache nicht vorsieht, weist das Bundesgericht die kantonalen Behörden an, direkt gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK die zuständige Gerichtsinstanz zu bezeichnen (BGE 123 II 231 E. 7 S. 236; BGE 121 II 219 E. 2c S. 222). Im vorliegenden Fall sind die Bundesbehörden verpflichtet, für die erforderliche richterliche Kontrolle zu sorgen. Dabei ist nicht ersichtlich, welche andere Behörde als das Bundesgericht diese Aufgabe übernehmen könnte. (...) Das Bundesgericht muss daher direkt gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK auf die vorliegende Beschwerde eintreten, um eine Verletzung der Konventionsrechte zu verhindern.»

¹⁰⁸ Vgl. etwa die Situation in BGE 122 II 234, 239 (Schweizerischer Bund für Naturschutz u.a.): Das Bundesgericht leitete aus einem 1977 mit Deutschland abgeschlossenen Vertrag über eine Verbindungsstrasse ab, dass mit dem Vertragsschluss endgültig über die Standortgebundenheit des Projektes und die Interessenabwägung entschieden worden sei; die vom Bundesgericht verlangte «völkerrechtskonforme Handhabung des Landesrechts» hätte wohl in diesem Fall eine differenziertere Lösung erlaubt. Weniger kritisch hingegen HOFFMANN BENEDIKT, Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Völker- und Landesrecht, SJZ 1998 459–461.

¹⁰⁹ BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1991, S. 465 ff.; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 206; KÄLIN, Staatsrechtliche Beschwerde, S. 403; MÜLLER PETER ALEXANDER, Die Verfassungsrechtsprechung im Gefüge staatlicher Funktionen, EuGRZ 1988 218–230, 227 f.

¹¹⁰ Vgl. dazu insbesondere BGE 38 I 551, 602 ff. (Brandt); BGE 42 II 400, 405 ff. (Allgemeine Elektrizitätsgesellschaft); BGE 91 I 127, 131 (Gillette); BGE

Gesetzgeber nicht völkerrechtswidrig legiferieren wollte. Das Bundesgericht entwickelte den Topos der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts seit den späten 60er Jahren in einer konstanten Praxis¹¹¹. Allerdings waren auch immer wieder Gebiete zu verzeichnen, in denen das Bundesgericht bei der Definition von Termini in internationalen Normen auf die innerstaatliche Bedeutung ähnlicher Begriffe zurückgriff¹¹². Eine differenzierte Vorgehensweise löste der Beitritt der

94 I 669, 673 ff. (Frigerio); zur autonomen Auslegung völkerrechtlicher Normen BGE 122 V 381, 383 ff. (H.).

¹¹¹ Beachtenswert ist, dass das Bundesgericht die Frage nach der lex posterior-Regel – fünf Jahre vor dem Entscheid Schubert – in BGE 94 I 669, 678 (Frigerio) offen liess: «Zu diesen Fragen muss nicht abschliessend Stellung genommen werden. Es genügt festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme. Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d.h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden; (...)»

¹¹² KNAPP, *Les particuliers*, S. 304. Stereotyp ist die Formulierung etwa in den Auslieferungsfällen, vgl. statt vieler BGE 91 I 127, 130 (Gilette): «L'extradition des malfaiteurs entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse est réglée par le traité d'extradition entre la Suisse et l'Empire allemand conclu le 24 janvier 1874 (...). Dès lors, conformément à la jurisprudence, la loi fédérale du 22 janvier 1892 sur l'extradition aux Etats étrangers (LE) n'est en principe pas applicable. Il n'en irait autrement que dans certaines hypothèses, notamment si la LE pouvait être appliquée concurremment avec le traité ou pour en combler une lacune, à la condition toutefois qu'elle ne conduisît pas à une solution contraire à la convention internationale.» BGE 106 Ib 297, 299 (Jaroudi): «Selon son art. 2 al. 1, les crimes et délits politiques sont exceptés de la Convention. Comme celle-ci ne définit pas le délit politique, le juge suisse applique à l'art. 2 al. 1 la notion de délit politique telle qu'elle découle du droit suisse (...)» Ablehnend gegenüber diesem Rückgriff auf das Landesrecht das Eidgenössische Versicherungsgericht, BGE 124 V 225, 228 f. (Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich): «Die Auslegung eines Staatsvertrages hat in erster Linie vom Vertragstext auszugehen. Erscheint dieser klar und ist seine Bedeutung, wie sie sich aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauch sowie aus Gegenstand und Zweck des Übereinkommens ergibt, nicht offensichtlich sinnwidrig, so kommt eine über den Wortlaut hinausgehende ausdehnende bzw. einschränkende Auslegung nur in Frage, wenn aus dem Zusammenhang oder der Entstehungsgeschichte mit Sicherheit auf eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsstaaten zu schliessen ist (...). In diesem Rahmen waren nach der bisherigen Rechtsprechung des Eidg. Versicherungsgerichts

Schweiz zur Wiener Vertragsrechtskonvention aus. Während es bis in die 70er Jahre bei der Auslegung staatsvertraglicher Normen vor allem darum ging, den Sinn einer völkerrechtlichen Norm aufgrund des Wortlautes, des Parteiwillens und des Zwecks des Abkommens zu ermitteln¹¹³, spielte seit den 80er Jahren die Praxis gerichtlicher Behörden bei der Interpretation von internationalen Normen eine immer grössere Rolle¹¹⁴. Die Berücksichtigung der Praxis der Strassburger Organe bei der Interpretation der EMRK-Bestimmungen zählt heute zu den üblichen Auslegungsmitteln. Zeitweise gestaltete sich das Verhältnis zwischen dem Bundesgericht und dem EuGH schwieriger¹¹⁵. Das Bundes-

Wendungen und Begriffe, die in einem Sozialversicherungsabkommen Anwendung finden und für die Versicherungsleistungen einer schweizerischen Sozialversicherungseinrichtung massgeblich sind, stets direkt nach schweizerischem innerstaatlichen Recht auszulegen (...). In BGE 117 V 268 (B. & Co) hat das Eidg. Versicherungsgericht diese Rechtsprechung angesichts des am 6. Juni 1990 für die Schweiz in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (...) relativiert. Danach ist nach Massgabe der in den Art. 31 bis 33 der Konvention festgelegten allgemeinen Grundsätze der Staatsvertragsauslegung in erster Linie nach der autonomen Bedeutung der Abkommensbestimmung zu suchen. Nur wenn ein Abkommen – im Lichte dieser Regeln ordnungsgemäss ausgelegt – eine bestimmte Frage weder ausdrücklich noch stillschweigend regelt, ist es angängig, subsidiär die Begriffe und Konzeptionen des anwendbaren Landesrechts zur Auslegung beizuziehen (...).»

¹¹³ Vgl. die frühen Fälle, in denen vor allem auf den Wortlaut und den historischen Willen der Vertragsstaaten abgestellt wurde BGE 8 762, 767 (Braun); BGE 38 I 551, 585 (Brandt).

¹¹⁴ So konnte KNAPP, *Les particuliers*, S. 306, 1969 noch feststellen: «Aucun des arrêts et décisions que nous avons eu l'occasion d'examiner ne se réfère à des décisions internationales touchant l'interprétation d'un même traité ou des situations juridiques analogues.» Gleicher Befund bei KRONAUER, *Auslegung*, S. 104 und 126. Vorrasschauend dann aber für die Bedeutung der Rechtsprechung der Strassburger Organe zur EMRK SCHINDLER, *Innerstaatliche Wirkungen*, S. 289 f.; zur Berücksichtigung der Gerichtspraxis anderer Vertragsstaaten KRONAUER, *Auslegung*, S. 99 ff. Soweit ersichtlich zitierte das Bundesgericht erstmals in BGE 97 I 359, 364 (Bundesrepublik Deutschland) die abweichende Meinung von Richter Anzilotti zur Auslegung der Konvention aus dem Jahre 1919 über die Nachtarbeit von Frauen, StIGH, *Série A/B* Nr. 50, S. 382; vgl. auch den Hinweis auf die Praxis des IGH bei der analogen Anwendung völkerrechtlicher Normen bei interkantonalen Grenzstreitigkeiten BGE 106 Ib 154, 164 (Wallis v. Tessin).

¹¹⁵ Vgl. insbesondere im Kapitel über die Rezeption internationaler Handelsabkommen durch das Bundesgericht, S. 590 ff.

gericht wendet heute eine offene, völkerrechtsfreundliche Auslegungsformel an, die den Besonderheiten des Völkerrechts und der Praxis internationaler Gremien Rechnung trägt¹¹⁶. Die völkerrechtskonforme Auslegung gelangt da an eine Grenze, wo die Auslegung einer Norm eindeutig ergibt, dass das Landesrecht nicht völkerrechtskonform ist. Eine völkerrechtskonforme Interpretation käme in diesem Fall einer verfassungswidrigen Umdeutung gleich¹¹⁷.

Zum völkerrechtsfreundlichen Charakter der Rechtsprechung zählt des Weiteren, dass das Bundesgericht allgemeine Regeln des Völkerrechts, Normen des Völkergewohnheitsrechts oder allgemeine Rechtsgrundsätze in die Rechtsprechung rezipierte¹¹⁸; so wandte es beispielsweise bereits vor der Ratifikation der Wiener Vertragsrechtskonvention die entsprechenden Grundsätze an¹¹⁹. Grundsätzlich völkerrechtsfreundlich zeigt sich das Bundesgericht auch im Umgang mit soft law, das bei

¹¹⁶ BGE 121 III 336, 338 f. (Corinphila): «Staatsverträge sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen, wie ihn die Vertragsparteien nach dem Vertrauensprinzip im Hinblick auf den Vertragszweck verstehen durften. Der von den beteiligten Staaten anerkannte Wortlaut bildet den nächstliegenden und zugleich wichtigsten Anhaltspunkt für den wahren gemeinsamen Vertragswillen, welcher die Auslegung beherrscht. Ferner kommt im Fall eines Staatsvertrages, der wie das Lugano-Übereinkommen vor allem eine internationale Rechtsvereinheitlichung bewirken soll, der ausländischen Lehre und Rechtsprechung sowie den Bemühungen, diese Einheit herbeizuführen, besondere Bedeutung zu (BGE 117 II 480 E. 2b S. 486 f.). Da es sich beim Lugano-Übereinkommen um ein Parallel-Übereinkommen zum gleichnamigen EG-internen Europäischen Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüsseler-Übereinkommen) handelt (...), sind für seine Auslegung auch Lehre und Rechtsprechung zu diesem Übereinkommen heranzuziehen.» Zur Massgeblichkeit des als authentisch bezeichneten Vertragstextes BGE 122 V 381, 383 (H.).

¹¹⁷ HANGARTNER, Völkerrecht, S. 671.

¹¹⁸ Vgl. etwa BGE 1 398, 412 (Delune) betreffend die zeitliche Geltung völkerrechtlicher Verträge; BGE 28 I 256, 258 f. (Bloch) betreffend die Staatensukzession; BGE 44 I 49, 54 f. (Dreyfus) betreffend Staatenimmunität; BGE 49 I 188, 194 f. (Lepeschkin) betreffend Anerkennung fremder Regierungen.

¹¹⁹ BGE 112 V 145, 149 (Mondragon); BGE 112 Ia 75, 79 f. (Inländische Mission der Schweizer Katholiken); BGE 110 Ib 287, 291 (Y.B.V.); BGE 110 Ib 392, 395 (dame X.).

der Auslegung völkerrechtlicher Normen herangezogen wird¹²⁰. Eine Schlüsselfunktion kann dem Völkerrecht nicht nur bei der Auslegung zukommen, sondern auch bei der Ausübung des pflichtgemässen Ermessens¹²¹.

Bei der landesrechtskonformen Auslegung internationaler Normen¹²² ist die Grenze zur völkerrechtswidrigen Umdeutung internationaler Normen fließend. Gerade weil das internationale Recht gemäss spezifischen Auslegungsregeln interpretiert werden muss¹²³, ist die landeskonforme Auslegung abzulehnen¹²⁴. Das Bundesgericht vermeidet denn auch eine explizite landeskonforme Auslegung internationaler Normen¹²⁵. Im Ergebnis dürfte allerdings die Versuchung, auf landesinterne

¹²⁰ BGE 123 I 112, 120 (Himmelberger); BGE 123 I 221, 235 f. (Demokratische JuristInnen der Schweiz); BGE 122 I 222, 226 (Cumali u. Mitb.); BGE 118 Ia 64, 69 f. (Minelli); BGE 111 Ia 341, 344 f. (S.); BGE 106 Ia 277, 282 (Groupe Action Prison); BGE 103 Ia 293, 309 (Bonzi); BGE 102 Ia 279, 284 (Minelli); die Fälle bezogen sich auf die Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen, die vom Europarat und vom Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen verabschiedet wurden. Des Weiteren BGE 118 Ib 277, 284 f. (S.) zur Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über den Gebrauch von personenbezogenen Daten im Polizeiwesen; BGE 122 IV 344, 349 (R.) zur Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates über die Grundsätze bei der Durchführung von Strafverfahren in Abwesenheit des Angeklagten. Zum soft law allgemein vgl. auch AUBERT, Observations, S. 21 ff.

¹²¹ BGE 123 II 595, 616 (Aguamina Corporation): «Das Ermessen, das Art. 74a IRSG den Rechtshilfebehörden einräumt, muss unter Beachtung der grundlegenden Wertungen des IRSG sowie der schweizerischen Rechtsordnung und der internationalen Verpflichtungen der Schweiz ausgeübt werden.»

¹²² HANGARTNER, Völkerrecht, S. 672 mit Hinweis auf die EMRK, die in verschiedenen Bestimmungen Bezug nimmt auf Grundrechtseinschränkungen, die in einer demokratischen Gesellschaft für den Schutz verschiedener öffentlicher Güter notwendig sind. Vgl. etwa BGE 105 Ia 98, 102 (X.): «On peut donc considérer que les principes déduits de la garantie de la liberté personnelle résultant du droit constitutionnel non écrit de la Confédération valent aussi dans l'interprétation de la convention.»

¹²³ BERNHARDT RUDOLF, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, insbesondere in der neueren Rechtsprechung internationaler Gerichte, Köln 1963; KRONAUER, Auslegung, S. 128 ff.; Art. 31–33 WVK.

¹²⁴ Kritisch zur landeskonformen Auslegung der EMRK HOTTELIER, La convention, S. 44. Vgl. dazu auch im Teil Synthese, S. 731.

¹²⁵ Richtig BGE 116 Ib 299, 305 (V. AG), wo das Bundesgericht es ablehnte, die Beschränkungsverordnung heranzuziehen, um das EFTA-Freihandelsabkommen auszulegen, vielmehr betonte es: «Bei Art. 15 Abs. 2 lit. k BVO

Auslegungsergebnisse zu greifen, vor allem dann gross sein, wenn auf internationaler Ebene noch ein Auslegungsvakuum besteht.

Um die genauen Anwendungsbereiche der völkerrechtlichen und der landesrechtlichen Regelung gegeneinander abzugrenzen, bieten sich mehrere Hilfestellungen an. In verschiedenen Bereichen sehen Bundesgesetze einen generellen Vorrang für völkerrechtliche Materien vor; in diesen Fällen war und ist es für das Bundesgericht ein Leichtes, den Vorrang völkerrechtlicher Verträge zu bestätigen¹²⁶. Sofern der Gesetzgeber nicht offensichtlich gegen das internationale Recht verstossen wollte, ist dieser Vorbehalt für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich¹²⁷. Eine ähnliche Funktion kommt auch der *lex-specialis*-Regel zu. Sie basiert auf der Überlegung, dass der nationale Gesetzgeber in den meisten Fällen nur innerstaatliche Sachverhalte regeln wollte; deshalb wird das internationale Recht im Sinne einer Spezialregelung als vorbehalten betrachtet¹²⁸.

5.6 Offene Verfassungsfragen

Beschlüsse einer internationalen Organisation, zu der die Schweiz beigetreten ist und zu deren Verabschiedung der Gründungsvertrag die

handelt es sich jedoch um innerstaatliches Recht auf Verordnungsstufe; die Bestimmung taugt daher wenig als Interpretationshilfe und zur Präzisierung des EFTA-Übereinkommens. Vielmehr muss die Freizügigkeitsregel des EFTA-Übereinkommens hauptsächlich aus sich selbst beziehungsweise anhand der Erklärung der Ministerkonferenz ausgelegt werden.»

¹²⁶ Statt vieler: Zu Art. 66 Abs. 3 SchKG: BGE 94 III 35 (Elitaliana); zu Art. 271 Abs. 3 SchKG: BGE 58 I 104 (Sarasin et Pictet) und BGE 35 I 594, 596 (Martin); zu Art. 1 Abs. 1 IRSG: BGE 117 Ib 53, 56 (Dame S.); zum impliziten Vorbehalt des Auslieferungsgesetzes von 1892 gegenüber den Auslieferungsverträgen vgl. im Kapitel über die Rezeption der Auslieferungsverträge durch das Bundesgericht, S. 651, zum Vorbehalt in Art. 4 ANAG vgl. im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 632 ff.

¹²⁷ HANGARTNER, Völkerrecht, S. 673: «Der Bundesgesetzgeber müsste den Konflikt aber geradezu offensichtlich anstreben. Sonst gewährleisten diese Klauseln, dass der völkerrechtliche Vertrag auch gegenüber späteren Bundesgesetzen als *lex specialis* angesehen wird und damit den Vorrang hat.»

¹²⁸ Im Vergleich zur *lex-posterior*-Regel erscheint das Harmonisierungspotenzial der *lex-specialis*-Regel als bedeutend grösser, weil letztere nach der *ratio legis* fragt und nicht fix an einem bestimmten Zeitpunkt anknüpft.

Organisation ermächtigt, werden nach denselben Regeln in die schweizerische Rechtsordnung übernommen wie die völkerrechtlichen Verträge¹²⁹. Noch ungeklärt ist der Umgang mit ultra-vires-Beschlüssen internationaler Organisationen. Zum Teil wird dem Bundesgericht die Überprüfung solcher Beschlüsse abgesprochen, weil dies im Ergebnis dazu führen würde, dass das Bundesgericht einem internationalen Übereinkommen eine andere Interpretation geben würde als die internationale Organisation selbst¹³⁰. Ungeklärt ist schliesslich die verfassungsrechtliche Frage, inwieweit der Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung von der Judikative auf seine Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung geprüft werden könnte¹³¹.

6. Stellung und Funktion des Bundesgerichts

Institutionell betrachtet verbindet das Bundesgericht mehr mit dem Supreme Court als mit dem EuGH. Wie die höchste richterliche Behörde in den USA sorgt auch das Bundesgericht für die Einhaltung des Bundesrechtes in Bund und Kantonen. Im Gegensatz zum EuGH stellt das Bundesgericht die letzte Instanz in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen dar. In wesentlichen Punkten unterscheidet sich die Funktion des Bundesgerichts jedoch von derjenigen des Supreme Court: Erstens fehlt es im schweizerischen Gerichtsorganisationsrecht an der Verankerung von rigorosen Zugangsschranken an das Bundesgericht¹³². Zweitens kann das Bundesgericht nur eine beschränkte verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber Bundeserlassen ausüben¹³³. Drittens verfügt das Bundesgericht über einen kleineren Gestaltungsfreiraum bei der Weiterfüh-

¹²⁹ BGE 76 IV 43, 49 (Lang und Legler). DOMINICÉ/VOEFFRAY, Suisse, S. 559.

¹³⁰ DOMINICÉ, Nature juridique, S. 259 f.

¹³¹ SCHWEIZER, Schweizerische Gerichte, S. 626. Generell lehnte der Bundesrat eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Staatsverträge auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung in der Botschaft vom 20. November 1996 zur neuen Bundesverfassung ab, BB1 1997 I 513.

¹³² Zum so genannten certiorari vgl. im Kapitel Verfassungsrechtlicher Überblick für die Vereinigten Staaten, S. 166.

¹³³ Dazu grundlegende AUER ANDREAS, Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel 1984; Zum Entscheid *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), vgl. im Kapitel Verfassungsrechtlicher Überblick für die Vereinigten Staaten, S. 163 f.

rung des Bundesverfassungsrechts als der Supreme Court bei der amerikanischen Verfassung. Volk und Stände machten von ihrem Recht zur Partialrevision der Bundesverfassung von 1874 immer wieder Gebrauch. Mit der neuen Bundesverfassung von 1999 wurde die Rechtsentwicklung im geschriebenen und ungeschriebenen Verfassungsrecht nachgeführt. Das schweizerische Verfassungsrecht wird somit in der Regel an neue Gegebenheiten angepasst und übernimmt dadurch eine gewisse Steuerungsfunktion. Demgegenüber erscheint die amerikanische Verfassung von 1787 als starr und in manchen Belangen als veraltet. Sie verdankt ihre Wirkungskraft vor allem einer dynamischen Rechtsprechung des Supreme Court.

3. Teil: Rezeption in einzelnen Sachgebieten

1.5 Funktion der Judikative im Rezeptionsprozess

1.5.1 Schwierige Ausgangssituation

Ein Hauptcharakteristikum des Völkerrechts besteht darin, dass seine Rechtsprechungs- und Streitschlichtungsmechanismen im Vergleich zum Landes- oder Gemeinschaftsrecht nur mangelhaft ausgestaltet sind. Das internationale Recht ist deshalb in besonderem Masse darauf angewiesen, dass der innerstaatliche Richter die Anwendung und Durchsetzung des Völkerrechts übernimmt⁴⁷. Die nationalen Richter, die die Verfassungsordnung wahren müssen, werden so häufig unfreiwillig zu

⁴⁴ FROWEIN/OELLERS-FRAHM, *L'applicabilité*, S. 18, bejahen die Verbindlichkeit solcher Entscheide für sämtliche innerstaatlichen Organe.

⁴⁵ In der Schweiz spricht sich THÜRER, «Rule of Law», S. 472, dafür aus, dass der Gesetzgeber einer völkerrechtlichen Norm die direkte Anwendbarkeit absprechen kann. Ähnlich auch JACKSON, *Status of Treaties*, S. 329, der dem Kongress die Kompetenz einräumt, über die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge zu bestimmen.

⁴⁶ Vgl. im Kapitel Verfassungsrechtlicher Überblick für die Vereinigten Staaten, S. 127, im Kapitel über die Rezeption des GATT/WTO-Rechts durch den EuGH, S. 491, und im Kapitel Verfassungsrechtlicher Überblick für die Schweiz, S. 350 f. Kritisch aus der völkerrechtlichen Warte zu diesen Erklärungen GIEGERICH, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle*, S. 456.

⁴⁷ LA PERGOLA, *Relationship*, S. 6; THÜRER, *Perspektive Schweiz*, S. 49 f., 56, DERSELBE, «Rule of Law», S. 471.

Hütern der internationalen Ordnung gemacht⁴⁸. Dass sich die Richter mit diesem «*dédoublement fonctionnel*» (Georges Scelles) schwer tun, hat einerseits systembedingte Ursachen und ist andererseits auf ein spezifisches richterliches Selbstverständnis zurückzuführen. Letzteres ist in allen drei Rechtsordnungen vom gleichen Grundgedanken geprägt: Die Rechtsprechung dieser Gerichte soll eine einheitliche Rechtsanwendung im gesamten Hoheitsgebiet der Eidgenossenschaft, der Vereinigten Staaten und der Europäischen Gemeinschaft garantieren. Gerade weil diese drei Gemeinwesen in kleinere Einheiten mit eigenen Rechtsprechungsorganen zerfallen, kommt der zentralisierten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine herausragende Funktion im bundesstaatlichen resp. im gemeinschaftsrechtlichen Integrationsprozess zu. Diese Aufgabe hat das Selbstverständnis der Richter dieser drei Rechtsprechungsorgane in hohem Grad beeinflusst⁴⁹. Ein vergleichbares Selbstverständnis in Bezug auf die Weiterentwicklung und uniforme Anwendung des Völkerrechts fehlt den Richtern weitgehend. Dies hat verschiedene Ursachen⁵⁰: Vorab mangelt es an der entsprechenden Ausbildung der Richter. In den Curricula sowohl der europäischen wie der amerikanischen Universitäten gehört das Völkerrecht meistens nicht zu den Pflichtfächern. Darüber hinaus ist das Völkerrecht häufig nur unzureichend erschlossen (insbesondere was die Auslegung bestimmter Normen und die Praxis anderer Staaten anbelangt). Schliesslich ist der Gehalt einer internationalen Norm in der Staatenwelt häufig umstritten. Die Situation ist nur in denjenigen Fällen eine andere, in denen das internationale Regime über eine eigene Rechtsprechungsinstanz verfügt.

Werden von internationalen Gremien oder von einem Völkerrechtssubjekt Verletzungen des internationalen Rechts konstatiert, so richtet sich diese Feststellung primär an die Exekutive. Die Judikative wird mit dem Verstoss gegen völkerrechtliche Normen meistens erst auf Antrag und in einem justiziablen Fall konfrontiert. Die Möglichkeiten der Ju-

⁴⁸ KRATOCHWIL, *Domestic Courts*, S. 247 f.

⁴⁹ Für das Selbstverständnis der Bundesrichter PATRY, *Tribunal fédéral*, S. 526: «D'ailleurs, il ne faut pas oublier que le Tribunal fédéral n'est pas – comme la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés – une juridiction spécialisée dans l'interprétation et l'application des conventions internationales. Chargés de l'administration de la justice en matière fédérale, nous avons pour mission essentielle – outre le contrôle de la constitutionnalité des lois cantonales – d'assurer une application aussi uniforme que possible du droit fédéral dans les matières civiles, pénales et administratives.»

⁵⁰ Vgl. dazu auch im Teil Synthese, S. 716 ff.

dikative darauf hinzuwirken, dass völkerrechtskonform gehandelt wird, sind deshalb systembedingt eingeschränkt. Der Richter kann sich weder an die Stelle des Gesetzgebers noch der Regierung stellen. Seine Aufgabe beschränkt sich darauf, im konkreten Fall aufgrund des geltenden Rechts zu entscheiden, in welchem Mass das internationale Recht zum Tragen kommt.

Schliesslich bleibt eine letzte Schwierigkeit für den Richter zu erwähnen, wenn er internationalem Recht gegenüber dem nationalen den Vorrang geben soll: Umstritten ist, welche Rechtsfolgen sich aus der Verletzung von völkerrechtlichen Normen – abgesehen vom Fall der Nichtigkeit bei Verstoss gegen völkerrechtliches *ius cogens* – für die nationale oder gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage ergeben. Der Richter sieht sich in dieser Situation mit der Notwendigkeit konfrontiert, eine Lösung des konkreten Falles zu präsentieren. Mitunter können sich aber schwierige intertemporale Rechtsfragen, Fragen der Rückwirkung und der Haftung stellen, die dazu beitragen, dass man von einer Lösung mit Vorrang für das Völkerrecht Abstand nimmt. In der Regel wird der Richter es den politischen Organen überlassen, das Landes- resp. das Gemeinschaftsrecht mit dem Völkerrecht in genereller Weise zu harmonisieren. Nur wenn die notwendigen gesetzgeberischen Arbeiten nicht geleistet werden, muss die Judikative dieses Vakuum ausfüllen⁵¹.

1.5.2 Richterliche Lösungsstrategien

Beruft sich ein Individuum vor dem nationalen Richter auf eine internationale Norm, die angeblich im Widerspruch zu einer nationalen Rechtsnorm oder Massnahme liegt, so bieten sich dem Gericht verschiedene Optionen, diesen Konflikt zu lösen. Eine Möglichkeit besteht darin, dass das nationale Gericht den Fall aus dem Anwendungsbereich der internationalen Norm ausklammert. Nicht selten wird in solchen Konstellationen eine Lücke im internationalen Recht definiert, die durch einen Rückgriff auf das Landesrecht gefüllt wird. Sehr häufig entscheidet sich die Massgeblichkeit des Völkerrechts an der direkten Anwendbarkeit der angerufenen Norm. Da hinreichende Kriterien für die

⁵¹ Anschauliches Beispiel für die Schweiz bildet die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den verfahrensmässigen Garantien aus Art. 5 und 6 EMRK, vgl. dazu im Kapitel über die Rezeption internationaler Menschenrechtsgarantien durch das Bundesgericht, S. 644 f.

Definition der direkten Anwendbarkeit fehlen, eröffnet sich den nationalen Gerichten bei der Beantwortung dieser Frage ein erheblicher Entscheidungsfreiraum. Oft erklären nationale Richter eine internationale Norm auch einfach für nicht verletzt, ohne dass sie sich zur direkten Anwendbarkeit geäußert hätten. Eine eigentliche Koordinierungsfunktion zwischen Völkerrecht und Landesrecht kommt schliesslich dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung zu. Zu diesen in allen Rechtsordnungen vertrauten Differenzierungsmethoden gesellen sich im angloamerikanischen Bereich zwei weitere hinzu, die es dem Gericht erlauben, einen Widerspruch zwischen Völkerrecht und Landesrecht nicht direkt zu entscheiden. Insbesondere die *act-of-state*- und die *political-question*-Theorie geben dem nationalen Gericht die Möglichkeit, völkerrechtswidrige Akte der eigenen oder einer fremden Regierung nicht anzutasten⁵².

2. Ideengeschichtliche Entwicklung des Völkerrechts

2.1 Epochenbildung als Spiegel der Weltpolitik

Wenn man von der Rezeption des Völkerrechts spricht, muss man sich vergegenwärtigen, dass sich das internationale Recht seit seiner Entstehung grundlegend gewandelt hat. Der Rezeptionsprozess wird nicht nur von der verfassungsgeschichtlichen Situation im jeweiligen Rechtssystem beeinflusst, sondern hängt wesentlich auch vom Inhalt und von der Bedeutung des Völkerrechts ab. Die untersuchte Rezeptionsgeschichte in den Vereinigten Staaten, der Schweiz und in der europäischen Gemeinschaft erstreckt sich über einen Zeitraum von rund zweihundert Jahren. Es liegt auf der Hand, dass sich der Supreme Court in seinen frühen Entscheiden mit einem qualitativ anderen Völkerrecht auseinandersetzen musste als etwa der EuGH 150 Jahre später. Um aufzeigen zu können, in welcher Abhängigkeit die Entwicklung des Völkerrechts zur Rezeption des internationalen Rechts durch die Gerichte steht, soll an dieser Stelle die völkerrechtliche Ideengeschichte kurz skizziert werden. Der ideengeschichtliche Überblick dient wie die Grundlagenkapitel dazu, den Rezeptionsprozess in seinen weiteren geschichtlichen und verfassungsrechtlichen Kontext zu stellen.

Die ältere ideengeschichtliche Entwicklung des Völkerrechts kann in drei grosse Epochen unterteilt werden: eine spanische (1494–1648), eine

⁵² Vgl. dazu im Kapitel Verfassungsrechtlicher Überblick für die Vereinigten Staaten, S. 168 f.