

Dr. Christophe Herzig

## **Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung**

---

Zurzeit beschäftigen sich in der Schweiz Justiz, Politik sowie die Medien intensiv mit dem Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht. Der Beitrag soll einen Überblick über das Spannungsverhältnis zwischen Verfassung, Bundesgesetzen sowie Völkerrecht ermöglichen. Abschliessend wird rechtsvergleichend in aller Kürze auf die Rechtslage in Deutschland eingegangen.

---

Rechtsgebiet(e): Übriges Verfassungsrecht; Völkerrecht; Deutsches Recht; Beiträge

Zitiervorschlag: Christophe Herzig, Völkerrecht versus Landesrecht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Jusletter 8. April 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Rangordnung zwischen Verfassungsbestimmungen
  - A. Allgemeines
  - B. Auflösung eines Spannungsverhältnisses
    1. Durch den Rechtsanwender
    2. Durch den Verfassungsgeber
  - C. Unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen
- III. Rangordnung zwischen Verfassung und Völkerrecht
  - A. Allgemeines zum Völkerrecht
  - B. Absoluter Vorrang des ius cogens
  - C. Problematik des «ius dispositivum»
    1. Keine Konfliktregel in der Verfassung de lege lata
    2. Konfliktregeln gemäss Lehre und Rechtsprechung
      - a. Wenig geklärte Rechtslage
      - b. Mannigfaltiges Völkerrecht als Ursache für Unklarheit
      - c. Völkerrecht schweigt zur innerstaatlichen Behandlung
      - d. Völkerrechtliche Theorien zur Rangordnung
      - e. Rangordnung gemäss materieller Bedeutung
    3. Konfliktregel in der Verfassung de lege ferenda?
      - a. Postulat für eine allgemeine Konfliktregel in der Verfassung
      - b. Hängiger bundesrätlicher Vorentwurf zu einer punktuellen Konfliktregel
- IV. Rangordnung zwischen Bundesgesetzen und Verfassung
- V. Rangordnung zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht
  - A. Höchststrichterliche Rechtsprechung
  - B. Kritik
- VI. Rechtsvergleich mit Deutschland
  - A. Dualismus statt Monismus
  - B. Die sogenannte Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung
  - C. Verfassung steht über der EMRK
  - D. Wechsel der Schweiz vom Monismus zum Dualismus?
- VII. Würdigung und Postulat

## I. Einführung

[Rz 1] Sowohl die Justiz als auch die Politik sowie die Medien beschäftigen sich zunehmend mit dem Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht, sei dies im Zusammenhang mit dem Minarettverbot oder wie aktuell mit der Ausschaffungs- respektive der Durchsetzungsinitiative und der Pädophileninitiative sowie mit dem Vorentwurf des Bundesrates zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit dem Völkerrecht.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Vgl. z.B. JAAG TOBIAS/PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 8. November 2010; SCHEFER MARKUS/ZIMMERMANN ALEXANDRA, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes – Gesetzgebung & Evaluation 22 (2011), 3, S. 343 ff.; EPINEY ASTRID, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1/2010, S. 3 ff.; EPINEY ASTRID, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, in: Jusletter 18. März 2013. CIRIGLIANO LUCA, Umsetzungs-szenarien der Anti-Minarettinitiative, in: Jusletter 1. März 2010 sowie weiter z.B. die Gastkommentare von Frau Prof. Dr. Eva Maria Belser in der NZZ vom 12. Februar 2013 mit dem Titel «Das Bundesgericht nimmt das Ruder in die Hand»; Herrn Christoph Blocher in der NZZ vom 6. März 2013 mit dem Titel «Wir sitzen nicht im gleichen Boot»; Herrn Stefan Trechsel in der NZZ vom 15. März 2013 mit dem Titel «Kein Staatsstreich» als Replik auf die SVP, die den Vorentwurf des Bundesrates als Staatsstreich betitelt; Herrn Prof. Dr. Andreas Auer mit dem Titel «Direktdemokratie hat Grenzen»; Herrn Giuseppe Nay mit dem Titel: «Vorrang gemäss Gesetz». Zudem

[Rz 2] Viel Aufmerksamkeit wurde dem Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 zuteil, dessen schriftliche Begründung seit dem 6. Februar 2013 vorliegt. Darin hat sich das oberste Gericht ausgiebig mit dem Spannungsverhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht auseinandergesetzt.

[Rz 3] Bei der aktuellen Debatte gilt es sich vor Augen zu halten, dass sich die Diskussion nicht lediglich um das Verhältnis zwischen Völkerrecht einerseits und Landesrecht andererseits dreht, sondern auch das Spannungsverhältnis zwischen Bestimmungen des Landesrechts selber betrifft. Des Weiteren muss beim Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht differenziert werden und zwar, ob es sich beim Landesrecht um die Verfassung oder um Bundesgesetze handelt. Deshalb soll vorweg das Verhältnis von Verfassungsbestimmungen untereinander erörtert werden (II.), danach wird auf das Verhältnis zwischen Verfassung und Völkerrecht (III.) und im Anschluss daran auf dasjenige zwischen Verfassung und Bundesgesetzen einzugehen sein (IV.), um schliesslich das Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht darzulegen (V.).

[Rz 4] Bedauerlicherweise gerät diese differenzierte Betrachtungsweise im medialen und parteipolitischen Getöse nur allzu gerne in Vergessenheit, was einer sachlichen Diskussion abträglich ist.

[Rz 5] Schliesslich soll in aller Kürze ein rechtsvergleicher Blick über die Landesgrenze hinweg auf die Rechtslage in Deutschland gewagt werden, der für die aktuelle Debatte durchaus bereichernd sein kann (VI.).

[Rz 6] Der vorliegende Beitrag soll einen allgemeinen Überblick über das Spannungsverhältnis zwischen Verfassung, Bundesgesetzen sowie Völkerrecht ermöglichen und im Idealfall Saat für zahlreiche weitere sowie vertiefere Auseinandersetzungen mit der vorliegenden Thematik sein.

## II. Rangordnung zwischen Verfassungsbestimmungen

### A. Allgemeines

[Rz 7] Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999<sup>2</sup> ist das eigentliche Grundgesetz der Schweiz und regelt entsprechend in grundsätzlicher Art und Weise die Eckpfeiler des Bundesstaates und somit die Grundzüge der staatlichen Ordnung. Aufgrund ihres mehrheitlich grundsätzlichen Charakters sind im Einzelfall

hat Herr Prof. Dr. Andreas Auer den Vorentwurf des Bundesrates in der Tagesschau vom 16. März 2013 bereits eingehend kritisiert, wobei sich seine Kritik insbesondere auf die materielle Vorprüfung bezog.

<sup>2</sup> SR 101.

die wenigsten Verfassungsbestimmungen direkt anwendbar (self-executing; vgl. II.C.).

[Rz 8] Im Brennpunkt der Debatte um die Ausschaffungsinitiative steht vor allem der Ausweisungsautomatismus. Dabei wird nicht nur die Frage aufgeworfen, ob ein solcher Automatismus möglicherweise gegen das Völkerrecht verstösst, sondern auch, ob dieser gegen andere Verfassungsbestimmungen verstossen könnte. In diesem Zusammenhang ist in erster Linie etwa an Art. 13 (Achtung auf Familienleben) i.V.m. Art. 36 BV<sup>3</sup> zu denken, wonach eine Einschränkung dieses Grundrechtes verhältnismässig sein muss. Daneben gilt es auch Art. 5 BV hervorzuheben, welcher die Grundsätze rechtstaatlichen Handelns in allgemeiner Weise festhält und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Verfassung verankert.<sup>4</sup>

## B. Auflösung eines Spannungsverhältnisses

[Rz 9] Stehen sich in einem Fall zwei sich widersprechende Verfassungsbestimmungen gegenüber, und somit zwei verschiedene Interessen, die sich gegenseitig ausschliessen und mithin nicht miteinander versöhnt werden können (echter Normenkonflikt), stellt sich die Frage nach der Rangordnung der einschlägigen Bestimmungen. Eine diesbezügliche Güterabwägung kann entweder durch den Verfassungsgeber selber oder aber durch die rechtsanwendenden Behörden vorgenommen werden.

### 1. Durch den Rechtsanwender

[Rz 10] Das Bundesgericht hat in seinem oben erwähnten Urteil festgehalten, dass solange der Verfassungsgeber, d.h. Volk und Stände, einer einzelnen Bestimmung nicht explizit Vorrang einräumt, auslegungsmässig grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit der Normen auszugehen ist (vgl. aber III.C.3.).<sup>5</sup>

[Rz 11] Besteht Raum für eine Güterabwägung im Einzelfall – und dies ist der Regelfall –, so sind sich Doktrin und Rechtsprechung weitgehend darin einig, dass die Verfassungsauslegung einem möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen verpflichtet ist. In diesem Sinne solle der Staat *praktische Konkordanz* schaffen.<sup>6</sup>

### 2. Durch den Verfassungsgeber

[Rz 12] Lässt sich hingegen der Verfassung entnehmen, dass eine Bestimmung gegenüber einer anderen Vorrang genießt, so lässt sich das (nur scheinbare) Spannungsverhältnis ohne weiteres auflösen. Der Vorrang leitet sich dabei jedoch nicht schon alleine aus dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* her.<sup>7</sup> Vielmehr bedarf es hierzu einer diesbezüglichen ausdrücklichen Willenskundgebung des Verfassungsgebers. Liegt eine solche vor, sieht sich die Rechtsanwenderin keinem Spannungsverhältnis gegenüber, da der Gesetzgeber dieses bereits zugunsten einer bestimmten Regelung vorweg aufgelöst hat.

[Rz 13] In diesem Sinne ist auch denkbar, dass der Verfassungsgeber einer einzelnen Verfassungsbestimmung absoluten Vorrang einräumt und im Einzelfall dem Rechtsanwender aufgrund der Gewaltenteilung kein Raum für die Abwägung mit divergierenden Interessen bleibt.<sup>8</sup> Der Verfassungsgeber nimmt nämlich in einem solchen Fall die nötige Güter- bzw. Interessenabwägung zu Gunsten eines bestimmten Interessens ohne Einschränkungen selber vor (vgl. aber III.C.3.a.).<sup>9</sup>

### C. Unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen

[Rz 14] Für die rechtsanwendenden Behörden stellt sich im Einzelfall neben der Frage der Rangordnung auch diejenige nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsnormen (self-executing).

[Rz 15] Im Normalfall sind Verfassungsbestimmungen nicht direkt anwendbar. Ausnahmsweise können sie jedoch genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung ganz oder partiell mit Wirkungen auch für Private unmittelbar anwendbar zu sein. Dabei gebietet jedoch das Legalitätsprinzip, dass der Tatbestand und die Rechtsfolgen genügend genau formuliert sind, sodass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann.<sup>10</sup>

[Rz 16] Im eingangs erwähnten Urteil ist das Bundesgericht zum Ergebnis gelangt, dass die Verfassungsbestimmungen der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 BV) nicht hinreichend genügend klar formuliert seien, um ihre direkte Anwendbarkeit

<sup>3</sup> Danach bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und müssen verhältnismässig sein. Dabei ist der Kerngehalt eines Grundrechts unantastbar.

<sup>4</sup> Die gleiche Frage stellt sich im Übrigen auch bei der Durchsetzungsinitiative.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.1 m.w.H.; BGE 128 II 1 E. 3d.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.2 m.w.H. insbesondere auf die Lehre; BGE 129 I 173 E. 5.1; 126 III 129 E. 8a.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.1 m.w.H.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.2; BGE 138 II 281 E. 6.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 1A.124/2003 vom 23. September 2003 E. 5.6; BGE 117 Ib 243 E. 3b

<sup>9</sup> BGE 128 I 63 E. 5.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.3 ff. m.w.H.; BGE 125 I 361 E. 4a. Die Grundregel besagt, dass eine Norm Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben muss, justiziabel sein muss (konkret, inhaltlich hinreichend bestimmt und klar) sowie sich an die rechtsanwendenden Behörden zu richten hat, damit sie unmittelbar anwendbar ist.

zu begründen, zumal eine solche im Widerspruch zu anderen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 5 BV) stehen würde.<sup>11</sup> Dass das Bundesgericht seinen Ausführungen noch das Argument des Widerspruchs zu anderen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben anfügt, vermag meines Erachtens nicht vollends zu überzeugen. Es obliegt nämlich dem Verfassungsgeber, die aus dem Legalitätsprinzip fließenden Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit zu erfüllen, um diese für eine konkrete Verfassungsnorm zu gewährleisten. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die entsprechende Bestimmung ohne weiteres unmittelbar anwendbar. Selbstverständlich kann das Gericht deren Anwendbarkeit in einem konkreten Einzelfall aufgrund des Vorrangs einer völkerrechtlichen Bestimmung versagen (vgl. III).<sup>12</sup>

### III. Rangordnung zwischen Verfassung und Völkerrecht

#### A. Allgemeines zum Völkerrecht

[Rz 17] Bis zum Ersten Weltkrieg bestand das klassische Völkerrecht vorwiegend aus Regelungen, welche die zwischenstaatlichen Beziehungen zum Gegenstand hatten. Das moderne Völkerrecht – welches sich hauptsächlich seit 1945 sowie seit dem Zusammenbruch der Sowjetunion enorm entwickelt hat – erstreckt sich hingegen weit darüber hinaus insbesondere auch auf internationale Organisationen (z.B. Vereinte Nationen) und andere Verbände, die als Völkerrechtssubjekte eigene Rechte und Pflichten haben (z.B. der Heilige Stuhl, das Internationale Komitee vom Roten Kreuz oder Befreiungsbewegungen), sowie auf die Rechte und Pflichten Privater (z.B. Menschenrechte).<sup>13</sup>

[Rz 18] Die Doktrin tut sich mit einer einheitlichen Definition von Völkerrecht relativ schwer. Definiert man das Völkerrecht durch seine Rechtsquellen, d.h. durch die Art, wie es zustande kommt, so ist Völkerrecht Recht, das auf dem Konsens der Staaten beruht und in den anerkannten Rechtsquellen, insbesondere völkerrechtliche Verträge, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze seinen Ausdruck findet (vgl. dazu auch III.C.2.b.).<sup>14</sup>

[Rz 19] In der Schweiz sind völkerrechtliche Bestimmungen gestützt auf das monistische System automatisch anwendbar und müssen entsprechend nicht vorgängig ins nationale

Recht transformiert werden (vgl. III.C.2.d.).<sup>15</sup> Ganz allgemein lassen sich die völkerrechtlichen Normen in zwingendes Völkerrecht, dem sogenannten *ius cogens* (vgl. nachstehend B.), und in das übrige Völkerrecht, dem «*ius dispositivum*»<sup>16</sup> (vgl. nachstehend C.), einteilen.<sup>17</sup>

#### B. Absoluter Vorrang des *ius cogens*

[Rz 20] Die Verfassung selber schreibt vor, dass eine Verfassungsänderung zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) nicht verletzen darf (Art. 194 Abs. 2 BV). Dieses Gebot kann bereits auch aus naturrechtlichen respektive überpositivistischen Überlegungen hergeleitet werden, wobei die Existenz von *ius cogens* (ganz) vereinzelt angezweifelt wird. In der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist dessen Existenz jedoch unumstritten.

[Rz 21] In diesem Sinne sind in der Schweiz Volksinitiativen, die zwingendem Völkerrecht zuwiderlaufen, ungültig (Art. 139 Abs. 3 BV).<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was *ius cogens* überhaupt ist. Eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts ist eine Norm, die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann (vgl. Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge; SR 0.111 [nachfolgend zit. WVK]).<sup>19</sup> Zudem hält Art. 64 WVK fest, dass wenn eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts entsteht, jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig wird und erlischt. Zum *ius cogens* – also zum sogenannten menschenrechtlichen Mindeststandard – gehören insbesondere das universelle Gewaltverbot (Aggressionsverbot; Verbot des Angriffskrieges), das Verbot des Völkermordes, das Verbot des Sklavenhandels, das Rassendiskriminierungsverbot, das Folterverbot sowie das Verbot der systematischen und willkürlichen Verfolgung und Verletzung von Leib und Leben.<sup>20</sup>

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.3.1 f.

<sup>12</sup> Die Durchsetzungsinitiative sieht sogar explizit ihre unmittelbare Anwendbarkeit vor (BBl 2012 7371, 7376).

<sup>13</sup> Vgl. HERDEGEN MATTHIAS, *Völkerrecht*, 11. Aufl., München 2012, § 1 N 1 ff.; KÄLIN WALTER/EPINEY ASTRID/CARONI MARTINA/KÜNZLI JÖRG, *Völkerrecht*, 3. Aufl., Bern 2010, S. 6.

<sup>14</sup> KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 6.

<sup>15</sup> Die automatische bzw. unmittelbare Anwendbarkeit in diesem Zusammenhang ist nicht zu verwechseln mit der Anwendbarkeit einer Norm auf einen konkreten Einzelfall (vgl. II.C.).

<sup>16</sup> Wobei der Begriff «*ius dispositivum*», also dispositives Recht, nur bedingt zutrifft (vgl. etwa völkerrechtlicher *ordre public*), im vorliegenden Beitrag jedoch für die Abgrenzung zum *ius cogens* verwendet wird.

<sup>17</sup> Vgl. dazu beispielsweise den Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, S. 2314 f.

<sup>18</sup> Deshalb wird eine sogenannte materielle Vorprüfung von Initiativtexten durch das EJPD vorgenommen.

<sup>19</sup> Zudem hält Art. 64 fest, dass wenn eine neue zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts entsteht, jeder zu dieser Norm im Widerspruch stehende Vertrag nichtig wird und erlischt.

<sup>20</sup> Vgl. beispielsweise Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (BBl 1997 1 ff., 446); Bericht der Staatspolitischen Kommission vom 15. April 2010 (09.466 n, Parlamentarische Initiative – Definition des zwingenden Völkerrechts) sowie den Bericht des Bundesrates

[Rz 22] Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen kann im Ergebnis festgehalten werden, dass das *ius cogens* im Einzelfall zu Recht stets Vorrang vor der Verfassung genießt.

### C. Problematik des «*ius dispositivum*»

[Rz 23] Da die Bundesverfassung ausdrücklich festhält, dass Verfassungsänderungen nicht gegen das zwingende Völkerrecht verstossen dürfen (Art. 139 Abs. 3 BV), stellt *e contrario* das nicht zwingende Völkerrecht keine Schranke für Verfassungsänderungen dar. Mit anderen Worten sind Verfassungsänderungen, die gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen, *de lege lata* zulässig.<sup>21</sup>

[Rz 24] Damit ist allerdings erst geklärt, dass der Verfassungsgeber Bestimmungen erlassen kann, die gegen das nicht zwingende Völkerrecht verstossen. Die Verfassung schweigt sich hingegen in der Regel aus, wie die Rechtsanwenderin im Einzelfall vorzugehen hat, wenn eine Verfassungsbestimmung einer nicht zwingenden völkerrechtlichen Norm unversöhnlich zuwiderläuft.<sup>22</sup>

#### 1. Keine Konfliktregel in der Verfassung *de lege lata*

[Rz 25] Fest steht, dass der Verfassung selber keine (allgemeine) Lösungsregelung für einen Konflikt zwischen einer Verfassungsbestimmung und dem nicht zwingenden Völkerrecht zu entlocken ist. Zwar hält Art. 5 Abs. 4 BV fest, dass Bund und Kantone Völkerrecht zu beachten haben, doch stellt diese Norm keine eigentliche Konfliktregel für den Einzelfall dar. Deshalb kann aus dieser Bestimmung im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung kein allgemeiner Vorrang des Völkerrechts hergeleitet werden.<sup>23</sup> Vielmehr kann daraus eine Art Völkerrechtsfreundlichkeit, die eine völkerrechtskonforme Auslegung gebietet, abgeleitet werden (vgl. VI.B.). Dasselbe trifft auf Art. 190 BV zu, der besagt, dass für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden Bundesgesetze und Völkerrecht massgebend sind.<sup>24</sup> Zweck dieser Bestimmung ist, die Gerichte daran zu hindern, eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bestimmungen auszuüben, die der Gesetzgeber erlassen oder (zumindest indirekt) genehmigt hat. Mit anderen Worten ist es den Gerichten versagt, eine eigene Interessenabwägung an die Stelle der

bereits vorgenommenen Abwägung des Gesetzgebers zu setzen.<sup>25</sup> Mithin kann weder aus Art. 5 Abs. 4 BV noch aus Art. 190 BV ein allgemeiner Vorrang des Völkerrechts hergeleitet werden.

[Rz 26] Die Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 hält ausdrücklich fest, dass der Verfassungsgeber die Konfliktlösung der Praxis überlässt und es mithin des Rückgriffs auf die von Lehre und Praxis anerkannten Regeln bedürfe.<sup>26</sup> Das bedeutet, dass solange der Verfassungsgeber *de lege ferenda* keine explizite Konfliktregel in der Bundesverfassung verankert (vgl. dazu III.C.3.a), der Rechtsanwender bewährter Lehre und Überlieferung (Rechtsprechung) folgen muss (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB), womit wir wiederum beim eingangs erwähnten vielbeachteten Bundesgerichtsurteil angelangt wären.

#### 2. Konfliktregeln gemäss Lehre und Rechtsprechung

##### a. Wenig geklärte Rechtslage

[Rz 27] Das Bundesgericht hält fest, dass diese Rechtslage – also das Verhältnis zwischen Verfassung und nicht zwingendem Völkerrecht – wenig geklärt erscheine, und folgt damit der Ansicht des Bundesrates.<sup>27</sup> In der Tat ist sich die Lehre in diesem Punkt nicht einig, was am teilweisen Auseinanderklaffen der diversen Lehrmeinungen ersichtlich wird. Mithin besteht weiterer Klärungsbedarf. Zudem hat sich die Rechtsprechung relativ spärlich zu dieser Thematik geäußert. Dies vermag jedoch nicht zu erstaunen, da Verfassungsbestimmungen in der Regel mittels der (meist völkerrechtskonformen) Ausführungsgesetzgebung konkretisiert werden, sodass in der Praxis ein Konfliktfall zwischen der Verfassung und dem nicht zwingenden Völkerrecht nur relativ selten vorkommt.<sup>28</sup> Darüber hinaus gelingt meist eine völkerrechtskonforme Auslegung, womit echte Normkonflikte zusätzlich vermieden werden können.

##### b. Mannigfaltiges Völkerrecht als Ursache für Unklarheit

[Rz 28] An dieser Stelle soll die Frage aufgeworfen werden, weshalb die Rechtslage auch in der Doktrin noch immer wenig geklärt scheint und sich Lehre und Rechtsprechung schwer tun, einheitliche Regelungen zu definieren.

[Rz 29] Die Antwort liegt auf der Hand. Die Schwierigkeit ergibt sich schwergewichtig aus der Mannigfaltigkeit des Völkerrechts im Sinne seiner Wesensvielfalt. Es stellt sich deshalb die zentrale Frage, was überhaupt Völkerrecht ist. Das Völkerrecht kann als Summe der Normen, die unmittelbar

---

zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, S. 2314 (nachfolgend zit. Bericht Bundesrat). So werden zum *ius cogens* häufig auch die notstandsfesten Garantien der EMRK gezählt. Des Weiteren besteht auch ein Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in dem Tod oder Folter drohen.

<sup>21</sup> In diesem Sinne auch BBI 1997 1 ff., 446; Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5.2.1 m.w.H.

<sup>22</sup> Eine Ausnahme dazu sieht allerdings die Durchsetzungsinitiative vor, die ausdrücklich festhält, dass sie dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgeht (BBI 2012 7371, 7375). Diese problematische Vorgehensweise spricht ebenfalls für das Postulat unter III.3a. und dessen Dringlichkeit.

<sup>23</sup> BBI 1997 1 ff., 134; Bericht Bundesrat, S. 2308.

<sup>24</sup> BBI 1997 1 ff., 134; Bericht Bundesrat, S. 2308.

<sup>25</sup> Vgl. Bericht Bundesrat, S. 2308 f.

<sup>26</sup> BBI 1997 1 ff., 134.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E 5.2.1; Bericht Bundesrat, S. 2309.

<sup>28</sup> Vgl. Bericht Bundesrat, S. 2309.

aus den Quellen des Völkerrechts<sup>29</sup> hervorgegangen sind und die (hoheitlichen) Beziehungen zwischen den Völkerrechtssubjekten regeln, umschrieben werden. Dabei geht es schon lange nicht mehr nur um Regeln, die die Beziehungen zwischen den Staaten zum Gegenstand haben. Das Völkerrecht regelt heute weit über die zwischenstaatlichen Beziehungen hinaus auch die Stellung von internationalen Organisationen, den Schutz von Menschenrechten und die Rechte und Pflichten weiterer Völkerrechtssubjekte (vgl. III.A.). Daraus ergibt sich ein äusserst heterogenes Sammelsurium völkerrechtlicher Bestimmungen, das bei der Klärung eines Konfliktes zwischen einer Verfassungsbestimmung und einer völkerrechtlichen Regelung im Einzelfall eine differenzierte Betrachtungsweise gebietet.

[Rz 30] Eine solche ist umso mehr angezeigt, da es auch innerhalb des Völkerrechts keine klare Normenhierarchie gibt. Im Gegensatz zu nationalen Rechtssystemen kennt das Völkerrecht selber nämlich keine allgemeine Rangordnung, wonach Bestimmungen einer höheren Hierarchiestufe im Anwendungsfall grundsätzlich solchen einer tieferen und Bestimmungen der höheren staatlichen Ebene solchen einer tieferen Ebene vorgehen. So ist denn auch die Auflistung der Rechtsquellen in Art. 38 Ziff. 1 IGH-Statut<sup>30</sup> nicht Ausdruck eines bestimmten Rangverhältnisses zwischen den diversen Rechtsquellen. Zudem kann nicht von einem Vorrang von Normen des universellen vor solchen des regionalen (kontinentalen) Völkerrechts ausgegangen werden. Ursache für das Fehlen einer allgemeinen Normhierarchie ist die dezentrale Struktur des Völkerrechts. Die wirtschaftliche Globalisierung hat zu einem sektoriell getrennt anwachsenden Normbestand des Völkerrechts geführt (= Fragmentierung des Völkerrechts bzw. Rechtszersplitterung), der mit einer Zunahme von potentiellen Konfliktfeldern einhergeht. Dabei kann es beispielsweise zu Konflikten zwischen Menschenrechten und dem Welthandelsrecht oder dem Recht der internationalen Sicherheit oder zwischen dem Umweltvölker- und dem Welthandelsrecht kommen. Diese Rechtszersplitterung ist der Einheit, Kohärenz sowie der Rechtssicherheit des Völkerrechts zunehmend abträglich, womit die Frage, ob zumindest ansatzweise von einem Vorrang gewisser Normen ausgegangen werden kann und ob irgendwelche Kollisionsregeln vorhanden sind, zunehmend an Bedeutung gewinnt. In diesem Zusammenhang kann sicherlich die herausragende materielle Bedeutung des *ius cogens* betont werden (vgl. III.B.). Widerspricht eine andere völkerrechtliche Bestimmung dem *ius cogens*, so ist sie nichtig (vgl. Art. 53 und 64 WRK).<sup>31</sup> Darüber hinaus werden zunehmend neben

dem *ius cogens* auch die grundlegenden Menschenrechte als Bestandteil des sogenannten *völkerrechtlichen ordre public* (zentrale Gemeinschaftsinteressen der internationalen Gemeinschaft mit erga-omnes-Wirkung) anerkannt.<sup>32</sup>

### c. Völkerrecht schweigt zur innerstaatlichen Behandlung

[Rz 31] Es gilt hervorzuheben, dass ein Staat, der eine völkerrechtliche Verpflichtung eingeht, an diese – unabhängig vom nationalen Recht – gebunden ist. Somit kann sich der Staat auf der Ebene des Völkerrechts nicht darauf berufen, dass eine völkerrechtliche Verpflichtung mit nationalem Recht kollidiert und er deshalb den Vertrag nicht erfüllen kann (vgl. Art. 27 WVK; «pacta sunt servanda»). Sich auf diese Regelung berufend, suggeriert das Bundesgericht – wenn auch im Zusammenhang mit dem Vorrang des Völkerrechts vor Bundesgesetzen –, dass somit ein (allgemeiner) Vorrang des Völkerrechts bestehe.<sup>33</sup> Dies ist meiner Ansicht nach in dieser apodiktischen Art und Weise nicht sachgerecht. Denn auch wenn ein Staat im Aussenverhältnis rechtlich durch eine völkerrechtliche Bestimmung gebunden ist, besagt das Völkerrecht selber nichts über seine innerstaatliche Behandlung (vgl. dazu auch V.B.), weshalb aus der Doktrin verschiedene völkerrechtliche Theorien zur Rangordnung überhaupt hervorgegangen sind, welche nachstehend erörtert werden sollen.

### d. Völkerrechtliche Theorien zur Rangordnung

[Rz 32] Wie bereits erwähnt, besteht in der Schweiz der sogenannte Monismus, was zur Folge hat, dass das Völkerrecht und die rein nationale Rechtsordnung beide integrale Bestandteile ein und derselben, einheitlichen Rechtsordnung sind. Damit gilt das Völkerrecht für den Staat automatisch<sup>34</sup>, ohne dass zu seiner Gültigkeit die Transformation der völkerrechtlichen Norm ins nationale Recht nötig ist (im Gegensatz zum Dualismus). Der Monismus als solcher besagt jedoch noch nichts zu einer allfälligen Rangordnung. Vielmehr sind innerhalb des Monismus zwei sich diametral entgegengesetzte Lösungsansätze denkbar:

1. Primat des Völkerrechts: Danach ist dem Völkerrecht (absoluten) Vorrang zuzusprechen, selbst wenn dieses mit der nationalen Verfassung kollidiert.
2. Primat des Landesrechts: Dabei wird das Völkerrecht

<sup>29</sup> So aus völkerrechtlichen Verträgen, Völkergewohnheitsrecht oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Vgl. dazu etwa KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 15 ff.

<sup>30</sup> Dabei handelt es sich um das Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH) vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501).

<sup>31</sup> Vgl. ausführlich dazu KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 89 ff.

<sup>32</sup> KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 93 f.; BBI 1989 II 757, 783 f.; BGE 111 Ib 138.

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5.1 mit Verweis auf BGE 125 II 417 E. 4d.

<sup>34</sup> Dies ist allerdings nicht zu verwechseln mit der unmittelbaren Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Bestimmungen (Voraussetzungen hierzu: Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt, justiziabel [konkret, hinreichen inhaltlich bestimmt und klar] und sich an die Rechtsanwenderin richten).

vollständig dem staatlichen Souveränitätsanspruch untergeordnet.

[Rz 33] In der Rechtswirklichkeit besteht hingegen im Sinne eines gemässigten Monismus überwiegend das Gebot, das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen (= Völkerrechtsfreundlichkeit). Ist im Einzelfall eine solche jedoch nicht möglich, hat der Rechtsanwender zu entscheiden, welche Regelung vorgeht. Dabei scheint weder der absolute Vorrang von sämtlichen völkerrechtlichen Bestimmungen noch der absolute Vorrang von Landesrecht zielführend zu sein, weshalb sich ein vermittelnder Weg aufdrängt. So wäre es auch gestützt auf demokratische und rechtsstaatliche Überlegungen meines Erachtens inadäquat, dass jede einzelne völkerrechtliche Bestimmung (z.B. alte Staatsverträge), die je erlassen wurde und für die Schweiz grundsätzlich bindend ist, der Bundesverfassung, die von Volk und Ständen demokratisch legitimiert wurde, in jedem konkreten Einzelfall vorgeht. So macht es denn auch beispielsweise wenig Sinn, eine administrative Norm in einem bilateralen Kunstförderungsvertrag auf die gleiche Rangstufe mit dem in der EMRK statuierten Folterverbot zu stellen und beiden generell den Vorrang vor der Verfassung zu geben.

#### e. Rangordnung gemäss materieller Bedeutung

[Rz 34] Da weder das nicht zwingende Völkerrecht noch das Verfassungsrecht absoluten Vorrang geniessen, ist nach der inhaltlichen Wichtigkeit der Regel die Rangordnung zu bestimmen. Da dies bisher durch den Verfassungsgeber bedauerlicherweise unterlassen wurde<sup>35</sup> und die Botschaft zur Verfassung dies – wie bereits oben dargelegt – explizit der Praxis überlässt<sup>36</sup>, obliegt es dem Rechtsanwender, im Einzelfall eine diesbezügliche Rangordnung aufzustellen, als wäre er der Gesetzgeber (vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB). Dabei hat er bewährter Lehre und Rechtsprechung zu folgen (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB).

[Rz 35] Gestützt auf völkerrechtstheoretische Überlegungen ist in diesem Zusammenhang von einem gemässigten Monismus auszugehen, bei dem das Gericht das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen hat (Völkerrechtsfreundlichkeit). Ist jedoch eine solche im Einzelfall nicht möglich (= echter Normkonflikt), so muss es die materielle Bedeutung sowohl der völkerrechtlichen Bestimmung als auch der dieser widersprechenden Verfassungsbestimmung ergründen. Es versteht sich von selbst, dass Grundprinzipien, elementare Menschenrechte sowie die Kerngehalte der Grundrechte – egal ob in Landesrecht oder Völkerrecht gekleidet – eine grosse Bedeutung zugemessen werden muss.<sup>37</sup> Anders

ausgedrückt: Tangiert beispielsweise in einem Einzelfall eine völkerrechtliche Norm den Kerngehalt eines in der Bundesverfassung statuierten Grundrechts, so geht das Landesrecht dem Völkerrecht vor. Gleiches muss für die umgekehrte Konstellation gelten, in der eine Verfassungsnorm in unversöhnlicher Art und Weise – d.h. eine völkerrechtskonforme Auslegung ist ausgeschlossen – einem völkerrechtlich statuierten Grundrecht zuwiderläuft.

[Rz 36] Vor dem Hintergrund der vorangehenden Ausführungen vermag die teilweise in der Lehre vertretene Ansicht, welcher auch das Bundesgericht zumindest zugeneigt scheint, wonach ein genereller Vorrang von Völkerrecht vor Landesrecht bestehe, nicht zu überzeugen. Genauso wenig leuchtet jedoch die von einem anderen Teil der Doktrin aufgestellte Lehre ein, wonach in Anwendung des Lex-posterior-Prinzips jüngere Verfassungsbestimmungen älteren völkerrechtlichen Normen generell vorgehen.<sup>38</sup> Das Erlassdatum kann höchstens als ein Kriterium unter anderen, dem aber meines Erachtens nicht allzu viel Gewicht beizumessen ist, bei der Entscheidungsfindung durch das Gericht im Rahmen der Ergreifung der inhaltlichen Wichtigkeit einer einschlägigen Norm miteinfließen.

[Rz 37] Anders wäre die Rechtslage hingegen, wenn der Verfassungsgeber selber de lege ferenda einer konkreten Verfassungsnorm Vorrang einräumen würde (so für die Durchsetzungsinitiative vorgesehen, BBI 2012 7371, 7375). Wie bereits oben erörtert, hat der Verfassungsgeber dies im Verhältnis zwischen Verfassung und nicht zwingendem Völkerrecht jedoch bisher gerade bewusst nicht getan und der Praxis überlassen (vgl. III.C.1.). Sollte der Verfassungsgeber jedoch einer Verfassungsnorm, die er zukünftig zu erlassen gedenkt, explizit Vorrang vor nicht zwingendem Völkerrecht zubilligen, so ist dies meiner Meinung nach de lege lata grundsätzlich ohne weiteres möglich. Der Verfassungsgeber könnte zudem präzisieren, dass die neue Verfassungsbestimmung Art. 190 BV vorgeht. Einen solchen Vorrang müssten die Gerichte bei ihrer Rechtsprechung entsprechend respektieren.

[Rz 38] In diesem Zusammenhang gilt es jedoch auf folgende Problematik hinzuweisen: Wird gestützt auf eine Volksinitiative eine neue Verfassungsnorm erlassen und dieser durch den Verfassungsgeber Vorrang sowohl im Verhältnis zu nicht zwingendem Völkerrecht als auch gegenüber anderen Verfassungsbestimmungen (inkl. Grundrechtskatalog und Art. 190 BV) eingeräumt, diese aber gegen elementare Grundrechte, die insbesondere in der EMRK verbrieft sind, verstösst, sieht sich der Rechtsanwender einer delikaten Situation gegenüber. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund dieser Problematik, die sich zumindest vergleichbar auch im Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und nicht zwingendem

<sup>35</sup> Grundsätzlich obliegt es dem Verfassungsgeber die innerstaatliche Wirkungsweise des Völkerrechts zu regulieren (KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 110).

<sup>36</sup> BBI 1997 1 ff., 134.

<sup>37</sup> Vgl. THÜRER DANIEL, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der

Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 190 f.; Bericht Bundesrat, S. 2309 f.

<sup>38</sup> Vgl. dazu die Hinweise im Bericht Bundesrat, S. 2309.

Völkerrecht stellen kann, tendieren wohl das Bundesgericht<sup>39</sup> und ein Teil der Lehre dazu, einen allgemeinen, nahezu absoluten Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht zu postulieren. Man möchte so wohl vermeiden, dass irgendeine neue Bestimmung – sei dies auf Verfassungs- oder Gesetzesebene – elementare Grundrechte aushebeln kann. Da – wie bereits weiter oben erörtert – ein solcher allgemeiner bzw. absoluter Vorrang auch erhebliche Nachteile mit sich bringt und meines Erachtens abzulehnen ist, stellt sich die Frage, wie man dieser Problematik sonst noch begegnen könnte. Ein möglicher Lösungsvorschlag soll nachfolgend skizziert werden.

### 3. Konfliktregel in der Verfassung de lege ferenda?

#### a. Postulat für eine allgemeine Konfliktregel in der Verfassung

[Rz 39] Meiner Meinung nach drängt sich aufgrund der voranstehenden Ausführungen und weil sich Lehre und Rechtsprechung relativ schwer tun, einen breiten Konsens zu dieser Problematik zu entwickeln, eine Regelung durch den Verfassungsgeber auf. In diesem Sinne sollte eine Verfassungsbestimmung erlassen werden, die ausdrücklich vorsieht, dass die elementaren Menschenrechtsgarantien – sei dies völkerrechtlicher oder verfassungsrechtlicher Natur<sup>40</sup> – im Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen respektive anderen nicht zwingenden völkerrechtlichen Bestimmungen Vorrang geniessen. Damit würde der Verfassungsgeber auf Verfassungsstufe auch klarstellen, dass keine Verfassungsnorm mittels Volksinitiative mit absolutem Vorrang vor anderen Verfassungsbestimmungen oder nicht zwingendem Völkerrecht verabschiedet werden kann.<sup>41</sup> Mit hin wäre zudem Art. 139 Abs. 3 BV dahingehend zu präzisieren, dass die Bundesversammlung auch eine Volksinitiative, die gegen die in der Verfassung sowie im Völkerrecht statuierten elementaren Menschenrechtsgarantien verstösst, für ganz oder teilweise ungültig erklärt. In diesem Sinne würde auch eine Volksinitiative, welche die Todesstrafe einführen möchte, für ungültig erklärt werden.<sup>42</sup> Dies ist bis anhin

leider nicht möglich, da das Verbot von Todesstrafen nicht zum *ius cogens* gezählt wird (vgl. III.B.).

#### b. Hängiger bundesrätlicher Vorentwurf zu einer punktuellen Konfliktregel

[Rz 40] Der Bundesrat hat aufgrund einer Motion einen Vorentwurf für eine mögliche Verfassungsänderung zur Ungültigkeit von Volksinitiativen ausgearbeitet, den er am 15. März 2013 der Öffentlichkeit präsentiert hat.<sup>43</sup> Man war gespannt, für welche Formulierung der Bundesrat optieren wird. Eine Formulierung, wonach der «Kerngehalt» der sowohl in der Verfassung als auch im Völkerrecht garantierten Grund- und Menschenrechte zu respektieren ist, ist meiner Meinung nach einer Formulierung, wonach der «Kerngehalt» der in der EMRK statuierten Rechte eine Schranke für eine Initiative darstellt, klar vorzuziehen.<sup>44</sup> Allerdings wird der Begriff «Kerngehalt» bisher grundsätzlich nicht im Zusammenhang mit der EMRK durch die Lehre und Rechtsprechung benutzt, wurde jedoch von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates ins Spiel gebracht.<sup>45</sup>

[Rz 41] Es ist zu begrüessen, dass sich der Bundesrat nun für erstere Formulierung entschieden hat, wonach das Parlament künftig eine Volksinitiative auch dann für ganz oder teilweise ungültig erklären würde, wenn sie den Kerngehalt der Grundrechte verletzt.<sup>46</sup> Im erläuternden Bericht hält der Bundesrat fest, dass darunter der Kerngehalt der Grundrechte der Bundesverfassung gemeint sei.<sup>47</sup> Da sich die Kerngehalte mit wichtigen völkerrechtlichen Garantien decken würden, könne die Einführung des neuen Ungültigkeitsgrundes im Ergebnis auch zu einer Verbesserung der Vereinbarkeit von Volksinitiativen und Völkerrecht beitragen.<sup>48</sup>

[Rz 42] Bedauerlicherweise beziehen sich die neuen

<sup>39</sup> Vgl. etwa BGE 136 II 241 E: 16.1; 122 II 485 E. a; Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5.1 f.m.w.H. auch auf die Lehre.

<sup>40</sup> Somit genügt es eben gerade nicht, lediglich auf den völkerrechtlichen *ordre public* zu verweisen, da auch die umgekehrte Richtung (z.T. Vorrang Verfassung vor Völkerrecht) erfasst sein soll. Dies umso mehr, da der Begriff völkerrechtlicher *ordre public* noch relativ unscharf ist und noch keine unbestrittene Bedeutung erlangt hat. Es wäre wünschenswert eine zumindest exemplarische Aufzählung der elementaren Menschenrechtsgarantien in der Bundesverfassung zu verankern, um für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.

<sup>41</sup> Somit wäre auch eine Regelung, wie sie die Durchsetzungsinitiative vorsieht, unstatthaft.

<sup>42</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV («Die Todesstrafe ist verboten.») sowie Protokoll Nr. 6 zur EMRK vom 28. April 1983 über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06).

<sup>43</sup> Vgl. dazu Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. März 2013 sowie den erläuternden Bericht zu den Vorlagen, abrufbar unter <[http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat\\_und\\_buerger/ref\\_gesetzgebung/ref\\_voelkerrecht.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_voelkerrecht.html)> (zuletzt besucht am 5. April 2013); Jurius, Direkte Demokratie: Volksinitiativen sollen besser kontrolliert werden, in: Jusletter 5. März 2012; vgl. in diesem Zusammenhang auch die parlamentarischen Vorstösse der Staatspolitischen Kommissionen von National- und Ständerat: 11.3468 Motion SPK-N vom 19. Mai 2011 sowie 11.3751 Motion SPK-S vom 28. Juni 2011.

<sup>44</sup> Im Übrigen ist es leider nicht vollkommen ausgeschlossen, dass die EMRK irgendeinmal aufgekündigt werden könnte.

<sup>45</sup> 11.3468 Motion SPK-N vom 19. Mai 2011: Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Volksinitiativen mit den Grundrechten. Unter Kerngehalt der EMRK könnten schwerlich lediglich die sogenannten notstandsfesten Garantien der EMRK verstanden werden, da diese grundsätzlich bereits zum *ius cogens* gezählt werden und somit keine eigentliche Neuerung mit sich bringen würde.

<sup>46</sup> Darüber hinaus sieht der Vorentwurf auch eine materielle Vorprüfung als Entscheidungshilfe vor.

<sup>47</sup> Erläuternder Bericht des Bundesrates, S. 12, abrufbar unter: <[http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat\\_und\\_buerger/ref\\_gesetzgebung/ref\\_voelkerrecht.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/staat_und_buerger/ref_gesetzgebung/ref_voelkerrecht.html)> (zuletzt besucht am 5. April 2013).

<sup>48</sup> Erläuternder Bericht des Bundesrates, S. 13.

Bestimmungen lediglich auf die Ungültigkeit von Initiativen. Wie hiervor unter III.C.3.a. beschrieben ist jedoch demgegenüber eine neue Bestimmung vorzuziehen, die als allgemeine Konfliktregel ausgestaltet wird. Zudem muss die Frage aufgeworfen werden, ob der Begriff «Kerngehalt», der Auslegungsprobleme nach sich ziehen könnte, wirklich verwendet werden muss.<sup>49</sup> Art. 36 Abs. 4 BV hält zwar fest, dass der Kerngehalt der Grundrechte unantastbar ist. Demgemäss kann ein Eingriff in den Kerngehalt eines Grundrechtes niemals gerechtfertigt werden. Eine Definition des Kerngehaltes lässt sich der Verfassung jedoch nicht entnehmen, womit die Deutungshoheit schliesslich der Lehre und Rechtsprechung zukommt. Der erläuternde Bericht des Bundesrates versucht diesbezüglich immerhin ein wenig Licht ins Dunkel zu bringen.<sup>50</sup>

#### IV. Rangordnung zwischen Bundesgesetzen und Verfassung

[Rz 43] Selbstverständlich steht staatsrechtstheoretisch die Verfassung hierarchisch über dem Bundesgesetz. Art. 190 BV statuiert jedoch, dass die rechtsanwendenden Behörden im Falle einer auslegungsweise nicht überwindbaren Normenkollision an die Bundesgesetze und das Völkerrecht gebunden sind.<sup>51</sup> Wie bereits weiter oben festgehalten (vgl. III.C.1.), ist Zweck dieser Bestimmung, die Gerichte daran zu hindern, eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bestimmungen auszuüben, die der Gesetzgeber erlassen oder (zumindest indirekt) genehmigt hat. Mit anderen Worten ist es den Gerichten versagt, eine eigene Interessenabwägung an die Stelle der bereits vorgenommenen Abwägung des Gesetzgebers zu setzen.<sup>52</sup>

[Rz 44] Es wurde in letzter Zeit viel über die mögliche Einführung einer wie auch immer gelagerten Verfassungsgerichtsbarkeit debattiert, sie wurde jedoch auf politischer Ebene vorerst erneut begraben. Der Nationalrat hatte sich zuerst nach einer bewegten Debatte noch für die Streichung von Art. 190 BV ausgesprochen, dies allerdings mit einer sehr knappen Mehrheit. Anschliessend stimmte im Juni 2012 dann eine Mehrheit des Ständerats gegen den Vorstoss. Im zweiten Anlauf ist die Grosse Kammer am 3. Dezember 2012 dann dem Ständerat mit 101 gegen 68 Stimmen deutlich gefolgt.<sup>53</sup> Mit dieser Entscheidung dürfte die Verfassungsgerichtsbarkeit wohl für längere Zeit von der politischen Agenda

verschwinden. Mithin können die Räte auch zukünftig Bundesgesetze verabschieden, welche im Widerspruch zur Verfassung stehen.

[Rz 45] Nichtsdestotrotz werden die Gerichte selbstverständlich auch in Zukunft Bundesgesetze möglichst verfassungskonform auszulegen haben, um (echte) Normkonflikte möglichst zu vermeiden. Ist im Einzelfall aber eine solche verfassungskonforme Auslegung nicht möglich, sind sie de lege lata gestützt auf Art. 190 BV an die Bundesgesetze gebunden. Hingegen kann das Gericht gegebenenfalls deren Anwendbarkeit gestützt auf Völkerrecht versagen (vgl. V. nachstehend).

#### V. Rangordnung zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht

##### A. Höchstrichterliche Rechtsprechung

[Rz 46] Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor. Dieser allgemeine Vorrang gilt gemäss Bundesgericht selbst für Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben. Zudem gelte dieser Vorrang auch gegenüber späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen. Mit anderen Worten käme die Lex-posterior-Regel im Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht nicht zur Anwendung. Die Schweiz könne sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. Somit würde eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung regelmässig unanwendbar bleiben.<sup>54</sup>

##### B. Kritik

[Rz 47] Das Bundesgericht scheint dem Völkerrecht eine Art absoluten Vorrang einzuräumen, so dass jegliche völkerrechtliche Bestimmung stets einem Bundesgesetz im Konfliktfall vorgeht. Diese apodiktische Betrachtungsweise gilt es zu hinterfragen.

[Rz 48] Natürlich ist der Erwägung des Bundesgerichts, wonach sich die Schweiz nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 WRK, «pacta sunt servanda»), beizupflichten. Das dem so ist, beschlägt jedoch lediglich die zwischenstaatliche (völkerrechtliche) Ebene. So bestehen völkerrechtliche Verpflichtungen unabhängig vom nationalen Recht. Demgegenüber verlangt das Völkerrecht regelmässig nicht, dass ein (nationales) Gesetz bei Verstoss gegen Völkerrecht als nichtig zu behandeln ist. Mit anderen Worten äusserst sich

<sup>49</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang die lesenswerte Bemerkung zu den Kerngehalten von Grundrechten in RIEDO CHRISTOF, FIOKA GERHARD, NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht, Basel 2011, N 1495.

<sup>50</sup> Erläuternder Bericht des Bundesrates, S. 21 ff.

<sup>51</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.3.4.

<sup>52</sup> Vgl. Bericht Bundesrat, S. 2308 f.

<sup>53</sup> Vgl. dazu [http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Volksrechte/idart\\_9065-content.html](http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Volksrechte/idart_9065-content.html) (zuletzt besucht am 21. Februar 2013).

<sup>54</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 5.1 mit Verweis u.a. auf 136 II 241 E. 16.1, 135 II 243 E. 3.1, 125 II 417 E. 4d sowie 122 II 485 E. 3a und Hinweisen auf die Literatur.

das Völkerrecht selber gerade nicht über seine innerstaatliche Behandlung.

[Rz 49] Das Bundesgericht beruft sich in seinen Erwägungen neben Art. 27 WRK auch auf Art. 5 Abs. 4 BV. Freilich hält Art. 5 Abs. 4 BV fest, dass Bund und Kantone Völkerrecht zu beachten haben, doch stellt diese Norm gerade keine eigentliche Konfliktregel für den Einzelfall dar. Deshalb kann aus dieser Bestimmung im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung kein allgemeiner Vorrang des Völkerrechts hergeleitet werden. Dies hält sowohl die Botschaft zur Verfassung als auch der Bericht des Bundesrates ausdrücklich fest (vgl. III.C.1).<sup>55</sup>

[Rz 50] Mithin lässt sich meiner Meinung nach entgegen den Ausführungen des Bundesgerichts kein absoluter Vorrang des Völkerrechts konstruieren. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtungsweise angezeigt. Es erscheint mir vor dem Hintergrund der voranstehenden Ausführungen sachgemäss, wenn die Rechtsanwenderin grundsätzlich von einem Vorrang des Völkerrechts vor Bundesgesetzen ausgeht. In diesem Sinne stellt der Vorrang des Völkerrechts den Regelfall dar. So geht zweifelsfrei das *ius cogens* sämtlichen Bundesgesetzen vor (vgl. III.B.). Darüber hinaus gehen völkerrechtliche Übereinkommen, welche Menschen- und Grundrechte zum Gegenstand haben (z.B. EMRK) den Bundesgesetzen ebenfalls vor (vgl. III.C.3.a.). Nun sind jedoch im Anwendungsbereich des «*ius dispositivum*» durchaus auch völkerrechtliche Normen denkbar, die aufgrund ihrer geringen materiellen Bedeutung nicht *eo ipso* sämtlichen Bundesgesetzen vorgehen sollten. Deshalb muss es dem Rechtsanwender in einem solchen Fall möglich sein, eine Güterabwägung vorzunehmen. Das Gericht soll nicht blind sämtlichen völkerrechtlichen Bestimmungen zum Durchbruch verhelfen. Steht einem Bundesgesetz weder *ius cogens* noch eine völkerrechtliche Bestimmung mit Grundrechts- bzw. Menschenrechtscharakter in einem echten Normenkonflikt gegenüber, soll stets eine Güterabwägung durch die Richterin möglich sein. Dabei soll sie im Fall eines echten Normenkonflikts zwischen Völkerrecht von geringer materieller Bedeutung (vgl. III.C.3.e.)<sup>56</sup> und einer späteren Bundesgesetzgebung, bei der der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht explizit in Kauf genommen hat<sup>57</sup>, eine Güterabwägung vornehmen und allenfalls dem Bundesgesetz Vorrang einräumen können.

[Rz 51] Die Ausführungen zeigen auf, dass die Schweiz zwar einem Monismus mit Primat des Völkerrechts folgt, doch sollte dieser Grundsatz nicht absolute Geltung beanspruchen.

Dies drängt sich umso mehr vor dem Hintergrund auf, dass die Bedeutung des Theorienstreits zwischen den Verfechtern einer monistischen Theorie und den Anhängern der dualistischen Theorie mittlerweile weitestgehend verblasst ist und sich überwiegend ein gemässigter Dualismus durchgesetzt hat<sup>58</sup>, auch wenn einzelne Staaten wie die Schweiz<sup>59</sup> der monistischen Theorie folgen.<sup>60</sup> Doch auch die Schweiz leitet den Geltungsgrund seiner eigenen Rechtsordnung nicht vom Völkerrecht ab, was ebenfalls gegen einen absoluten Vorrang von Völkerrecht spricht. In diesem Sinne könnte man im Verhältnis zwischen Völkerrecht und Bundesgesetzen von einem Monismus mit relativem Primat des Völkerrechts sprechen.

## VI. Rechtsvergleich mit Deutschland

### A. Dualismus statt Monismus

[Rz 52] Im Vergleich zur Schweiz folgt die Bundesrepublik Deutschland nicht der monistischen Theorie, sondern einem gemässigten Dualismus. Nach der Lehre des Dualismus sind Völkerrecht und innerstaatliches Recht eigenständige, unabhängig voneinander existierende Rechtsordnungen. Die dualistische Lehre verweist darauf, dass beide Rechtsordnungen ihre eigenen Rechtsquellen und Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung haben. Für diese Theorie spricht zudem, dass sowohl das Völkerrecht als auch das Recht der einzelnen Staaten jeweils ihre eigene Letztbegründung haben. Mit anderen Worten leitet das Völkerrecht seine Geltung nicht vom nationalen Recht her, und auch umgekehrt beansprucht das Landesrecht seine Geltung aus sich heraus. Demgemäss gilt das völkerrechtliche Vertragsrecht erst durch ein innerdeutsches Zustimmungsgesetz (oder eine Rechtsverordnung) gemäss Art. 59 Abs. 2 GG<sup>61</sup>. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze gelten kraft des Rechtsanwendungsbefehls in Art. 25 GG.<sup>62</sup>

[Rz 53] In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE<sup>63</sup>) Folgendes festgehalten: «Dem Grundgesetz liegt deutlich die klassische Vorstellung zu Grunde, dass es sich bei dem Verhältnis des Völkerrechts zum nationalen Recht um ein Verhältnis zweier unterschiedlicher Rechtskreise handelt und dass die Natur dieses Verhältnisses aus der Sicht des nationalen Rechts nur durch das

<sup>55</sup> BBl 1997 I ff., 134; Bericht Bundesrat, S. 2308.

<sup>56</sup> Womit Übereinkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, ausgenommen sind, da diesen eine grosse materielle Bedeutung zukommt. In diesem Zusammenhang kommt die «Schubert-Praxis» nicht zur Anwendung (vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1; 131 II 352 E. 1.3.1; 125 II 417 E. 4d; in einem Fall zu Unrecht offen gelassen: BGE 136 III 168 E. 3.3.4).

<sup>57</sup> Vgl. «Schubert-Praxis» und dazu BGE 99 Ib 39 E. 3 und 4; 125 II 417 E. 4d.

<sup>58</sup> HERDEGEN, a.a.O., § 22 N 1 f.

<sup>59</sup> Daneben auch die USA und Frankreich (vgl. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI, a.a.O., S. 111).

<sup>60</sup> Dennoch drängt sich kein Wechsel vom Monismus zum Dualismus auf (vgl. VI.D.).

<sup>61</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1).

<sup>62</sup> HERDEGEN, a.a.O., § 22 N 1 ff.

<sup>63</sup> BVerfGE 111, 307 (318).

nationale Recht selbst bestimmt werden kann; dies zeigen die Existenz und der Wortlaut von Art. 25 und 59 Abs. 2 GG.»

[Rz 54] Genau gleich wie im Monismus versteht es sich von selbst, dass auf zwischenstaatlicher Ebene die völkerrechtlichen Verpflichtungen unabhängig vom nationalen Recht bestehen. Deshalb kann sich – egal ob der monistischen oder dualistischen Lehre folgend – kein Staat gegenüber einer vertraglichen Verpflichtung darauf berufen, dass sie mit nationalem Recht kollidiert (Art. 27 WVK; vgl. III.2.c. sowie insbesondere V.B.).<sup>64</sup>

## B. Die sogenannte Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung

[Rz 55] Das Grundgesetz – also die Verfassung der Bundesrepublik – gebietet eine völkerrechtsfreundliche Ausrichtung<sup>65</sup>, die durchaus gewisse Parallelen zur völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz aufweist (vgl. III.C.1.).

## C. Verfassung steht über der EMRK

[Rz 56] Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht soll nachstehend anhand des Verhältnisses zwischen EMRK und Grundgesetz näher untersucht werden.

[Rz 57] Das Bundesverfassungsgericht hat diesbezüglich klargestellt, dass der EMRK lediglich der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zukommt.<sup>66</sup> Mithin steht sie in der Normenhierarchie unter dem Grundgesetz.<sup>67</sup> Mit anderen Worten steht die Verfassung über der EMRK.

[Rz 58] Dies wird jedoch durch den Umstand stark relativiert, dass das Bundesverfassungsgericht wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes davon ausgeht (vgl. VI.B.), dass die Gewährleistung der EMRK auf das Verfassungsrecht ausstrahlt und als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte heranzuziehen sind.<sup>68</sup> Dies gilt jedoch lediglich insoweit es dadurch zu keiner Beschränkung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz kommt.<sup>69</sup>

[Rz 59] Die Gerichte sind gemäss Art. 20 Abs. 3 GG an Recht

und Gesetz gebunden. Dazu gehört gemäss Bundesverfassungsgericht auch die Berücksichtigung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).<sup>70</sup> Dennoch bleiben die deutschen Gerichte an die nationalen Rechtsvorschriften, insbesondere an «tragende Grundsätze der Verfassung», gebunden und dürfen die EGMR-Urteile nur im Rahmen methodisch zulässiger Gesetzesauslegung – menschenrechtskonforme Interpretation eingeschlossen – umsetzen. Demnach ist ein schematischer Vollzug der EGMR-Urteile unzulässig.<sup>71</sup>

[Rz 60] Das Bundesverfassungsgericht hat sich somit eingehend zum Verhältnis zwischen Verfassung und EMRK geäußert und den Rahmen für die Rechtsanwenderin abgesteckt.

## D. Wechsel der Schweiz vom Monismus zum Dualismus?

[Rz 61] Die monistische Lehre ist in der Schweiz immer wieder hinterfragt worden. Im Parlament wurden seit 1996 diverse Vorstösse zur Einführung des Dualismus oder zumindest dualistischer Elemente eingebracht. Diese waren im Wesentlichen in der Sorge begründet, die Kompetenzen der Legislative würden im Zuge der Globalisierung ausgehöhlt.

[Rz 62] Fest steht, dass die Schweiz seit jeher Teil der monistischen Tradition ist und dass ein Wechsel vom Monismus zum Dualismus prinzipiell keine grossen Auswirkungen auf die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts hat.<sup>72</sup> Auch in der dualistischen Tradition obliegt es grundsätzlich gleich wie im Monismus dem Verfassungsgeber, die innerstaatliche Geltung festzulegen. So bestimmt denn auch das deutsche Grundgesetz die innerstaatliche Stellung des Völkerrechts (vgl. VI.C.).

[Rz 63] Mithin drängt sich meines Erachtens kein Wechsel der Schweiz zum Dualismus auf.

## VII. Würdigung und Postulat

[Rz 64] Das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht wirft komplexe Fragestellungen auf, die grundsätzlich nicht pauschal beantwortet werden können. Im Gegenteil, es drängt sich vielmehr eine differenzierte Betrachtungsweise auf, um der Sache gerecht zu werden.

[Rz 65] Zwar hat der Verfassungsgeber bisher die Klärung

<sup>64</sup> HERDEGEN, a.a.O., § 22 N 3.

<sup>65</sup> Vgl. zur Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung HERDEGEN, a.a.O., § 11 N 8 ff.

<sup>66</sup> BVerfG EuGRZ 2011, 297, 308 (Ziff. 87); BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1859 m.w.H.

<sup>67</sup> HELMS TOBIAS, Kindesrecht und Elternkonflikt – Internationale Vorgaben, insbesondere durch Art. 8, 14 EMRK, § 3 Wirkung der EMRK in Deutschland, wird demnächst im Giesecking Verlag in der Schriftenreihe «Beiträge zum europäischen Familienrecht», Gottwald Peter/Heinrich Dieter/Schwab Dieter (Hrsg.), als Band 14 mit dem Titel «Kindesrecht und Elternkonflikt» erscheinen.

<sup>68</sup> HELMS, a.a.O., § 3 Wirkung der EMRK in Deutschland, mit Verweis auf BVerfG EuGRZ 2011, 297, 309 (Ziff. 88 ff.).

<sup>69</sup> HELMS, a.a.O., § 3 Wirkung der EMRK in Deutschland, mit Verweis auf BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1860 f.

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch BOTTHOF ANDREAS, Der Schutz des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK und sein Einfluss auf die Anerkennung ausländischer Adoptionsentscheidungen, StAZ Nr. 3/2013, 77 ff., 79.

<sup>71</sup> HELMS, a.a.O., § 3 Wirkung der EMRK in Deutschland, mit Verweis auf BVerfG FamRZ 2004, 1857, 1861 f.; BVerfG EuGRZ 2011, 297, 310 (Ziff. 93 f.) und den bekannten Fall Görgülü (Görgülü gegen Deutschland), FamRZ 2004, 1456 ff., der das Bundesverfassungsgericht zur Klarstellung veranlasste. Vgl. zur jüngeren Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auch BVerfGE 128, 326 (Sicherungsverwahrung).

<sup>72</sup> Vgl. ausführlich dazu Bericht Bundesrat, S. 2320.

des Verhältnisses zwischen Landesrecht und dem völkerrechtlichen «ius dispositivum» der Praxis überlassen, doch ist meiner Meinung nach eine diesbezügliche Klärung durch den Verfassungsgeber zu postulieren. In diesem Sinne obliegt es Volk und Ständen, eine allgemeine Kollisionsnorm in der Verfassung zu verankern und – indem Licht ins Dunkel gebracht wird – endlich für mehr Klarheit und somit für eine grössere Rechtssicherheit zu sorgen, die schliesslich mit einer Stärkung des schweizerischen demokratischen Rechtsstaates einhergehen würde.

---

Dr. iur. Christophe A. Herzig, von 2008–2011 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht I an der Universität Freiburg i.Üe.; 2011–2012 Gerichtsschreiber i.V. am Regionalgericht Bern-Mittelland; 2012 Promotion an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg i.Üe. (Dr. iur.) sowie Oberassistent für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

---

\* \* \*