

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Staatsrechtslehrertagung in Zürich, 19. April 2008

Referat von Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann
(Es gilt das gesprochene Wort)

Übersicht

I. Ausgangslage.....	2
1. Entwicklung des Völkerrechts von einem inter-nationalen Recht zu einem Recht der Kooperation und Integration.....	2
2. Auswirkungen auf die nationale Souveränität: Gewandeltes Souveränitätsverständnis.....	3
3. Rolle von Völkerrecht und nationaler Rechtsordnung.....	4
4. Einbindung des Völkerrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung.....	5
II. Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht.....	6
1. Normenhierarchie im Völkerrecht.....	6
a) Ius cogens.....	6
b) Verpflichtungen aus der UNO-Charta.....	6
c) Normen erga omnes.....	6
d) Völkergewohnheitsrecht.....	7
2. Verhältnis BV – Völkerrecht?.....	7
a) Kollision BV – zwingendes Völkerrecht.....	7
b) Kollision BV mit „faktischem“ ius cogens?.....	8
c) Verfassungswidriges Völkerrecht; Kollisionen innerhalb des Völkerrechts (Fall Nada).....	9
3. Verhältnis BG – Völkerrecht?.....	10
a) Revidiertes Ausländer- und Asylgesetz und Kinderrechtskonvention.....	10
b) Steuerbefreiung von Biotreibstoffen und WTO-Recht.....	11
c) Einbettung ins geltende „Kollisionsrecht“ und die Rechtsprechung des Bundesgerichts ..	13
III. Handlungsoptionen bei Inkompatibilität von Völkerrecht und Landesrecht.....	14
IV. Schluss.....	15
Anhang.....	16

Liebe Kolleginnen und Kollegen

An einer Veranstaltung wurde mir kürzlich entgegnet, Völkerrecht und Landesrecht bewegten sich im besten Fall wie zwei Schiffe in dunkler Nacht aneinander vorbei, häufig seien sie jedoch auf Kollisionskurs. Wir diskutieren heute über ein Thema, das wie kaum eine andere rechtliche Frage die Gemüter in der Schweiz bewegt. Nach den spannenden Voten heute morgen möchte ich den Bogen jetzt noch etwas weiter spannen und versuchen, einige grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Bundesrecht zu formulieren.

Ich werde meine Ausführungen in drei Teile gliedern und zunächst einen kurzen Überblick über die Ausgangslage – konkret das rechtliche Spannungsfeld von nationaler Souveränität und internationaler Zusammenarbeit als Grundthema – geben, dann in einem zweiten Teil auf verschiedene Konfliktkonstellationen zwischen Völkerrecht und Bundesrecht eingehen. Der dritte Teil wird sich mit den Handlungsoptionen im Falle eines Normkonflikts befassen. Enden werde ich nicht mit Antworten, sondern mit einigen Fragen und Themen für unsere Diskussion.

I. Ausgangslage

Drei Faktoren bestimmen das Umfeld, in dem unsere Diskussion stattfindet: Zum einen die *Weiterentwicklung des Völkerrechts* von einem Recht der Koexistenz souveräner Staaten zu einem Recht der Kooperation und in jüngster Zeit teilweise zu einem Recht der Integration. Diese Entwicklung des Völkerrechts beeinflusst – zweitens – die nationale *Souveränität*, die heute nicht mehr absolut, sondern vermehrt materiell zu verstehen ist. Dritter bestimmender Faktor ist m.E. die *Rolle* von Völkerrecht und nationaler Rechtsordnung für die Entwicklung der Gesellschaft. Eng verbunden mit der Frage nach der Rolle des Völkerrechts ist seine rechtliche Stellung im nationalen Recht. Ich werde deshalb am Schluss dieses ersten Teils kurz auf die Frage von Monismus und Dualismus eingehen.

1. Entwicklung des Völkerrechts von einem inter-nationalen Recht zu einem Recht der Kooperation und Integration

Während grundsätzlich Einigkeit in allen Lagern besteht, dass das Spannungsfeld von nationaler Souveränität und internationaler Zusammenarbeit Grundthema der Diskussion um das

Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht ist, werden die Entwicklungen, welche zu dieser Situation geführt haben zum Teil übersehen:

So ist das Völkerrecht kein statisches Rechtsgebiet, sondern hat sich – vor allem seit dem 20. Jahrhundert – grundlegend verändert: Nach dem Westfälischen Frieden von 1648 ist das Völkerrecht ein *inter-nationales* Recht der *Koexistenz* zwischen souveränen Staaten. Typische Beispiele für solche inter-nationalen Regelungen sind etwa Bestimmungen zum diplomatischen Schutz. Der Übergang zu einem Recht der *Kooperation* wird mit der Gründung der UNO offensichtlich: Verschiedene Sachfragen werden jetzt dem nationalen Regelungsbereich entzogen und zu internationalen Angelegenheiten erklärt. Damit wird die nationale Souveränität substantiell eingeschränkt. Beispiele für solche Regelungen sind zahlreich: Das Gewaltverbot schränkt das nach einem absoluten Souveränitätsverständnis unbeschränkte Recht der Staaten zur Kriegsführung ein. Menschenrechte werden zu einem internationalen, nicht mehr ausschliesslich innerstaatlichen Thema. Das gleiche gilt für den Umweltschutz. Jüngere Beispiele sind auch die im Rahmen der WTO abgeschlossenen Abkommen. Schliesslich ist – bisher erst auf einzelnen Gebieten – eine Weiterentwicklung von der Kooperation zu einem Recht der *Integration* festzustellen. Prominentestes Beispiel ist die Europäische Union.

2. Auswirkungen auf die nationale Souveränität: Gewandeltes Souveränitätsverständnis

Ohne den Willen der Staaten zur Stärkung der internationalen Gemeinschaft wäre diese völkerrechtliche Entwicklung nicht möglich gewesen. Sie setzt voraus, dass das traditionelle, von Jean Bodin geprägte absolute Souveränitätsverständnis einem materiell geprägten Souveränitätsbegriff weicht.

Was meine ich damit? Die von einigen politischen Exponenten vertretene Ansicht, Völkerrecht sei zwar nicht „gottgegeben“, werde aber von „anderen Göttern“ resp. „Vögten“ wie „internationalen Experten, hochkarätigen Juristen, angesehenen Professoren, Regierungen“ etc. losgelöst von demokratischen Verfahren erlassen, ist verkürzt und macht es sich zu einfach.

Wenn wir genau hinschauen, stellen wir fest, dass tatsächlich eine Verschiebung stattfindet: Die Globalisierung des Rechts führt nicht nur zu einer Übertragung von Aufgaben an die internationale Gemeinschaft – also einer Verschiebung von der nationalen zur internationalen Ebene, wie das bei den Menschenrechten im Referat meines Kollegen Andreas Auer deutlich

zum Ausdruck kam – sondern zeitigt auch Wirkungen im Inland: Auf horizontaler Ebene verschiebt sich durch die verstärkte internationale Zusammenarbeit das Gewicht von der Legislative hin zur Exekutive. Damit verbunden ist aus vertikaler, föderalistischer Sicht auch eine Akzentuierung der Kompetenzen des Bundes gegenüber den Kantonen. Diese Verschiebungen widerspiegeln aber nicht eine „feindliche Übernahme“ nationalen Rechts durch das Völkerrecht, sondern eine *Entwicklung des Völkerrechts*, die auch von der Schweiz im Rahmen der demokratischen Willensbildung – Stichwort Staatsvertragsreferendum – *mitgetragen* wird. Diese Entwicklung lässt sich meines Erachtens nicht umkehren. An die Stelle des auf Abwehr von Eingriffen beruhenden klassischen Souveränitätsbegriffes muss deshalb ein materielles, auf *Partizipation* und *Gestaltung* ausgerichtetes Souveränitätsverständnis treten. Damit stellt sich die Frage nach der Rolle, welche das Völkerrecht für unsere Gesellschaft spielt. Ist es wirklich – um zum Anfangsbild zurückzukehren – die Rolle eines unabhängig vom nationalen Recht navigierenden Schiffes?

3. Rolle von Völkerrecht und nationaler Rechtsordnung

Viel Tinte wurde in jüngster Zeit zur Diskussion der Rolle der Souveränität im Selbstverständnis der Schweiz verwendet; ich werde sie an dieser Stelle nicht wiederholen. Auf weit weniger Interesse stiess die Frage nach der *Rolle* des Völkerrechts.

Wenn wir uns die eingangs geschilderte völkerrechtliche Entwicklung vor Augen halten, wird deutlich, dass ein wesentliches Anliegen darin bestand, die Staatengemeinschaft möglichst umfassend einzubinden. Während es in den Anfängen darum ging, auch den in Kriegen unterlegenen Staaten die *Teilnahme* und *Mitsprache* zu ermöglichen, folgten später Anstrengungen zur Einbindung der Entwicklungsländer und der neuen Staaten. Partizipation ist damit nicht nur im (schweizerischen) Demokratieverständnis, sondern auch im Völkerrecht ein zentrales Prinzip. Im Unterschied zum Abseitsstehen gibt die Mitwirkung an der Entwicklung des Völkerrechts der Schweiz die Möglichkeit, sich in die internationale Gemeinschaft einzubringen und ihre Interessen dort *aktiv* zu vertreten.

Innerstaatlich folgt daraus die Aufgabe, die Partizipation auf internationaler Ebene auch innerhalb der schweizerischen politischen Prozesse abzustützen und die Partizipation der Bürgerinnen und Bürger durch demokratisch legitimierte Verfahren zu gewährleisten. Das Staatsvertragsreferendum, welches wegen der zunehmenden Bedeutung des Völkerrechts ausgedehnt wurde, beruht auf diesen Überlegungen. Ausgangspunkt ist dabei gerade *nicht* ein

fundamentaler Gegensatz zwischen Völkerrecht und schweizerischem Recht, sondern vielmehr das *geteilte Ziel* der Partizipation und damit eines friedlichen Zusammenlebens. Die beiden Schiffe Völkerrecht und Landesrecht segeln also unter gleicher Flagge, sie sind komplementär.

4. Einbindung des Völkerrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung

In der jüngsten Diskussion wurde ein Wechsel zum Dualismus als Lösungsmöglichkeit für das geschilderte Spannungsverhältnis zwischen Souveränität und internationaler Zusammenarbeit angeführt. Völkerrechtlich geboten ist seine Einhaltung durch die Staaten, es gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*. Der Entscheid darüber, ob und wie es in die eigene nationale Rechtsordnung integriert wird, bleibt den Staaten überlassen. Die Schweiz folgt bekanntlich dem monistischen System, welches keine Transformation des Völkerrechts erfordert, damit es innerstaatlich Geltung erlangt.

Völkerrechtlich stünde einem Wechsel zum dualistischen System, wie es etwa das Vereinigte Königreich oder skandinavische Länder kennen, nichts entgegen. Allerdings würde ein solcher Systemwechsel nichts zur Lösung des geschilderten Problems beitragen und im Gegenteil die Situation der Bürgerinnen und Bürger verschlechtern. Die Erfahrungen des Vereinigten Königreichs mit der EMRK belegen dies: Das Vereinigte Königreich folgt aus historischen Gründen einem dualistischen System, so dass Völkerrecht von den nationalen Gerichten nur angewandt werden kann, wenn es zuvor ins nationale Recht transformiert worden ist. Das galt auch für die EMRK. Sie wurde erst im Jahr 1998 – also 37 Jahre nach der Ratifikation durch Grossbritannien – mit dem Human Rights Act in die innerstaatliche Rechtsordnung integriert. Trotzdem war Grossbritannien vor dem Jahr 2000 mehrfach vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wegen Verletzungen der EMRK verurteilt worden. Das dualistische System benachteiligte hier die Bürgerinnen und Bürger: Vor dem Erlass des Human Rights Act konnten sie Verletzungen der EMRK nur vor dem EGMR, nicht aber vor englischen Gerichten rügen. Auch die skandinavischen Staaten haben im Hinblick auf die zunehmende internationale Verflechtung die EMRK ins nationale Recht transformiert.

Das Beispiel macht deutlich, dass sich durch einen Wechsel vom Monismus zum Dualismus nichts an einer möglichen Kollision zwischen völkerrechtlichen und nationalen Bestimmungen ändert. Unabhängig vom gewählten System bleibt die Schweiz *völkerrechtlich verant-*

wortlich; daran würde sich auch nichts ändern, wenn der Souverän die Transformation von durch die Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen verweigerte.

II. Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Bevor wir einen Blick auf potentielle Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht werfen, möchte ich kurz auf die Normenhierarchie im Völkerrecht eingehen. Das ist deshalb wichtig, weil das Völkerrecht im Unterschied zum schweizerischen Recht keinen umfassenden Stufenbau verschiedener Rechtsquellen mit einer klaren formellen Hierarchie kennt.

1. Normenhierarchie im Völkerrecht

a) Ius cogens

Innerhalb des Völkerrechts genießt das *ius cogens* gemäss Art. 53 Abs. 2 der Wiener Vertragsrechtskonvention Vorrang vor allen anderen Normen. Der Inhalt der zwingenden Normen ist allerdings umstritten. So hat sich der Internationale Gerichtshof erst 2006 zum ersten Mal ausdrücklich auf zwingendes Völkerrecht bezogen: Er hat im Fall Kongo vs. Ruanda das Genozidverbot als Bestandteil des *ius cogens* anerkannt. Die Mehrheit der Lehre zählt heute neben dem Genozidverbot das Verbot des Angriffskrieges, das Folterverbot, das Verbot der Sklaverei und Rassendiskriminierung sowie den Grundsatz des *non-refoulement* zum zwingenden Völkerrecht. Wir können also für den Moment festhalten, dass unbestritten zwingendes Völkerrecht nicht zwingendem vorgeht, der *Inhalt* des *ius cogens* aber umstritten ist.

b) Verpflichtungen aus der UNO-Charta

Eine hierarchische Vorrangstellung nehmen im Völkerrecht auch Verpflichtungen, welche sich aus der UNO-Charta ergeben, ein. Sie gehen gemäss Art. 103 der Charta nicht nur innerstaatlichem Recht, sondern auch anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen vor. Dazu zählen insbesondere Pflichten, die auf verbindlichen Resolutionen des Sicherheitsrates beruhen.

c) Normen erga omnes

Ein spezieller Status kommt im Völkerrecht den *Verpflichtungen erga omnes* zu. Gemäss der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs gehören dazu insbesondere Verpflichtun-

gen, die sich aus den fundamentalen Menschenrechten ergeben. Sie gelten gegenüber der *ganzen Staatengemeinschaft*, nicht nur gegenüber den Vertragsstaaten. Dieser besondere Status bezüglich *Schutzbereich* wird in der politischen Diskussion und z.T. auch in der Lehre mit einer hierarchisch übergeordneten Position verwechselt. Das ist nicht der Fall. Normen *erga omnes* können zum *ius cogens* zählen, die Begriffe sind aber nicht deckungsgleich.

d) **Völkergewohnheitsrecht**

Eine Sonderstellung kommt auch dem Völkergewohnheitsrecht zu, indem es als ungeschriebene Rechtsquelle anerkannt wird. Diese Anerkennung ist aber nicht mit einer Vorrangstellung verbunden. Die Sonderstellung bezieht sich einzig und allein auf den Geltungsgrund der langjährigen Praxis und Rechtsüberzeugung.

Zusammenfassend ergibt sich, dass im Völkerrecht nur in zwei Fällen Normen gestützt auf ihren *Inhalt* eine Vorrangstellung innerhalb des Völkerrechts zukommt: Dem zwingenden Völkerrecht und Verpflichtungen aufgrund der UNO-Charta. Da verbindliches positives Völkerrecht immer auf einer Vereinbarung zwischen Staaten beruht, unterliegt es dem Prinzip von *pacta sunt servanda*. Dabei spielt es für die *völkerrechtliche Geltung* grundsätzlich keine Rolle, ob eine solche Vereinbarung gegen innerstaatliches Recht verstösst, weil beispielsweise Zuständigkeitsnormen verletzt werden, oder ob sie statt in einem formellen Vertrag, der dem Staatsvertragsreferendum unterliegt, nur durch einen Briefwechsel getroffen wird.

2. **Verhältnis BV – Völkerrecht?**

a) **Kollision BV – zwingendes Völkerrecht**

Die Frage des Verhältnisses von Verfassung und Völkerrecht stellt sich vor allem im Zusammenhang mit Volksinitiativen; sie wurde im ersten Teil unserer Veranstaltung ausführlich diskutiert. Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 halten fest, dass eine Verfassungsrevision nicht zwingendem Völkerrecht widersprechen darf. Zwingendes Völkerrecht geht demnach dem Willen des Verfassungsgebers vor.

Umstritten ist allerdings, ob unter zwingendem Völkerrecht ein völkerrechtlicher – und damit unscharfer – oder eigenständiger, weitergehender schweizerischer Begriff zu verstehen ist. Der Bundesrat hielt in der Botschaft fest, bei den Bestimmungen des zwingenden Völker-

rechts handle es sich um Normen, „die für einen Rechtsstaat von derart grundlegender Bedeutung sind, dass er sich den daraus fliessenden Verpflichtungen auf keine Weise entziehen kann“ (BBl 1997 I 1 ff., 362). Diese Formulierung entspricht nicht der klassischen Definition des *ius cogens* im Völkerrecht; vielmehr erinnert sie an das Konzept der *materiellen Schranken* der Verfassungsrevision, welches bekanntlich nicht Eingang in die revidierte Verfassung gefunden hat, obwohl es in den Beratungen eingehend diskutiert wurde.

Für eine eigenständige Interpretation des zwingenden Völkerrechts spricht die Tatsache, dass das völkerrechtliche *ius cogens* einer Entwicklung ausgesetzt ist, die sich nur schwer abschätzen lässt. Eine eigenständige Interpretation durch die Schweiz würde in jedem Fall den Umfang des *völkerrechtlichen ius cogens*-Begriffs nicht verändern, sondern vielmehr die für die Schweiz aus ihrer Sicht unabdingbaren völkerrechtlichen Verpflichtungen umschreiben.

Unabhängig davon, welcher Meinung man sich anschliesst: Der Begriff des zwingenden Völkerrechts in der BV ist unklar und auslegungsbedürftig.

b) Kollision BV mit „faktischem“ *ius cogens*?

In der Diskussion werden unkündbare völkerrechtliche Verträge sowie Verträge, welche für die Schweiz aus politischen Gründen unkündbar sind, gelegentlich als „faktisches“ *ius cogens* bezeichnet. Als Beispiele werden etwa der UNO-Pakt II, der keine Kündigungsklausel enthält, oder das WTO-Abkommen, aus dem sich die Schweiz praktisch nicht zurückziehen kann, erwähnt. „Faktisches“ *ius cogens* soll deshalb der BV vorgehen.

Letztlich geht es bei dieser Argumentation um die Frage, ob mit einer völkerrechtswidrigen Bestimmung in der BV ein nicht wiedergutzumachender Nachteil entsteht. Dabei ist zu prüfen, ob bei einem Widerspruch der durch die Völkerrechtsverletzung entstandene Schaden durch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit behoben werden kann. Dies könnte etwa bei einer Verurteilung durch die Streitbeilegungsorgane der WTO gegeben sein. Nur in den Fällen, in welchen die völkerrechtliche Verantwortlichkeit *nicht* ausreicht, um den entstandenen Schaden zu beheben, würde nach dieser Argumentation Völkerrecht der BV vorgehen.

Der Begriff des „faktischen“ *ius cogens* ist zweifellos unglücklich gewählt, weil er in doppelter Hinsicht mit Unsicherheit behaftet ist. Die Überlegung, dass sich die Schweiz bestimmten völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht entziehen *kann* resp. nicht entziehen *will*, auch wenn diese formell nicht zwingender Natur sind, ist hingegen berechtigt. Klärungsbedürftig ist, welchem Organ ein solcher Entscheid übertragen werden soll und ob nicht in der

BV eine andere Formulierung gewählt werden sollte, wie dies Helen Keller mit ihrem Vorschlag auf die „vitalen Interessen der Schweiz“ abzustellen, getan hat.

c) **Verfassungswidriges Völkerrecht; Kollisionen innerhalb des Völkerrechts (Fall Nada)**

In seltenen Fällen kann eine Kollision zwischen BV und Völkerrecht auch dadurch entstehen, dass eine völkerrechtliche Bestimmung *weniger* weit geht als die BV. Eine solche Konstellation liegt bei der sog. *Consolidated List* des UNO-Sanktionsausschusses von Personen mit Verbindungen zu terrorismusnahen Personen oder Organisationen vor. Die Liste stützt sich auf eine Resolution des UNO-Sicherheitsrates und ist damit auch für die Schweiz verbindlich. Personen, die zu unrecht auf dieser Liste aufgeführt sind, steht ein De-Listing-Verfahren im Rahmen der UNO zur Verfügung. Dieses Verfahren enthält aber keine wirksame Beschwerdemöglichkeit und widerspricht den Verfahrensgarantien in Art. 29a BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II.

Damit liegt eine doppelte Kollision sowohl mit Landesrecht als auch mit Völkerrecht vor. Die Kollisionsregel von Art. 103 UNO-Charta hilft uns allerdings nicht weiter, da nicht nur die Resolution des Sicherheitsrates auf der UNO-Charta beruht, sondern auch der Schutz der Menschenrechte und damit – zumindest indirekt – auch der UNO-Pakt II.

Das Bundesgericht hat im Entscheid *Nada* bekanntlich entschieden, dass in diesem Fall die UNO-Sanktionen den menschenrechtlichen Garantien vorgehen. Es hat sich in seiner Begründung am Urteil des Europäischen Gerichtshofes Erster Instanz (EuGEI) im Fall *Kadi* orientiert.

Das Bundesgericht hat sich wie auch der EuGEI auf die Prüfung beschränkt, ob die Massnahmen des Sicherheitsrates gegen völkerrechtliches *ius cogens* verstossen. Es behandelt die Beschwerde von Nada mit anderen Worten unter dem Aspekt eines Konflikts zwischen völkerrechtlichen Normen – der Resolution des Sicherheitsrates auf der einen, EMRK und UNO Pakt II auf der anderen Seite. Diesen Konflikt reduziert das Bundesgericht in seiner Urteilsbegründung allerdings auf das Verhältnis von zwingendem und nicht zwingendem Völkerrecht. Dass sich Normen, welche dem Schutz unterschiedlicher Interessen dienen, gegenüberstehen, scheint das Bundesgericht zwar zu erkennen, wenn es feststellt, dass das De-Listing-Verfahren aus Sicht der Grundrechte gewichtige Mängel aufweist. Da die Resolution des Sicherheitsrates für die Schweiz verbindlich sei und keinerlei Ermessensspielraum offen lasse,

nimmt das Bundesgericht aber in der Folge *keine* Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz der Menschenrechte und dem der Terrorismusbekämpfung vor.

Diese Überlegung überzeugt m.E. nicht: Der für die Schweiz zentrale grundrechtliche Schutz im Bereich der Verfahrensgarantien kann nicht durch einen blossen Hinweis auf die umfassende Zuständigkeit des Sicherheitsrates aufgehoben werden. Vielmehr ist die Situation genauer zu analysieren. Was würde geschehen, wenn die Schweiz in eigener Regie Personen von der *Consolidated List* streicht? Im Sinne eines *worst case scenarios* könnte ein solches Vorgehen die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Schweiz auslösen. Deren Folgen müssten sorgfältig geprüft werden. Zweifellos käme es im Sicherheitsrat zu einer Diskussion über das Vorgehen der Schweiz. Angesichts der Initiativen für ein rechtsstaatlich ausgestaltetes De-Listing-Verfahren auf UNO-Ebene, welche die Schweiz bislang unterstützt hat, könnte eine solche durchaus auch positive Wirkungen haben. Für unsere Fragestellung scheint mir die Folgerung klar: Wo Völkerrecht mit den Grundrechten der Verfassung kollidiert, ist über den Vorrang erst nach genauer Prüfung der Folgen einer möglichen Völkerrechtsverletzung durch die Schweiz zu entscheiden. Die Grundrechte sind ein tragender Pfeiler unserer Verfassung – ein Konflikt mit Völkerrecht ist deshalb nicht als reine Zuständigkeitsfrage zu qualifizieren.

Sowohl der Nada-Entscheid als auch das Kadi-Urteil werden uns noch beschäftigen, da beide weitergezogen wurden: Der Generalanwalt Poiares Maduro vertritt in seinen Schlussanträgen im Fall Kadi eine ähnliche Haltung wie die hier skizzierte. Der Entscheid des Europäischen Gerichtshofs wird in diesem Sommer erwartet und dürfte wohl auch Einfluss auf das hängige Verfahren i.S. Nada beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte haben.

3. Verhältnis BG – Völkerrecht?

Lassen Sie mich nun den Konflikt zwischen Bundesgesetzen und Völkerrecht nicht abstrakt, sondern anhand von zwei Beispielen illustrieren.

a) Revidiertes Ausländer- und Asylgesetz und Kinderrechtskonvention

Das revidierte Ausländergesetz und das revidierte Asylgesetz sind in verschiedener Hinsicht nicht mit der von der Schweiz ratifizierten Kinderrechtskonvention vereinbar. Beispielhaft erwähnt seien

- die Aufhebung der Vaterschaftsvermutung bei Scheinehen, welche letztlich die Kinder bestraft;
- der neue Ausschaffungsgrund bei Nichtbeschaffung der nötigen Papiere innert 48 Stunden, welcher Kinder gleich hart trifft wie erwachsene Sans-Papiers;
- Streichung der Sozialhilfe auch für Kinder und Jugendliche bei negativen Asylentscheiden und Nichteintretensentscheiden;
- Zwangsmassnahmen, die zur Inhaftierung von Jugendlichen bis zu einem Jahr führen können, ohne dass diese ein Delikt begangen haben.

Trotz dieser Widersprüche wurden die Revisionen von AsylG und AuG im Parlament verabschiedet und vom Volk gutgeheissen. Parlamentarische Vorstösse (Anfrage Berberat 06.172 vom 19. Juni 2006 und Postulat Menétrey-Savary 06.3482 vom 4.10.2006) wurden vom Bundesrat mit dem Hinweis auf die Vorprüfung der Gesetzestexte und die ohnehin notwendige Berichterstattung im Rahmen der UNO sowie die noch fehlenden Erfahrungen mit den neuen Bestimmungen beantwortet. Das bedeutet konkret, dass die Anwendung der revidierten Bestimmungen sowie weitere Entwicklungen zunächst abgewartet werden sollten, womit in Kauf genommen wurde, dass allenfalls die Kinderrechtskonvention verletzt sein könnte. Der Bundesrat behielt sich vor, auf eine solche Verletzung gegebenenfalls später – wohl mit einer erneuten Revisionsvorlage – zu reagieren.

Die Verletzungen der Kinderrechtskonvention sind nun möglicherweise Gegenstand der ersten Überprüfung der schweizerischen Menschenrechtslage durch den Menschenrechtsrat der UNO, die momentan läuft und im Mai dieses Jahres abgeschlossen wird.

b) Steuerbefreiung von Biotreibstoffen und WTO-Recht

Das zweite Beispiel betrifft eine auf den ersten Blick eher technisch anmutende Materie: Am 23. März 2007 verabschiedete das Parlament die Revision des Mineralölsteuergesetzes. Das revidierte Gesetz sieht unter anderem eine Steuerbefreiung für Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen, sog. Biotreibstoffe, vor. Zum Schutz der inländischen Produktion und Landwirtschaft beschloss das Parlament entgegen dem Vorschlag des Bundesrates zudem, dass der Bundesrat die steuerbefreit importierbare Treibstoffmenge unter Berücksichtigung des inländischen Angebots festlegen und Mindestanforderungen an den Nachweis einer positiven Ökobilanz festlegen soll (zu den Voten vgl. Amtl. Bull. 5.10.2006, Geschäft 06.035). Über-

dies verpflichtet das Gesetz den Bundesrat, auf sozial annehmbare Produktionsbedingungen zu achten.

Der Bundesrat hatte während der Beratungen im Parlament verschiedentlich darauf hingewiesen, dass diese Zusatzmassnahme im Hinblick auf *WTO-Recht* und das Freihandelsabkommen problematisch sei. Beim Erlass der Mineralölsteuerverordnung trug er diesen Bedenken – entgegen dem Willen des Parlaments – Rechnung, indem er eine *völkerrechtskonforme* Variante wählte. So wird zwar eine Mengenbeschränkung für den Import von Biotreibstoffen festgelegt, den steuerbefreiten Mengen werden aber sowohl importierte als auch im Inland hergestellte Mengen von Biotreibstoffen angerechnet. „Die Mengen werden so hoch angesetzt, dass in der Praxis keine mengenmässige Beschränkung der Einfuhr resultiert“ (Erläuterungen zur Änderung der Mineralölsteuerverordnung vom 30. Januar 2008, S. 6).

Damit dürfte die Kompatibilität mit WTO-Recht gesichert sein. Offen bleibt aber die Frage, ob der Weg über eine Verordnung, welche nur dem Buchstaben nach gesetzeskonform ist, befriedigt. Der Wille des Gesetzgebers weist in eine andere Richtung als die nun vom Bundesrat vorgenommene Ausführung. Der Bundesrat hat versucht, mit einem Brief an die Präsidenten der zuständigen Kommissionen diesen Bedenken Rechnung zu tragen (vom Bundesrat verabschiedeter Brief vom 4. Juli 2007).

Ein zweites Problem findet erst seit kurzem Aufmerksamkeit in der Öffentlichkeit, obwohl es in der Forschung schon länger Gegenstand von intensiven Diskussionen ist: Das Verhältnis zwischen der Förderung von Biotreibstoffen und dem Recht auf Nahrung. Jean Ziegler hat in einem Bericht auf Engpässe in der Versorgung mit Nahrungsmitteln hingewiesen, an der Jahrestagung der Weltbank letzte Woche wurde die Herstellung von Biotreibstoff von einem Minister gar als „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ bezeichnet. Auch wenn diese Qualifizierung sicher zu weit geht, stellt sich doch die Frage nach dem Verhältnis der Förderung von Biotreibstoff und der Gewährleistung einer angemessenen Versorgung mit Nahrungsmitteln wie sie vom UNO-Pakt I vorgegeben wird.

Damit sind bei der Prüfung der Steuerbefreiung von Biotreibstoffen mehrere Konfliktsituationen zu unterscheiden: Es geht zum einen um das Verhältnis von BG resp. VO zu WTO-Recht und zum UNO-Pakt I. Dabei ist es denkbar, dass die Steuerbefreiung WTO-rechtlich nicht zu beanstanden ist, unter dem Aspekt des Rechtes auf Nahrung aber problematisch. In diesem Fall würde sich zusätzlich die Frage nach dem Verhältnis von WTO-Recht und UNO-Pakt zueinander stellen, so dass möglicherweise Art. 103 der UNO-Charta zur Anwendung käme.

c) **Einbettung ins geltende „Kollisionsrecht“ und die Rechtsprechung des Bundesgerichts**

Prüfen wir die beiden geschilderten Fälle im Lichte von Art. 190 BV und der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

- Art. 190 BV verlangt die Anwendung von Völkerrecht und Bundesgesetzen. Was im Falle eines Konfliktes zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz gilt, regelt Art. 190 BV *nicht*. Das Bundesgericht hat den Konflikt zwischen menschenrechtlichen Bestimmungen des Völkerrechts und einem Bundesgesetz im PKK-Entscheid zugunsten des Völkerrechts gelöst.
- Im Lichte der PKK-Rechtsprechung des BGer geht in unserem Beispiel die Kinderrechtskonvention als menschenrechtliches Abkommen Bundesgesetzen vor. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber bewusst einen Verstoss gegen die Kinderrechtskonvention in Kauf nahm, finden sich keine. Zu Bestimmungen, die noch nicht umgesetzt werden können (z.B. getrennte Inhaftierung von Jugendlichen), hat die Schweiz Vorbehalte angebracht. Damit stellt sich die Frage einer allfälligen Weiterführung der Schubert-Praxis, wonach völkerrechtswidrige Bundesgesetze anzuwenden sind, wenn dies dem klaren Willen des Parlaments entspricht, *nicht*.
- Die auf Biotreibstoffe anwendbaren WTO-Abkommen enthalten keine menschenrechtlichen Bestimmungen. Damit lässt sich die PKK-Rechtsprechung nicht 1:1 auf die Frage des Verhältnisses von Bundesgesetzen und WTO-Recht anwenden, so dass sich die Frage nach einer allfälligen Anwendung der *Schubert-Praxis* stellt. Aus den Protokollen der parlamentarischen Beratungen geht hervor, dass das Parlament dem Beispiel der USA und EU folgen wollte, obwohl Bundesrat Merz davor warnte, sich auf die „Wo kein Kläger – da kein Richter – Maxime“ zu verlassen. In diesem Fall scheint das Parlament eine Völkerrechtsverletzung in Kauf genommen zu haben. Was wären die Folgen? Im Moment wissen wir wenig. Art. 190 BV hilft uns nicht weiter. Das Bundesgericht hat es bekanntlich in seinem PKK-Urteil offen gelassen, ob die Schubert-Praxis weiterhin gilt und ob der Vorrang des Völkerrechts auf andere als menschenrechtliche Abkommen anzuwenden ist.

III. Handlungsoptionen bei Inkompatibilität von Völkerrecht und Landesrecht

Welche Handlungsoptionen stehen nun der Schweiz zur Verfügung, wenn ein Konflikt zwischen Völkerrecht und Landesrecht nicht durch völkerrechtskonforme Auslegung oder Ungültigerklärung einer Volksinitiative gelöst werden kann? Grundsätzlich lassen sich drei Optionen unterscheiden:

- (1) Revision des innerstaatlichen Rechts, wie dies etwa im Rahmen der Justizreform für die gerichtliche Überprüfung von Verwaltungsentscheiden gemäss Art. 6 EMRK geschehen ist. Diese Option wurde auch vom Bundesrat für den Fall eines etablierten Verstosses von AuG und AsylG gegen die Kinderrechtskonvention als Option angedeutet.
- (2) Kündigung des entsprechenden völkerrechtlichen Abkommens resp. Austritt aus der entsprechenden Organisation. Diese Option dürfte häufig politisch schwer realisierbar sein.
- (3) Schliesslich könnte die Völkerrechtsverletzung mit Konsequenz, dass die völkerrechtliche Verantwortlichkeit ausgelöst wird, z.B. eine Klage in der WTO, in Kauf genommen werden („Zuwarten“, „Aussitzen“). Eine gemässigte Variante dieser Option bestünde in einer *restriktiven Anwendung der Schubert-Praxis*, wenn es etwa um die Gewährleistung von für die Schweiz fundamentalen Rechten wie etwa den Verfahrensgarantien im erwähnten Fall Nada geht. In eine ähnliche Richtung, aber wesentlich breiter ist der Vorschlag von Helen Keller, dass Landesrecht Völkerrecht vorgeht, wenn „vitale Interessen der Schweiz“ dies gebieten.

Der Entscheid über die ersten beiden Optionen ist letztlich kein rechtlicher, sondern ein politischer. Die dritte Option käme nach der hier vertretenen Meinung nur dann zum Zug, wenn der durch die Völkerrechtsverletzung entstandene Schaden durch die völkerrechtliche Verantwortlichkeit behoben wird. Angewandt auf den Fall Nada würde die Schweiz es in Kauf nehmen wegen Verletzung der Resolution des Sicherheitsrates völkerrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, weil sie dem Schutz der verfassungsmässigen Verfahrensrechte Priorität einräumt. Der durch die Völkerrechtsverletzung entstandene Schaden würde aus Sicht der Schweiz durch die völkerrechtliche Verantwortung behoben, es käme zu einer Wiedergutmachung. Das Kriterium des nichtwiedergutzumachenden Schadens trägt dem Spannungsfeld von nationaler Souveränität und internationaler Zusammenarbeit, wie es sich aus Art. 5 Abs. 4 und 190 BV ergibt, Rechnung. Die Beurteilung, ob ein nichtwiedergutzumachender Schaden vorliegt, ist primär eine Rechtsfrage, sie beinhaltet aber auch eine politische Würdigung der

Konsequenzen für die Schweiz. Damit stellt sich die Frage, welchem Organ die Beurteilung zugewiesen werden soll. Mir scheint es zentral, dass eine solche Aufgabe einem verfassungsmässigen Organ und nicht einem externen Expertengremium übertragen wird. Wenn ein unabhängiges Organ dafür zuständig sein soll, ist es in der Verfassung zu verankern, damit es über die notwendige Legitimation verfügt.

IV. Schluss

Damit bin ich am Schluss meines kurzen Streifzuges. Ich hoffe, dass meine Ausführungen zeigen konnten, dass zwischen Völker- und Landesrecht kein unüberwindbarer Gegensatz besteht, dass sich die beiden Rechtsgebiete im Gegenteil komplementär zueinander verhalten. Unser Recht ist – zum Glück! – mehr als eine blosser Abwehr gegen von „Vögten“ erlassenes Völkerrecht. Vielmehr *gestalten* Völkerrecht und schweizerisches Recht die für unsere Demokratie so zentrale Freiheit und füllen sie mit Inhalten.

Dass diese Beziehung in einer Zeit der zunehmenden internationalen Verflechtung der Schweiz Fragen aufwirft, erstaunt nicht. Einige davon wurden im Verlauf des heutigen Tages thematisiert. Die nun anschliessende Diskussion gibt sicher Gelegenheit, insbesondere die institutionellen und regulatorischen Aspekte zu vertiefen.

Damit übergebe ich für die Diskussion an Helen Keller und danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Anhang

Fallbeispiel 1: Revision AuG und AsylG – Kollision mit Kinderrechtskonvention

Art. 79 AuG: Maximale Haftdauer

Die Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft nach den Artikeln 75–77 sowie die Durchsetzungshaft nach Artikel 78 dürfen zusammen die maximale Haftdauer von 24 Monaten nicht überschreiten. Bei Minderjährigen zwischen 15 und 18 Jahren darf sie zwölf Monate nicht überschreiten.

Art. 32 AsylG: Nichteintretensgründe

[...]

² Auf Asylgesuche wird nicht eingetreten, wenn Asylsuchende:

- a. den Behörden nicht innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Gesuchs Reise- oder Identitätspapiere abgeben; [...]

Fallbeispiel 2: Revision Mineralölsteuergesetz – Kollision mit WTO-Recht, UNO-Pakt I (?)

Art. 12b rev. Mineralölsteuergesetz
Steuerbefreiung von Treibstoffen aus erneuerbaren Rohstoffen

¹ Einheimische Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen sind nach Absatz 3 steuerbefreit.

² Der Bundesrat legt unter Berücksichtigung des inländischen Angebots die Menge an Treibstoffen aus erneuerbaren Rohstoffen fest, die steuerbefreit eingeführt werden darf. Die Steuerbefreiung wird nur gewährt, wenn Absatz 3 erfüllt ist.

³ Er bezeichnet die Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen. Er bestimmt:

- a. den Umfang der Steuerbefreiung und berücksichtigt dabei:
 - 1. insbesondere die einheimischen erneuerbaren Rohstoffe,
 - 2. den Beitrag dieser Treibstoffe an den Umweltschutz und an die energiepolitischen Zielsetzungen,
 - 3. die Wettbewerbsfähigkeit dieser Treibstoffe gegenüber Treibstoffen fossilen Ursprungs;
- b. die Mindestanforderungen an den Nachweis einer positiven ökologischen Gesamtbilanz und achtet auf sozial annehmbare Produktionsbedingungen.

Art. 19h rev. Mineralölsteuerverordnung: Mengen mit Steuererleichterung

¹ Das EFD legt je Kalenderjahr die Mengen an Treibstoffen aus erneuerbaren Rohstoffen fest, für die eine Steuererleichterung gewährt wird. Es berücksichtigt dabei die Mengen an fossilen Treibstoffen, die durch Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen ersetzt werden.

² Bei zusätzlicher Nachfrage kann das EFD die Mengen an Treibstoffen aus erneuerbaren Rohstoffen nach Absatz 1 erhöhen.

³ Treibstoffe aus erneuerbaren Rohstoffen werden in der Reihenfolge der Annahme der Steueranmeldungen an die Mengen mit Steuererleichterung angerechnet.