

Selbstbestimmungsinitiative

- I Vorbemerkung
- II Der Wortlaut der Initiative
- III Kurzkomentar zur Initiative
 - 1. Art. 5 Abs. 1
 - 2. Art. 5 Abs. 4
 - 3. Art. 56a Abs. 1
 - 4. Art. 56a Abs. 2
 - 5. Art. 56a Abs. 3
 - 6. Art. 190
 - 7. Art. 197 Ziff. 121
- IV Was bezweckt die Initiative?
- V Begriffliches
 - 1. Verbindlichkeit von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen
 - 2. Verhältnis von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen
 - 2.1 Grundsatz: Völkerrecht geht Bundesgesetzen vor
 - 2.2 Die Ausnahme von dieser Regel (sog. Schubert-Praxis)
 - 2.3 Die Ausnahme von der Ausnahme (sog. PKK-Praxis)
 - 2.4 Problematische Schubertpraxis
- VI Was hat die EMRK der Schweiz gebracht?
 - 1. Recht auf unabhängige Richter
 - 2. Auch Soldaten haben das Recht auf unabhängige Richter
 - 3. Untersuchungshäftlinge haben Anspruch auf unabhängige Haftrichter
 - 4. Abschaffung der Verdachtsstrafe
 - 5. Keine Entscheidung hinter dem Rücken der Betroffenen.
 - 6. Faires Verfahren auch für Asbestopfer
 - 7. Recht auf ein speditives Verfahren
 - 8. Aufhebung des Heiratsverbots
 - 9. Kein Heiratsverbot bei Stiefverhältnissen
 - 10. Wertvolle gesetzgeberische Impulse
- VII Was hat es mit den häufigsten Kritikpunkten auf sich?
 - 1. Respektierung nationaler Eigenheiten
 - 2. Die Rechtsprechung darf, ja muss dynamisch sein
 - 3. Diskutable Urteile des EGMR rechtfertigen keine Kündigung der EMRK
- VIII Zu erwartende Folgen nach einer Annahme der Initiative
 - 1. Grosse Rechtsunsicherheit
 - 1.1 Wann liegt ein Widerspruch vor?
 - 1.2 Wer und von wem würden völkerrechtliche Verträge gekündigt?
 - 2. Relativierung der Gewaltenteilung und menschenrechtliches Vakuum
 - 3. Fatales aussenpolitisches Signal und unabsehbare wirtschaftliche Folgen

I Vorbemerkung

Die von der SVP lancierte Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“ beschlägt ein komplexes Themenkonglomerat. Im Wesentlichen geht um das Verhältnis des Bundesrechts (Verfassungs- und Gesetzesrecht) zum Völkerrecht, namentlich zu den von der Schweiz geschlossenen und zu schliessenden völkerrechtlichen Verträgen. Die Thematik hat Juristen – Wissenschaftler wie Richter – seit jeher beschäftigt, wogegen die Politik sich eher wenig darum gekümmert hat. Es handelt sich meistens um eine Debatte unter Insidern. Weshalb nun plötzlich diese Aufmerksamkeit? Was bezweckt die Initiative? Geht es um Selbstbestimmung, wie der Titel suggeriert?

Konfliktuelle Situationen entstehen, wenn es zwischen Landesrecht und Völkerrecht zu Widersprüchen kommt. So etwa, wenn in der Bundesverfassung steht, straffällig gewordene Ausländer seien automatisch des Landes zu verweisen, obwohl die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und übrigens auch die Bundesverfassung (BV) eine Interessenabwägung verlangen. Es stellen sich dann Fragen wie: Welches Recht geht vor? Hat der Gesetzgeber die von der Schweiz geschlossenen völkerrechtlichen Verträge zu respektieren oder darf er sie brechen? Was gilt, wenn das Parlament ein Gesetz beschliesst, das einen völkerrechtlichen Vertrag bricht? Kommt es darauf an, ob das Parlament sich dessen bewusst war oder ob der Konflikt auf einem Versehen beruht? Spielt es eine Rolle, ob der Beitritt zum verletzten Vertrag dem Referendum unterstanden hat? Was gilt, wenn das Volk einer Verfassungsnorm zustimmt, die im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verträgen steht? Ist der Gesetzgeber daran gebunden? Sind die Gerichte befugt, sich in solche Konflikte einzuschalten oder sind ihnen hinsichtlich völkerrechtswidriger Gesetze oder Verfassungsnormen die Hände gebunden? Sind solche Konflikte nach rechtlich anerkannten Massstäben zu lösen oder durch taktisches Machtkalkül zu bewältigen? Fragen über Fragen, zu denen die Rechtsprechung über Jahrzehnte eine differenzierte Rechtsprechung entwickelt hat.

Die Selbstbestimmungsinitiative gibt vor, gleich einem „deus ex machina“ eine einfache Lösung herbeizuführen. Das ist eine Illusion. Das wissen im Grunde genommen auch die Initianten. Ihnen geht es um etwas anderes. Zum einen bezwecken sie, die Justiz zurückzubinden und zwar die eigene und nicht, wie sie vorgeben, fremde Richter. Diese im Titel der Initiative figurierenden Richter dienen lediglich dazu, an xenophobe Instinkte zu appellieren. Zum andern bezwecken die Initianten, mit der anvisierten Kündigung der EMRK und deren menschenrechtlichen Standards den Weg für menschenrechtswidrige Gesetze und Initiativen zu ebnen. Die Bezeichnung „Selbstbestimmungsinitiative“ ist ein Etikettenschwindel. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Anti-Menschenrechtsinitiative. Zudem ist die Initiative widersprüchlich. Sie würde Rechtsunsicherheit schaffen, ja Chaos anrichten. Die in Aussicht gestellten, fragwürdigen Versprechen vermöchte sie nicht zu halten. Die Initiative betrifft zwar sämtliche völkerrechtlichen Verträge – es sind Abertausende. Sie richtet sich aber, wie ihre Entstehungsgeschichte zeigt, in erster Linie gegen die EMRK. Deshalb steht diese im Fokus der folgenden Ausführungen.

II Der Wortlaut der Initiative

„Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert:

Art. 5 Abs. 1 und 4^[SEP]

1 Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

4 Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 56a Völkerrechtliche Verpflichtungen^[SEP]

1 Bund und Kantone gehen keine völkerrechtlichen Verpflichtungen ein, die der Bundesverfassung widersprechen.^[SEP]

2 Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge.^[SEP]

3 Vorbehalten bleiben die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Art. 190 Massgebendes Recht^[SEP]

Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Art. 197 Ziff. 121<sup>[L]
[SEP]</sup>

12. Übergangsbestimmung zu Art. 5 Abs. 1 und 4 (Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns), Art. 56a (Völkerrechtliche Verpflichtungen) und Art. 190 (Massgebendes Recht)

Mit ihrer Annahme durch Volk und Stände werden die Artikel 5 Absätze 1 und 4, 56a und 190 auf alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der Bundesverfassung und auf alle bestehenden und künftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar.“

III Kurzkomentar zur Initiative

1. Art. 5 Abs. 1

Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

Seit jeher ist klar, dass die Bundesverfassung „die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft“ ist, mithin hierarchisch über den andern Rechtsquellen steht. Das ergibt sich allerdings nicht aus dieser überflüssigen Feststellung, sondern beruht darauf, dass die Verfassung nur durch das doppelte Mehr (Volk und Stände) revidiert werden kann (Art. 140 Abs. 1 lit. a und 195 BV). Eine andere Frage ist, welches Recht in einem Konfliktfall Anwendungs-Vorrang hat: Bundesrecht oder völkerrechtliche Verträge? Das ist keine Frage der Normenhierarchie. Die Antwort ergibt sich demzufolge auch nicht aus der „obersten Rechtsquelle“ (dazu Ziffer V/2).

Wäre es den Initianten ernst mit der Bundesverfassung als oberste Rechtsquelle, hätten sie konsequenterweise die Massgeblichkeit der Bundesgesetze streichen müssen, was auf eine Verfassungsgerichtsbarkeit hinausläufe.

2. Art. 5 Abs. 4

Bund und Kantone beachten das Völkerrecht. Die Bundesverfassung steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Sollte die Bundesverfassung von sich sagen, sie stehe „über dem Völkerrecht“ und gehe „ihm vor“ (unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts), bliebe das folgenlos. Denn der Vorrang des Völkerrechts ergibt sich aus seiner Natur als internationales Regelwerk und nicht aus der nationalen Normenhierarchie. Wer diesen Anwendungs-Vorrang nicht will, darf keine Verträge schliessen. Oder mit andern Worten: Unsere Vertragspartner kümmern sich nicht um das, was in unserer „Hausordnung“ steht, sondern vertrauen auf unsere Vertragstreue, wie wir auf die ihrige vertrauen. Im Übrigen steht die Regelung, die darauf abzielt, dass bei einem Normenkonflikt völkerrechtliche Verträge nicht massgebend sein sollen, insoweit im Widerspruch zur Initiative selber, als Art. 190 vorsieht, dass dem Referendum unterstandene völkerrechtliche Verträge für die Gerichte massgebend sind.

3. Art. 56a Abs. 1

Bund und Kantone gehen keine völkerrechtlichen Verpflichtungen ein, die der Bundesverfassung widersprechen.<sup>[L]
[SEP]</sup>

Es sollte eigentlich selbstverständlich sein, dass Bund und Kantone keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingehen, die der Bundesverfassung widersprechen. Das Problem dürfte denn auch nicht dort liegen. Konflikte bzw. Widersprüche zwischen völkerrechtlichen Verträgen und Bundesrecht entstehen vielmehr dann, wenn der Gesetzgeber bewusst oder unbewusst gegen völkerrechtliche Verträge verstösst wie z.B im Fall der sogenannten Schubert-Praxis (dazu Ziff. V/2.2 und 2.4). Dazu sagt die Initiative nichts.

4. Art. 56a Abs. 2

Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge.<sup>[L]
[SEP]</sup>

Dass im Fall eines Widerspruchs (gemeint: zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und der Bundesverfassung) der betreffende völkerrechtliche Vertrag „nötigenfalls“ gekündigt

werden muss, ist das Herzstück der Initiative. Sie zielt in erster Linie auf die EMRK (dazu Ziff. IV). Denn bei Anwendung einer Reihe namentlich jüngerer Verfassungsinitiativen (Minarettinitiative¹, Verwahrungsinitiative², Pädophileninitiative³, Ausschaffungsinitiative⁴, Masseneinwanderungsinitiative⁵) ist mit Widerspruch zu völkerrechtlichen Verträgen zu rechnen. Entsprechend hätte eine Annahme der Initiative früher oder später wohl die Kündigung der EMRK zur Folge, zumal deren Anpassung an Bundesrecht völlig unrealistisch ist.

Die Kündigung der EMRK wäre auch mit dem Austritt aus dem Europarat verbunden. Unklar ist sodann, was unter einem die Vertragskündigung gebietenden Widerspruch zu verstehen ist und wer – gegebenenfalls – wann handeln muss (dazu Ziff. VIII/1).

5. Art. 56a Abs. 3

Vorbehalten bleiben die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.

Der Vorbehalt zwingenden Völkerrechts ist seit jeher unbestritten und steht bereits in der Verfassung (Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV). Die Regelung ist überflüssig.

6. Art. 190

Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

Dass Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge massgebend sind, steht schon heute in der Verfassung (Art. 190 BV). Allerdings sollen völkerrechtliche Verträge gemäss der Initiative nur noch massgebend sein, wenn deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat. Abgesehen davon, dass infolgedessen alle anderen Staatsverträge (das sind mehr als 99 Prozent von Tausenden von Verträgen)⁶ unter Umständen nicht mehr angewendet werden dürften, obwohl sie integraler Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung sind, zielt die Klausel offensichtlich auf die EMRK. Diese unterstand nach der damaligen Rechtslage nicht dem Referendum. Hingegen unterstand der Beitritt zum 14.

Zusatzprotokoll dem Referendum,⁷ wovon aber kein Gebrauch gemacht wurde. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geht in seiner heutigen Ausgestaltung im Wesentlichen auf dieses Protokoll zurück.⁸ Seither sind Zweifel an der demokratischen

¹ Das Verbot, Minarette zu bauen (Art. 72 Abs. 3 BV), verstösst gegen die Glaubens- und Kultusfreiheit und steht damit in Widerspruch zur Verfassung selber (Art. 15 BV) und zur EMRK (Art. 9 EMRK).

² Die lebenslange Verwahrung von als extrem gefährlich und als nicht therapierbar eingestuften Gewalt- und Sexualstraftätern unter absolutem Ausschluss einer frühzeitigen Entlassung (Art. 123a BV) steht in Widerspruch zur Verfassung selber (31 Abs. 4 BV) und zu Art. 5 Abs. 4 EMRK, nach welchen Bestimmungen jede Person, der die Freiheit entzogen ist, das Recht hat, jederzeit ein Gericht anzurufen. Im Rahmen der Umsetzung der Initiative (AS 2008, S. 2961 ff.) wurde nun aber eine bedingte Entlassung aus der lebenslänglichen Verwahrung nicht gänzlich ausgeschlossen: Gemäss Art. 64c StGB kann das Gericht den Täter aus der lebenslänglichen Verwahrung bedingt entlassen, wenn er infolge hohen Alters, schwerer Krankheit oder aus einem andern Grund für die Öffentlichkeit keine Gefahr mehr darstellt.

³ Das für Personen, die wegen Beeinträchtigung der sexuellen Unversehrtheit eines Kindes oder einer abhängigen Person verurteilt wurden, geltende lebenslängliche Verbot, eine berufliche oder ehrenamtliche Tätigkeit mit Minderjährigen oder Abhängigen auszuüben (Art. 123c BV), verstösst in dieser Absolutheit gegen das Recht auf Privatleben, zu dem auch die berufliche Entwicklung gehört, sowie gegen das Diskriminierungsverbot und steht damit in Widerspruch zur Verfassung selber (Art. 13 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 2 BV) und zu Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.

⁴ Die obligatorische automatische Ausweisung wegen bestimmter Delikte straffällig gewordener Ausländer und Ausländerinnen (Art. 121 Abs. 3-5 BV) steht in Widerspruch zur Verfassung selber (Art. 5 Abs. 2, Art. 29 Abs. 2 und 36 BV) sowie zu 8 EMRK. Die vom Parlament in die Ausführungsgesetzgebung aufgenommene Härtefallklausel (Art. 66a Abs. 2 StGB, Art. 49a MStG) dürfte allerdings eine verfassungs- und EMRK-konforme Handhabung der Ausweisungsentscheidungen ermöglichen.

⁵ Die Masseneinwanderungsinitiative mit den jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten ist mit den sogenannten Bilateralen nicht vereinbar.

⁶ Dazu Fn. 53.

⁷ AS 2009, S. 3065.

⁸ SR 0.101.094. Geregelt wurden u.a. Amtszeit und Entlassung der Gerichtsmitglieder (Art. 2), Konstituierung des

Legitimität der EMRK und des EGMR unbegründet. Die EMRK bliebe auch nach einer Annahme der Initiative massgebend. Im Übrigen garantiert der unkündbare UNO-Pakt II⁹ im Wesentlichen die gleichen menschenrechtlichen Ansprüche. Der UNO-Pakt II unterstand dem Referendum.¹⁰

7. Art. 197 Ziff. 121

Mit ihrer Annahme durch Volk und Stände werden die Artikel 5 Absätze 1 und 4, 56a und 190 auf alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der Bundesverfassung und auf alle bestehenden und künftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar.“

Indem die Initiative ausdrücklich auch auf alle bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar sein soll, wird ihre Rückwirkung angeordnet. Das widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und bedeutete für unsere Vertragspartner einen angekündigten Vertragsbruch (dazu Ziff. VIII/3).

IV Was bezweckt die Initiative?

Die Initiative will verhindern, dass die Umsetzung radikaler Verfassungsbestimmungen und Gesetze an völkerrechtlichen Verträgen scheitern könnte. Das ergibt sich aus ihrer Entstehungsgeschichte, die zudem zeigt, dass die Initiative sich in erster Linie gegen die EMRK richtet: Am 30. November 2009 verkündete die SVP, falls der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zum Schluss gelangen sollte, die Minarett-Initiative verstosse gegen die EMRK, werde sie deren Kündigung verlangen.¹¹ Am 29. November 2014 forderte Bundesrat Maurer den Bundesrat auf, dem Parlament formell die Kündigung der EMRK zu beantragen, kam aber damit nicht durch.¹² Als sich nach der Annahme der Ausschaffungsinitiative abzeichnete, dass die mit der anvisierten automatischen und damit menschenrechtswidrigen Ausschaffung strafrechtlich verurteilter Ausländer gesetzlich nicht ohne weiteres umsetzbar war, lancierte die SVP zunächst die Durchsetzungsinitiative, um den Automatismus in der Bundesverfassung festzuschreiben und das Parlament unter Druck zu setzen. Nachdem das Bundesgericht dem Parlament signalisiert hatte, dass ein Automatismus ohne Prüfung des Einzelfalles weder mit andern Grundsätzen der Bundesverfassung noch mit der EMRK vereinbar ist,¹³ lancierte Nationalrat Hans-Ueli Vogt als Reaktion darauf mit einem Brief an alt Bundesrat Christoph Blocher die Idee der sogenannten Selbstbestimmungsinitiative.¹⁴ Laut Hans-Ueli Vogt steht die Kündigung der EMRK „in der Stossrichtung der Initiative.“¹⁵ Laut dieser müsste bei einem Widerspruch zwischen Schweizer Recht (z.B. automatische Ausschaffung) und einem Staatsvertrag (Achtung des Privat- und Familienlebens) dieser „nötigenfalls“ gekündigt werden. Das Parlament liess sich weder von der Durchsetzungsinitiative noch der angekündigten Selbstbestimmungsinitiative unter Druck setzen und nahm in das Gesetz zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative eine Härtefallklausel auf.¹⁶ Daraufhin reichte die SVP am 12. August 2016 die Selbstbestimmungsinitiative ein.

Einzelrichters, der Ausschüsse, der Kammern und der Grossen Kammer (Art. 6), Befugnisse des Einzelrichters (Art. 7), Befugnisse der Ausschüsse (Art. 8), Unzulässigkeitsgründe (Art. 12), Verbindlichkeit und Vollzug der Urteile (Art. 16). Es handelt sich um eine eigentliche Revision der EMRK.

⁹ Der UNO-Pakt II enthält im Gegensatz zur EMRK keine Kündigungsklausel mit der Folge dass er unkündbar ist.

¹⁰ AS 1993, S. 749.

¹¹ <https://www.svp.ch/news/artikel/editorials/minarett-initiative-ist-ohne-wenn-und-aber-umzusetzen/>.

¹² NZZ vom 20. November 2014, S. 11 („Frontalangriff auf Strassburg“).

¹³ BGE 139 I 16.

¹⁴ NZZ vom 27. November 2014, S. 12 („Ich glaube an die Weisheit des Volkes“); WOZ vom 21. August 2014, S. 3 („Das Schweizer Volk über alles“).

¹⁵ NZZ vom 27. November 2014, S. 12 („Ich glaube an die Weisheit des Volkes“).

¹⁶ Art. 66a Abs. 2 StGB (SR 311.0), Art. 49a MSTG (SR 3321.0).

V Begriffliches

Im Zusammenhang mit der Selbstbestimmungsinitiative ist oft die Rede von Normkonflikten, von der Verbindlichkeit von Normen, von deren Massgeblichkeit, aber auch vom Anwendungs-Vorrang von Normen. Zur Sprache kommen auch die Begriffspaare „Schubert-Praxis“ und „PKK-Praxis“. Was ist darunter zu verstehen?

1. Verbindlichkeit von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen

Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Demnach müssen die Gerichte Bundesgesetze, aber auch völkerrechtliche Verträge selbst dann anwenden, wenn diese gegen die Verfassung verstossen. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom Anwendungs-Vorrang. Dieser entspricht nicht der Normenhierarchie. Aus dem Anwendungs-Vorrang der Bundesgesetze bzw. deren Nichtüberprüfbarkeit auf Verfassungsmässigkeit resultiert übrigens das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen.

2. Verhältnis von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen

2.1 Grundsatz: Völkerrecht geht Bundesgesetzen vor

Während Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge „massgebend“ sind und damit gegenüber der Verfassung Anwendungs-Vorrang haben, ist das Verhältnis zwischen ihnen nicht gesetzlich geregelt. Dazu gibt es aber eine auf das 19. Jahrhundert zurückgehende und heute noch massgebende Praxis:¹⁷ Völkerrechtlichen Verträgen kommt im Verhältnis zu Bundesgesetzen grundsätzlich Vorrang zu, der sich auch auf später erlassene Gesetze bezieht.

2.2 Die Ausnahme von dieser Regel (sog. Schubert-Praxis)

Nach der Schubert-Praxis wird vom völkerrechtlichen Vorrang ausnahmsweise abgewichen, wenn der Bundesgesetzgeber "bewusst" gegen das Völkerrecht versties (BGE 99 Ib 39). Diesfalls sollen die rechtsanwendenden Behörden an das Bundesgesetz gebunden sein. Warum der Namen „Schubert“-Praxis?

Ein österreichische Staatsbürger namens Schubert wollte 1972 im Tessin ein Stück Land kaufen und berief sich auf einen älteren Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich, wonach Schweizer und Österreicher beim Erwerb von Grundstücken gleich zu behandeln sind. Die Tessiner Behörden verweigerten die Bewilligung unter Berufung auf einen inzwischen in Kraft getretenen Bundesbeschluss. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid mit der Begründung, dass der Vorrang des Völkerrechts dann nicht gelte, wenn das Parlament wie vorliegend bewusst gegen dieses versties.

2.3 Die Ausnahme von der Ausnahme (sog. PKK-Praxis)

Mit der PKK-Praxis relativierte das Bundesgericht im Jahre 1999 die Schubert-Praxis dahingehend, dass das Landesrecht dem Völkerrecht dann nicht vorgeht, wenn die in Frage stehende völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient (BGE 125 II 417). Warum der Name „PKK“-Praxis?

Die schweizerische Zollbehörde hatte Propagandamaterial der kurdischen Vereinigung PKK beschlagnahmt. In der Folge ordnete der Bundesrat die Einziehung und Vernichtung des Materials an. Dieser Entscheid wurde beim Bundesgericht angefochten. Dabei ging es einerseits um landesrechtliche Regelungen, wie mit staatsgefährlichem Propagandamaterial umzugehen ist, und andererseits um das von der EMRK garantierte Meinungsäusserungsrecht und damit um ein Menschenrecht. Infolge der Massgeblichkeit der

¹⁷ BGE 7 (1880) 774 E. 4 S.783, 18 (1891) 189 E. 3 S. 193, 21 (1894) 710 E. 3.

EMRK und, um dem aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK folgenden Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung Genüge zu tun, trat das Bundesgericht auf die Beschwerde ein, obwohl Entscheide des Bundesrats grundsätzlich nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können.

2.4 Problematische Schubertpraxis¹⁸

Was ist von der Schubert-Praxis zu halten? Vorauszuschicken ist, dass der fragliche Entscheid (BGE 99 Ib 39) dürftig begründet ist. Ein Vertragsbruch – ein solcher lag vor – ist denn auch rechtlich nicht begründbar. Zur Stützung dieser Praxis wird etwa ins Feld geführt: Verträge seien Instrumente zwischen Gleichgestellten; Vertragspartner könnten sich an das Abgemachte halten oder eben auch nicht, wenn sie bereit seien, die Konsequenzen zu tragen. Zuständig sei diesbezüglich allein das Parlament; die Gerichte könnten diese Zuständigkeit nicht an sich reissen, sondern hätten vielmehr das völkerrechtswidrige Gesetz anzuwenden. Nach dieser Betrachtungsweise geht Macht vor Recht: Wer glaubt, es sich machtmässig leisten zu können, hält sich nicht an Verträge. Macchiavelli würde sagen: Habt ihr nichts zu befürchten, fouthert Euch um den Vertrag.¹⁹ "Pacta sunt servanda" ist aber keine Floskel, weder im privaten, noch im öffentlichen, noch im internationalen Bereich. Ohne diese Maxime wäre letztlich alles, namentlich der gesamte politische und wirtschaftliche Verkehr unter den Staaten, auf Sand gebaut.²⁰ Wären der Justiz aus Gründen fehlender Zuständigkeit die Hände gebunden, würde das auch hinsichtlich menschenrechtlicher Verträge gelten. Die dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ verpflichtete PKK-Praxis wäre nicht haltbar.

Nach der Verfassung sind sowohl ein völkerrechtlicher Vertrag als auch ein diesen verletzendes Bundesgesetz „massgebend“, bei welcher Konstellation, wie dargelegt (Ziff. V/2/2.1), der völkerrechtliche Vertrag Anwendungs-Vorrang hat. Das wäre selbst gemäss der Selbstbestimmungsinitiative der Fall, sofern ein völkerrechtlicher Vertrag dem Referendum unterstanden hat.

VI Was hat die EMRK der Schweiz gebracht?

Für die Initianten ist die EMRK, auf welche die Initiative in erster Linie zielt, des Teufels und für SVP-Nationalrat Alfred Heer, Präsident der Schweizer Delegation im Europarat, der EGMR eine Eiterbeule.²¹ In ihren Augen untergraben die EMRK und der EGMR die Autonomie der Schweiz und zeitigt die EMRK für die Schweiz nur Nachteile. Diese Polemik blendet aus, dass die Zugehörigkeit der Schweiz zur EMRK Rechtssuchenden in existentiell wichtigen Fragen offensichtlich zum Vorteil gereicht und dem Gesetzgeber immer wieder wertvolle Impulse gibt.

1. Recht auf unabhängige Richter

Bis zum Entscheid in Sachen *Belilos* c. CH²² amteten in den meisten Kantonen die eine Strafuntersuchung führenden Beamten auch als Richter: Untersuchung, Anklage und richterliche Beurteilung lagen bei ein und derselben Person. Vergeblich hatten Lehre und

¹⁸ Siehe dazu Walter Kälin, Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?, in: ZSR 112 (1993), Hb. I, S. 77 ff.

¹⁹ „Allein die Erfahrung unserer Tage lehrt uns, dass bloss jene Fürsten mächtig geworden sind, die es mit Treu und Glauben leicht nahmen und sich darauf verstanden, andere zu täuschen und zu betrügen, und dass jene, die ihre Verbindlichkeiten befolgten, am Ende übel wegkamen... Ein kluger Fürst darf daher sein Versprechen nie halten, wenn es ihm schädlich ist...“ (Niccolò Macchiavelli, Gesammelte Werke, Frankfurt am Main, S. 355 f.).

²⁰ Aus diesem Grund will der Bundesrat die sogenannte Schubert-Praxis, die für ihn nur ein „letztes Mittel“ bleiben soll, da sie einen Vertragsbruch bedeute, nicht in der Verfassung verankert wissen (NZZ vom 13. Mai 2016, S. 17: „Landesrecht soll Völkerrecht nicht brechen“).

²¹ Tages-Anzeiger vom 6. Juli 2017, S. 7 („Wie Strassburg zur Weiterentwicklung des Rechtssystems beiträgt“).

²² *Belilos* c. CH, 10328/83, 29.04.1988).

Anwaltschaft kritisiert, dass das mit der richterlichen Unabhängigkeit nicht vereinbar ist. Die Kantone, aber auch der Bund foutierten sich um diese Kritik. Es brauchte das Machtwort aus Strassburg, um dem Misstand abzuhelfen: Der EGMR entschied am 29. April 1988, dass ein Untersuchungsbeamter kein unbefangener Richter ist, weshalb die ausgefallte Busse, um die es ging, Art. 6 EMRK verletzte. Die Behörden reagierten zunächst harsch: Die Richter in Strassburg verstünden unsere spezifischen Gegebenheiten nicht, höben unsere Behördenorganisation aus den Angeln usw. Ständerat Danioth verlangte gar die Kündigung der EMRK. Nichtsdestotrotz war bereits innert Kürze die Trennung von Untersuchungsbehörde und richterlicher Behörde „courant normal“. Heute könnte man sich die frühere Rechtslage nicht mehr vorstellen.

2. Auch Soldaten haben das Recht auf unabhängige Richter

Bis 1980 hatten Soldaten keine Möglichkeit, gegen den drohenden scharfen Militärarrest einen unabhängigen Richter anzurufen. Auf entsprechende Beschwerden hin beantragte die Menschenrechtskommission am 13. Oktober 1981 in ihrem Bericht „*Santschi und andere*“ c. CH, eine Verletzung der EMRK festzustellen, worauf am 24. März 1983 das Ministerkomitee eine entsprechende Resolution annahm.²³ Kurz zuvor hatte die Schweiz unter dem Druck der hängigen Verfahren mit Inkrafttreten der neuen Disziplinarstrafordnung per 1. Januar 1980 die Möglichkeit geschaffen, bei einem drohenden Arrest eine richterliche Überprüfung zu verlangen.²⁴

3. Untersuchungshäftlinge haben Anspruch auf unabhängige Haftrichter

Im Fall *Huber* c. CH²⁵ erkannte der EGMR am 23. Oktober 1990, dass die im Kanton Zürich, aber auch in andern Kantonen von Untersuchungsbeamten angeordnete Untersuchungshaft Art. 5 Abs. 3 EMRK verletzt, da der Untersuchungsbeamte in der Regel später auch die Anklage vertritt und deshalb Zweifel an seiner Unabhängigkeit bestehen. Seither werden festgenommene Personen unverzüglich einem unabhängigen Richter vorgeführt, der die Anordnung der Haft überprüft.²⁶

4. Abschaffung der Verdachtsstrafe

Wird ein Beschuldigter nicht bestraft, weil z.B. der ihm vorgeworfene Lebensvorgang verjährt ist, gilt er als unschuldig. Trotzdem pflegten die Gerichte bis 1983, solchen Personen die Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn sie deren Verhalten als „verwerflich oder leichtfertig“ erachteten, was zu Recht als verkappte Verurteilung empfunden wurde. Erst nachdem der EGMR im Fall *Minelli* c. CH am 25. März 1983²⁷ darin ein Verletzung der Unschuldsvermutung erblickt hatte, sahen die Gerichte von dieser Verdachtsstrafe ab. Heute können Verfahrenskosten nach einem Freispruch oder einer Verfahrenseinstellung nur noch überbunden werden, wenn die beschuldigte Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung eines Strafverfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat²⁸, aber nicht mehr, weil die Person vielleicht doch schuldig sein könnte

5. Keine Entscheidung hinter dem Rücken der Betroffenen.

Vor noch nicht allzu langer Zeit weigerten sich schweizerische Gerichte, Beschwerdeführern die Beschwerdeantwort der Vorinstanz zur Kenntnis zu bringen, sogar wenn erst in der Antwort die ausführliche Begründung des angefochtenen, nur rudimentär begründeten Entscheides nachgeliefert und diese vom Gericht zur Abweisung der Beschwerde verwendet

²³ Santschi u.a. c. CH (KOM), Bericht, 7468/76 u.a. 13.10.1981.

²⁴ Art. 209 Abs. 1 MStG (SR 321.0).

²⁵ Huber c. CH, 12794/87, 23.10.1990.

²⁶ Art. 226 StPO (SR 312.0).

²⁷ Minelli c. CH, 8660/79, 25.03.1983.

²⁸ Art. 426 Abs. 2 StPO (SR 312.0).

wurde. So geschah es auch im Fall *Ziegler c. CH*.²⁹ Die kantonale Vorinstanz hatte die ausführliche Begründung ihres Entscheides erst in ihrer Stellungnahme dem Eidgenössischen Versicherungsgericht nachliefert, ohne dass sich der Beschwerdeführer dazu hätte äussern können. In seinem Urteil vom 21. Februar 2002 kritisierte der EGMR dieses Vorgehen als unfair und stellte eine Verletzung von Art. 6 EMRK fest. Die Entrüstung über diesen Entscheid war zunächst gross. Man hätte meinen können, eine entsprechende Praxisänderung lasse unser Rechtssystem kollabieren. Allmählich nahm die Einsicht Überhand, dass die bisherige Praxis höchst unfair war. Inzwischen ist die Zustellung der Beschwerdeantwort, damit sich der Beschwerdeführer gegen neu vorgebrachte Argumente überhaupt zur Wehr setzen kann, üblich und unbestritten. Man begreift kaum mehr, warum das nicht immer so war.

6. *Faires Verfahren auch für Asbestopfer*

Bis zum Entscheid des EGMR in Sachen *Moor c. CH* vom 11. März 2014³⁰ hatten Opfer keine Chancen, wenn ein Spätschaden erst nach der kurzen Verjährungsfrist bekannt wurde. Der Gesetzgeber war sich dessen zwar bewusst, blieb aber untätig. Opfer dieses Unrechtszustandes wurde der Arbeiter Moor. Obwohl seit Mitte der 60er-Jahre bekannt war, dass Asbeststaub krebserregend ist, waren die Arbeiter ungenügend geschützt. 2004 erkrankte Moor an Brustfellkrebs. Alle schweizerischen Gerichtsinstanzen wiesen die Klage Moors und nach dessen Tod seiner Angehörigen ab, weil die Ansprüche bereits 1988 verjährt seien. Der EGMR entschied, dass bei Spätschäden, die erst Jahrzehnte nach dem schädigenden Ereignis erkennbar werden, das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK), namentlich das Recht auf Zugang zu einem Gericht, verletzt ist, wenn die Verjährungsregel greift. Dank dem EGMR wurde eine menschenverachtende Regelung zu Makulatur.

7. *Recht auf ein speditives Verfahren*

Nach Auflösung seines Arbeitsverhältnisses erhob Roduit beim Bezirksgericht gegen die Walliser Kantonalbank im Juli 1992 eine Zivilklage. Die kantonalen Zivilgerichte erachteten sich als unzuständig und überwiesen den Fall an die öffentlich-rechtliche Kammer des Kantonsgerichts. Zwischen 1995 und 2004 wurde das Verfahren sistiert. 2005 befand das Kantonsgericht, die Sache falle nicht in seine Zuständigkeit. Das Bundesgericht bestätigte diesen Entscheid. *Roduit* gelangte an den EGMR. Dieser stellte am 3. September 2013 fest,³¹ dass das Verfahren, das 13 Jahre dauerte und in welchem das Kantonsgericht einzig über seine Zuständigkeit entschieden hatte, das Recht auf einen Entscheid innert angemessener Frist, wie es übrigens auch die Bundesverfassung garantiert, verletzt worden sei. Dieser Entscheid trug wesentlich dazu bei, die Gerichte hinsichtlich überlanger Verfahrensdauern zu sensibilisieren.

8. *Aufhebung des Heiratsverbots*

Bis 1987 galt in der Schweiz nach einer Scheidung ein dreijähriges Eheverbot. Erst nachdem der EGMR am 18. Dezember 1987 die Schweiz diesbezüglich wegen Verletzung des Rechts auf Ehefreiheit verurteilt hatte,³² wurde das Verbot aufgehoben.

9. *Kein Heiratsverbot bei Stiefverhältnissen*

Bis zum Jahr 2007 sah die Schweiz hinsichtlich der Stiefverhältnisse - ungeachtet des Alters der involvierten Personen - ein absolutes Heiratsverbot vor, wie es in Europa nur noch der Vatikanstaat kennt. Deshalb wurde einem Paar, dem seit Jahren geschiedenen Stiefvater und der längst erwachsenen Stieftochter, obwohl sie zwei Kinder hatten, die Ehe durch alle Instanzen verweigert.³³ Das Paar beschwerte sich beim EGMR. In der Folge beschloss das

²⁹ *Ziegler c. CH*, 33499/96, 21.02.2002.

³⁰ *Moor u.a. c. CH*, 52067/10 u.a. 11.03.2014.

³¹ *Roduit c. CH*, 6586/06, 03.03.2013

³² *F. c. CH*, 11329/85, 18.12.1987.

³³ BGE 128 III 113.

Parlament - geradezu klammheimlich im Rahmen des Anhangs zum Partnerschaftsgesetz³⁴ -, das Eheverbot für Stiefverhältnisse aufzuheben. Das Paar konnte heiraten. Der EGMR schrieb in der Folge die Beschwerde ab und sprach den Beschwerdeführern zu Lasten der Eidgenossenschaft eine grosszügige Prozessentschädigung zu, was erkennen lässt, dass die Beschwerde begründet gewesen wäre. Ohne die EMRK bzw. das Strassburger Damoklesschwert hätte die Schweiz diesbezüglich wohl heute noch eine verfassungswidrige Rechtslage.

10. Wertvolle gesetzgeberische Impulse

Die EMRK trug und trägt zur Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten bei, auch in der Schweiz. So wurde die berüchtigte „*administrative Versorgung*“ 1981 infolge der EMRK aufgegeben. Die in der EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien (Recht auf gerichtliche Überprüfung, Recht auf einen Anwalt in der Untersuchungshaft, Recht auf ein faires Verfahren) haben unser *Prozessrecht* stark beeinflusst und die Rechte des Einzelnen gestärkt. Eine Reihe von Bestimmungen der *Bundesverfassung*, aber auch deren Tragweite sind dem Einfluss der EMRK zuzuschreiben: Die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), Verfahrensgarantien (Art. 29), das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV), die Medienfreiheit (Art. 17), der Quellenschutz der Medienschaffenden (Art. 172 StPO), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 16 BV), die Kunstfreiheit (Art. 21 BV). Alles heute in der Schweiz selbstverständliche Garantien.

VII Was hat es mit den häufigsten Kritikpunkten auf sich?

Gegen die Rechtsprechung des EGMR wird häufig ins Feld geführt: Sie schlage alles über einen „europäischen Einheitslesten“, statt die nationalen Eigenheiten der Mitgliedstaaten zu respektieren und diesen einen „erheblichen Beurteilungsspielraum“ zu lassen.³⁵ Der Gerichtshof habe sich eine dynamische Rechtsprechung zu eigen gemacht und lege die EMRK anders aus, als sie bei ihrem Erlass verstanden worden sei; die EMRK bestehe in ihrer ursprünglichen Form nur noch auf dem Papier. Gelegentlich wird als Reaktion auf ein konkretes Urteils sogar die Kündigung der EMRK verlangt.

1. Respektierung nationaler Eigenheiten

Das Problem ist komplexer, als es auf den ersten Blick den Anschein macht. Mit dem Beitritt zur EMRK haben sich die einzelnen Staaten darauf verpflichtet, die darin garantierten Freiheitsrechte zu respektieren. Sie haben sich insoweit gebunden. Fest steht aber auch, dass die Tragweite gewisser Freiheitsrechte in den einzelnen Staaten historisch unterschiedlich aufgefasst wird. Eine „Föderalisierung“ der Grundrechte ist allerdings nicht unproblematisch, beschlägt sie doch die schwierige Frage nach deren allgemeinverbindlichem Kerngehalt. Die Problematik kann am Beispiel der Religions- und Kulturfreiheit veranschaulicht werden. Der EGMR hat am 1. Juli 2014 das Verbot des Tragens der Burka in einem Frankreich betreffenden Fall mit Rücksicht auf den französischen Laizismus toleriert.³⁶ Im Fall *Lautsi c. Italy* hat die Grosse Kammer entschieden, dass Kruzifixe in italienischen Schulzimmern nicht gegen Art. 9 EMRK verstossen.³⁷ Diese Entscheidungen berücksichtigen nationale Gegebenheiten und sind als Vorwirkung des noch nicht in Kraft getretenen 15. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 24.

³⁴ Art. 36 PartG (SR 211.231) bzw. Anhang, Ziff. 8, Art. 95 Abs. 1 ZGB.

³⁵ Martin Schubarth, Europäische Vielfalt und Strassburger Zentralismus, SJZ 1997, S. 385 ff.

³⁶ S.A.S. c. F (GK), 43835, 01.07.2014. Das auf einem Mehrheitsentscheid beruhende Urteil wurde kontrovers diskutiert. Die Minderheit argumentierte u.a.: „Konkrete individuelle Rechte, welche die Konvention garantiert, wurden hier abstrakten Prinzipien unterworfen ... Unserer Ansicht nach ist ein dermassen generelles Verbot, welches das Recht einer jeden Person auf eine eigene kulturelle und religiöse Identität tangiert, in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.“

³⁷ Urteil des EGMR (GK) vom 18. März 2011 (30814/06; Reports 2011, Ziff. 63 ff.).

Juni 2013 zu deuten.³⁸ Dieses nimmt das Subsidiaritätsprinzip in die Präambel der EMRK auf. Damit wird die primäre Verantwortung der Vertragsstaaten für die Umsetzung der EMRK und den diesen zustehenden Ermessensspielraum (*marge d'appréciation*; margin of appreciation) betont. Thematisch dürfte sich das Subsidiaritätspraxis wohl auf religiös/kulturell umstrittene Fragen beschränken. Es mag Phasen gegeben haben, in denen der EGMR den Spielraum der einzelnen Mitgliedstaaten stark, zu stark eingeengt hat. Heute geht die pauschale Kritik, der EGMR missachte nationale Eigenheiten, an der Realität vorbei.

2. Die Rechtsprechung darf, ja muss dynamisch sein

Dem EGMR wird gelegentlich vorgeworfen, dass er die EMRK dynamisch interpretiere, d.h. nicht so, wie gewisse Bestimmungen im Zeitpunkt ihres Erlassens (1957) verstanden worden seien. Wie die Materialien der Bundesversammlung unmissverständlich zeigen, war dem Parlament beim Beitrittsentscheid sehr wohl bewusst, dass die Auslegung der EMRK vor technischen und gesellschaftlichen Entwicklungen nicht Halt machen würde.³⁹ Mit Recht. Wenn etwa gesagt wird, die EMRK bestehe in ihrer ursprünglichen Form nur noch auf dem Papier, statt dessen herrsche ein von der Konvention weit entferntes Richterrecht vor,⁴⁰ ist das pure, durch nichts belegte Polemik. Auch die schweizerische Justiz pflegt seit jeher eine dynamische Rechtsprechung. Andernfalls hätten beispielsweise Rechtsuchende noch lange keinen Anspruch auf rechtliches Gehör Recht gehabt, wurde dieser doch erst nach und nach in einzelnen Gesetzen festgeschrieben und figuriert er erst seit dem Jahr 1999 in der Bundesverfassung. Dessen ungeachtet verordnete das Bundesgericht schon vor über hundert Jahren, dass eine Person, bevor gegen sie ein belastender Entscheid ergeht, angehört werden muss. Hergeleitet hat das Bundesgericht den Anspruch aus dem Satz „Vor dem Recht sind alle gleich“.⁴¹ Aus dem gleichen Grundsatz leitete es bereits in seinen ersten Entscheidungen das Rechtsverweigerungsverbot (1877)⁴² und das Willkürverbot (1884)⁴³ her. Dynamischer geht es kaum.

3. Diskutable Urteile des EGMR rechtfertigen keine Kündigung der EMRK

In jüngster Zeit wurde gegen den Menschengerichtshof Stimmung gemacht mit dem am 11. Oktober 2011 in Sachen *Association Rhino* c. CH ergangenen Urteil, in welchem die Schweiz wegen Verletzung der EMRK verurteilt wurde.⁴⁴ Der EGMR kritisierte die Schweiz, weil das Bundesgericht einen Häuserbesetzungen organisierenden Genfer Verein als rechtswidrig eingestuft und aufgelöst hatte. Der Entscheid ist durchaus diskutabel. Möglicherweise ist er darauf zurückzuführen, dass der EGMR zu sehr auf die harmlos klingenden Vereinsstatuten abgestellt hat statt auf die aktenkundige Tätigkeit des Vereins.

Aber welches Gericht trifft nicht gelegentlich diskutable Entscheidungen? Man darf, ja soll Gerichtsentscheidungen kritisieren können. Warum muss gleich mit dem Zweihänder argumentiert und eine einzelne – missglückte - Entscheidung für eigentliche Breitseiten gegen

³⁸ Siehe Botschaft zur Genehmigung des Protokolls Nr. 15 vom 6. März 2015 (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/2347.pdf>).

³⁹ Interview mit Luzius Mader, stellvertretender Direktor des BAJ (NZZ vom 13. April 2018, S. 15: „Die Initiative nennt Selbstverständliches“).

⁴⁰ Martin Schubarth, „Schweizer Demokratie und Strassburger Richter“ (NZZ vom 13. Mai 2013, S. 17). Bei dem von Schubarth als Beleg zitierten Fall des Namensrechts (SJZ 1997, S. 386 f.) handelt es sich um eine 24 Jahre (!) zurückliegende Entscheidung des EGMR i.S. Burghartz c. Schweiz. In diesem Urteil vom 22. Februar 1994 stellte der EGMR eine diskriminierende Behandlung des Namensrechts bzw. eine Verletzung von Art. 14 i.V.m. mit Art. 8 EMRK fest.

⁴¹ BGE 15 (1989) S. 28 und 681; BGE 28 (1902) I 227 E. 1 S. 232.

⁴² BGE 3 (1877) 425 E. 1 S. 429 f.

⁴³ BGE 10 (1884) 311 S. 312

⁴⁴ *Association Rhino* u.a. c. CH, 48848/07, 11.10.2011.

den Menschengenrichtshof und die EMRK instrumentalisiert werden?⁴⁵ Im Übrigen werden vom EGMR im Schnitt der Jahre nur gerade 1,6 Prozent der gegen die Schweiz erhobenen Beschwerden gutgeheissen.⁴⁶ Vergleichsweise hiess das Bundesgericht im Jahre 2017 rund 13,5 Prozent der beurteilten Beschwerden ganz oder teilweise gut.⁴⁷

VIII *Zu erwartende Folgen nach einer Annahme der Initiative*

1. *Grosse Rechtsunsicherheit*

Die Initiative verlangt, dass im Fall eines Widerspruchs zwischen Bundesrecht und einem völkerrechtlichen Vertrag dieser „nötigenfalls“ zu kündigen ist. Heikel ist bereits die Frage, wann man mit einem Widerspruch konfrontiert ist. Sodann sagt die Initiative weder, wer zuständig ist, einen Widerspruch zwischen dem Landesrecht und einem völkerrechtlichen Vertrag festzustellen, noch, wer im Falle eines Widerspruchs zu handeln bzw. einen Vertrag zu kündigen hat. Der Erlass einer ausführenden Gesetzgebung ist nicht vorgesehen.

1.1 *Wann liegt ein Widerspruch vor?*

Um beim Beispiel der EMRK zu bleiben: Nach dem Wortlaut und dem allgemeinem Sinn bestand zwischen der EMRK und der Bundesverfassung in ihrer Fassung vom Jahre 1999 kein Widerspruch. Vielmehr sind mehrere Bestimmungen der Bundesverfassung ihrem Einfluss zuzuschreiben.⁴⁸ Allerdings wurden in den letzten Jahren eine Reihe von Minderheiten diskriminierenden Bestimmungen in die Bundesverfassung aufgenommen.⁴⁹ Unklar ist, ob ein Widerspruch zwischen den Rechtsquellen als solchen (zwischen der EMRK und der Bundesverfassung bzw. einem Bundesgesetz) vorliegen muss oder ob es genügt, dass der EGMR eine unserer Verfassung entsprechende Norm der EMRK anders auslegt als das Bundesgericht bzw. ein von der schweizerischen Justiz abweichendes Urteil fällt. Beispiele: Wäre die Ausschaffungsinitiative mit ihrer automatischen Ausweisung strafbarer ausländischer Personen nicht nachträglich vom Parlament mit einer Härtefallklausel versehen worden, hätte sie von vornherein die fundamentalen Ansprüche auf rechtliches Gehör und auf Verhältnismässigkeit verletzt. Zwischen dem nationalen Recht und der EMRK, aber auch der Verfassung wäre es zu einem klaren Widerspruch gekommen. Wie verhält es sich, wenn eine vom EGMR festgestellte Verletzung der EMRK darauf zurückzuführen ist, dass dieser den ihm vorgelegten Sachverhalt anders beurteilt als das Bundesgericht, wie das im Genfer Fall (dazu Ziff. VII/3) geschehen ist? Von einem Widerspruch zwischen Landesrecht und Völkerrecht könnte aufgrund einer in einem Einzelfall abweichenden richterlichen Beurteilung wohl nicht die Rede sein. Ob aber die Feststellung einer Verletzung der EMRK bloss auf einer abweichenden richterlichen Beurteilung gründet oder auf einem Widerspruch zwischen dem nationalen Recht und dem völkerrechtlichen Vertrag, kann im Einzelfall heikel zu beurteilen sein. Die Frage, ob die nach der Initiative erforderlichen Voraussetzungen einer Kündigung des Vertrages vorliegen, birgt Streitpotenzial und führt zu grosser Rechtsunsicherheit.

1.2 *Wann und von wem würden völkerrechtliche Verträge gekündigt?*

Unklar ist auch, wann bei einer Annahme der Initiative eine Kündigung zu erfolgen hätte.

⁴⁵ Martin Schubarth, „Schweizer Demokratie und Strassburger Richter“ (NZZ vom 13. Mai 2013, S. 17).

⁴⁶ Zwischen 1974 und 2013 wurden 5'940 Beschwerden gegen die Schweiz erhoben. Davon wurden 3 % für zulässig erklärt und 1,6 % ganz oder teilweise gutgeheissen (NZZ vom 21. November 2014, S. 11: „Oberster Strassburger Richter im Bundeshaus“). Siehe auch Bundesamtsdirektor Martin Dummermuth im Interview mit der Zentralschweiz am Sonntag vom 13. März 2016, S. 5 („Strassburg ist nicht ein fremdes Gericht“).

⁴⁷ Im Geschäftsjahr 2017 hiess das Bundesgericht 13,45 Prozent der beurteilten Beschwerden ganz oder teilweise gut (Geschäftsbericht 2017, S. 17).

⁴⁸ Siehe Ziff. VI/10.

⁴⁹ Siehe bei Fn. 1 - 5.

Hätte sie in Fällen, wo der Widerspruch zur Bundesverfassung klar ist,⁵⁰ gleich nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen zu erfolgen? Oder erst nachdem ein schweizerisches Gericht in einem rechtskräftigen Urteil einen Widerspruch festgestellt hat? Oder erst wenn Strassburg, Brüssel oder die OECD die Schweiz rügen? Wäre für die Feststellung eines Widerspruchs ein besonderes Verfahren erforderlich? Obläge die Feststellung dem Bundesgericht, dem Parlament oder dem Bundesrat? Wie verhielte es sich, wenn ein erstinstanzliches Gericht des Bundes endgültig entscheidet? Alles offene Fragen.

Die Initiative spricht von der „Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge“, sagt aber nicht, wer für die Kündigung zuständig ist. Stellt man auf die Bundesverfassung ab (Art. 184 BV), wäre es der Bundesrat. Dieser würde ohne expliziten direktdemokratischen Auftrag, d.h. ohne Konsultation des Volkes handeln, sobald ein Widerspruch zwischen dem Landesrecht und einem völkerrechtlichen Vertrag festgestellt wäre. Damit schwächt die Initiative just die Volksrechte.

2. Relativierung der Gewaltenteilung und menschenrechtliches Vakuum

Eine Annahme der Initiative änderte zwar zunächst noch nichts an der Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge, sofern sie dem Referendum unterstanden. Dennoch würde damit eine fatale Drohkulisse aufgerichtet. Die Unabhängigkeit der Gerichte käme unter Druck, riskierten diese doch mit jeder Feststellung, dass eine auf dem nationalen Recht basierende Entscheidung im Widerspruch zu einem völkerrechtlichen Vertrag steht, eine Kündigungsdiskussion in Gang zu setzen. Die Gefahr, dass die Gerichte nicht mehr nach Recht und Billigkeit entschieden, sondern auf allfällige politische Konsequenzen schielten, wäre real.

Erst recht gerieten Richter und Richterinnen nach einer Kündigung der EMRK unter politischen Druck, zumal der UNO-Pakt II, der praktisch die gleichen Menschenrechte garantiert, unkündbar ist. Vertragstreue und Verteidigung menschenrechtlicher Garantien würden von der populistischen Rechten als Missachtung des Volkswillens denunziert. Nach einer Kündigung der EMRK wären der Einführung rechtlicher Automatismen, wie sie z.B. die Ausschaffungsinitiative vorsah, kaum mehr Schranken gesetzt.⁵¹ Die Justiz würde insoweit ausgeschaltet. Auch das ist eine – nicht deklarierte – Zielsetzung der Selbstbestimmungsinitiative. Letztlich beschneidet die Initiative nicht die Macht der sogenannten „fremden“ Richter, sondern die Kompetenz der eigenen Justiz. Sie stellt die Gewaltenteilung ernsthaft in Frage; ein Phänomen, das in Europa zu grassieren scheint. Man denke an Ungarn, man denke an Polen.

Indem die Initiative das Volk gewissermassen als alleinige Richtschnur staatlicher Macht sieht – das Volk als Vertragspartei, als Verfassungsgeber, als Gesetzgeber und als Richter – und damit die anderen Staatsorgane zurückdrängt, bricht sie mit unserer Rechtskultur, die auf einer Balance zwischen den Gewalten beruht. Demokratie ohne Menschenrechte und ohne Gewaltenteilung bedeutet Diktatur der Mehrheit.

3. Fatales aussenpolitisches Signal und unabsehbare wirtschaftliche Folgen

Die Bundesverfassung enthält zwar materiell die von der EMRK garantierten Rechte. Indessen würde sich die Schweiz mit einer Annahme der Initiative aus der europäischen Wertegemeinschaft, die in der EMRK verkörpert wird, ausklinken.⁵² Dem Austritt eines im

⁵⁰ Z.B. im Fall der Minarettinitiative oder wenn ein Investitionsschutzabkommen für Enteignungen nur eine angemessene und nicht eine volle Entschädigung vorsieht, wie sie Art. 26 Abs. 2 BV fordert.

⁵¹ Nach SVP-Parteipräsident Röstli hat die Selbstbestimmungsinitiative zum Ziel, die „fehlende Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative und der Ausschaffungsinitiative zu korrigieren“ (Tages-Anzeiger vom 11. April 2018, S. 4: „Die heimliche Kündigungsvorlage“).

⁵² Mit Ausnahme von Weissrussland und des Vatikanstaates sind alle international anerkannten europäischen Staaten Mitglieder der EMRK.

Zentrum von Europa liegenden, ureuropäischen Staates, der aufgrund seiner demokratischen Strukturen umliegenden Ländern oft als Vorbild dient, käme eine weit über unser Land hinaus reichende, fatale Bedeutung zu.

Die Initiative beschwört die Selbstbestimmung. Ihre Annahme würde aber in Tat und Wahrheit die Souveränität, Handlungsfähigkeit und Verhandlungsmacht der Eidgenossenschaft als internationaler Vertragspartner empfindlich schwächen. Die Folgen wären unabsehbar, nicht nur für die Stellung der Schweiz im internationalen Kontext, sondern auch hinsichtlich allfälliger Gegenmassnahmen. Für den Kleinstaat Schweiz, dessen Volkswirtschaft in die Weltwirtschaft integriert ist, ist die Verbindlichkeit des Völkerrechts lebenswichtig. Unternehmen brauchen Rechtssicherheit, Stabilität und einen offenen Zugang zu den Märkten der Welt. Sie sind auf das Vertrauen in unseren Standort angewiesen. Durch eine Vielzahl ausgehandelter Abkommen⁵³ kann sich die Schweiz als Exportnation international behaupten und ihre Interessen auf dem Rechtsweg durchsetzen.

Da die Initiative die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge einseitig ausser Kraft setzt, kommt sie einem institutionalisierten Vertragsbruch gleich. Vertragspartner der Schweiz könnten im Falle der Annahme der Initiative nicht mehr auf Vertragstreue zählen. Die von der Schweiz abgeschlossenen Verträge stünden unter einem Dauervorbehalt. Die Schweiz würde sich als Vertragspartner international selbst ins Abseits stellen und verlöre ihren Ruf als verlässlicher Vertragspartner. Betroffen von der Rechtsunsicherheit wären namentlich Freihandelsabkommen, Investitionsschutzabkommen und sogar WTO-Bestimmungen mit unmittelbaren negativen Folgen für Investitionen und die Geschäftstätigkeit schweizerischer Unternehmen. Die Selbstbestimmungsinitiative würde die Grundlagen des schweizerischen Wohlstands aufs Spiel setzen.⁵⁴

⁵³ Die Schweiz hat zur Zeit über 5'000 Staatsverträge abgeschlossen, wovon mehr als 600 auch wirtschaftliche Aspekte enthalten; darunter 30 Freihandelsabkommen, rund 120 Investitionsschutzabkommen und über 100 Doppelbesteuerungsabkommen (NZZ vom 7. April 2017, S. 16: „Die SVP-Initiative bringt mehr Rechtsunsicherheit“).

⁵⁴ Dazu Christine Kaufmann, Mögliche Auswirkungen der Eidgenössischen Initiative ‚Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)‘ auf ausgewählte wirtschaftsrelevante Staatsverträge, <https://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/articles/downloads/Referat_Christine%20Kaufmann.pdf> (besucht am: 15. Mai 2018); siehe auch NZZ vom 7. April 2017, S. 16.