

Schweizer Recht vor fremdem, internationalem Recht



Positionspapier der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Bern, im August 2013

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage: Internationales Recht verdrängt schweizerisches Recht.....	4
1. „Völkerrecht“ ist internationales Recht	4
2. Das internationale Recht und die internationalen Gerichte schaffen eine Parallelrechtsordnung für die Schweiz.....	4
2.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte.....	5
2.2 Der Europäische Gerichtshof	6
2.3 Internationale Wirtschaftspolitik	7
2.4 Fazit: Das internationale Recht und die internationalen Gerichte sind treibende Kräfte der schweizerischen Rechtsentwicklung	7
3. Das Bundesgericht stellt das internationale Recht über die vom Volk beschlossene Verfassung	8
4. Das internationale Recht hebt die Volksrechte und unsere demokratische Staatsordnung aus.....	10
5. Das internationale Recht regelt unter dem Titel „Schutz der Menschenrechte“ das Sozialleben und den Sozialstaat in der Schweiz.....	12
6. Heimlicher EU-Beitritt: Die Schweiz übernimmt immer mehr EU-Recht und gibt ihre rechtliche Souveränität faktisch an die EU ab.....	13
7. Undemokratisches Völkerrecht: Grossmächte, internationale Organisationen und Experten bestimmen das internationale Recht und damit auch das schweizerische Recht	15
II. Herausforderungen und Ziele: Wie kann die Schweiz ihr Recht wieder selber bestimmen?	16
1. Wie kann sichergestellt werden, dass die Verfassung als höchstes Recht in der Schweiz gilt und die Volksrechte erhalten bleiben?	16
2. Wie kann die heimliche und schleichende Internationalisierung und Europäisierung des schweizerischen Rechts vermieden werden?	17
3. Wie kann sichergestellt werden, dass die Schweiz und Personen in der Schweiz nicht internationalen Gerichten unterworfen werden, die parteiisch sind und ein fremdes Recht anwenden?.....	17
4. Wie sind Widersprüche zwischen Landesrecht und internationalem Recht klar und sinnvoll zu regeln?.....	18
III. Vorschläge für eine Änderung der Bundesverfassung.....	19
A. Vorgeschlagene Verfassungsbestimmungen	19
1. Die Verfassung geht dem Völkerrecht vor	19
2. Der Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts.....	19
2.1 Variante 1: Kein Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts.....	19
2.2 Variante 2: Abschliessende, enge Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	19
2.3 Variante 3: Allgemeine Umschreibung des zwingenden Völkerrechts	20
2.4 Variante 4: Abschliessende, umfassende Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	20
3. Das schweizerische Recht wird dem internationalen Recht nur angeglichen, wenn die Verfassung, ein Gesetz oder ein referendumspflichtiger Staatsvertrag dies vorsieht.....	20
4. Die Schweiz anerkennt keine Entscheidung eines internationalen Gerichts, das nicht unabhängig und unparteiisch ist und das Recht so anwendet, wie es ursprünglich galt	21

5.	Die Verfassung und die Bundesgesetze gehen widersprechenden Staatsverträgen vor; diese müssen neu ausgehandelt oder gekündigt werden. Ein referendumspflichtiger Staatsvertrag, der <i>nach</i> dem Erlass eines Bundesgesetzes genehmigt wurde, geht dem Bundesgesetz jedoch vor	21
B.	Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen	21
1.	Art. 5 Abs. 1 und 4 (Vorrang der Verfassung gegenüber dem Völkerrecht)	21
1.1	Verfassung als oberste Rechtsquelle (Art. 5 Abs. 1).....	21
1.2	„Beachtung“ des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4).....	22
2.	Art. 139, 193 und 194 (zwingendes Völkerrecht)	23
2.1	Variante 1: Kein Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts.....	23
2.2	Variante 2: Abschliessende, enge Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	23
2.3	Variante 3: Allgemeine Umschreibung des zwingenden Völkerrechts	24
2.4	Variante 4: Abschliessende, umfassende Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	24
3.	Art. 147a (Angleichung an internationales Recht)	24
4.	Art. 189a (Entscheidung internationaler Gerichte oder Behörden).....	26
5.	Art. 184 Abs. 2 und Art. 190 (Bundesgesetze und Staatsverträge).....	27
5.1	Das Verhältnis von Bundesgesetzen und Staatsverträgen (Art. 184 Abs. 2 und Art. 190 Abs. 2)	27
5.2	Die Massgeblichkeit des Völkerrechts (Art. 190 Abs. 1)	28
IV.	Fazit und Ausblick	31

I. Ausgangslage: Internationales Recht verdrängt schweizerisches Recht

1. „Völkerrecht“ ist internationales Recht

Der Einfluss des sogenannten Völkerrechts auf die einzelnen Staaten, vor allem aber auf die Rechte der einzelnen Bürger hat seit dem Zweiten Weltkrieg markant zugenommen. Dieses Völkerrecht besteht einerseits aus völkerrechtlichen Verträgen (Staatsverträge, als wichtigste Quelle des sogenannten primären Völkerrechts) und Völkergewohnheitsrecht, andererseits aus verschiedenen Arten des sogenannten sekundären Völkerrechts, einschliesslich Soft Law (nicht streng verbindliches Recht): Verordnungen, Richtlinien, Standards, Empfehlungen usw. von internationalen Organisationen und Entscheide von internationalen Gerichten und Behörden. Im Vordergrund stehen für die Schweiz beim sekundären Völkerrecht die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), der wegen Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) angerufen werden kann, und die Urteile des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), des obersten Gerichts der EU.

Dieses „Völkerrecht“ ist jedoch nicht das Recht der Gemeinschaft aller Völker, wie der Begriff vermuten lässt. Es ist vor allem Recht, das sich aus den Staatsverträgen für die betreffenden Staaten ergibt, und – in den letzten Jahrzehnten zunehmend – das Recht, das von internationalen Organisationen und Gerichten geschaffen wird. „Völkerrecht“ ist somit internationales Recht (französisch: „droit international [public]“; englisch: „[public] international law“). Im Folgenden wird darum im Prinzip dieser – passendere – Ausdruck verwendet.

Wer den Einfluss des Völkerrechts in der Schweiz kritisch hinterfragt, wendet sich darum nicht gegen die Gemeinschaft der Völker, sondern fragt: Wer soll in der Schweiz bestimmen, was als Recht gilt? Die Schweiz oder die Schöpfer und Verwalter eines internationalen Rechts? Wie können wir unsere Eigenarten und Vorzüge im Vergleich zu anderen Staaten bewahren und den Einfluss von immer mehr internationalem Recht auf die Schweiz besser kontrollieren?

2. Das internationale Recht und die internationalen Gerichte schaffen eine Parallelrechtsordnung für die Schweiz

Längst geht es beim internationalen Recht nicht mehr nur um die Regelung von Konflikten und um die Zusammenarbeit zwischen Staaten. Das internationale Recht greift vielmehr über die einzelnen Staaten hinweg direkt auf die Bürger und die Unternehmen zu, ordnet das Zusammenleben der Menschen und vermittelt ihnen Ansprüche gegenüber ihren jeweiligen Staaten.

So wurde die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) 1950 unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges und der mit ihm einhergehenden Gräueltaten und Unterdrückungen von den Mitgliedern des Europarates abgeschlossen, „in Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden und die am besten durch eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sowie durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrunde

liegenden Menschenrechte gesichert werden".¹ Ausgehend von diesen grundlegenden Absichten hat sich die Auslegung der EMRK seit ihrem Abschluss in alle möglichen Bereiche ausgedehnt, welche mit dem landläufigen Verständnis des Begriffs „Menschenrechte“ teilweise kaum mehr etwas zu tun haben.

2.1 Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

Besonders einflussreich und zunehmend eigenmächtig ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg. Dieses Gericht urteilt über Beschwerden, die Bürger aus einem europäischen Staat gegen ihren Staat erheben wegen einer möglichen Verletzung der EMRK. Der EGMR ist heute in vielen Bereichen – vor allem im Ausländerrecht, aber auch in weiten Teilen des Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahrensrechts – faktisch das oberste „Schweizer“ Gericht, sozusagen das „Oberbundesgericht“. Aus dem Anspruch auf Schutz des Familienlebens (Art. 8 EMRK) hat der EGMR etwa abgeleitet:

- dass die Verurteilung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe und die Sozialhilfeabhängigkeit kein ausreichender Grund sei, um einen Ausländer auszuweisen und damit von seinen Kindern zu trennen;²
- dass für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine lange Aufenthaltsdauer in der Schweiz und ein schlechter Gesundheitszustand höher zu gewichten seien als die Sozialhilfeabhängigkeit und Straffälligkeit des Betroffenen.³

Offensichtlich geht es hier nicht mehr um den Schutz der Freiheitsrechte, die den Bürger vor einem übermächtigen Staat schützen sollen, sondern um Ansprüche der Bürger gegenüber dem Staat. Mit den Urteilen des EGMR werden die Sozialhilfeansprüche von Bürgern eines fremden Landes gegenüber schweizerischen Behörden geschützt. Der EGMR ist daran, gestützt auf die EMRK Grundsätze ei-

¹ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

² Im Jahr 2001 reiste der Nigerianer U. unter falscher Identität in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch, welches abgelehnt wurde. Er verliess in der Folge die Schweiz. Im Jahr 2003 reiste er – mit der Absicht, eine Schweizer Bürgerin zu heiraten – wieder ein. Die beiden bekamen Zwillinge. Drei Jahre später wurde U. in Deutschland beim Versuch Kokain einzuführen, festgenommen und zu 42 Monaten Gefängnis verurteilt. Nach Verbüßung der Haftstrafe reiste U. zurück in die Schweiz zu seiner Familie. Die Ehe wurde später geschieden. U. blieb in der Schweiz und wurde 2012 erneut Vater. Die neue Partnerin ist Schweizerin. Das Bundesgericht lehnte im Jahr 2009 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab. Es begründete dies u.a. mit der Straffälligkeit von U. sowie mit dessen Sozialhilfeabhängigkeit. Am 16. April 2013 entschieden die Strassburger Richter mit 5 gegen 2 Stimmen zugunsten von U. (Urteil des EGMR vom 16. April 2013; *Affaire Udeh c. Suisse*; Requête n° 12020/09). Die Schweiz hat den EGMR um Neubeurteilung durch dessen grosse Kammer ersucht. Der Entscheid steht noch aus.

³ H. wurde 1956 im heutigen Bosnien-Herzegowina geboren. Im August 2004 verliess er nach 20 Jahren die Schweiz in Richtung Heimat, um dort sein neues Haus zu bewohnen. Aus gesundheitlichen Gründen änderte H. ein gutes Jahr später seine Meinung und wollte in die Schweiz zurückkehren. Das Bundesgericht lehnte im Jahr 2009 die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab. Es begründete dies u.a. mit der Sozialhilfeabhängigkeit von H. und mit dessen Verurteilungen wegen Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz sowie wegen Hausfriedensbruchs. Am 11. Juni 2013 entschieden die Strassburger Richter zugunsten von H. (Urteil des EGMR vom 11. Juni 2013; *Affaire Hasanbasic c. Suisse*; Requête n° 52166/09).

nes für alle europäischen Staaten einheitlichen Sozialstaates zu entwickeln. Die Urteile betreffen zwar jeweils einen konkreten Einzelfall, sie wirken jedoch als europaweit verbindliche Auslegung der EMRK für alle künftigen vergleichbaren Fälle.

Der EGMR hat die EMRK in einer Weise ausgelegt, mit der bei Abschluss der Konvention bzw. bei deren Ratifikation durch die Schweiz niemand gerechnet hatte. Professor DANIEL THÜRER stellte schon 1988 fest: „Dieses dynamische, [...] vor allem auf Effektivierung der garantierten Menschenrechte angelegte Konventionsverständnis hat zur Folge, dass die EMRK heute nicht denselben Inhalt und dieselbe Bedeutung hat wie 1950 anlässlich ihrer Unterzeichnung.“⁴ Die Praxis des EGMR steuere dahin, „den Konventionsstandard sukzessive anzuheben. Das entspricht nicht dem normalen Vorgehen bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge“.⁵ Anlässlich der Genehmigung der EMRK im Jahr 1974 betonte der Bundesrat gegenüber dem Parlament jedoch noch, dass nichts, was in der EMRK enthalten ist, grundsätzlich neu sei und nicht bereits Gegenstand der (damaligen) Bundesverfassung gewesen wäre (ausser, wo explizit entsprechende Vorbehalte angebracht wurden). Dies wurde bei der Frage, ob zum Bundesbeschluss eine Volksabstimmung notwendig sei oder nicht, als Argument gegen ein Referendum ins Feld geführt.⁶

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mit seiner Auslegung und „schöpferischen Weiterentwicklung“ der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) eine Parallelrechtsordnung zum schweizerischen Recht, vor allem zum Ausländerrecht, geschaffen – eine Parallelrechtsordnung, die dank dem angeblichen „Vorrang des Völkerrechts“ über dem schweizerischen Recht steht. Weder zur EMRK noch zum „Vorrang des Völkerrechts“ konnte sich das Schweizervolk jemals äussern.

Von Zurückhaltung gegenüber den kulturellen, politischen und historischen Eigenheiten in den einzelnen Ländern ist in der Rechtsprechung des EGMR wenig zu spüren. Vor allem interessiert es ihn nicht, ob über ein Gesetz oder eine Verfassungsbestimmung eine Volksabstimmung stattgefunden hat. Dass Volk und Stände der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV) und dem Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) zugestimmt haben, wird dem EGMR egal sein, wenn er in Zukunft einmal entscheiden muss, ob diese Bestimmungen der schweizerischen Bundesverfassung mit der EMRK vereinbar sind.

2.2 Der Europäische Gerichtshof

Aber auch der Europäische Gerichtshof (EuGH), das höchste Gericht der EU, weitet seine Kompetenzen als Gericht und die Kompetenzen der EU gegenüber den

⁴ DANIEL THÜRER, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht 1988, S. 377 ff., 383.

⁵ THÜRER, a.a.O., S. 385.

⁶ „Die Frage, ob eine Abstimmung durchzuführen sei, stellt sich im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht, denn die Konvention garantiert in der Tat Rechte, die zum grössten Teil bereits durch die Bundesverfassung anerkannt und geschützt sind“ (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. März 1974, BBl 1974 I S. 1063).

Mitgliedstaaten laufend aus. Es gibt heute Richtlinien und Verordnungen der EU zu fast allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens. Das ist auch für die Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat von Bedeutung: Diese Richtlinien und Verordnungen übernehmen unser Parlament und unsere Verwaltung, oder sie orientieren sich an ihnen; und die Schweizer Gerichte und Behörden legen viele Schweizer Gesetze und auch die Bilateralen Verträge im Hinblick auf eine möglichst grosse Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH aus.

Zusammen mit dem EGMR kultiviert der EuGH in Europa eine Herrschaft der Richter, ein „gouvernement des juges“. Die Rede ist von „dynamischer Rechtsprechung“ und „schöpferischer Rechtsfortbildung“. Die Europäische Kommission und der EuGH wiederum wurden, wie Professor DANIEL THÜRER festhält, „wegen ihrer besonderen Dynamik schon als ‚Motoren‘ der Rechtsentwicklung bezeichnet“.⁷ In Wirklichkeit geht es um Kompetenzüberschreitungen und um Rechtsauslegungen, mit denen bei der Gründung der damaligen Europäischen Gemeinschaften niemand gerechnet hatte.

2.3 Internationale Wirtschaftspolitik

Auch in der internationalen Wirtschaftspolitik wird mit Hochdruck an einer Parallelrechtsordnung gearbeitet, die über den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten stehen wird. So wollen die OECD und die G-20 globale Regeln über den Informationsaustausch zwischen den Staaten aufstellen; das wird auch das Steuersystem in der Schweiz verändern. Dasselbe gilt für die Aktivitäten und Beschlüsse des UNO-Expertenkomitees für internationale Zusammenarbeit in Steuerfragen. Die Financial Action Task Force (FATF/GAFI), eine internationale Organisation, hat der Geldwäscherei und dem Terrorismus den Kampf angesagt und entsprechende Empfehlungen erlassen; der Bundesrat und die Verwaltung wollen sie umsetzen und unser Aktienrecht in grundlegenden Fragen aufgrund dieser Empfehlungen ändern.

2.4 Fazit: Das internationale Recht und die internationalen Gerichte sind treibende Kräfte der schweizerischen Rechtsentwicklung

Die vorstehenden Beispiele zeigen: Über verschiedene Kanäle dringt immer mehr internationales Recht in unsere Rechtsordnung ein. Es beeinflusst unsere Rechtsordnung auch in Bereichen, die wenig oder nichts mit dem Verhältnis der Schweiz zum Ausland zu tun haben und über die wir autonom entscheiden könnten.

Das internationale Recht ist zu einer treibenden Kraft unserer nationalen Rechtsentwicklung geworden – und zwar einer Rechtsentwicklung, die weg von unserer freiheitlichen, föderalistischen Ordnung hin zu einer zentralistischen und sozialistischen Ordnung geht: Wer heute in der Schweiz höhere Steuern, mehr Konsumentenschutz, mehr Arbeitnehmerschutz, mehr Umweltschutz, mehr Rechte für Asylbewerber, mehr Geld für die Bildung usw. fordert, macht das nicht mehr primär mit sachlichen Argumenten – sie sind nicht immer leicht zu finden, zudem muss man sich mit Gegenargumenten auseinandersetzen –, sondern er verweist auf Berichte und Empfehlungen internationaler Organisationen, auf Beschlüsse eines Ministertreffens oder einer internationalen Konferenz, auf Grünbücher und

⁷ DANIEL THÜRER, Gutachten [zuhanden des Bundesrates] über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, 7. Juli 2011, S. 4 f.

Weissbücher, auf den Dialog oder Runden Tisch verschiedener Staaten, die „Verurteilungen“ durch einen Ausschuss usw. Jemand nannte es „das Spiel über die Bande“, die Bande des internationalen Rechts.

„Das Spiel über die Bande“ funktioniert, weil es dem Bundesrat, der Verwaltung, dem Bundesgericht und der Rechtswissenschaft (genauer: den Staats- und Völkerrechtsprofessoren) im Verlauf der letzten Jahrzehnte gelungen ist, den Vorrang des internationalen Rechts gegenüber dem Landesrecht durchzusetzen.

3. Das Bundesgericht stellt das internationale Recht über die vom Volk beschlossene Verfassung

Das Bundesgericht, der Bundesrat, die Verwaltung und die Rechtswissenschaft haben in den letzten Jahrzehnten tatkräftig dazu beigetragen, dass das internationale Recht in der Schweiz eine dominierende Kraft in der politischen Diskussion und in der Entwicklung des schweizerischen Rechts wurde. Sie haben alle den „Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht“ propagiert und sich gegenseitig darin bestärkt, dass das Völkerrecht in der Schweiz dem Landesrecht vorgehe: Die Verwaltung nimmt Bezug auf die Praxis des Bundesgerichts, das Bundesgericht verweist auf die Wissenschaft, die Wissenschaft stützt sich auf die Praxis der Verwaltungsbehörden. Sie alle haben der Parallelrechtsordnung des internationalen Rechts die Türen der Schweiz weit geöffnet.

Heute kann die Schweiz nicht mehr durch eine Änderung der Verfassung selber bestimmen, was in der Schweiz Recht und Unrecht sein soll. Denn das internationale Recht steht angeblich sogar über der Verfassung. Zwei Blicke zurück:

- Das Bundesgericht hat den Menschenrechtsgarantien in der EMRK schon 1975, nur ein Jahr nach der Ratifikation der EMRK durch die Schweiz, Verfassungsrang zugesprochen.⁸ Jenes Urteil markiert aus heutiger Sicht den Anfang einer Rechtsprechung, in deren Verlauf das Bundesgericht die EMRK nach und nach auf die oberste Stufe der schweizerischen Rechtsordnung gehoben hat.

- Den vorläufigen Höhepunkt und Abschluss dieser Entwicklung bildet das Bundesgerichtsurteil vom 12. Oktober 2012 im Zusammenhang mit der Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV), das Urteil BGE 139 I 16 ff.⁹ Die drei Haupterkennnisse lauten:

⁸ BGE 101 Ia 67 ff.

⁹ Ein Mazedonier war im November 1994 im Rahmen eines Familiennachzugs in die Schweiz eingereist, wo er in der Folge eine Niederlassungsbewilligung erhielt. Am 18. Juni 2010 wurde er wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt; der Täter habe sich ohne Notlage am organisierten Drogenhandel und insbesondere an der geplanten Umsetzung von rund einem Kilogramm Heroin beteiligt. Gestützt darauf widerrief das Migrationsamt des Kantons Thurgau am 30. März 2011 seine Niederlassungsbewilligung und wies den Mazedonier aus der Schweiz weg. Daraufhin gelangte dieser ans Bundesgericht. Es hatte zu prüfen, ob die Niederlassungsbewilligung gestützt auf Art. 63 des Ausländergesetzes im konkreten Fall widerrufen werden durfte.

- **Die Auslegung und Anwendung der Bundesverfassung hat sich innerhalb der Schranken des Völkerrechts zu bewegen.**¹⁰
- **Völkerrecht – auch das *nicht* zwingende Völkerrecht – geht der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen vor.**¹¹

Der Vorrang auch des nicht zwingenden Völkerrechts bedeutet vor allem, dass die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR Vorrang haben gegenüber der Bundesverfassung. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts hat jedoch alles internationale Recht Vorrang gegenüber dem Landesrecht. Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts waren zwar nicht entscheidrelevant; sie waren, mit anderen Worten, überflüssig. Sie sind jedoch ein deutliches Signal an den Bundesrat, die Verwaltung und an die Wissenschaft.

- **Das Bundesgericht hat die rechtliche Souveränität der Schweiz preisgegeben und die Verantwortung für die schweizerische Rechtsordnung dem internationalen Recht und den internationalen Gerichten übertragen.**

Das Bundesgerichtsurteil führt dazu, dass die Schweiz ihre rechtliche Souveränität preisgibt. Auf der einen Seite kann die Verfassung nicht mehr mittels konkret formulierter Volksinitiativen, sozusagen „von innen“, geändert werden, weil konkrete Initiativtexte mit dem Hinweis namentlich auf das Verhältnismässigkeits-

¹⁰ Das Bundesgericht prüfte unter anderem, ob Art. 121 Abs. 3-6 BV unmittelbar anwendbar sei. Es führte aus: „Die Art. 121 Abs. 3-6 BV sind nicht hinreichend klar formuliert, um ihre direkte Anwendbarkeit begründen zu können, zumal eine solche in Widerspruch zu anderen verfassungs- und *völkerrechtlichen Vorgaben* [...] stehen würde“ (Hervorhebung hinzugefügt). Das Bundesgericht sprach weiter von „heikle[n] verfassungs- und *völkerrechtliche[n] Probleme[n]*“, da ein Ausweisungsautomatismus, wie er sich bei einer isolierten Betrachtung aus Art. 121 Abs. 3-6 BV ableiten liesse, bzw. dessen Umsetzung die *völkerrechtlich gebotene Verhältnismässigkeitsprüfung* ausschliesse (Hervorhebungen hinzugefügt). Der Verfassungswortlaut steht gemäss Bundesgericht „in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu grundlegenden verfassungs- und *völkerrechtlich* von der Schweiz anerkannten Werten“; die Verfassungsbestimmung schliesse „die *nach der EMRK* in einem demokratischen Rechtsstaat gebotene und auch *nach dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)* erforderliche Interessenabwägung und Beurteilung gestützt auf die Umstände im Einzelfall“ aus (Hervorhebungen hinzugefügt). Und weiter: „Das Bundesgericht ist im Falle einer auslegungsweise nicht überwindbaren Normenkollision an die Bundesgesetze und das *Völkerrecht* gebunden (Art. 190 BV)“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹ Das Bundesgericht führte aus: „Im Falle eines Normenkonflikts zwischen dem Völkerrecht und einer späteren Gesetzgebung geht die Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus; vorbehalten bleibt gemäss der „Schubert“-Praxis der Fall, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat [...]. Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so *geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor* [...]; dies gilt selbst für Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben [...]. Der dargelegte Vorrang besteht auch gegenüber späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen“ (Hervorhebungen hinzugefügt). Und weiter: „Das Bundesgericht [...] hat die sich *aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebenden Vorgaben weiterhin umzusetzen* (vgl. Art. 190 BV). Es kann in der durch diese gebotenen Interessenabwägung der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik zugesteht“ (Hervorhebung hinzugefügt).

prinzip und allenfalls den „Kerngehalt“ der Grundrechte relativiert werden.¹² Auf der anderen Seite setzt das Bundesgericht die Schweiz wegen des Vorrangs des Völkerrechts „im Aussenverhältnis“ der Dynamik und den Entwicklungen des internationalen Rechts aus, ohne dass die Schweiz die entsprechenden Einflüsse kontrollieren könnte, ohne dass das internationale Recht das Verfahren der demokratischen Verfassungs- bzw. Gesetzgebung durchlaufen müsste.

Schliesslich bestätigt das Bundesgerichtsurteil alle Skeptiker einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit: Davon, dass das Bundesgericht bei der Überprüfung demokratisch legitimierter Erlasse auf ihre Verfassungsmässigkeit hin Zurückhaltung üben würde – so die Verfechter einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit –, kann keine Rede sein.

4. Das internationale Recht hebt die Volksrechte und unsere demokratische Staatsordnung aus

Der Vorrang des internationalen Rechts wirkt sich in der Schweiz mit ihrem demokratischen politischen System besonders stark aus. Er hebt nämlich die Volksrechte und die demokratische Ordnung aus, also namentlich die Möglichkeiten der Bürger, nötigenfalls selber – durch eine Volksinitiative oder mit einem Referendum – auf unsere Rechtsordnung Einfluss zu nehmen und gegenüber Bundesrat und Parlament korrigierend einzugreifen. Diese Möglichkeiten werden massiv eingeschränkt, wenn internationales Recht über das schweizerische Recht gestellt wird, wie der Bundesrat, die Verwaltung, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft dies tun.

Vor allem der Schutz der sogenannten Menschenrechte durch internationale Konventionen, Pakte, Protokolle und Deklarationen und durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) haben in den letzten Jahren zu Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Volksinitiativen geführt, welche Volk und Stände angenommen haben. Erwähnt seien:

- die Verwahrungsinitiative (Art. 123a BV),
- die Unverjährbarkeitsinitiative (Art. 123b BV),
- die Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV) und
- die Alpeninitiative (Art. 84 BV), bei der sich Umsetzungsprobleme vor allem wegen des Landverkehrsabkommens mit der EU ergeben.

Bei der Ausschaffungsinitiative hat der Bundesrat einen Umsetzungsvorschlag unterbreitet, der im Wesentlichen dem von Volk und Ständen ausdrücklich abgelehnten direkten Gegenvorschlag entspricht. Vermutlich hat das erwähnte Bundesgerichtsurteil vom 12. Oktober 2012 den Bundesrat in seiner Absicht bestärkt, die Ausschaffungsinitiative nicht umzusetzen; dem Bundesrat so den Rücken zu stärken, war wohl die Absicht des Bundesgerichts, als es sich in nicht entscheidrelevanten, überflüssigen Bemerkungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Ausschaffungsinitiative äusserte.

Beim Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) stellen sich zwar keine Umsetzungsfragen, denn die Verfassungsbestimmung ist unmittelbar anwendbar. Doch ist an-

¹² Siehe die Ausführungen in BGE 139 I 16 E. 4.2.2, S. 24 f.

zunehmen, dass der EGMR angerufen werden wird, um zu prüfen, ob ein in einem konkreten Fall ausgesprochenes Bauverbot mit der EMRK vereinbar ist. Zudem hat der Europarat die Schweiz aufgefordert, das Minarettverbot aufzuheben. Auch beim Minarettverbot droht das Völkerrecht somit die Anwendung einer von Volk und Ständen beschlossenen Verfassungsbestimmung einzuschränken.

Diese Beispiele zeigen: Dem Parlament ist bis heute zwar zugute zu halten, dass es sich bei der Prüfung der Gültigkeit von Volksinitiativen an die Vorgaben der Verfassung hält und eine Volksinitiative nur für ungültig erklärt, wenn sie zwingendem Völkerrecht widerspricht (Art. 139 Abs. 3 BV). Wenn es um die Umsetzung von Initiativen geht, wird das internationale Recht – vor allem die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR sowie die Bilateralen Verträge – jedoch als eine Schranke der Umsetzung angesehen.

Es scheint, dass heute für weite Kreise das internationale Recht eine willkommene Autorität ist, um das Volk in die Schranken zu weisen. Indem das Bundesgericht, die Verwaltung und die Rechtswissenschaft nach und nach einen allgemeinen Vorrang des internationalen Rechts gegenüber dem Landesrecht etabliert haben, haben sie diese Autorität unangreifbar gemacht.

Viele Bürger verstehen jedoch nicht, warum fast keine Abstimmung mehr stattfindet, nach der nicht ein Streit darüber entbrennt, wie das, was soeben beschlossen wurde, umgesetzt werden soll. Manche Initiativen sind offen und programmatisch formuliert, sodass Umsetzungsfragen absehbar waren und unvermeidbar sind. Doch warum kann eine Verfassungsbestimmung, die genau umschreibt, in welchen Fällen jemand des Landes zu verweisen ist, nicht einfach umgesetzt und angewendet werden? Warum stimmen wir ab, wenn nach Annahme eines neuen Verfassungsartikels das Beschlossene nicht umgesetzt wird?

„Konflikte zwischen Landesrecht und Völkerrecht [...] müssen gelöst werden. Doch nach welchen Regeln dies geschehen soll und wo die Grenzen der politischen Mitsprache des Volkes liegen sollen, kann nicht eine kleine Gruppe von Politikern oder Juristen entscheiden, sondern muss letztlich von den Bürgerinnen und Bürgern geklärt werden.“¹³

Der Gegensatz zwischen den eng gefassten Schranken einer Volksinitiative (keine Verletzung zwingenden Völkerrechts) und der umfassenden Berücksichtigung auch nicht zwingenden Völkerrechts (namentlich der EMRK und der Bilateralen Verträge) bei der Umsetzung von Volksinitiativen wird von allen Seiten kritisiert. Der Bundesrat will das Problem dadurch lösen, dass die Gründe für eine Ungültigerklärung ausgebaut werden. Unter anderem soll der Kerngehalt der Grundrechte nicht eingeschränkt werden dürfen.¹⁴ Damit würde das Parlament zum Verfassungsrichter mit einem enormen Ermessensspielraum. Man kann davon ausgehen, dass das Parlament, der Bundesrat, die Verwaltung, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft im Gleichklang feststellen würden, dass die EMRK und andere internationale Menschenrechtspakte, -konventionen und

¹³ KATHARINA FONTANA, Freigeistig statt obrigkeitgläubig, NZZ vom 6. Juli 2013, Nr. 154, S. 23.

¹⁴ Siehe dazu die Vernehmlassung zur Umsetzung der Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Völkerrecht und Initiativrecht: Materielles Vorprüfungsverfahren von Volksinitiativen und Erweiterung der materiellen Schranken von Verfassungsrevisionen auf die grundrechtlichen Kerngehalte (Januar 2013).

-deklarationen Ausdruck des Kerngehalts der Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung seien. Statt die Gründe für eine Ungültigkeitserklärung auszubauen, sollte jedoch klargelegt werden, dass die Verfassung dem nicht zwingenden Völkerrecht vorgeht und dass von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen umgehend und vollständig umgesetzt werden müssen.

5. Das internationale Recht regelt unter dem Titel „Schutz der Menschenrechte“ das Sozialleben und den Sozialstaat in der Schweiz

Seit dem Zweiten Weltkrieg hat sich das internationale Recht zum massgeblichen Impulsgeber für den Menschenrechtsschutz entwickelt. Damit ist für Staaten, in denen die Menschenrechte nicht genügend geachtet wurden, rechtliche Entwicklungshilfe geleistet worden, was begrüssenswert ist.

„Unter den die heutige Völkerrechtsordnung prägenden Wertvorstellungen steht die Idee der Menschenrechte an erster Stelle. In der Epoche seit 1945 sind die Menschenrechte zum Grundsatzprogramm der Völkerrechtsgemeinschaft geworden, an dem sich zunehmend alles Völkerrecht messen lassen muss.“¹⁵

Mit der ursprünglichen philosophischen Rechtfertigung der Menschenrechte – der Würde und Selbstbestimmung des Individuums – hat der heutige Menschenrechtsschutz nicht mehr viel gemein. Dieser Menschenrechtsschutz geht weit über die liberale Konzeption der Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegenüber einem übermächtigen Staat hinaus. In Staaten wie der Schweiz, die die Menschenrechte aus eigenem Antrieb und eigener Kraft seit Jahrzehnten oder Jahrhunderten schützen und sie den sich verändernden Gefährdungen laufend angepasst haben, hat der durch völkerrechtliche Verträge und internationale Organisationen geförderte Menschenrechtsschutz zu Schutzexzessen und überhöhten Ansprüchen gegenüber dem Staat geführt. Als EMRK-Vertragsstaat, der zudem von einem allgemeinen Vorrang des internationalen Rechts ausgeht, ist die Schweiz dieser vor allem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) geförderten Entwicklung voll ausgesetzt.

Die Menschenrechte sind zum Anknüpfungspunkt für fast alle Fragen des gesellschaftlichen Lebens geworden: Sozialhilfe, Aufenthaltsrecht, Familiennachzug, Gleichbehandlung der Geschlechter, Arbeitnehmerschutz, Zusammenleben verschiedener Religionen, Gesundheit, Bildung, Überwachung des Internet usw. Der Begriff und das Konzept der Menschenrechte werden inflationär gebraucht. Eine kritische Auseinandersetzung in Politik und Wissenschaft über Sinn und Grenzen des Menschenrechtsschutzes fehlt leider weitgehend.

Zum Schutz der Menschenrechte gehört nach Auffassung des EGMR unter anderem Folgendes:

¹⁵ BARDO FASSBENDER, Das Völkerrecht als Ordnung des Westens, NZZ vom 15. Juli 2013, Nr. 161, S. 13.

- das Recht, sich vom Staat eine Geschlechtsumwandlung bezahlen zu lassen;¹⁶
- der Zusammenschluss in einem Verein mit rechtswidrigem Zweck;¹⁷
- der Anspruch des Bürgers auf klare staatliche Regelungen zur Suizidhilfe, denn die Ungewissheit mit Bezug auf die bestehende Regelung erzeuge eine beträchtliche seelische Not, die einer Verletzung des Privatlebens gleichkomme.¹⁸

Dass der EGMR mit solchen Urteilen den einzelnen Staaten und Gemeinwesen Kosten verursacht, braucht ihn nicht zu kümmern: Einer demokratischen Kontrolle in Form einer Wiederwahl durch die Bürger, welche den Staat finanzieren, braucht sich dieses Gericht nicht zu stellen.

6. Heimlicher EU-Beitritt: Die Schweiz übernimmt immer mehr EU-Recht und gibt ihre rechtliche Souveränität faktisch an die EU ab

Obwohl die Schweiz kein EU-Mitglied ist und den Beitritt zum EWR abgelehnt hat, übernimmt die Schweiz immer mehr EU-Recht. Schätzungen zufolge sind heute 30 bis 50 Prozent des gesamten Bundesrechts durch EU-Recht beeinflusst.¹⁹ Das schweizerische Recht gleicht sich dem EU-Recht weitgehend unbemerkt, in kleinen, für sich allein unspektakulären Schritten an. Schon 1998 räumte der Bundesrat ein, die Rechtsetzungstätigkeit des Bundes sei von einem „Europareflex“ begleitet.²⁰

Die Angleichung ans EU-Recht geschieht zum Teil durch Staatsverträge zwischen der Schweiz und der EU, sogenannte bilaterale Verträge. Sie sind vom Parlament und zum Teil sogar vom Volk genehmigt worden. Die Vorstellung, bei diesen Verträgen hätten die Parteien eine für beide Seiten passende Regelung ausgehandelt, ist allerdings eine Illusion. Es geht um eine einseitige Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz, um eine freiwillige Unterwerfung unter fremdes Recht.

Einige bilaterale Verträge können durch einen von der EU und der Schweiz eingesetzten Gemeinsamen Ausschuss weiterentwickelt werden. Das ist zum Beispiel beim Schengen/Dublin-Abkommen der Fall. Im Ergebnis wird hier das Schweizer Recht laufend dem EU-Recht angepasst, mit Zustimmung in der Regel nur des Bundesrates.

Die Schweiz übernimmt auch ohne vertragliche Verpflichtung Vorschriften aus dem EU-Recht (sogenannter autonomer Nachvollzug). Zum Beispiel hat die

¹⁶ Urteil des EGMR vom 8. Januar 2009; *Affaire Schlumpf c. Suisse*; Requête n° 29002/06.

¹⁷ Urteil des EGMR vom 11. Oktober 2011; *Affaire Rhino and Others v. Switzerland*; Requête n° 48848/07.

¹⁸ Urteil des EGMR vom 14. Mai 2013; *Case of Gross v. Switzerland*; Application no. 67810/10. Die Schweiz hat den EGMR um Neubeurteilung durch dessen grosse Kammer ersucht. Der Entscheid steht noch aus.

¹⁹ MATTHIAS OESCH, *Die Europäisierung des schweizerischen Rechts*, in: *Kleinere Staaten innerhalb und ausserhalb der EU*, 2011, bei Fn. 112.

²⁰ Siehe den Hinweis bei OESCH, a.a.O., Fn. 114.

Schweiz den Arbeitnehmer- und den Konsumentenschutz ausgebaut, in Anlehnung an entsprechende EU-Richtlinien.

Hat die Schweiz EU-Recht durch einen bilateralen Vertrag übernommen oder autonom nachvollzogen, legt das Bundesgericht dieses Recht „europarechtskonform“ aus. Das heisst unter Umständen, dass es Rechtsentwicklungen in der EU als für die Schweiz verbindlich anerkennt, obwohl sie erst *nach* der Übernahme des betreffenden EU-Rechts eingetreten sind, seien es Änderungen an den Rechtserlassen (Richtlinien, Verordnungen), sei es eine Änderung der Rechtsprechung des EuGH.²¹ Professor DANIEL THÜRER stellte darum fest: „Der Gesichtspunkt der Europafreundlichkeit als Rechtsargument, den ich schon vor Jahren postuliert hatte, ist vom Bundesgericht der Sache nach mit fortschreitender Konsequenz herangezogen worden.“²²

Diese Entwicklung ist unter anderem deshalb problematisch, weil der einmal getroffene Entscheid, sich in einem bestimmten Bereich am EU-Recht oder an anderem internationalem Recht auszurichten, im Allgemeinen nicht mehr infrage gestellt wird und die Weiterentwicklungen des betreffenden Rechts in der Folge automatisch nachvollzogen werden.

Eine Angleichung des Schweizer Rechts an internationales Recht bedeutet faktisch, dass die entsprechende Rechtsetzungskompetenz ins Ausland delegiert und die rechtliche Souveränität aufgegeben wird.

In gewissen Bereichen ist eine Anpassung des schweizerischen Rechts an EU-Recht oder sonstiges internationales Recht sinnvoll oder zumindest nicht schädlich. Wenn die Schweiz sich jedoch in allen Bereichen dem EU-Recht anpasst, vergeben wir uns die Chance, mit unserem eigenen Recht in der Schweiz eine bessere Ordnung als im Ausland zu bewahren oder zu schaffen. Das EU-Recht ist geprägt dadurch, dass es zahllose Einzelheiten des Privatlebens und der unternehmerischen Tätigkeit regelt. Es ist geprägt durch einen einseitigen Schutz der Arbeitnehmer, der Anleger, der Konsumenten usw. und lässt ausser Acht, welcher Aufwand dadurch verursacht wird. Es ist geprägt vom Glauben daran, dass sich alles durch Recht regeln und durch Behörden kontrollieren und überwachen lässt. Diese Rechtskultur und politische Kultur ist der Schweiz fremd. Warum sollte die Schweiz, die in vielen Bereichen erfolgreicher ist als die EU, ausgerechnet das Recht der EU übernehmen?

Warum sollte die Schweiz solches, ihr fremdes Recht sogar automatisch übernehmen, wie dies die EU im Rahmen der Diskussion über die sogenannten „institutionellen Fragen“ fordert, also durch eine pauschale, im Voraus erteilte Zu-

²¹ Vgl. zum Ganzen BGE 137 III 199 E. 4.3.1, S. 208 f. So hat das Bundesgericht den Familiennachzug gemäss dem Freizügigkeitsabkommen extensiv ausgelegt, indem es eine *nach* der Unterzeichnung des Abkommens durch die Schweiz eingetretene Änderung der Rechtsprechung des EuGH berücksichtigte und damit seine eigene bisherige Rechtsprechung aufgab. Es seien „keine triftigen Gründe erkennbar, weshalb es innerhalb der Europäischen Gemeinschaft und in deren Verhältnis mit der Schweiz zwei unterschiedliche Freizügigkeitsregelungen geben sollte. Das Interesse an einer parallelen Rechtslage und mithin an einem möglichst einheitlichen Freizügigkeitsraum geht vielmehr vor.“ (BGE 136 II 5 E. 3.6.2, S. 16).

²² DANIEL THÜRER, Gutachten [zuhanden des Bundesrates] über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, 7. Juli 2011, S. 14.

stimmung zu allen Änderungen und Ergänzungen, die die EU zu einem bestimmten Rechtserlass beschliesst?

Wenn die Schweiz die Vorzüge ihrer freiheitlichen, von den Bürgern beschlossenen und von ihnen darum mitgetragenen Ordnung wahren will, muss sie die Übernahme von EU-Recht inskünftig besser kontrollieren und sie beschränken und darf sie EU-Recht schon gar nicht automatisch übernehmen.

Ein Ziel der EU ist ein „immer engere[r] Zusammenschluss der europäischen Völker“ (Präambel des EU-Vertrages). Dies ist kein Ziel der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Sie sollte folglich auch nicht ohne zwingenden sachlichen Grund das Recht der EU übernehmen.

7. Undemokratisches Völkerrecht: Grossmächte, internationale Organisationen und Experten bestimmen das internationale Recht und damit auch das schweizerische Recht

Ein grosser Teil des internationalen Rechts, das die heutige Rechtsentwicklung in der Schweiz prägt, kommt von internationalen Organisationen, Behörden und Gerichten, von Ministertreffen der Grossmächte und von Experten, die in den internationalen Organisationen, Behörden und Gerichten wirken und ihr weltweites Netzwerk pflegen.

Demokratisch legitimiert – direkt oder aufgrund einer Wahl durch ein anderes, gewähltes Gremium – sind die wenigsten dieser Akteure. Fernab von den Bedürfnissen und Problemen der Bürger in den einzelnen Staaten und der Unternehmen steuert dieser kleine Kreis von professionellen Politikern und von Technokraten die Expansion des internationalen Rechts und sein Eindringen in die Zuständigkeiten der einzelnen Staaten und in immer mehr Bereiche des gesellschaftlichen Lebens.

Konsequenzen für ihr Handeln tragen diese Schöpfer des internationalen Rechts keine. Sie müssen sich keiner (Wieder-)Wahl stellen. Ihre Reaktion auf wahrgenommene Missstände und Misserfolge besteht darin, dass sie noch mehr internationales Recht schaffen: noch strengere Regeln und Standards, noch mehr Eingriffe in die Souveränität der Staaten und in die Freiheit des Einzelnen.

II. Herausforderungen und Ziele: Wie kann die Schweiz ihr Recht wieder selber bestimmen?

Die Schweiz gehört der internationalen Staatengemeinschaft an. Sie hat den Austausch mit anderen Völkern und Ländern seit jeher gepflegt. Staatsverträge spielen für die Schweiz daher eine grosse Rolle. Als Kleinstaat – ohne militärische Macht, aber von vielen beneidet – ist die Schweiz und sind ihre Bürger und Unternehmen darauf angewiesen, dass andere Staaten sich an Verträge mit der Schweiz halten.

Staatsverträge, vor allem aber internationales Recht, das internationale Organisationen, Behörden und Gerichte schaffen, sollen die Schweiz in ihren eigenen Belangen jedoch nicht unnötig einschränken. Das internationale Recht darf nicht so ausgelegt werden – weder von den schweizerischen Gerichten und Behörden noch von den ausländischen –, dass die Schweiz über die rechtliche Regelung von rein innerstaatlichen Belangen die Hoheit verliert. Dass immer mehr internationales, fremdes Recht unser eigenes Recht überlagert und verdrängt, widerspricht unserem Souveränitätsverständnis und höhlt unser demokratisches politisches System aus. Wir vergeben mit der schleichenden Angleichung unseres Rechts an internationales Recht einen entscheidenden Vorteil bei der Gestaltung attraktiver Rahmenbedingungen für Wohlstand und Sicherheit.

Konkret stellen sich folgende Fragen:

1. Wie kann sichergestellt werden, dass die Verfassung als höchstes Recht in der Schweiz gilt und die Volksrechte erhalten bleiben?

Die Verfassung ist die Ordnung, die sich Volk und Stände selber gegeben haben. Sie steht zuoberst in der Rechtsordnung. Das Parlament, der Bundesrat, die Verwaltung und die Gerichte müssen sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in erster Linie an die Verfassung und an die vom Parlament erlassenen Gesetze halten.

Die Bürger sollen im Wege einer Volksinitiative die Verfassung nach ihren Vorstellungen ändern können, ohne durch internationales Recht oder die Drohung, internationales Recht werde durch eine Initiative verletzt, eingeschränkt zu sein. Die freie Ausübung des Initiativrechts gilt es zu schützen, aus der Überzeugung, dass das Initiativrecht ein wichtiges Instrument zur Kontrolle von Parlament und Bundesrat ist und dass das demokratische System unserem Land Wohlstand, Freiheit, Sicherheit und einen gesunden Staatshaushalt gebracht hat.

Von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen sind vom Parlament, dem Bundesrat, der Verwaltung und den Gerichten umzusetzen und durchzusetzen. Die Bürger sollen davon ausgehen können, dass Verfassungsänderungen, über die sie abgestimmt und die sie angenommen haben, nachher auch tatsächlich gelten.

Um dies zu erreichen, muss der **Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht** in der Verfassung festgehalten werden, unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts. Das zwingende Völkerrecht soll die einzige inhaltliche Schranke einer Verfassungsänderung bleiben.

Dazu die Vorschläge Nr. 1 und 2 hinten III. (jeweils unter A. und B.).

2. Wie kann die heimliche und schleichende Internationalisierung und Europäisierung des schweizerischen Rechts vermieden werden?

Wie kann vermieden werden, dass die Schweiz ihr Recht nicht mehr selber bestimmen kann und gezwungen wird, das Recht zu übernehmen, das internationale Gerichte, Behörden und Organisationen beschliessen oder durch dynamische Auslegung weiterentwickeln (EU-Recht, OECD-Richtlinien, Beschlüsse der G-20-Staaten, Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte usw.)?

Wie kann verhindert werden, dass das Parlament, der Bundesrat, die Verwaltung und das Bundesgericht unbemerkt und in kleinen Schritten unser Recht dem internationalen Recht anpassen, ohne dass das Volk sich zu dieser schleichenden Internationalisierung des schweizerischen Rechts äussern kann?

Wie kann das aussenpolitische Programm der Integration der Schweiz in die EU und in einen gesamteuropäischen Rechtsraum gestoppt werden?

Die Antwort lautet: Die Angleichung von schweizerischem Recht an internationales Recht muss **in der Verfassung, in einem Gesetz oder einem referendumspflichtigen Staatsvertrag vorgesehen** sein.

Dazu der Vorschlag Nr. 3 hinten III. (jeweils unter A. und B.).

3. Wie kann sichergestellt werden, dass die Schweiz und Personen in der Schweiz nicht internationalen Gerichten unterworfen werden, die parteiisch sind und ein fremdes Recht anwenden?

Es besteht die Gefahr, dass die Schweiz sich unter dem Druck der EU einem EU-Gericht unterwirft, also einem einseitig zusammengesetzten, parteiischen Gericht, und dass dieses Gericht die Bilateralen Verträge im Hinblick auf eine Angleichung an EU-Recht anwendet und weiterentwickelt. Die von Bundesrat Didier Burkhalter vorgeschlagene „EuGH-Lösung“ im Zusammenhang mit den derzeit diskutierten „institutionellen Fragen“ wäre eine solche Unterwerfung unter ein parteiisches Gericht, das zudem mit seiner „dynamischen Rechtsprechung“ das Recht, das es seinen Urteilen zugrunde legt, laufend weiterentwickelt.

Wenn die Schweiz sich einem internationalen Gericht unterwirft, muss dieses **Gericht unabhängig** sein und das **Recht so anwenden, wie es ursprünglich galt**.

Dazu der Vorschlag Nr. 4 hinten III. (jeweils unter A. und B.).

4. Wie sind Widersprüche zwischen Landesrecht und internationalem Recht klar und sinnvoll zu regeln?

Die unklare Situation betreffend den Rang des internationalen Rechts in der schweizerischen Rechtsordnung hat die schleichende Entwicklung hin zu einem allgemeinen Vorrang des internationalen Rechts gegenüber dem Landesrecht begünstigt. Diese Entwicklung ist durch klare Regeln auf Verfassungsebene zu korrigieren.

Drei einfache, leicht nachvollziehbare Grundsätze sollen das Zusammenspiel von Landesrecht und internationalem Recht regeln und so für die Zukunft Klarheit schaffen:

1. Die **Verfassung** als die oberste Rechtsquelle der Schweiz **geht dem internationalen Recht vor**, unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts.
2. **Neuere Gesetze** gehen **älteren Staatsverträgen** vor. Umgekehrt gehen **neuere Staatsverträge älteren Gesetzen** vor, jedoch nur, wenn der Staatsvertrag dem Referendum unterstanden hat.
3. Widersprüche zwischen Landesrecht und internationalem Recht werden dadurch behoben, dass (i) im Fall des Vorrangs des Landesrechts **Staatsverträge neu ausgehandelt** oder nötigenfalls **gekündigt** werden bzw. dass (ii) im Fall des Vorrangs des Völkerrechts das **Landesrecht** dem widersprechenden **Staatsvertrag angepasst** wird.

Dazu der Vorschlag Nr. 5 hinten III. (jeweils unter A. und B.).

III. Vorschläge für eine Änderung der Bundesverfassung

A. Vorgeschlagene Verfassungsbestimmungen

1. Die Verfassung geht dem Völkerrecht vor

Art. 5 Abs. 1 Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns

¹ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht. *Die Bundesverfassung ist die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Sie steht über dem Völkerrecht und geht ihm vor, unter Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts.*

Art. 5 Abs. 4

Streichen: „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.“

2. Der Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts

2.1 Variante 1: Kein Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts

Art. 139 Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

³ *Verletzt die Initiative die Einheit der Form oder der Materie, so erklärt die Bundesversammlung sie für ganz oder teilweise ungültig.*

Art. 193 Totalrevision

⁴ *Streichen*

Art. 194 Teilrevision

² *Die Teilrevision muss die Einheit der Materie wahren.*

2.2 Variante 2: Abschliessende, enge Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Art. 139 Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

^{3bis} *(neu)* Als zwingende Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne der Bundesverfassung gelten abschliessend und mit der Bedeutung, die ihnen bei Inkrafttreten der vorliegenden Bestimmung zukommt:

- a. das Verbot eines Angriffskriegs und das Gewaltverbot;
- b. der Grundsatz der Gleichheit der Staaten;
- c. die Verbote des Völkermords, von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen;
- d. die Verbote der willkürlichen Tötung, der Sklaverei und der Leibeigenschaft;
- e. der Grundsatz, dass niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar war.

2.3 Variante 3: Allgemeine Umschreibung des zwingenden Völkerrechts

Art. 139 Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

^{3bis} (*neu*) Als zwingend im Sinne der Bundesverfassung gelten diejenigen Bestimmungen des Völkerrechts, die bei Inkrafttreten der vorliegenden Bestimmung für alle Staaten in der Weise verbindlich sind, dass von ihnen nicht abgewichen werden darf, und die nur durch eine spätere Norm derselben Rechtsnatur geändert werden können.

2.4 Variante 4: Abschliessende, umfassende Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Art. 139 Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung

^{3bis} (*neu*) Als zwingende Bestimmungen des Völkerrechts im Sinne der Bundesverfassung gelten abschliessend und mit der Bedeutung, die ihnen bei Inkrafttreten der vorliegenden Bestimmung zukommt:

- a. das Verbot eines Angriffskriegs und das Gewaltverbot;
- b. die Grundsätze der Gleichheit der Staaten und der Selbstbestimmung;
- c. die Verbote des Völkermords, von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und von Kriegsverbrechen;
- d. die Verbote von willkürlicher Tötung, Folter, Sklaverei, Leibeigenschaft und Zwangsarbeit;
- e. der Grundsatz, dass niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar war;
- f. das Verbot der Ausschaffung von Personen in einen Staat, in dem ihnen Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht;
- g. die grundlegenden Bestimmungen des humanitären Völkerrechts.

3. Das schweizerische Recht wird dem internationalen Recht nur angeglichen, wenn die Verfassung, ein Gesetz oder ein referendumspflichtiger Staatsvertrag dies vorsieht

Art. 147a (*neu*) Rechtsangleichung durch die Bundesbehörden

¹ Die Angleichung von Landesrecht oder der Auslegung völkerrechtlicher Verträge, die die Schweiz binden, an Völkerrecht, ausländisches Recht oder an Normen und Bekanntmachungen ausländischer oder internationaler Behörden und Organisationen muss in der Verfassung, in einem Bundesgesetz oder in einem völkerrechtlichen Vertrag, dessen Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, vorgesehen sein.

² Die Bundesversammlung kann diese Rechtsetzungs- beziehungsweise Genehmigungsbefugnis nur übertragen, soweit sie sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und das betreffende Bundesgesetz oder der betreffende völkerrechtliche Vertrag die wichtigen Bestimmungen selbst enthält.

4. Die Schweiz anerkennt keinen Entscheid eines internationalen Gerichts, das nicht unabhängig und unparteiisch ist und das Recht so anwendet, wie es ursprünglich galt

Art. 189a (neu) Entscheide internationaler Behörden

Kein Entscheid einer internationalen Behörde, die durch einen die Schweiz bindenden völkerrechtlichen Vertrag oder eine internationale Organisation eingesetzt wurde, berechtigt oder verpflichtet, ob rechtlich oder tatsächlich, Personen in der Schweiz, den Bund oder die Kantone, wenn die folgenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind:

- a. Die Behörde ist unabhängig und unparteiisch.
- b. Die Behörde wendet das durch den völkerrechtlichen Vertrag vereinbarte oder in der internationalen Organisation geltende Recht an, und zwar so, wie es galt, als es für die Schweiz wirksam wurde.

5. Die Verfassung und die Bundesgesetze gehen widersprechenden Staatsverträgen vor; diese müssen neu ausgehandelt oder gekündigt werden. Ein referendumspflichtiger Staatsvertrag, der nach dem Erlass eines Bundesgesetzes genehmigt wurde, geht dem Bundesgesetz jedoch vor

Art. 184 Beziehungen zum Ausland

² Er [der Bundesrat] unterzeichnet die Verträge und ratifiziert sie. Er unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung. *Völkerrechtliche Verträge, die der Bundesverfassung oder einem Bundesgesetz widersprechen, handelt er neu aus oder er kündigt sie; ist jedoch ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, nach Erlass eines Bundesgesetzes von der Bundesversammlung genehmigt worden, passt die Bundesversammlung das Gesetz an.*

Art. 190 Massgebendes Recht und Rechtsanwendung

¹ Bundesgesetze und *völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat*, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

² (*neu*) Bundesgesetze gehen dem Völkerrecht vor, es sei denn, ein völkerrechtlicher Vertrag, dessen Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sei nach Erlass eines Bundesgesetzes von der Bundesversammlung genehmigt worden.

B. Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen

1. Art. 5 Abs. 1 und 4 (Vorrang der Verfassung gegenüber dem Völkerrecht)

1.1 Verfassung als oberste Rechtsquelle (Art. 5 Abs. 1)

Die vorgeschlagenen Sätze 2 und 3 von Art. 5 Abs. 1 BV statuieren den Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht (gegenüber dem primären und dem sekundären Völkerrecht, gegenüber den Staatsverträgen, dem Völker-

gewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen). Vorbehalten sind die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Diese Rang- und Konfliktordnung entspricht insofern der heute geltenden Verfassung, als die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts die einzige inhaltliche Schranke einer Verfassungsänderung sind (Art. 139 Abs. 3 BV).

Der neue Artikel 5 Abs. 1 BV stellt darüber hinaus aber auch klar, dass der Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht eine allgemeingültige Regel für das Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht ist. Dies bedeutet namentlich, dass:

(i) von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen auch dann umgesetzt und durchgesetzt werden müssen, wenn sie nicht zwingendem Völkerrecht widersprechen sollten;

(ii) der Bundesrat keine völkerrechtlichen Verträge abschliessen und die Bundesversammlung keine Verträge genehmigen darf, wenn sie der Bundesverfassung widersprechen.

Was die „zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 3 BV sind, wird im vorgeschlagenen Artikel 139 Abs. 3^{bis} BV definiert (mit Ausnahme der Variante, bei der das zwingende Völkerrecht nicht vorbehalten wird; dazu nachstehend III./A./2.).

1.2 „Beachtung“ des Völkerrechts (Art. 5 Abs. 4)

Art. 5 Abs. 4 BV („Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.“) soll gestrichen werden. Das Ziel der Streichung ist es, diejenige Verfassungsbestimmung zu entfernen, aus der, zusammen mit anderen Bestimmungen, der Vorrang des internationalen Rechts gegenüber dem Landesrecht abgeleitet wird (obwohl der Wortlaut keinen Anhaltspunkt für eine solche Auslegung bietet).²³

Ein weiteres Ziel der Aufhebung von Art. 5 Abs. 4 BV ist es, zu verhindern, dass aus dieser Bestimmung ein allgemeines Postulat einer sich am internationalen Recht ausrichtenden schweizerischen Rechtsordnung abgeleitet wird, im Sinne einer Leitlinie für das Parlament, den Bundesrat, die Verwaltung und die Gerichte.

Die Aufhebung von Art. 5 Abs. 4 BV bedeutet nicht, dass die Schweiz das Völkerrecht nicht mehr beachten bzw. umsetzen müsste, soweit es sie bindet. Das Völkerrecht gehört zum „Recht“ im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BV („Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.“).²⁴ Über den Rang des Völkerrechts innerhalb unserer Rechtsordnung und darüber, was gilt, wenn es zu Widersprüchen zwischen Völkerrecht und Landesrecht kommt, sagt Art. 5 Abs. 1 BV

²³ Siehe Bericht des Bundesrates „Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht“, BBl 2010, S. 2263 ff., 2305 (unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 134), siehe auch S. 2328; BGE 139 I 16 E. 4.3.2, S. 26, und E. 5.1, S. 29.

²⁴ Siehe zum Beispiel ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht. Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, Zürich/St. Gallen 2006, S. 237.

jedoch nichts. Diese Fragen sollen fortan durch andere, neu einzufügende Verfassungsbestimmungen beantwortet werden.

2. Art. 139, 193 und 194 (zwingendes Völkerrecht)

Der einzige aus Sicht der SVP infrage kommende Vorbehalt gegenüber dem Vorrang der Bundesverfassung ist das zwingende Völkerrecht. Nach Art. 139 Abs. 3 BV erklärt die Bundesversammlung eine Volksinitiative unter anderem dann für ganz oder teilweise ungültig, wenn sie „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzt. Zu dieser inhaltlichen Schranke einer Verfassungsänderung werden in diesem Positionspapier vier Varianten zur Diskussion gestellt:

2.1 Variante 1: Kein Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts

Der Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als Schranke einer Verfassungsänderung ist im Prinzip anerkannt. Angesichts des in Verwaltung, Justiz und Rechtswissenschaft vertretenen allgemeinen Vorrangs des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht besteht jedoch die konkrete Gefahr, dass das „zwingende Völkerrecht“ als Schranke aufgeweicht und immer weiter ausgelegt wird, mit der Konsequenz, dass das Initiativrecht und die Möglichkeit, die Verfassung nach dem Willen von Volk und Ständen zu ändern, immer stärker eingeschränkt werden.²⁵

Diejenigen Kreise, welche die Schweiz möglichst weitgehend dem internationalen Recht öffnen möchten, haben erkannt, dass der Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts ein aus ihrer Sicht nützlicher Ansatzpunkt ist: Wenn der Begriff des zwingenden Völkerrechts durch das Parlament, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft autonom definiert und sodann extensiv ausgelegt wird, lässt sich ein weitgehender Vorrang des Völkerrechts auch auf diesem Weg begründen.

Aus den hier genannten Gründen – und nicht, weil die SVP nicht möchte, dass die Schweiz sich an das hält, was zum Zeitpunkt der Verfassungsabstimmung (1999) als zwingendes Völkerrecht galt – wird die Streichung des Vorbehalts zugunsten des zwingenden Völkerrechts zur Diskussion gestellt.

2.2 Variante 2: Abschliessende, enge Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Wegen der Gefahr einer Ausdehnung des „zwingenden Völkerrechts“ durch das Parlament, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft wird mit den Varianten 2 und 4 vorgeschlagen, das zwingende Völkerrecht durch eine abschliessende Aufzählung seiner Bestimmungen zu definieren.

Der Katalog gemäss Variante 2 ist bewusst eng gefasst. Er lehnt sich an die Tatbestände des Völkerstrafrechts an. Die Aufzählung ist abschliessend. Eine autonome Auslegung oder dynamische Weiterentwicklung der Tatbestände ist ausgeschlossen.

²⁵ Siehe die Hinweise im Bericht des Bundesrates „Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht“, BBl 2010, S. 2263 ff., 2315, 2330, und bei HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage, Zürich 2012, N. 1756a und 1800c.

2.3 Variante 3: Allgemeine Umschreibung des zwingenden Völkerrechts

Die dritte Variante besteht in einer allgemeinen, aber möglichst präzisen Definition des zwingenden Völkerrechts in der Verfassung. Die vorgeschlagene Formulierung lehnt sich an die Wiener Vertragsrechtskonvention – den Staatsvertrag über die Staatsverträge – an,²⁶ ist jedoch enger als die dort verwendete Definition: Abgestellt wird nicht auf die internationale Staatengemeinschaft – ein vager Begriff –, sondern auf die Übereinstimmung aller Staaten. Zudem hält die vorgeschlagene Bestimmung fest, dass auf den Bestand des zwingenden Völkerrechts zum Zeitpunkt ihrer Annahme abgestellt wird. Damit wird vermieden, dass durch spätere Interpretationen der Kreis der zwingenden völkerrechtlichen Bestimmungen erweitert wird.

2.4 Variante 4: Abschliessende, umfassende Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Variante 4 enthält – insofern wie Variante 2 – eine abschliessende Aufzählung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts, doch ist der Katalog umfassender: Er stimmt mit dem überein, was 1999, anlässlich der Abstimmung über die neue Bundesverfassung, unter zwingendem Völkerrecht verstanden wurde.

Ein solcher umfassender Katalog ist – gleich wie der Begriff des zwingenden Völkerrechts – mit dem Risiko verbunden, dass das Parlament, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft die einzelnen Verbote immer weiter auslegen. Zu denken ist zum Beispiel daran, dass jemand in ein Land zurückgeführt werden soll, in dem er zur Leistung eines Zivildienstes – eine Art „Zwangsarbeit“ – verpflichtet wird. Die Gefahr einer laufend extensiveren Auslegung des „zwingenden Völkerrechts“ wird mit einer Aufzählung sämtlicher Normen, die unter dem Titel des zwingenden Völkerrechts genannt werden, nicht verringert, sondern vermutlich gar vergrössert. Als eine Variante wird ein umfassender Katalog hier dennoch zur Diskussion gestellt.

3. Art. 147a (Angleichung an internationales Recht)

Nach dem vorgeschlagenen Artikel 147a dürfen alle Behörden des Bundes das schweizerische Recht bzw. die schweizerische Rechtspraxis nur dann dem internationalen Recht angleichen, wenn die Verfassung, ein Bundesgesetz oder ein referendumspflichtiger Staatsvertrag dies vorsieht. Diese Bestimmung richtet sich gegen eine nicht transparente, demokratisch nicht genügend abgestützte, schleichende Internationalisierung und vor allem Europäisierung des schweizerischen Rechts. Sie schliesst eine Angleichung an internationales Recht nicht aus, verlangt aber, dass die damit verbundene faktische Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an die Parteien eines Staatsvertrages oder an ausländische oder internationale Behörden und Organisationen im Gesetzgebungsverfahren

²⁶ Nach Art. 53 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111) ist eine zwingende Norm des allgemeinen Völkerrechts 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“.

beschlossen wird. Die Internationalisierung des schweizerischen Rechts soll – soweit die Politik eine Internationalisierung wünscht – transparent und nach demokratischen Grundsätzen erfolgen.

Angesprochen sind sämtliche Bundesbehörden: erstens die Bundesversammlung, zweitens der Bundesrat und die Bundesverwaltung und drittens das Bundesgericht und andere richterliche Behörden. Das kommt in der Einordnung von Art. 147a bei den „Allgemeinen Bestimmungen“ (Überschrift des 1. Kapitels) zu den „Bundesbehörden“ (Überschrift des 5. Titels) zum Ausdruck.

Angesprochen sind die Behörden mit Bezug auf ihre jeweilige Tätigkeit und Funktion, also hauptsächlich: die Bundesversammlung, wenn sie Gesetze erlässt; der Bundesrat und die Bundesverwaltung, wenn sie Verordnungen, Wegleitungen, Richtlinien usw. erlassen und in ihrer Praxis das Landesrecht oder völkerrechtliche Verträge anwenden; und das Bundesgericht, wenn es Landesrecht oder völkerrechtliche Verträge anwendet und im Rahmen seiner richterlichen Funktion auslegt und weiterentwickelt.

Ohne verfassungsmässige, gesetzliche oder staatsvertragliche Grundlage dürfte das Bundesgericht beispielsweise aufgrund der vorgeschlagenen Bestimmung – im Gegensatz zu seiner heutigen Praxis – das Ausländergesetz nicht mehr im Hinblick auf eine Angleichung an das Freizügigkeitsabkommen und dieses im Hinblick auf eine Angleichung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) auslegen; das Bundesgericht müsste das Ausländergesetz wieder als ein gewöhnliches schweizerisches Gesetz auslegen und anwenden. Ebenso dürfte das Bundesgericht die Bestimmungen in der Bundesverfassung (zum Beispiel diejenigen betreffend die Ausschaffungsinitiative) und die Frage der Verhältnismässigkeit einer Grundrechtseinschränkung nicht mehr im Hinblick auf eine Angleichung an die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) auslegen; es müsste die betreffenden Verfassungsbestimmungen wieder als schweizerisches Verfassungsrecht auslegen und anwenden.

Veröffentlicht beispielsweise die OECD eine neue Richtlinie oder einen neuen Kommentar zu einer bestehenden Richtlinie, so schliesst die vorgeschlagene Bestimmung eine Anpassung des Schweizer Rechts an diese Richtlinie nicht aus. Art. 147a BV würde aber verlangen, dass die Anpassung in den Grundzügen in einem Bundesgesetz erfolgt, nicht bloss in einer Verordnung des Bundesrates oder im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Die entsprechende Rechtsetzungs- bzw. Genehmigungsbefugnis der Bundesversammlung kann nach Art. 147a Abs. 2 BV nur an den Bundesrat delegiert werden, soweit sie sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und das betreffende Bundesgesetz oder der betreffende völkerrechtliche Vertrag die wichtigen Bestimmungen selbst enthält. Das heisst, ein Gesetz kann nicht den Bundesrat (und dieser in der Folge ein Departement) dazu ermächtigen, einen bestimmten Bereich durch Verordnung zu regeln, und der Bundesrat erlässt in der Folge eine Verordnung, mit der EU-Recht übernommen wird. Eine solche Rechtsangleichung müsste mit Bezug auf die wichtigen Bestimmungen (im Sinne von Art. 164 Abs. 1 BV) im Gesetz selber erfolgen, und Gegenstand und Umfang der Delegation an den Bundesrat müssten genau umschrieben sein. Entsprechendes gilt für Staatsverträge.

Ein Staatsvertrag, in dem die Schweiz sich verpflichten würde, automatisch, das heisst, ohne Austausch oder Verhandlung zwischen den Parteien, neues Recht zu übernehmen, wäre nach dem vorgeschlagenen Verfassungsartikel nur in engen Grenzen zulässig: Das neu zu übernehmende Recht müsste sich innerhalb des im Staatsvertrag umschriebenen Sachgebiets bewegen, und es dürfte insbesondere keine neuen Rechte und Pflichten von Personen begründen (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV).

Unter einem „völkerrechtlichen Vertrag, dessen Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat“, ist hier wie auch in den anderen vorgeschlagenen Verfassungsartikeln ein Staatsvertrag zu verstehen, für den aufgrund von Art. 140 Abs. 1 Ziff. 1 BV oder der Praxis der Bundesbehörden ein obligatorisches Referendum oder aufgrund von Art. 141 Abs. 1 lit. d BV ein fakultatives Referendum vorgesehen ist. *Pro memoria*: Die EMRK hat keinem Referendum unterstanden; dass sie nach damaligem Recht nicht dem Referendum unterstand, ändert daran nichts.

4. Art. 189a (Entscheide internationaler Gerichte oder Behörden)

Mit dem vorgeschlagenen Artikel 189a BV soll verhindert werden, dass die Schweiz sich im Rahmen der Verhandlungen mit der EU über die sogenannten „institutionellen Fragen“ einer einseitigen EU-Gerichtsbarkeit unterwirft und Entscheide des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) über die Auslegung der Bilateralen Verträge akzeptieren und umsetzen muss. Es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn gleichberechtigte Staaten zur Erledigung von Streitigkeiten unabhängige und unparteiische Gerichte einsetzen. Doch darf sich die Schweiz nicht mit Bezug auf Staatsverträge, die zwischen gleichberechtigten Staaten abgeschlossen wurden, der Gerichtsbarkeit und den allfälligen Sanktionen des anderen Vertragspartners unterwerfen. So gesehen, gilt heute wie einst: „Keine fremden Richter!“

Diese Auffassung teilt auch Professor DANIEL THÜRER in seinem dem Bundesrat erstatteten Gutachten: „Eine einseitige Unterstellung der Schweiz unter die EU-Organen liefe [...] auf eine einseitige Abhängigkeit der Schweiz von der (eigendynamischen) Rechtsentwicklung in der Europäischen Union hinaus.“²⁷

Zusätzlich verlangt Art. 189a BV, dass die betreffende internationale Behörde – der Ausdruck wird hier als Oberbegriff für irgendwelche Instanzen mit richterlicher oder rechtsprechungsähnlicher Funktion verstanden – dasjenige Recht anwendet, das im völkerrechtlichen Vertrag (in der ursprünglichen Fassung oder einer für die Schweiz wirksam beschlossenen späteren Ergänzung) vereinbart wurde bzw. das galt, als die Schweiz der betreffenden internationalen Organisation beitrug. Damit ist auch gesagt, dass die Behörde nicht ein für die Schweiz fremdes Recht anwenden darf.

²⁷ DANIEL THÜRER, Gutachten [zuhanden des Bundesrates] über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, 7. Juli 2011, S. 15. Und er fügt an: „Auch erhöhe sich, wegen des supranationalen Charakters eines solchen Modells, in der Schweiz möglicherweise – je nach Tragweite der konkreten Vorlage – der Ruf nach Unterstellung unter das obligatorische Volks- und Ständereferendum [...], das (zurzeit) mit Gewissheit einen negativen Ausgang fände.“

Die internationale Behörde muss das Recht so auslegen, wie es galt, als es für die Schweiz wirksam wurde. Damit wird verhindert, dass die Schweiz Entscheide – wie namentlich solche des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) – anerkennen und umsetzen muss, wenn sie auf einer Rechtsfortbildung beruhen, die die Grenzen der herkömmlichen Auslegung völkerrechtlicher Verträge überschreitet.

Ob die Entscheide der Behörde im Rechtssinn verbindlich sind oder aber nur Empfehlungen darstellen oder durch eine nationale Behörde anerkannt und umgesetzt werden müssen (wie dies bei der derzeit diskutierten „EuGH-Lösung“ der Fall wäre), spielt keine Rolle: Die Anforderungen an eine internationale Behörde, die in den Buchstaben a und b von Art. 189a BV genannt werden, gelten auch dann, wenn die Entscheide bloss faktisch – aufgrund eines aussen- oder innenpolitisch geschaffenen Zwangs – bindend wären („ob rechtlich oder tatsächlich“). Es ist gerade eine Eigenheit mancher völkerrechtlicher Gremien, dass sie nicht mit strikter rechtlicher Verbindlichkeit, sondern mit Soft Law, Anreizen, schwarzen Listen, Kritik und Beanstandungen in Länderberichten usw. operieren; auch diese Art der Verbindlichkeit wird in Art. 189a BV angesprochen.

Der vorgeschlagene Artikel 189a BV ergänzt Art. 147a BV (Angleichung an internationales Recht): Art. 189a BV betrifft Einzelfallentscheide einer internationalen Behörde, während sich die Angleichung schweizerischen Rechts oder der Auslegung völkerrechtlicher Verträge an die Praxis dieser internationalen Behörde nach Art. 147a BV beurteilt (Erfordernis der Grundlage in der Verfassung, in einem Bundesgesetz oder einem referendumspflichtigen Staatsvertrag).

Die vorgeschlagene Bestimmung über Entscheide internationaler Behörden ist selbstverständlich nicht nur auf eine allfällige Regelung der „institutionellen Fragen“ mit der EU oder auf Urteile des EGMR anwendbar. Sie würde sich beispielsweise auch auf „Entscheide“ des UNO-Menschenrechtsrates beziehen.

5. Art. 184 Abs. 2 und Art. 190 (Bundesgesetze und Staatsverträge)

5.1 Das Verhältnis von Bundesgesetzen und Staatsverträgen (Art. 184 Abs. 2 und Art. 190 Abs. 2)

Die vorgeschlagene Ergänzung von Art. 184 Abs. 2 BV knüpft an die Zuständigkeit des Bundesrates im Bereich der Aussenpolitik an und sagt, was der Bundesrat tun muss, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag der Bundesverfassung oder einem später erlassenen Bundesgesetz widerspricht (in welchen Fällen das Landesrecht Vorrang hat, was Art. 5 Abs. 1 BV mit Bezug auf die Verfassung und Art. 190 Abs. 2 mit Bezug auf Bundesgesetze klarstellt): Der Bundesrat muss den Vertrag neu aushandeln oder, wenn dies nicht gelingt, ihn kündigen.

Damit ist auch gesagt, dass die Schweiz keine rechtlich oder faktisch unkündbaren Staatsverträge mehr abschliessen dürfte.

Anders sieht die Regelung aus, wenn ein referendumspflichtiger Staatsvertrag *nach* Erlass eines Bundesgesetzes genehmigt wurde. Dann geht selbstverständlich der Staatsvertrag vor (Art. 190 Abs. 2 BV), und die Bundesversammlung muss den Widerspruch dadurch beheben, dass sie das Bundesgesetz anpasst (Art. 184 Abs. 2 BV).

Für das Verhältnis von Bundesgesetz und Staatsvertrag verwirklichen die vorgeschlagenen Bestimmungen somit eine naheliegende, einfache Lösung: Im Konflikt zwischen Regelungen auf gleicher Stufe geht das neuere Recht dem älteren vor, und der Widerspruch wird behoben, indem das ältere Recht (soweit bei Staatsverträgen möglich) dem neueren angepasst wird (entsprechend dem Grundsatz „*lex posterior derogat legi priori*“).²⁸ Auf gleicher Stufe wie Bundesgesetze stehen aufgrund des Verfahrens allerdings nur referendumspflichtige Staatsverträge; ein neuerer Staatsvertrag, der nicht dem Referendum unterstanden hat, kann keinen Vorrang gegenüber einem älteren Bundesgesetz geniessen.

Der Vorrang jüngerer Bundesgesetze gegenüber früher genehmigten bzw. abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen knüpft an die sogenannte Schubert-Praxis an.²⁹ Die vorgeschlagene Regelung verdeutlicht diese, weicht aber auch von ihr ab. Gemäss dieser Praxis geht ein völkerrechtlicher Vertrag einem Bundesgesetz vor, es sei denn, der Gesetzgeber habe sich beim Erlass eines Gesetzes bewusst über den Vertrag hinweggesetzt. Der Bestand und die Bedeutung dieser Praxis sind jedoch ungewiss. So hat das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen einen generellen Vorrang des Völkerrechts statuiert, ohne den Vorbehalt gemäss der Schubert-Praxis zu erwähnen.³⁰ Sodann hat es verschiedentlich durch vage und mehrdeutige Formulierungen offengelassen, ob es die Schubert-Praxis aufrechterhalten will.³¹ Und schliesslich gilt die Schubert-Praxis ohnehin nicht (mehr), wenn es um einen Konflikt mit einem völkerrechtlichen Vertrag geht, der den Menschenrechtsschutz betrifft; solche völkerrechtlichen Normen geniessen einen generellen Vorrang.³² Im Übrigen ist die Bedeutung der Schubert-Praxis – falls sie denn Bestand hat – insofern unklar, als sie ein *bewusstes* Abweichen des Gesetzgebers gegenüber einem Staatsvertrag verlangt. Sie ist somit eingeschränkter, als es ein allgemeiner Vorrang eines jüngeren Bundesgesetzes gegenüber einem älteren völkerrechtlichen Vertrag wäre.

Angesichts dieser Rechtsunsicherheiten ist ein allgemeiner Vorrang von jüngeren Bundesgesetzen gegenüber älteren völkerrechtlichen Verträgen in der Verfassung festzuschreiben: ohne die Einschränkungen, die mit der Schubert-Praxis verbunden sind (Erfordernis eines bewussten Abweichens gegenüber einem Staatsvertrag, Vorbehalt zugunsten von Staatsverträgen im Bereich des Menschenrechtsschutzes), jedoch mit der Verpflichtung des Bundesrates, die betreffenden Staatsverträge neu auszuhandeln oder nötigenfalls zu kündigen.

5.2 Die Massgeblichkeit des Völkerrechts (Art. 190 Abs. 1)

Art. 190 BV lautet in seiner heutigen Fassung: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.“ Dass das Völkerrecht in Art. 190 BV erwähnt ist, sagt zwar nach verbreiteter Auffassung über seinen Rang innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung und seinen Stellenwert im Fall eines Widerspruchs zu einem Bundesgesetz oder zur Bundesverfassung nichts aus. In Wirklichkeit spielt die Erwähnung des

²⁸ Das Bundesgericht hat demgegenüber erklärt, die Lex-posterior-Regel komme im Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht nicht zu Anwendung (BGE 139 I 16 E. 5.1, S. 29).

²⁹ BGE 99 Ib 39 E. 3, S. 43.

³⁰ Siehe etwa BGE 136 II 241 E. 16.1, S. 255.

³¹ Siehe nur etwa BGE 139 I 16 E. 5.1, S. 28 f.

³² Siehe die Hinweise in BGE 139 I 16 E. 5.1, S. 28 f.

Völkerrechts im gleichen Satz und Atemzug wie die Bundesgesetze durchaus eine Rolle. Art. 190 BV hat mit dazu beigetragen, dass das Bundesgericht, die Verwaltung und die Rechtswissenschaft heute von einem Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht sprechen können.³³ Das Ziel, der Bundesverfassung den Vorrang gegenüber dem Völkerrecht (unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts) einzuräumen, könnte darum zum Schluss führen, dass das Völkerrecht in Art. 190 BV ganz gestrichen werden sollte.

Eine solche Streichung wäre jedoch mit Nachteilen verbunden. Sie würde bedeuten, dass die rechtsanwendenden Behörden das Völkerrecht zwar nicht mehr in jedem Fall anwenden müssten. Daraus ergäbe sich wohl aber, dass vor jedem Gericht und jeder Behörde geltend gemacht werden könnte, eine völkerrechtliche Bestimmung widerspreche der Verfassung. Mit der Streichung würde eine Verfassungsgerichtsbarkeit mit Bezug auf das Völkerrecht eingeführt.

Soweit die betreffenden völkerrechtlichen Verträge *nicht* dem Referendum unterstanden haben, stünde diese Konsequenz im Einklang mit dem Grundgedanken von Art. 190 BV, nämlich, dass ein Gericht sich nicht unter Berufung auf die Verfassung weigern darf, einen im demokratischen Gesetzgebungsverfahren beschlossenen Erlass anzuwenden; nicht referendumpflichtige Staatsverträge sollten folglich auf ihre Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden können. Hat ein völkerrechtlicher Vertrag dagegen dem Referendum unterstanden, so könnte im Fall einer Streichung des Völkerrechts in Art. 190 BV vor einem Gericht oder einer Behörde geltend gemacht werden, ein solcher Vertrag widerspreche der Bundesverfassung. Damit würde – entgegen dem Grundgedanken von Art. 190 BV – ein Gericht über die Anwendung eines im Gesetzgebungsverfahren genehmigten Erlasses entscheiden. Vor diesem Hintergrund wird hier vorgeschlagen, die völkerrechtlichen Verträge, die dem Referendum unterstanden haben, weiterhin als massgebend im Sinne von Art. 190 BV zu erklären.

Die Schweiz hat und will keine Verfassungsgerichtsbarkeit mit Bezug auf Bundesgesetze. Diesen Entscheid auf Verfassungsstufe (vgl. Art. 190 BV) hat das Bundesgericht im Ergebnis missachtet, indem es dazu übergegangen ist, Bundesgesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu überprüfen. Das von fast allen Seiten kritisierte Ergebnis, dass das Bundesgericht eine Überprüfung auf Übereinstimmung mit der EMRK, nicht aber mit der Bundesverfassung vornimmt, ist jedoch nicht durch einen Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit mit Bezug auf Bundesgesetze zu korrigieren, sondern durch den Ausschluss einer Überprüfung der Bundesgesetze auf ihre EMRK-Konformität. Das geschieht mit den hier vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen in doppelter Hinsicht: Die EMRK geniesst keinen Vorrang gegenüber einem Bundesgesetz (weder gegenüber einem jüngeren noch gegenüber einem älteren), weil sie nicht dem Referendum unterstanden hat (Art. 190 Abs. 2 BV); und aus dem gleichen Grund ist die EMRK nicht massgebend für die rechtsanwendenden Behörden (Art. 190 Abs. 1 BV). Neu könnte im Gegenteil geltend gemacht werden, ein Entscheid, der gestützt auf die EMRK ergangen ist, widerspreche einem Bundesgesetz oder der Verfassung.

Die Einengung des Begriffs des Völkerrechts in Art. 190 BV bedeutet nicht, dass die übrigen für die Schweiz verbindlichen, unmittelbar anwendbaren völkerrecht-

³³ Das Bundesgericht verweist in BGE 139 I 16 ff. an zwei Stellen (E. 4.3.4, S. 28, und E. 5.3, S. 31) auf Art. 190 BV.

lichen Normen nicht mehr zum schweizerischen Recht gehören würden; das tun sie bereits aufgrund von Art. 5 Abs. 1 BV.

Der vorgeschlagene Artikel 190 Abs. 1 BV äussert sich nicht zur Frage, welche Norm im Fall eines Konflikts zwischen einem nicht referendumspflichtigen Staatsvertrag und der Verfassung vorgeht. Die Antwort liefert der neue Artikel 5 Abs. 1 BV: Aus dem Vorrang der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht ergibt sich, dass die Verfassung vorgeht und die ihr widersprechende völkerrechtliche Norm nicht anzuwenden ist.

Das Verhältnis zwischen Bundesverfassung und Bundesgesetz bleibt unangetastet: Bundesgesetze sind für alle rechtsanwendenden Behörden „massgebend“.

IV. Fazit und Ausblick

Mit dem vorliegenden Positionspapier soll eine breite öffentliche Diskussion über das Verhältnis von Landesrecht und internationalem Recht in der Schweiz lanciert werden.

Die Wahrung der rechtlichen Souveränität ist für ein Land gerade in einer globalisierten Welt ein zentrales Anliegen. Die Schweiz hat aufgrund der von ihr selber bestimmten Rechtsordnung verschiedene Eigenheiten und etliche Vorteile gegenüber anderen Staaten, die sie nicht freiwillig aufgeben darf. Der Bundesrat, die Verwaltung, das Bundesgericht und die Rechtswissenschaft sind jedoch daran, mit ihrer „offenen“ Haltung gegenüber dem internationalen Recht diese Eigenheiten und Vorteile aufzugeben. Stattdessen sollte die Schweiz im Interesse ihres Wohlstandes und der Erhaltung ihrer Vorteile gegenüber anderen, vor allem europäischen Staaten den Grundsatz „Landesrecht vor internationalem Recht“ anerkennen und so ihre Handlungsfreiheit bewahren.

Darüber hinaus geht es mit diesem Positionspapier auch um Anstösse zu einer Klärung verschiedener offener Punkte im Verhältnis zwischen Landesrecht und internationalem Recht. Diese Unklarheiten haben dem schweizerischen politischen System in den letzten Jahren geschadet (Stichwort: Nicht-Umsetzung von Volksinitiativen), und sie haben dazu geführt, dass das internationale Recht heimlich, durch viele kleine Schritte einen immer grösseren Stellenwert für sich beanspruchte, ohne dass sich Volk und Stände jemals dazu äussern konnten.