

Die schweizerische Bundesverfassung

St. Galler Kommentar

3. Auflage 2014

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller Benjamin Schindler
Rainer J. Schweizer Klaus A. Vallender

Professoren für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Leiter wissenschaftliches Sekretariat

Reto Patrick Müller



Schulthess §

Bundesverfassung und Völkerrecht*

Materialien: Ber. Furgler 1977, 36 f.; Botsch. über die VI «Gleiche Rechte für Mann und Frau» vom 14. November 1979, BBl 1980 I 69 ff. (zit. Botsch. Gleichstellung); EWR-Botsch., 539 ff.; Neutralitätsber. 1993, 210 f.; Aussenpolitischer Ber. 2000, 294, 315; Ber. des BR über die Menschenrechtsausenpolitik der Schweiz 2003–2007 vom 31. Mai 2006, BBl 2006 6071 ff. (zit. Ber. Menschenrechtsausenpolitik 2006); Aussenpolitischer Ber. 2007, 5544 f. sowie Anhang 2, Aufgaben der Schweiz als Depositar der Genfer Konvention, BBl 2007 5565 ff. [zit. Depositarber. 2007]); Neutralitätsber. 2007, 5558 ff.; Ber. des BR über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff. (zit. Ber. Völkerrecht-Landesrecht); Zusatzber. des BR zu seinem Ber. vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613 ff. (zit. Zusatzber. Völkerrecht-Landesrecht).

Literatur: ARAJÄRVI NOORA, *The changing nature of customary international law*, New York 2014 (zit. *The changing nature*); BAUDENBACHER CARL, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, ZSR 2012 II, 419 ff. (zit. *Challenges*); BIAGGINI GIOVANNI, *Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Staatengemeinschaft*, AJP 1999 (Sondernummer BV), 722 ff. (zit. *Verhältnis*); BIEBER ROLAND, *Der Verfassungsstaat im Gefüge europäischer und insbesondere supranationaler Ordnungsstrukturen*, in: Thüerer/Aubert/Müller, *Verfassungsrecht*, 97 ff. (zit. *Verfassungsstaat*); BLUM NINA/NAEGELI VERA/PETERS ANNE, *Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge*, ZBl 2013, 527 ff. (zit. *Kündigung*); CANEVASCINI MATTHIEU, *La Convention et la Cour européenne des droits de l'homme – Vers une cour constitutionnelle européenne avec l'appui de la Suisse?*, in: *Altermatt Bernhard/Casasus Gilbert (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963–2013*, Fribourg 2013, 101 ff. (zit. *La Convention*); CHARLESWORTH HILARY et al. (Hrsg.), *No Country is an Island – Australia and International Law*, UNSW Press, 2006 (zit. *No Island*); COTTIER THOMAS, *Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2/16 2009, 647 ff. (zit. *Multilayered Governance*); CREMONA MARISE/HILPOLD PETER/LAVRANOS NIKOS/STAIGER SCHNEIDER STEFAN/ZIEGLER ANDREAS R., *Reflections on the Constitutionalisation of International Economic Law*, *Liber Amicorum for Ernst-Ulrich Petersmann*, Brill 2013 (zit. *Reflections*); DICKE DETLEV, *Das Verhältnis der Schweiz zum real existierenden Westeuropäischen Bundesstaat*, Zürich 1991 (zit. *Westeuropäischer Bundesstaat*); EPINEY ASTRID, *Beziehungen zum Ausland*, in: Thüerer/Aubert/Müller, *Verfassungsrecht*, 871 ff. (zit. *Beziehungen*); FASSBENDER BARDO, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill 2009 (zit. *UN Charter*); DERS., *Völkerrecht und Landesrecht*, AJP 2014, 437 ff. (zit. *Völkerrecht und Landesrecht*); GEIGER RUDOLF, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 5. Aufl., München 2010 (zit. *Grundgesetz*); GIEGERICH THOMAS (Hrsg.), *Der «offene Verfassungsstaat» des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Berlin 2010 (zit. *Offener Verfassungsstaat*); GLENN H. PATRICK, *The Cosmopolitan State*, Oxford 2013 (zit. *Cosmopolitan State*); GRODECKI STÉPHANE, *La démocratie directe en Suisse au XXI^e siècle – une évolution nécessaire*, ZSR 2013 II, 95 ff. (zit. *Évolution*); HAEFLIGER ARTHUR, *Die Hierarchie von Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Menschenrechte*, EuGRZ 1990, 474 ff. (zit. *Hierarchie*); HANGARTNER YVO, *Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht*, AJP 2013, 698 ff. (zit. *Positionsbezug*); DERS., *Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen*, ZSR 2007 I, 137 ff. (zit. *Unmittelbare Anwendbarkeit*); JAAG TOBIAS, *Rechtsetzung und Rechtdurchsetzung in den Mehrebenensystemen Schweiz und Europäische Union*, ZSR 2013 I, 135 ff. (zit. *Mehrebenensysteme*); KÄLIN WALTER, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, ZBJV 1988, Sonderbd. 124^{bis}, 45 ff. (zit. *Geltungsgrund*); KELLER HELEN, *Rezeption des Völkerrechts*, Habil. Zürich 2002, Berlin 2003 (zit. *Rezeption*); KLUTH WINFRIED, *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, Baden-Baden 2007 (zit. *Europäische Integration*); KUKUCHA CHRISTOPHER J., *The Provinces and Canadian Foreign Trade Policy*, Vancouver/Toronto, 2008 (zit. *The Provinces*); MONNIER JEAN, *Les principes et les règles constitutionnels de la politique étrangère suisse*, ZSR 1986 II, 135 ff. (zit. *Politique étrangère suisse*); NEVES MARCELO, *Transconstitutionalism*, Oxford 2013 (zit. *Transconstitutionalism*); ODENDAHL KERSTIN, *Die Entwicklung des bilateralen Vertragsverhältnisses zwischen der Schweiz und der EU*, in: RWA, *Rechtliche Rahmenbedingungen*, 129 ff. (zit. *Bilaterales Vertragsverhältnis*); ÖHLINGER THEO, *Verfassungsrecht*, 8. Aufl., Wien 2009 (zit. *Verfassungsrecht*); PETERSMANN ERNST-ULRICH, *Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizerischen Bundesverfassung*, AÖR 1990, 537 ff. (zit. *Strukturprinzip*); PETERSMANN ERNST-ULRICH/ZIEGLER ANDREAS R., *Ver-*

* Grundlage der vorliegenden Kommentierung bildet der Text von KERSTIN ODENDAHL (2. Aufl.), welcher aktualisiert und inhaltlich erweitert wurde.

fassungsgebung in der Europäischen Union, Lehren für die Nachführung der schweizerischen Bundesverfassung, in: Sitter-Liver Beat (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung – Die Schweiz im globalen Kontext, Freiburg 1999, 479 ff.; RHINOW RENÉ, Stellt die Internationalisierung die Demokratie infrage?, in: Wiegand Wolfgang et al. (Hrsg.), Die Öffnung des Verfassungsrechts, Symposium zum 65. Geburtstag von Jörg Paul Müller, recht 2005, Sondernummer, 72 ff. (zit. Internationalisierung und Demokratie); RIKLIN ALOIS, Isolierte Schweiz, Eine europa- und innenpolitische Lagebeurteilung, SPSR 2/3/1995, 11 ff. (zit. Isolierte Schweiz); DERS., Neutralität am Ende? 500 Jahre Neutralität der Schweiz, ZSR 2006 I, 583 ff. (zit. Neutralität); RÖBEN VOLKER, Aussenverfassungsrecht, Tübingen 2007 (zit. Aussenverfassungsrecht); SCHEFER MARKUS/ZIMMERMANN ALEXANDRA, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 3/2011, 343 ff. (zit. Schranken); SCHWARZE JÜRGEN, Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, Baden-Baden 2013 (zit. Wandel); SCHWEITZER MICHAEL, Staatsrecht III, 8. Aufl., Heidelberg 2004 (zit. Staatsrecht); SCHWEIZER RAINER J., Wie das europäische Recht die schweizerische Rechtsordnung fundamental beeinflusst und wie die Schweiz darauf keine systematische Antwort findet, in: Epiney Astrid/Rivière Florence (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von «Integrationsverträgen», Fribourg 2006, 23 ff. (zit. Europäisches Recht); DERS., Zusammenwirken im Grundrechtsschutz durch den Europarat und durch die Europäische Union, in: Spénlé Christoph André (Hrsg.), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die nationale Grundrechtsordnung, Basel 2007, 29 ff. (zit. Zusammenwirken); SCHWEIZER RAINER J./SCHEFFLER JAN, Verfassungs- und völkerrechtliche Anforderungen an die Verteidigungskompetenz der schweizerischen Armee und an ihr zukünftiges Leistungsprofil, ZöR 2011, 299 ff. (zit. Verteidigungskompetenz); STÄDTER, STEFAN, Noch Hüter der Verfassung? Das Bundesverfassungsgericht und die europäische Integration, Kornwestheim 2013 (zit. Hüter der Verfassung?); THÜRER DANIEL, Gutachten über mögliche Formen der Umsetzung und Anwendung der Bilateralen Abkommen, 2011, <www.europa.admin.ch/themen/00499/00503/01777/?lang=de> besucht am 1.7.2014 (zit. Gutachten); DERS., Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Thürier/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, 179 ff. (zit. Verfassungsrecht und Völkerrecht); THÜRER DANIEL/MACLAREN MALCOLM, Switzerland: The Importance of Being Pragmatic, in: Blindenbacher Raoul/Pasma Chandra (Hrsg.), Dialogues on foreign relations in federal countries, Ottawa 2007, 39 ff. (zit. Being Pragmatic); TOBLER, CHRISTA, Die Erneuerung des bilateralen Wegs, Eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen, Jusletter 3. Juni 2013 (zit. Erneuerung); TOMUSCHAT CHRISTIAN, Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee Josef/Kirchhof Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Heidelberg 1992, § 172 (zit. Offenheit); VAN OYEN ROBERT CHR., Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa, Baden-Baden 2014 (zit. Staatstheorie); VEST HANS, Systematische Einleitung, in: Vest Hans/Ziegler Andreas R./Lindenmann Jürg/Wehrenberg Stefan (Hrsg.), Die völkerstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar zu Art. 101, 259, 260^{bis} und 264–264n, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. Völkerstrafrechtliche Bestimmungen); VON BOGDANDY ARMIN/BAST JÜRGEN (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Heidelberg 2009 (zit. Europäisches Verfassungsrecht); WYSS MARTIN PHILIPP, Europakompatibilität und Gesetzgebungsverfahren im Bund, AJP 2007, 717 ff. (zit. Europakompatibilität); ZIEGLER ANDREAS R., Der Einsatz der Schweiz für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung (Art. 2 BV) – am Beispiel der Verfolgung von völkerrechtlichen Verbrechen aufgrund des Universalitätsprinzips, in: Zäch et al., AJP-Sonderheft 9/2013, 1295 ff. (zit. Einsatz der Schweiz); DERS., Die de facto-Mitgliedschaft der Schweiz in der EU, Binnen- und Aussenbeziehungen, ZEUS 2/2007, 247 ff. (zit. De facto-Mitgliedschaft); DERS., Wirtschaftsvölkerrecht der Schweiz – Eine Einführung unter Einschluss des Aussenwirtschaftsrechts, Bern 2010 (zit. Wirtschaftsvölkerrecht).

Inhaltsübersicht	Rz.
I. Grundlagen	1
1. Der Staat im Völkerrecht	1
2. Mehrebenenverfassungssystem und Scharnierfunktion der Verfassung	3
3. Europäische Verfassung und Bundesverfassung	5
4. Der Begriff des Völkerrechts aus schweizerischer Perspektive	6
II. Verfassungsrechtliche Bezüge zum Völkerrecht	10
1. Die Schweiz im Völkerrecht	10
1.1 Völkerrechtsrelevant handelnde Organe	11
1.1.1 Bund und Kantone	12
1.1.2 Bundesorgane	14
1.1.3 Kantone	18

1.2	Formelle Vorgaben an die Akteure	19
1.2.1	Abschluss völkerrechtlicher Verträge	20
1.2.1.1	Völkerrechtliche Verträge des Bundes	20
1.2.1.2	Die «bilateralen Verträge» mit der EU	22
1.2.1.3	Völkerrechtliche Verträge der Kantone	24
1.2.2	Sonstiges völkerrechtliches Handeln	26
1.3	Materielle Vorgaben an die Akteure	29
1.3.1	Präambel	30
1.3.2	Zweckartikel	31
1.3.3	Ziele der Aussenpolitik	32
1.3.4	Vereinbarkeit mit schweizerischem Recht	34
1.3.5	Neutralität als Mittel der Aussenpolitik	38
1.3.6	Europapolitik	39
1.3.7	Exkurs: Vorgaben der Kantonsverfassungen	40
2.	Einfluss des Verfassungsrechts auf das Völkerrecht	41
3.	Verfassungsrechtlicher Einfluss auf die schweizerische Völkerrechtspraxis	43
4.	Ergebnis	45
III.	Stellung des Völkerrechts innerhalb der Verfassungsstrukturen	46
1.	Das Völkerrecht im schweizerischen Landesrecht	46
1.1	Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts	47
1.2	Innerstaatliche Anwendbarkeit des Völkerrechts	49
1.3	Innerstaatlicher Rang des Völkerrechts	51
1.4	Völkerrechtskonforme Auslegung	57
2.	Völkerrechtliche Grundlagen der Bundesverfassung	58
2.1	Verfassungsbildung durch Völkerrecht	60
2.1.1	Entstehung/Änderung von Verfassungsartikeln	60
2.1.2	Auslegung von Verfassungsartikeln	62
2.2	Einwirkungen des Europarechts auf die Verfassungsbildung	63
3.	Einfluss des Völkerrechts auf die Verfassungspraxis	68
4.	Ergebnis	70
IV.	Fazit: Die Schweiz zwischen völkerrechtlicher Normalität und verfassungsrechtlicher Besonderheit	71

I. Grundlagen

1. Der Staat im Völkerrecht

Der Staat ist nach herkömmlicher Auffassung Ausgangs- wie Endpunkt des Völkerrechts. Als «geborenes», umfassendes Völkerrechtssubjekt ist es primär der Staat, der im Konsens mit anderen Staaten Völkerrecht schafft, um- und durchsetzt, ändert oder aufhebt. Auch ist es in erster Linie der Staat, der neue Völkerrechtssubjekte anerkennt oder in Form internationaler Organisationen als «gekorene» Völkerrechtssubjekte gründet, diese mit Kompetenzen ausstattet und wieder auflöst. Er ist somit Ausgangspunkt des Völkerrechts. Die vom Staat begründeten völkerrechtlichen Rechte und Pflichten haben jedoch auch den Staat zum Hauptadressaten. Damit wird der Staat zugleich zum Endpunkt des Völkerrechts. Gleichzeitig beobachtet man seit Jahren eine

Erosion dieses Weltbildes, in dem nicht-staatliche Akteure zunehmend an Bedeutung gewinnen, ohne dass die geltenden völkerrechtlichen und landesrechtlichen Strukturen dieses Phänomen bisher völlig zufriedenstellend zu bewältigen vermögen.

- 2 Völkerrechtlich betrachtet ist der Staat aufgrund seiner Souveränität in seinem nationalen wie internationalen Handeln grundsätzlich frei. Solange er sich völkerrechtskonform verhält, ist es aus Sicht des Völkerrechts irrelevant, welche inhaltlichen Kriterien ein Staat seinem innerstaatlichen wie völkerrechtlichen Handeln zugrunde legt. Auch ist die Art und Weise der nationalen Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten nicht Gegenstand des Völkerrechts. Dieses bedeutet aber weder, dass es nicht relativ häufig zu mehr oder weniger schwerwiegenden Verletzungen des Völkerrechts kommt oder dass dort, wo keine völkerrechtlichen Pflichten bestehen, Staaten bzw. Regierungen sich nicht durch faktische Zwänge oder Opportunitätsüberlegungen in ihren Optionen eingeschränkt fühlen (vgl. CHARLESWORTH et al., *No Island*, passim; BAUDENBACHER, *Challenges*, passim).

2. Mehrebenenverfassungssystem und Scharnierfunktion der Verfassung

- 3 Heute wird zudem zunehmend von einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts gesprochen, was zumeist bedeutet, dass man gewissen völkerrechtlichen Normen Funktionen zuschreibt, die typischerweise in nationalen Verfassungen vorzufinden sind (Rechtsstaatlichkeit, Gerichtsbarkeit, Strukturprinzipien der Rechtsordnung, Menschenrechte etc.). Entsprechend spricht ein v.a. in Deutschland stark vertretener Teil der Lehre von der globalen Verfassung (etwa für die Charta der Vereinten Nationen FASSBENDER, *UN Charter*, passim) oder der internationalen Wirtschaftsverfassung (vgl. CREMONA/HILPOLD/LAVRANOS/STAIGER SCHNEIDER/ZIEGLER, *Reflections*, passim). Auch neue Verfassungstheorien versuchen der internationalen Verflechtung der Rechtsordnungen und der Rolle überstaatlicher Institutionen besser gerecht zu werden (GLENN, *Cosmopolitan State*, passim; NEVES, *Transconstitutionalism*, passim). Gleichzeitig bleibt es umstritten, ob der Begriff Verfassung angesichts der Durchsetzungsschwierigkeiten und der Fragilität dieser internationalen Regelwerke angebracht ist.
- 4 Die Verfassung eines Staates enthält i.d.R. Vorgaben für das völkerrechtsrelevante Staatshandeln. Diese betreffen sowohl das internationale Auftreten des Staates als auch die nationale Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten. Es ist daher mittlerweile üblich, das Verhältnis zwischen Verfassungs- und Völkerrecht in einer Wechselbeziehung zu betrachten: Wie wirkt sich einerseits die Verfassung auf das Völkerrecht und andererseits das Völkerrecht auf die Verfassung aus (vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Rz. 5; BIEBER, *Verfassungsstaat*, Rz. 11; aus der deutschen Literatur TOMUSCHAT, *Offenheit*, Rz. 3 ff., 50 ff.; GEIGER, *Grundgesetz*, 139 ff.; aus der österreichischen Literatur ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, Rz. 115 ff.). Dabei fungieren die Verfassung und insb. ihre Bestimmungen mit internationalen Bezügen als ein Scharnier, das die Wechselwirkung zwischen staatlicher Rechtsordnung und Völkerrecht normiert. Insofern ist auch die Verfassung Ausgangs- wie Endpunkt des Verhältnisses zwischen Staat und Staatengemeinschaft bzw. zwischen staatlicher Rechtsordnung und Völkerrecht, wobei gewisse Autoren (insb. jene, die die Konstitutionalisierung des Völkerrechts bejahen) dies als ein eigentliches Mehrebenensystemen («Multilayered Constitution») auffassen, in dem auf verschiedensten Ebenen verfassungsmässige Funktionen angesiedelt sein können (vgl. COTTIER, *Multilayered Governance*, passim; JAAG, *Mehrebenensysteme*, passim). Gleichzeitig bestehen in fast allen Staaten

Bestrebungen, die eigene Verfassungsordnung vor allzu vielen fremden Einflüssen zu schützen und die traditionellerweise als typisch betrachteten Elemente und Wertvorstellungen des eigenen Staatswesens vor der Vereinheitlichung und der Beschränkung durch völkerrechtliche Normen zu bewahren (nationalistische Introvertiertheit), oft auch angesichts der Skepsis gegenüber der internationalen Ordnung und ihrer Stabilität (Völkerrechtsskepsis).

3. Europäische Verfassung und Bundesverfassung

Von besonderer Bedeutung für Europa ist hierbei natürlich insb. die Diskussion um die europäische Verfassung, im Sinne der Verfassung der EU. Zwar ist der 2004 von den Mitgliedstaaten unterzeichnete Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) aufgrund der Widerstände in gewissen Mitgliedstaaten gescheitert, aber der Vertrag von Lissabon hat dennoch wesentliche Elemente dieses Vertrags in die Rechtsordnung der EU überführt, und man spricht heute (insb. in Deutschland) ohne Weiteres vom Europäischen Verfassungsrecht (vgl. statt vieler von BOGDANDY/BAST, Europäisches Verfassungsrecht). Dieses ist zwar aufgrund der fehlenden Mitgliedschaft für die Schweiz nicht direkt relevant, aber seiner Ausstrahlung kann sich auch die schweizerische Rechts- und Verfassungsordnung nicht vollkommen entziehen (vgl. relativ früh DICKE, Westeuropäischer Bundesstaat, passim), sodass zumindest indirekte Einflüsse im Rahmen des autonomen Nachvollzugs und im Rahmen der bilateralen Vertragsbeziehungen resultieren (vgl. Rz. 64), so bspw., wenn aus Sicht der EU die Rechte der Unionsbürger die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (auch aufgrund der bilateralen Verträge) beeinflussen (vgl. auch die vom BGer gebilligte Inländerdiskriminierung, die in gewissen Bereichen aus Diskrepanzen zwischen den Bilateralen Verträgen und dem nationalen Recht resultieren kann, etwa beim Familiennachzug, dazu BGE 136 II 5 in Anpassung an das Urteil des EuGH Blaise Baheten Metock und andere ./ Minister for Justice, Equality and Law Reform, Rs C-127/08 [Slg. 2008 I-06241] zuletzt erneut BGer 2C-354/2011 [13.7.2012], E. 2.3 ff.). Aufgrund der fehlenden Mitgliedschaft in der EU und der damit zusammenhängenden Kompetenzverschiebung bleiben die Auswirkungen auf die Staatstheorie (auch in der Rechtsprechung des BGer) bescheiden (vgl. aber für den EU-Mitgliedstaat Deutschland VAN OUYEN, Staatstheorie, passim; STÄDTER, Hüter der Verfassung?, passim).

4. Der Begriff des Völkerrechts aus schweizerischer Perspektive

Die BV enthält zahlreiche Bestimmungen, die entweder das völkerrechtliche Handeln der Schweiz nach aussen (Art. 2 Abs. 1 u. 4; Art. 54–56; Art. 57 f.; Art. 101 Abs. 1; Art. 140 Abs. 1 Bst. b; Art. 141 Abs. 1 Bst. d; Art. 141a; 147; 166; 172 Abs. 3; Art. 173 Abs. 1 Bst. a; Art. 184 Abs. 1 u. 2; Art. 185 Abs. 1 u. 4; Art. 186 Abs. 3; Art. 197 Ziff. 1) oder aber die Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten nach innen betreffen (Art. 5 Abs. 4; Art. 139 Abs. 3; Art. 184 Abs. 3, Art. 185 Abs. 3, Art. 190; 193 Abs. 4; Art. 194 Abs. 2). In ihrer Gesamtheit werden die entsprechenden Artikel der BV in Anlehnung an die deutsche Terminologie (vgl. RÖBEN, Aussenverfassungsrecht, passim) auch als «Aussenverfassung» bezeichnet (vgl. BIAGGINI, Verhältnis, 722; EPINEY, Beziehungen, 872). Anders als ihre Vorgängerin von 1874 ist die BV eine dem Völkerrecht offensichtlicher zugewandte Verfassung, welche die Realitäten einer globalisierten Welt

und die starke (ökonomische und kulturelle) Vernetzung der Schweiz in ihrem Wortlaut etwas besser widerspiegelt (vgl. zum historischen Umfeld 1874 KELLER, Rezeption, 317 ff.).

- 7 Der Begriff des Völkerrechts darf als grundsätzlich geklärt gelten (vgl. statt vieler ZIEGLER, Völkerrecht, 3 ff.). Je nach geografischem Geltungsbereich wird dabei zwischen universellem und regionalem Völkerrecht unterschieden. Aus schweizerischer Perspektive ist der Begriff des Völkerrechts jedoch durch eine Besonderheit gekennzeichnet. Für die meisten Staaten Europas und insb. die Nachbarstaaten der Schweiz stellen sich infolge ihrer EU-Mitgliedschaft (bzw. der EWR-Mitgliedschaft) Völker- und Europarecht als zwei eigenständige Rechtsordnungen dar, deren Verhältnis zum Verfassungsrecht z.T. erheblich divergiert. Für die EU-Mitgliedstaaten umfasst der Begriff des Völkerrechts daher nicht die rechtlichen Beziehungen zur EU (vgl. exemplarisch für Deutschland SCHWEITZER, Staatsrecht, Rz. 13 ff.; für Österreich ÖHLINGER, Verfassungsrecht, Rz. 112 ff., 134 ff.).
- 8 Für die Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat fallen unter den Begriff des Völkerrechts hingegen alle überstaatlichen Rechtsbeziehungen, also auch das Verhältnis zur EU und ihren Mitgliedstaaten. Dieses Verhältnis ist völkerrechtlichen Charakters, mangelt es doch der Schweiz grundsätzlich an der für das Recht der Europäischen Union charakteristischen supranationalen Bindung. Gleichzeitig kann man sich nicht der Einsicht verschliessen, dass die Intensität und Dynamik der Beziehungen zu EU zunehmend spezielle Lösungen verlangen und mit den traditionellen Konzepten des Verhältnisses Landesrecht–Völkerrecht zunehmend schwieriger zu bewältigen sind (vgl. Rz. 64 ff.).
- 9 Das Völkerrecht aus Sicht der BV umfasst daher drei Bereiche: die weltweiten Rechtsbeziehungen der Schweiz (universelles Völkerrecht), ihre Einbindung in regionale, d.h. europaweite Rechtsbindungen (Europarecht i.w.S.) sowie das Verhältnis der Schweiz zur EU und ihren Mitgliedstaaten (Europarecht i.e.S.; zur Unterscheidung zwischen den beiden Letzteren vgl. JAAG, Europarecht aus schweizerischer Sicht, Rz. 101 f.). Alle drei Bereiche haben dabei für die Schweiz bisher unbestrittenermassen rein völkerrechtlichen Charakter. Von ihrem Inhalt und ihren Zielsetzungen her divergieren sie jedoch stark. Dementsprechend unterschiedlich ist die Intensität der Wechselbeziehung ausgestaltet, insb. hinsichtlich des völkerrechtlichen Einflusses auf die BV (vgl. Rz. 59 ff.).

II. Verfassungsrechtliche Bezüge zum Völkerrecht

1. Die Schweiz im Völkerrecht

- 10 Das internationale Handeln der Schweiz unterliegt völkerrechtlichen Regeln. Die Rechte und Pflichten der Staaten sowie die Grundprinzipien im zwischenstaatlichen Verkehr sind eine genuin völkerrechtliche Materie. Gelenkt wird das völkerrechtliche Handeln der Schweiz jedoch massgeblich von der BV. Sie legt fest, welche Akteure die Schweiz nach aussen vertreten und an welche innerstaatlichen Vorgaben diese gebunden sind. Darüber hinaus bestimmt sie die Art und Weise der innerstaatlichen Umsetzung völkerrechtlicher Pflichten. Während gewisse ausländische Verfassungen aufgrund der historischen Entstehung auch auf völkerrechtliche Verträge, Verhandlungen oder Erklärungen, die für die Staatenbildung relevant waren, Bezug nehmen,

gibt es in der BV keine solchen Verweise (vgl. etwa die Präambel der Verfassung der Republik Bosnien-Herzegowina von 1995 [rev. 2009], verfügbar auf Englisch etwa auf <www.servat.unibe.ch/icl/bk__indx.html> besucht am 1.7.2014).

1.1 Völkerrechtsrelevant handelnde Organe

Wie alle föderal organisierten Staaten verfügt die Schweiz über eine detaillierte und komplexe Verteilung der Zuständigkeiten. Bei der Frage, welche Akteure nach aussen und nach innen völkerrechtsrelevant handeln, ist zwischen vertikaler und horizontaler Kompetenzverteilung zu unterscheiden. 11

1.1.1 Bund und Kantone

Die BV verleiht dem *Bund* eine umfassende Kompetenz für die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 54 Abs. 1), und zwar unabhängig davon, ob ihm die entsprechende Materie auch innerstaatlich zugewiesen ist. Der Bund kann also auch in den Zuständigkeitsbereichen der Kantone völkerrechtlich tätig werden (vgl. Komm. zu Art. 54, Rz. 11 ff.). Er hat dann allerdings Rücksicht auf die Kantone zu nehmen und ihre Interessen zu wahren (Art. 54 Abs. 3). In anderen Bundesstaaten sind diese Kompetenzen teilweise weniger klar geregelt (vgl. Art. 167 Abs. 1.3 der belgischen Verfassung; zu Kanada vgl. KUKUCHA, *The Provinces*, passim) oder der Umfang der innerstaatlichen Umsetzung durch den Bundesstaat unterliegt spezifischen Einschränkungen (vgl. für die USA die «Necessary and Proper Clause» in Art. 1 Section 8 Clause 18 der U.S.-amerikanischen Verfassung). 12

Ergänzend zum Bund (vgl. Komm. zu Art. 54, Rz. 7) können die *Kantone* in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen (Art. 56 Abs. 1) oder im normalen völkerrechtlichen Verkehr mit untergeordneten ausländischen Behörden direkt in Beziehung treten (Art. 56 Abs. 3). Dabei können sie allerdings nur mit Staaten und deren Gliedstaaten (vgl. Komm. zu Art. 56, Rz. 18), nicht aber z.B. mit der EU oder anderen internationalen Organisationen selbstständig verkehren. Auf politischer Ebene verfügen entsprechend viele Kantone über Aussenbeauftragte, die sich stark mit der EU beschäftigen, während gleichzeitig die KdK insb. aufgrund der gestiegenen Anforderungen im Rahmen der Europapolitik geschaffen wurde und daneben heute auch vermehrt Themen der Aussenwirtschaftspolitik und der allgemeinen Aussenpolitik angeht. 13

1.1.2 Bundesorgane

Die wichtigsten Akteure auf Bundesebene, die nach aussen und/oder innen völkerrechtsrelevant handeln, sind der BR und die BVers. Hinzu treten Volk und Stände sowie das BGer (ausführlich BAUMANN, *Einfluss des Völkerrechts*, 370 ff.). Der BR besorgt die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 184 Abs. 1). Er unterzeichnet und ratifiziert die Verträge (Art. 184 Abs. 2 Satz 1). Darüber hinaus trifft er Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz (Art. 185 Abs. 1). Wenn es die Wahrung der Interessen des Landes erfordert oder einer unmittelbar drohenden schweren Störung der äusseren Sicherheit zu begegnen ist, kann er verfassungsunmittelbar Verfügungen und zeitlich befristete VO erlassen (Art. 184 Abs. 3 bzw. Art. 185 Abs. 3). 14

- 15 Zum BR gesellt sich als weiterer Akteur die *BVers*. Sie beteiligt sich an der Gestaltung der Aussenpolitik und beaufsichtigt die Pflege der Beziehungen zum Ausland (Art. 166 Abs. 1). Sie genehmigt die völkerrechtlichen Verträge (Art. 166 Abs. 2). Wie der BR trifft auch die *BVers* Massnahmen zur Wahrung der äusseren Sicherheit, der Unabhängigkeit und der Neutralität der Schweiz (Art. 173 Abs. 1 Bst. a) und darf, wenn ausserordentliche Umstände es erfordern, VO und eBB erlassen (Art. 173 Abs. 1 Bst. c). Diese Parallelität der Sicherheitsbefugnisse von BR und *BVers* bedarf einer genauen Abgrenzung, um Kompetenzüberschneidungen zu vermeiden (vgl. Komm. zu Art. 173, Rz. 6 ff., 29, 46 ff., u. zu Art. 185, Rz. 62 ff.).
- 16 *Volk und Stände* haben keine völkerrechtlichen Befugnisse in dem Sinne, dass sie selbstständig nach aussen tätig werden könnten. Sie sind jedoch in das innerstaatliche Genehmigungsverfahren für völkerrechtliche Verträge eingebunden (Art. 140 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d). Auch kann eine Volksinitiative völkerrechtsrelevante Materien zum Gegenstand haben (Art. 139 Abs. 2).
- 17 Ebenso ist das *BGer* grundsätzlich kein nach aussen, wohl aber ein nach innen tätig werdender völkerrechtlicher Akteur (dies gilt auch für die erstinstanzlichen Gerichte des Bundes), allenfalls unter Vorbehalt der nach aussen wahrnehmbaren Tätigkeit etwa in der Amts- und Rechtshilfe. Mit seiner Rechtsprechung hat es aber dennoch den völkerrechtlichen Einfluss auf das schweizerische Recht, und damit auch auf die BV, ermöglicht und geprägt. Es sind im Wesentlichen seine Urteile zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht (vgl. Rz. 43 f.), zum innerstaatlichen Rang des Völkerrechts (vgl. Rz. 45 f.) und zur völkerrechtskonformen Auslegung von Verfassungsbestimmungen (vgl. Rz. 47, 52, 56), welche die völkerrechtliche Offenheit bzw. die Völkerrechtsfreundlichkeit der BV materiell ausfüllen (beides Begriffe, die insb. von der deutschen Lehre für das Grundgesetz geprägt wurden, aber häufig auf die BV übertragen werden vgl. GIEGERICH, Offener Verfassungsstaat, passim; PETERSMANN, Strukturprinzip, passim; zur Rolle der höchsten Gerichte im Völkerrecht aus schweizerischer Sicht vgl. MALINVERNI, L'indépendance, 62 ff.). Insb. aber können völkerrechtswidrige Entscheide auch dieses Organs zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Schweiz führen, gerade dann, wenn aufgrund der Gewaltenteilung keine innerstaatliche Möglichkeit besteht, diese Entscheide umzustossen oder zu verhindern (vgl. für die USA die Problematik der wiederholten Nichtbeachtung von IGH-Entscheiden, zuletzt (Urteil des Internationalen Gerichtshofs [IGH] vom 19. Januar 2009, Mexico v. United States of America [Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals] *I.C.J. Reports 2009*, 3). Auch werden heute innerstaatliche Urteile, die das Völkerrecht verletzen könnten, sehr viel schneller international wahrgenommen und können entsprechend schwerwiegende Beeinträchtigungen der internationalen Beziehungen eines Staates auslösen (vgl. etwa die Reaktionen in der Presse auf das Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2011.140 [25.7.2012] betreffend die völkerrechtliche Immunität des ehemaligen Verteidigungsministers der Republik Tunesien).

1.1.3 Kantone

- 18 Auf Kantonsebene zeigt sich eine der Bundesebene vergleichbare Kompetenzverteilung. Auch hier sind es zumeist Regierung und Parlament, denen das völkerrechtsrelevante Handeln nach aussen übertragen ist; i.d.R. obliegen der Regierung die Verhandlung und der Abschluss völkerrechtlicher Verträge sowie der allgemeine völkerrechtliche Verkehr. Das Parlament hat die Verträge grundsätzlich zu genehmigen (vgl. Art. 54, 69 KV ZH: Regierungs- und Kantonsrat;

Art. 74, 88 KV BE: Regierungsrat und Grosser Rat; Art. 56, 70 KV NE: Conseil d'État und Grand Conseil). Zum Teil bedürfen völkerrechtliche Verträge auch der Zustimmung der Landsgemeinde (vgl. Art. 69 Abs. 2 Bst. a KV GL).

1.2 Formelle Vorgaben an die Akteure

Die formellen Vorgaben der BV für das internationale, d.h. nach aussen gerichtete Handeln der Schweiz betreffen Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formfragen. Sie sind für Vertragsabschlüsse durch den Bund detailliert, für die übrigen völkerrechtlichen Handlungsformen hingegen bloss rudimentär ausgestaltet. 19

1.2.1 Abschluss völkerrechtlicher Verträge

1.2.1.1 Völkerrechtliche Verträge des Bundes

Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch den Bund (vgl. ausführlich TSCHANNEN, Staatsrecht, § 47, Rz. 1, sowie Komm. zu Art. 184, Rz. 11 f., u. zu Art. 166, Rz. 34 ff.) liegt in der Hand von drei Akteuren: BR, BVers sowie Volk und Stände. Der BR ernennt und instruiert Unterhändler für die *Aushandlung* und *Paraphierung* des Vertragstextes. Die BVers wirkt dabei in beschränktem Masse mit (Art. 166 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 152 ParlG). Diesem Schritt folgt ein obligatorisches oder fakultatives *Vernehmlassungsverfahren* (Art. 147 BV i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. c VIG). Die *Unterzeichnung* des Vertrages wird vom BR vorgenommen (Art. 184 Abs. 2 Satz 1), der im Anschluss daran eine *Botschaft* verfasst, die er an die BVers weiterleitet (Art. 184 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 141 ParlG). Diese hat den Vertrag zu genehmigen (Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ParlG). Die *Genehmigung* erfolgt in Form eines eBB bzw. – wenn ein Referendum durchgeführt werden kann oder muss – in Form eines BB (Art. 24 Abs. 3 ParlG). Ob der Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterliegt, richtet sich nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 141 Abs. 1 Bst. d. In einem solchen Fall kann die BVers die für die Umsetzung des Vertrages erforderlichen Verfassungs- bzw. Gesetzesänderungen in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen (Art. 141a). Etwa drei Viertel aller völkerrechtlichen Verträge werden jedoch im sog. vereinfachten Verfahren nach Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 7a RVOG abgeschlossen (vgl. Komm. zu Art. 166, Rz. 41 ff.). Eine Genehmigung durch die BVers ist in solchen Fällen nicht erforderlich; der BR ist vielmehr allein für den Abschluss des völkerrechtlichen Vertrages zuständig. Der völkerrechtliche Akt der *Ratifikation* des Vertrages ist Aufgabe des BR (Art. 184 Abs. 2 Satz 1). Dieser kann auch vor der Genehmigung des Vertrages seine *vorläufige Anwendung* beschliessen (Art. 184 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 7b RVOG). Die meisten völkerrechtlichen Verträge müssen in der AS *publiziert* werden und finden später Aufnahme in die SR (Art. 3, 11 PublG). 20

Verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich geregelt ist die *Kündigung* eines völkerrechtlichen Vertrages. Die entsprechende Kompetenz des BR lässt sich aus seiner umfassenden Aussenkompetenz nach Art. 184 Abs. 1 ableiten (vgl. Komm. zu Art. 184, Rz. 8 ff.; BLUM/NAEGELI/PETERS, Kündigung, 527 ff.). Fraglich ist hingegen die Reichweite einer demokratischen Partizipation bei der Beendigung völkervertraglicher Beziehungen. Eine Mitentscheidung der BVers lässt sich begründen (vgl. Komm. zu Art. 166, Rz. 50). Ob die BVers den BR jedoch zur Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages im Wege der Motion nach Art. 171 BV i.V.m. Art. 120 ParlG verpflichten kann, ist eine noch offene Frage (vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 171, Rz. 8; BAUMANN, Einfluss des Völkerrechts, 377 f.). Auch eine direkte Volksinitiative wäre nicht möglich: Zwar 21

gibt es bisher keine inhaltlichen Schranken für das Initiativrecht. Gegenstand einer Volksinitiative können aber formell nur Verfassungsbestimmungen, nicht jedoch völkerrechtliche Verträge sein (vgl. Komm. zu Art. 139, Rz. 18). Möglich wären aufgrund des fehlenden materiellen Verfassungsbegriffs aber indirekte Vorgehensweisen. Eine davon wäre eine Volksinitiative auf Einfügung einer neuen Verfassungsbestimmung, in der die Kündigung eines völkerrechtlichen Vertrages festgeschrieben wird oder dem Bundesrat aufgetragen wird, Vertragsverhandlungen aufzunehmen (s.a. Komm. zu Art. 139, Rz. 19 u. 48 oder neu Art. 197 Ziff. 9; dazu auch BLUM/NAEGELI/PETERS, Kündigung, 547 ff.). Eine andere wäre die Durchführung einer Verfassungs- oder Gesetzesänderung, entweder im regulären Verfassungs- bzw. Gesetzgebungsverfahren oder als Ergebnis einer erfolgreichen Volksinitiative, die nicht gegen zwingendes Völkerrecht, wohl aber gegen einen sonstigen völkerrechtlichen Vertrag oder gegen Völkergewohnheitsrecht verstiesse (vgl. Komm. zu Art. 139, Rz. 49 ff.). Ist in solchen Fällen eine völkerrechtskonforme Auslegung nicht möglich und kommen weder die Nichtanwendung des völkerrechtswidrigen Landesrechts noch die Änderung des entgegenstehenden Völkerrechts in Betracht, so muss der BR den Vertrag kündigen – es sei denn, er nimmt einen Völkerrechtsbruch der Schweiz mit den entsprechenden Konsequenzen in Kauf oder hofft, dass aufgrund der Umstände kein unmittelbarer Handlungsbedarf besteht (vgl. aber Komm. zu Art. 139, Rz. 51). Tatsächlich kommt es im Völkerrecht immer wieder zu Situationen, in denen mehr oder weniger offensichtliche Vertragsverletzungen über längere Zeit offengelassen werden, da die Vertragsparteien aus politischen Gründen auf eine Klärung verzichten. Hingegen kann als Reaktion auch die Kündigung oder Suspendierung eines Abkommens durch den oder die anderen Vertragspartner drohen.

1.2.1.2 Die «bilateralen Verträge» mit der EU

- 22 Das *bilaterale Vertragsverhältnis zur EU und ihren Mitgliedstaaten* stellt sich als Serie von mittlerweile über 100 völkerrechtlichen Verträgen dar (vgl. ausführlich ODENDAHL, Bilaterales Vertragsverhältnis, passim). Die wichtigsten sind das FHA von 1972 sowie die beiden Vertragspakete Bilaterale I (1999) und II (2004). Das FHA von 1972 wurde noch im selben Jahr dem «fakultativ-obligatorischen» Referendum sui generis nach Art. 89 Abs. 4 aBV i.d.F. von 1921 unterstellt (hierzu Komm. zu Art. 140, Rz. 24). Die im Jahr 1999 unterzeichneten und durch die sog. «Guillotine-Klausel» verbundenen Bilateralen I galten als Verträge zur «multilateralen Rechtsvereinheitlichung» und wurden vom fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV 1999 erfasst. Das Referendum wurde ergriffen, scheiterte aber in der Volksabstimmung im Jahr 2000. Einer der Verträge der Bilateralen I, das FZA, wurde 2004 um ein Erweiterungsprotokoll auf die zehn neu beigetretenen EU-Mitgliedstaaten ergänzt. Es unterstand als «wichtige rechtsetzende Bestimmung» dem fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3. Die Referendumsabstimmung endete 2005 ebenfalls mit der Zustimmung des Volkes. Mit Ausnahme des Abkommens über die landwirtschaftlichen Verarbeitungserzeugnisse unterlagen auch alle 2004 unterzeichneten Verträge der Bilateralen II dem fakultativen Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3. Allerdings wurde nur gegen die SAA/DAA das Referendum ergriffen. Die Volksabstimmung im Jahr 2005 fiel positiv aus. Nicht zur Anwendung gelangt ist bislang im Verhältnis zur EU das obligatorische Referendum nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b. Der Beitritt zur EU als supranationale Gemeinschaft steht derzeit nicht auf der politischen Agenda. Allerdings bestehen zurzeit beidseitige Bestrebungen, weitere aktuelle Problemfelder anzugehen.

Dabei stehen seit mehreren Jahren aus verfassungsrechtlicher Sicht die sogenannten institutionellen Fragen im Vordergrund. Sie beziehen sich auf vier Hauptbereiche: die dynamische Anpassung der Abkommen mit Marktzugang an die Entwicklung des EU-Rechts, die Überwachung und Auslegung der Abkommen sowie die Regelung von Streitigkeiten. Vor allem der letztgenannte Bereich birgt aus Sicht des verfassungsrechtlichen Gefüges aufgrund der Notwendigkeit, das Verhältnis zwischen den Institutionen der Eidgenossenschaft und derjenigen der EU – vor allem zur EuGH – zu klären, einiges an Brisanz (vgl. THÜRER, Gutachten, passim). Gemäss Bundesrat komme auch die Option, bei Auslegungsfragen zum EU-Recht, das von der Schweiz übernommen wurde oder wird, diese dem EuGH zu unterbreiten, als Lösungsweg infrage, vorausgesetzt schweizerische Institutionen betreffend die direkte Demokratie und die Unabhängigkeit des Landes blieben unangetastet. Auf der Auslegung des EuGH fussend würde anschliessend der Gemischte Ausschuss nach einer für beide Parteien annehmbaren Lösung suchen. Da die bilateralen Verhandlungen andauern, kann hier keine abschliessende Prognose darüber gemacht werden. Es wird sich zeigen, welche Lösungen aus verfassungsrechtlicher sowie europapolitischer Sicht sich als opportun erweisen. Insgesamt erinnern alle Lösungen stark an die bereits in den EWR-Verhandlungen diskutierten Versuche, an einen sich dynamisch entwickelnden homogenen Rechts- und Wirtschaftsraum ohne Vollbeitritt beteiligt zu sein, was äusserst schwierig ist (vgl. TOBLER, Erneuerung, passim). Auch die sog. «Integrationsabkommen» unter den bilateralen Verträgen (insb. Luftverkehrsabkommen, SAA und DAA) gelten nicht als partieller Beitritt zu einer supranationalen Organisation, selbst wenn sie zu einer sektoriell begrenzten supranationalen Bindung führen (zur Frage, wann die Supranationalität zu bejahen wäre, vgl. EWR-Botsch., 539 ff.). Die BV enthält zu diesen rechtlichen Fragen aber bisher keinerlei klare Angaben, wie es auch für das grundsätzliche Verhältnis der Schweiz zur EU der Fall ist (vgl. Rz. 35 und THÜRER, Gutachten, passim).

1.2.1.3 Völkerrechtliche Verträge der Kantone

Die formellen Vorgaben für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Kantone finden sich primär in den KV. Diese bestimmen die zuständigen Akteure, die einzuhaltenden Verfahrens- und Formvorschriften sowie ggf. die Möglichkeiten demokratischer Partizipation (Bsp. Art. 54, 69 KV ZH; Art. 74, 88 KV BE; Art. 56, 70 KV NE).

Die BV regelt lediglich formelle Fragen zwischen Bund und Kantonen. Die Kantone haben den Bund vor Vertragsabschluss zu informieren (Art. 55 Abs. 2 Satz 2 BV i.V.m. Art. 62 RVOG). Ziel ist die Prüfung der Vereinbarkeit ihrer Verträge mit dem Bundesrecht und den Rechten anderer Kantone. Der BR kann gegen völkerrechtliche Verträge der Kantone Einsprache erheben (Art. 186 Abs. 3). In einem solchen Fall müssen die Verträge von der BVers genehmigt werden (Art. 172 Abs. 3). Hintergrund ist die völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes für die Verträge der Kantone (vgl. Komm. zu Art. 56, Rz. 25 ff.). Angesichts der engen Abstimmung zwischen Bund und Kantonen beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge durch die Kantone dürfte eine Einsprache des Bundes aber eine Ausnahme und auf schwerwiegende Konfliktfälle begrenzt bleiben. Auch Verträge, die von den Kantonen (allein) oder im Verbund vor 1874 abgeschlossen wurden, können Teil der schweizerischen Rechtsordnung sein, wobei sich dabei oft schwierige Fragen der zeitlichen und örtlichen Anwendung stellen können. Das Bundesgericht behandelt solche Verträge als kantonales Recht (vgl. BGE 104 III 68 zu einer Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg betreffend die Kon-

kursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826 [LS 283.1]).

1.2.2 Sonstiges völkerrechtliches Handeln

- 26 Für alle anderen nach aussen gerichteten Verhaltensweisen von Bund und Kantonen, die zum sonstigen völkerrechtlichen Verkehr gehören oder zur Bildung von Völkergewohnheitsrecht beitragen können, enthält die BV grundsätzlich keine speziellen formellen Vorgaben. Selbstverständlich gelten auch hier die allgemeinen Zuständigkeits-, Verfahrens- und Formregeln, wie etwa die Kompetenzverteilung zwischen BR und BVer oder die indirekten Mitwirkungsmöglichkeiten von Volk und Ständen. Ausdrückliche formell-verfassungsrechtliche Regeln für sonstiges völkerrechtliches Handeln – vergleichbar mit den detaillierten Vorgaben für den Vertragsschluss – gibt es jedoch allein in einem Bereich: dem Zusammenspiel zwischen Bund und Kantonen. Dieses ist beispielsweise auch besonders wichtig im Rahmen der völkerrechtlichen Schutzverpflichtungen gegenüber internationalen Organisationen mit Sitz in der Schweiz (vgl. SCHWEIZER/SCHUEFLER, Verteidigungskompetenz, passim und Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge [GSG, SR 192.12]).
- 27 Art. 54 Abs. 3 enthält eine Kompetenzausübungsregel für den *Bund*. Bei Wahrnehmung seiner Kompetenz nach Art. 54 Abs. 1 hat er Rücksicht auf die Zuständigkeit der Kantone zu nehmen und ihre Interessen zu wahren. Art. 55 regelt, konkretisiert durch das BGMK, die Mitwirkung der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden des Bundes. Er stellt eine verfahrensmässige Kompensation (vgl. Komm. zu Art. 55, Rz. 5 f.) für die ergänzenden kantonalen Aussenkompetenzen gegenüber der umfassenden Aussenkompetenz des Bundes dar.
- 28 Die einzige Norm, die spezifisch das sonstige völkerrechtliche Handeln der *Kantone* betrifft, ist Art. 56 Abs. 3. Nur mit untergeordneten ausländischen Behörden dürfen die Kantone direkt verkehren. In allen anderen Fällen erfolgt ihr völkerrechtlicher Verkehr durch Vermittlung des Bundes.

1.3 Materielle Vorgaben an die Akteure

- 29 Anders als die schriftlich verankerten, präzise formulierten formellen Vorgaben zeichnen sich die materiellen Vorgaben der BV für das völkerrechtliche Handeln der Schweiz durch eine breite Vielfalt aus. Inhaltlich reichen sie von Grundentscheidungen über Handlungsaufträge bis hin zu verbindlichen Zielvorgaben und Vereinbarkeitsregeln. Ergänzt werden sie durch ungeschriebene Prämissen und aussenpolitische Mittel. Damit weist die BV eine erhebliche Dichte an materiellen Vorgaben für das völkerrechtliche Handeln der Schweiz auf.

1.3.1 Präambel

- 30 Der erste materielle völkerrechtliche Bezug findet sich in der Präambel: Das Bestreben, den Bund zu erneuern, um Freiheit, Demokratie, Unabhängigkeit und Frieden zu stärken, erfolgt «in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt». Der Präambel lassen sich zwar keine konkreten Rechte und Pflichten entnehmen (vgl. Komm. zur Präambel, Rz. 9 ff.). Als Grundentscheidung und Auslegungsrahmen prägt sie jedoch den Charakter der BV als eine dem Völkerrecht zugewandte staatliche Grundordnung (vgl. ZIEGLER, Einsatz der Schweiz, passim).

1.3.2 Zweckartikel

Art. 2, der den Zweck der Eidgenossenschaft definiert, benennt in seinen Abs. 1 und 4 insgesamt drei Zwecke, die auf völkerrechtlicher Ebene zu verwirklichen sind: Wahrung der Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes, Einsatz für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und Einsatz für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung. Diese rechtlich verbindlichen Richtlinien verstehen sich als Handlungsauftrag (vgl. Komm. zu Art. 2, Rz. 11) an die im völkerrechtlichen Verkehr auftretenden Organe von Bund und Kantonen. Der Schwerpunkt der Richtungsweisung ist dabei deutlich. Er liegt im Sicherheits- und Friedensbereich, gefolgt vom Nachhaltigkeitsgedanken. 31

1.3.3 Ziele der Aussenpolitik

Die Ziele der Aussenpolitik sind im Wesentlichen in Art. 54 Abs. 2 dargelegt (vgl. dazu MONNIER, *Politique étrangère suisse*, 135 ff.). Der Gewichtung im Zweckartikel entsprechend stehen auch hier die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und ihre Wohlfahrt an erster Stelle. Es folgt eine Auflistung weiterer Zielvorgaben, die sich in ihrer Mehrzahl im Bereich des Friedens- und Nachhaltigkeitsgedankens bewegen: Linderung von Armut und Not in der Welt, Achtung der Menschenrechte und der Demokratie, friedliches Zusammenleben der Völker und Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen. 32

Die Verwendung des Wortes «namentlich» vor der Auflistung verdeutlicht, dass weitere aussenpolitische Verfassungsziele hinzukommen können. Es handelt sich dabei um Art. 101 Abs. 1, wonach der Bund die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland wahrt. Die BV enthält damit insgesamt fünf aussenpolitische Ziele (vgl. Aussenpolitischer Ber. 2000, 294). Darüber hinaus kann sich der Bund in Ausfüllung seiner umfassenden Aussenkompetenz nach Art. 54 Abs. 1 selbst weitere Ziele setzen. Diese können entweder der Konkretisierung der Verfassungsvorgaben dienen oder aber andere Bereiche erfassen. I.d.R. sind sie in BG verankert (vgl. Komm. zu Art. 54, Rz. 36 ff.). 33

1.3.4 Vereinbarkeit mit schweizerischem Recht

Eine ausdrückliche Regelung, wonach das völkerrechtliche Handeln des Bundes mit schweizerischem Recht vereinbar sein muss, findet sich in der BV nicht. Auch gibt es kein Organ, das etwa *ex ante* die Verfassungsmässigkeit von völkerrechtlichen Verträgen vor der Ratifikation überprüfen könnte (wie etwa in Frankreich aufgrund von Art. 54 der Verfassung). Trotzdem lassen sich der BV wesentliche Aussagen entnehmen. Art. 5 Abs. 1 bestimmt das Recht zur Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Höchstes innerstaatliches Recht ist zumindest von der Konzeption her die BV – was aber durch die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in der Praxis stark relativiert wird. Der Bund hat demnach bei seinem völkerrechtlichen Handeln das ihn bindende Verfassungs- und Bundesrecht zu beachten. Das gilt zum einen für die *formellen Vorgaben* (Zuständigkeit, Verfahren, Form), die innerstaatlich Voraussetzung für ein rechtmässiges Handeln sind. Zum anderen besteht aber auch eine Bindung an die *materiellen Vorgaben* der BV, wie etwa an die Grundrechte. Nur in Ausnahmefällen ist es dem Bund erlaubt, in völkerrechtlichen Verträgen vom Inhalt einzelner Verfassungsbestimmungen abzuweichen (vgl. Komm. zu Art. 54, Rz. 13). 34

- 35 Die grundsätzliche Bindung der völkerrechtlichen Akteure an die BV bedeutet jedoch nicht, dass die BV nicht geändert werden dürfte, um ein bestimmtes völkerrechtliches Handeln zu ermöglichen (vgl. auch Art. 46 VRK). Deutlich wird dies an den Regelungen zum Abschluss *völkerrechtlicher Verträge des Bundes*. Der Bund ist im Rahmen seiner umfassenden Aussenkompetenz nach Art. 54 Abs. 1 frei, völkerrechtliche Verträge jedweden Inhalts abzuschliessen. Oft führt ihre innerstaatliche Umsetzung zur Notwendigkeit einer Verfassungs- oder Gesetzesänderung. Steht eine Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung dem Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrages entgegen, so ist diese vorgängig zu ändern (vgl. Komm. zu Art. 54, Rz. 13). Das Vertragsschlussverfahren trägt dem Rechnung: Die für die Umsetzung des Vertrages erforderlichen Verfassungs- bzw. Gesetzesänderungen können gemäss Art. 141a bereits in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden (vgl. Rz. 18).
- 36 Wie die meisten Verfassungen enthält die BV keine Bestimmung, wonach ausgewählte Verfassungsinhalte keiner Änderung zugänglich sind (vergleichbar etwa der «Ewigkeitsklausel» des Art. 79 Abs. 3 GG). Die BV kann gemäss Art. 192 Abs. 1 jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden, ohne dass bestimmte Verfassungsinhalte von einer Revision ausgenommen wären (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1755). Ob trotzdem einzelne Kerninhalte der BV, wie Demokratie, Föderalismus und elementare Grundrechte, revisionsresistent sind und daher auch nicht aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages aufgehoben oder wesentlich verändert werden können, ist umstritten (bejahend u.a. THÜRER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 26; HAEFLIGER, Hierarchie, 480; verneinend u.a. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 44, Rz. 27 ff. m.w.H.; der BR hat die Frage wiederholt verneint, so zuletzt ausdrücklich in der Botsch. VE 96, 433; vgl. auch SCHEFER/ZIMMERMANN, Schranken, passim). Eine Bindung des Bundes an kantonales Recht ist nicht gegeben. Der Bund kann aufgrund von Art. 54 Abs. 1 grundsätzlich sogar in den Bereichen Verträge abschliessen, die innerstaatlich in die kantonale Zuständigkeit fallen (vgl. Rz. 18).
- 37 Für die völkerrechtlichen *Verträge der Kantone* bestehen hingegen ausdrückliche Vereinbarkeitsvorgaben. Gemäss Art. 56 Abs. 2 Satz 1 dürfen sie dem Recht des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen (vgl. Komm. zu Art. 56, Rz. 20 ff.). Die absolute Bindung kantonaler völkerrechtlicher Verträge an innerstaatliches Recht resultiert aus der gliedstaatlichen Einbettung der Kantone in die Eidgenossenschaft.

1.3.5 Neutralität als Mittel der Aussenpolitik

- 38 Die völkerrechtliche Neutralität ist trotz ihrer grossen Bedeutung für das schweizerische Selbstverständnis kein Ziel der Aussenpolitik, sondern ein Mittel, um die Ziele durchzusetzen (vgl. Neutralitätsber. 1993, 210 f.). Die international anerkannte, dauernde Neutralität der Schweiz ist mit ihrer UN-Mitgliedschaft kompatibel (vgl. Komm. zu Art. 197 Ziff. 1, Rz. 29 ff.). Die Einbindung der Schweiz in das in der UNO-Charta verankerte System der kollektiven Sicherheit hat jedoch zu einer veränderten Umsetzung der Neutralität geführt (vgl. Neutralitätsber. 2007, 5558, 5561 ff.; MALINVERNI, L'indépendance, 106 ff.). Darüber hinaus durchläuft die schweizerische Neutralität derzeit einen Wandlungsprozess weg von der klassischen hin zur aktiven Neutralität (vgl. RIKLIN A., Neutralität, 596 ff.; ausführlich zur Neutralität Vorbem. zur Aussenverfassung, Rz. 14 ff.; s.a. Komm. zu Art. 185, Rz. 31 ff.).

1.3.6 Europapolitik

Das Verhältnis der Schweiz zur EU und ihren Mitgliedstaaten wird in der BV nicht geregelt. Es findet sich keine Bestimmung, in der Grundsätze, Ziele oder Grenzen der europäischen Einbindung festgelegt werden. Insofern ist die BV europaneutral (so auch der Begriff in der Botsch. VE 96, 119). Ein grundsätzlicher Bezug zum Verhältnis zu Europa wäre bei der Nachführung 1999 wohl möglich gewesen, wurde aber wohl aufgrund der sehr unterschiedlichen Einstellungen in der Bevölkerung bewusst nicht angegangen (vgl. dazu die Bemerkungen des BJ, Die neue Bundesverfassung: Kritik und Gegenargumente, Bern, 1999, 8). Die Europafrage sollte nach Ansicht des Verfassungsgebers nicht präjudiziert und eine konsensfähige BV geschaffen werden (vgl. Komm. zur Präambel, Rz. 23). Angesichts der zunehmenden Dichte der bilateralen Beziehungen und der ständigen Notwendigkeit der (Nach-)Verhandlung aufgrund neuer Mitgliedstaaten und relevanter Rechtsakte und Agenturen der EU (vgl. Rz. 22) trägt ein solches Schweigen jedoch zu einer zusätzlichen Schwächung der Orientierungsfunktion der BV bei. Mindestens die Grundprinzipien dieses wichtigsten völkerrechtlichen Verhältnisses der Schweiz sollten verfassungsrechtlich verankert werden, um – wie beim übrigen Handeln nach aussen – zumindest eine Richtung vorzugeben (vgl. PETERSMANN/ZIEGLER, Verfassungsgebung in der Europäischen Union). Zahlreiche Mitglieder der EU kennen in ihren Verfassungen solche grundsätzlichen Stellungnahmen, die allerdings ebenfalls oft erst im Rahmen des Beitritts zur EU aufgenommen wurden. Das deutsche Grundgesetz enthält in seiner Präambel die Aussage, dass das «Deutsche Volk» von dem Willen «beseelt» sei, «als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen», was vom Bundesverfassungsgericht so ausgelegt wurde, dass die deutsche Verfassung «auf die europäische Integration gerichtet» sei und «ein organisiertes Miteinander in Europa» wolle (BVerfG, 2 BvE 2/08, [30.6.2009] – Lissabon-Urteil, Ziff. 220, 222).

1.3.7 Exkurs: Vorgaben der Kantonsverfassungen

Etwa die Hälfte der Kantonsverfassungen enthält materielle Vorgaben für das völkerrechtliche Handeln der Kantone. Insb. die Verfassungen der Grenzkantone sind in dieser Hinsicht teilweise sehr detailliert und ähneln in Inhalt wie Reichweite Art. 54 Abs. 2 (vgl. Art. 54 KV BE; Art. 70 KV FR; Art. 92 Abs. 2 KV GR; Art. 23 KV SG; Art. 53 KV JU) oder stellen explizit die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in den Vordergrund (vgl. § 3 KV BS; § 3 KV BL; Art. 92 Abs. 1 KV GR). Andere Kantonsverfassungen erwähnen lediglich die Beziehungen zum Ausland und sind ansonsten eher allgemein formuliert (vgl. Art. 4 KV ZH; Art. 5 KV FR; Art. 3 Abs. 3 KV SH; Art. 2 Abs. 3 KV GR; § 1 Abs. 3 KV TG; Art. 49 KV TI; Art. 5 KV VD).

2. Einfluss des Verfassungsrechts auf das Völkerrecht

Einzelstaatliches Verfassungsrecht kann Völkerrecht inhaltlich beeinflussen. Der Staat als «geborenes» Völkerrechtssubjekt und primärer Völkerrechtserzeuger kann Inhalte seiner Verfassung in völkerrechtliche Verträge inkorporieren oder durch ständige Übung und Rechtsüberzeugung ein seinen Verfassungsprinzipien entsprechendes Völkergewohnheitsrecht entstehen lassen (vgl. ARAJÄRVI, The changing nature, passim). Darüber hinaus kann Verfassungsrecht als innerstaatliches Recht die Grundlage für allgemeine Rechtsgrundsätze bilden.

- 42 Ob es Völkerrecht gibt, das spezifisch von schweizerischen Verfassungstraditionen geprägt wäre, ist eine schwierige, letztlich aber wohl zu verneinende Frage. Zwar könnte der Eindruck entstehen, dass einige der mittlerweile im Völkerrecht verankerten Prinzipien wie Demokratie, Gewaltverzicht oder die Universalität der Menschenrechte auch auf gewisse schweizerische Einflüsse zurückzuführen sind (vgl. bspw. die Antwort des BR auf die Ip. Graber [08.3848] «Fragwürdige Menschenrechtsauffassungen in verschiedenen internationalen Institutionen» vom 6. März 2009). Eine solche Annahme würde aber verkennen, dass diese völkerrechtlichen Prinzipien Ausdruck eines sich allmählich herausbildenden weltweiten Konsenses sind und nicht spezifisch schweizerische Schöpfungen darstellen (zum Gewaltverzicht und zur Demokratie vgl. THÜRER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 34 bzw. 42; MALINVERNI, *L'indépendance*, 20 ff., 34 f.). Immerhin kommt es insb. in bilateralen Verträgen immer wieder vor, dass spezifisch auf bestimmtes Landesrecht einer Vertragspartei hingewiesen wird, etwa wenn der Anwendungsbereich eines Vertrages in Abhängigkeit von der Definition der Staatsbürger oder des Staatsgebietes im innerstaatlichen Recht definiert wird.

3. Verfassungsrechtlicher Einfluss auf die schweizerische Völkerrechtspraxis

- 43 Die Existenz einer spezifisch schweizerischen Völkerrechtspraxis, d.h. ein Engagement der Schweiz in gewissen Schwerpunktbereichen, das sich auf entsprechende verfassungsrechtliche Grundentscheidungen zurückführen lässt, ist wohl erkennbar. Ein prominentes Beispiel ist der aus der dauernden Neutralität folgende schweizerische Einsatz für die Förderung des Friedens. Er äussert sich insb. in den von der Schweiz traditionell angebotenen «Guten Diensten» (Bsp. bietet der Aussenpolitische Ber. 2007, 5544 f.). Eng damit verknüpft ist das schweizerische Engagement im Menschenrechtsbereich, allerdings nur in gewissen Bereichen (wirtschaftliche und soziale Rechte oder der allgemeine Diskriminierungsschutz werden aufgrund innerstaatlicher Mankos eher stiefmütterlich behandelt). Exemplarisch kann immerhin auf die Schaffung des UNO-Menschenrechtsrates verwiesen werden, die im Wesentlichen auf eine entsprechende Initiative der Schweiz zurückzuführen war (vgl. Ber. Menschenrechtsaussenpolitik 2006, 6110 f.). Ausserdem kann auf die Rolle der Schweiz im humanitären Völkerrecht hingewiesen werden (so seit der Organisation der ersten Konferenz in Genf 1864, welche zur Unterzeichnung des 1. Genfer Abkommens führte, und v.a. auch im Rahmen der Genfer Rotkreuzkonventionen von 1949 und der ZP von 1977).
- 44 Daneben lässt sich eine weitere schweizerische Völkerrechtspraxis ausmachen, die nicht auf Verfassungsentscheidungen, wohl aber auf andere spezifisch schweizerische Rahmenbedingungen (wie etwa die Neutralität) zurückzuführen ist. Dazu gehört etwa der klassische Einsatz für die Stärkung und Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts, der aus der humanitären Tradition der Schweiz und ihrer Rolle als Depositarin der Genfer Konventionen folgt (vgl. Depositarber. 2007, 5567 ff.). Ein weiteres Beispiel ist das stete Engagement der Schweiz für die Einhaltung und Fortentwicklung des Völkerrechts allgemein (vgl. Aussenpolitischer Ber. 2000, 315). Als Kleinstaat mit mittlerem Einfluss ist die Schweiz auf die Wahrung des Völkerrechts besonders angewiesen, wobei die innerstaatlichen zahlreichen Bestrebungen, bestehende vertragliche Bindungen im Rahmen der EMRK oder mit der EU zu unterlaufen, der diesbezüglichen (politischen) Wahrnehmung der Schweiz im Ausland stark abträglich sind.

4. Ergebnis

Die BV beschränkt sich im Wesentlichen darauf, *das völkerrechtliche Handeln der Schweiz* zu steuern. Die BV bindet das Völkerrechtssubjekt Schweiz an formelle wie materielle Vorgaben (vgl. insb. Art. 5 Abs. 4 BV und die Zielvorgaben zur Aussenpolitik; dazu Komm. zu Art. 54, Rz. 18 ff.). Auf diese Weise trägt sie z.T. zur Bildung von Schwerpunktbereichen in der schweizerischen Aussenpolitik und damit auch zur punktuellen Entstehung neuen Völkerrechts aufgrund schweizerischer Initiativen bei. Eine inhaltliche Beeinflussung des Völkerrechts durch die BV selbst findet hingegen nicht statt. 45

III. Stellung des Völkerrechts innerhalb der Verfassungsstrukturen

1. Das Völkerrecht im schweizerischen Landesrecht

Die Frage, wie umgekehrt das Völkerrecht die BV beeinflusst (vgl. dazu MALINVERNI, *L'indépendance*, 32 ff.), hängt massgeblich davon ab, welche Stellung dem Völkerrecht im schweizerischen Landesrecht zukommt. Die BV enthält dazu (wie die meisten Verfassungen) nur wenige Vorgaben. 46

1.1 Innerstaatliche Geltung des Völkerrechts

Traditionellerweise wird das grundsätzliche Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht mit den beiden Theorien des Monismus und des Dualismus umschrieben (vgl. ZIEGLER, *Völkerrecht*, 113 ff.), wobei in den meisten Staaten Mischsysteme bestehen. Die BV äussert sich dazu nicht ausdrücklich. Seit einem Urteil des BGer aus dem Jahre 1881 gehen Lehre und Praxis aber davon aus, dass die Schweiz stark der *monistischen* Theorie anhängt (BGE 7 782 f.; ebenso 88 I 86 E. 4b, 90; vgl. FASSBENDER, *Völkerrecht und Landesrecht*, 442 f.). Völker- und Landesrecht bilden demnach eine Rechtsordnung. Eng damit zusammen hängt die Frage, ob Völkerrecht automatisch innerstaatliche Geltung erlangt (Adoptionstheorie) oder der Transformation in Landesrecht bedarf (Inkorporationstheorie; vgl. THÜRER, *Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Rz. 21 ff.). Die Schweiz versteht sich traditionellerweise als *Adoptionsstaat* (BGE 7 782; 88 I 86 E. 4b, 90; 94 I 669 E. 2, 672; 98 Ib 385 E. 2a, 387). Völkerrechtliche Normen gelten also automatisch im schweizerischen Landesrecht (vgl. zum Ganzen auch Botsch. VE 96, 134), und dies gilt anders als in vielen anderen Staaten für alle Rechtsquellen des Völkerrechts, also nicht nur wie in den meisten Staaten für allgemeine Rechtsgrundsätze und Völkergewohnheitsrecht, sondern auch für völkerrechtliche Verträge (vgl. etwa die unterschiedliche Lösung in der britischen Verfassungspraxis oder im deutschen Grundgesetz [Art. 25]). 47

Diese monistische Praxis ist immer wieder hinterfragt worden und die Frage, ob ein Wechsel vom Monismus zum Dualismus angezeigt sei, stand politisch mehrmals zur Debatte. Die Befürworter eines Systemwechsels versprechen sich normalerweise eine bessere Kontrolle über die Anwendbarkeit völkerrechtlicher Regeln im innerstaatlichen Recht aufgrund des notwendigen Transformationsbeschlusses. Der Bundesrat hielt indes immer wieder fest, dass ein Wechsel zum Dualismus weder opportun noch notwendig erscheine (letztmals im Ber. *Völkerrecht-Landesrecht*, 2339 f.). Der Bundesrat führt mehrere Gründe auf, die gegen einen Wechsel sprechen. Zu 48

nächst sei die Schweiz seit ihren Anfängen monistisch und sie sei damit gut gefahren. Ein allfälliger Wechsel belaste das Gesetzgebungsverfahren zusätzlich, da alle völkerrechtlichen Verträge auf diesem Wege in das Landesrecht überführt werden müssten. Bei der Transformation käme das Risiko von Widersprüchen zwischen dem völkerrechtlichen Vertrag und dem Gesetz hinzu, welches den fraglichen Völkerrechtsvertrag umsetzt. Dieser Umstand könne als Verletzung des Völkerrechts durch die Schweiz verstanden werden, was wiederum ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit auslösen könne. Im Weiteren könne ein Wechsel bei den Vertragspartnern der Schweiz den Eindruck erwecken, sie behalte sich vor, ihre eingegangene Verpflichtung inskünftig nicht mehr zu einzuhalten. Ein Wechsel hin zum Dualismus sei denn auch von geringer praktischer Bedeutung und widerspreche der in den Staaten feststellbaren Tendenz, dem Völkerrecht auf einfache Weise innerstaatliche Geltung zu verschaffen (vgl. auch FASSBENDER, Völkerrecht und Landesrecht, 449 ff.). Hingegen versprechen sich die Befürworter eines stärker dualistischen Systems, dadurch selektiver vorgehen zu können und politisch unerwünschte Aspekte völkerrechtlicher Normen ausschliessen zu können. Wenn man die aktuelle Diskussion in klar dualistisch geprägten Staaten mit derjenigen in monistisch geprägten Staaten vergleicht, erkennt man allerdings, dass heute die meisten Systeme Elemente beider Denkrichtungen vereinen und die typischen Probleme praktisch identisch sind. Allenfalls findet eine gewisse Einschränkung der Mitwirkung der Judikative an der Gestaltung des Aussenverhältnisses (zugunsten der Exekutive) statt, was aber oft auch als unbefriedigend empfunden wird bzw. oft eher auf das Selbstverständnis der Judikative, insbesondere der höchsten Gerichte zurückzuführen ist (BGER 2C_457/2013 [13.3.2014, zur Publ. vorges.] zum direkten Anwendbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrags und der Erklärungen des Bundesrates).

1.2 Innerstaatliche Anwendbarkeit des Völkerrechts

- 49 Von der innerstaatlichen Geltung zu unterscheiden ist die Frage, ob völkerrechtliche Normen auch *unmittelbar anwendbar* («self-executing») sind. Das hängt wie auch für andere Normen von ihrem Charakter und ihrer Struktur ab (vgl. ZIEGLER, Völkerrecht, 119 ff.). Unmittelbar anwendbar sind nur solche völkerrechtlichen Bestimmungen, die von ihrer Struktur und ihrem Grad an Bestimmtheit her so präzise gefasst sind, dass sie keiner Umsetzung mehr durch den innerstaatlichen Normgeber bedürfen (vgl. BGE 120 Ia 1 E. 5b, 11). Alle anderen harren eines legislativen Aktes auf Bundes- oder kantonaler Ebene, um zur Anwendung zu gelangen; der Bürger kann sich entsprechend nicht unmittelbar auf sie berufen (vgl. ausführlich HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit, 141 ff.; Komm. zu Art. 5, Rz. 67 ff.). Die Frage stellt sich in der Praxis zumeist nur bezüglich völkerrechtlicher Verträge. Zahlreiche Inhalte werden vom BGER i.d.R. als unmittelbar anwendbar anerkannt, so etwa im Bereich der Menschenrechte die Rechte des UNO-Paktes II (vgl. erstmals BGE 120 Ia 1 E. 5, 10 ff. sowie 126 I 240 E. 2c, 243), einzelne Gewährleistungen des UNO-Paktes I (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966, BBl 1991 I 1189 ff. [1202 ff.] und erstmals BGE 120 Ia 255 E. 5c/d, 12 f. und BGE 121 V 229) oder Art. 12 KRK (vgl. BGE 124 III 90 E. 3a, 92).
- 50 Anders sieht es im wirtschaftsrechtlichen Bereich aus, wo die Vertragsinhalte zumeist als mittelbar anwendbar eingestuft werden, vgl. etwa Art. 13 FHA (BGE 105 II 49 E. 3b, 60). Dies wird damit begründet, dass auch andere Staaten hier zurückhaltend sind und der Exekutive ein gewisser Spielraum bei der Gestaltung des aussenwirtschaftlichen Verhältnisses der Schweiz zugestanden werden müsse (vgl. dazu ZIEGLER, Wirtschaftsvölkerrecht, 88 ff.). Auch im Bereich

der Strafbarkeit oder direkter Sanktionen aufgrund völkerrechtlicher Normen war die Schweizer Praxis wegen des strafrechtlichen Legalitätsgrundsatzes («nulla poena sine lege [scripta]») stets sehr zurückhaltend, und sie zieht es normalerweise vor, eine innerstaatliche gesetzliche Grundlage zu schaffen, so etwa für den Völkermord im Jahre 2000 oder im Jahre 2011 für Verbrechen gegen die Menschlichkeit (vgl. ZIEGLER, Völkerecht 351 ff.; VEST, Völkerstrafrechtliche Bestimmungen, passim und Botsch. des BR über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 23. April 2008, BBl 2008 3863 ff.).

1.3 Innerstaatlicher Rang des Völkerrechts

Die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen Völker- und Landesrecht (vgl. ausführlich Komm. zu Art. 5, Rz. 71 ff., u. zu Art. 190, Rz. 33 ff.) wird von vielen Verfassungen nur rudimentär angesprochen und wird auch in der BV nur für eine bestimmte Art von Völkerrecht in einer bestimmten Konstellation eindeutig beantwortet: Gemäss Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 findet eine durch Volksinitiative verlangte Verfassungsrevision ihre Grenze im «*zwingenden Völkerrecht*». Eine solche explizite Verfassungsbestimmung ist im internationalen Vergleich äusserst bemerkenswert. Daraus wird auch abgeleitet, dass zwingendes Völkerrecht ganz allgemein Vorrang vor allem Landesrecht inkl. der BV habe. Diese Schlussfolgerung ist aufgrund der Bedeutung einer Verletzung zwingenden Völkerrechts sicherlich begrüssenswert, aber nicht explizit in der Verfassung verankert, ebenso wenig wie in anderen Staaten. Welche Normen «*zwingendes Völkerrecht*» sind, ist allerdings umstritten. Die wohl h.M. versteht darunter das völkerrechtliche *ius cogens* (erwähnt u.a. in Art. 53 VRK, vgl. Komm. zu Art. 139, Rz. 43 ff. m.w.H.); andere Stimmen definieren den Begriff landesrechtlich (BIAGGINI, Verhältnis, 728; DIGGELMANN, Internationalisierung, 55; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 3595 ff.). Bemerkenswerterweise setzen demnach zwar zwingende Völkerrechtsbestimmungen, nicht aber ausgewählte Verfassungsinhalte (vgl. Rz. 32) einer Verfassungsrevision Grenzen. Auch über die zum völkerrechtlichen definierten *ius cogens* gehörenden Bestimmungen gehen die Lehrmeinungen weltweit auseinander.

Weitaus schwieriger ist die Frage nach dem Rangverhältnis für das *sonstige Völkerrecht* zu beantworten. Eine ausdrückliche Regelung findet sich in der BV nicht. Zwar haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten (Art. 5 Abs. 4). Auch sind BG und das Völkerrecht massgebend für das BGer und die anderen rechtsanwendenden Behörden (Art. 190). Eine Bindung staatlicher Organe an das Völkerrecht sagt aber noch nichts über das Rangverhältnis zwischen Völker- und Landesrecht in der Rechtsanwendung durch Behörden und Gerichte aus. Das BGer hat sich daher mehrfach mit der Vorrangfrage auseinandersetzen müssen. Nach seiner Rechtsprechung geht Völkerrecht dem Landesrecht grundsätzlich vor (BGE 100 Ia 407 E. 1b, 410; 109 Ib 165 E. 7b, 173; 122 II 234 E. 4e, 239; 122 II 485 E. 3a, 487; 139 I 16 E. 5.1, 28). Darin kann man eine weitere Ausprägung des monistischen Prinzips bezüglich des Verhältnisses Völkerrecht–Landesrecht sehen.

Durchbrochen wird der Vorrang jedoch durch die sog. Schubert-Praxis: Wenn der Gesetzgeber bewusst ein BG erlässt, das geltendem Völkerrecht widerspricht, so geht das BG vor (BGE 99 Ib 39 E. 4, 44 f., grundsätzlich bestätigt in BGE 139 I 16 E. 5.1, 28 f.). Die völkerrechtliche Bindung der Schweiz bleibt dann zwar bestehen; innerstaatlich ist aber das entsprechende BG verbindlich. Hintergrund dieser umstrittenen Rechtsprechung (vgl. etwa HOTTELLIER/MOCK/PUÉCHAVY, «Cour européenne», 12 ff.) ist die von BR und Bundesverwaltung traditionell vertretene These, dass

Völkerrecht keine materielle Schranke der innerstaatlichen Rechtsetzung darstellt (vgl. KÄLIN, Geltungsgrund, 50). Auch in vielen anderen Staaten beansprucht der Gesetzgeber, in gewissen Situationen sich innerstaatlich über völker(vertrags)rechtliche Verpflichtungen hinwegsetzen zu können (in Deutschland spricht man etwa vom «Treaty Override»; dessen Verfassungsmässigkeit ist zurzeit dem Bundesverfassungsgericht durch den Bundesfinanzhof zur Prüfung vorgelegt, vgl. BFH, 10. Januar 2012 – IR 66/09). Allerdings hat das Bundesgericht diesem Grundsatz nur sehr selten explizit Nachfolge geleistet und in späteren Entscheiden zumindest bei einer Unverträglichkeit mit der EMRK die Schubert-Praxis nicht durchgesetzt, sondern zumeist der EMRK Vorrang eingeräumt (erstmalig im Jahre 1993 in BGE 119 V 171 E. 4b, 178). Diese Haltung wurde 1999 vom BGer in seiner sogenannten PKK-Entscheidung (BGE 125 II 417 E. 4d, 424) als generelle Regel formuliert (allerdings im konkreten Fall bezüglich einer Verordnung des Bundesrates; später aber bestätigt in BGE 136 II 241 E. 16.1, 255, teilweise aber auch offengelassen, so in BGE 136 III 168 E. 3.3.4, 172 f.).

- 54 Ob der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts nur gegenüber BG und anderem Recht unterhalb der Verfassung gilt oder ob er sich auch auf die BV bezieht, blieb lange Zeit unbeantwortet. In ihrem kontroversen Entscheid BGE 139 I 16 äusserte sich eine Kammer des BGer erstmals zum Verhältnis zwischen einer Verfassungsbestimmung und der EMRK. In diesem Fall hat die befassete Kammer des Bundesgerichts einer Bestimmung der EMRK Vorrang vor einer eher unbestimmten und durch Volksinitiative in die Verfassung gelangten Norm gegeben. Obwohl die Kammer diesen Schluss allein aufgrund der mangelnden direkten Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmung hätte ziehen können (E. 4), hat es zusätzlich den absoluten Vorrang des Völkerrechts vor der Verfassung gestützt auf Art. 190 BV und zudem der EMRK vor allem Landesrecht (E. 5) stipuliert. Ob diese Haltung Bestand haben wird, bleibt aber abzuwarten; sie scheint auch innerhalb des BGer umstritten (vgl. Interviews mit den Bundesrichtern Zünd und Seiler, NZZ vom 2. und 28. November 2013). Der Umkehrschluss aus Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 kann auch so ausgelegt werden, dass sonstiges Völkerrecht (d.h. nicht zwingendes Völkerrecht) nicht der BV vorgeht (umstritten, vgl. Komm. zu Art. 5, Rz. 84 ff.).
- 55 Eine der Folgen ist, dass es zu völkerrechts-, insb. menschenrechtswidrigen Volksinitiativen kommen kann (vgl. Vorbem. zu Art. 136–142, Rz. 29 f., sowie Komm. zu Art. 139, Rz. 49 f., insb. 22 [zum vorerst gescheiterten Versuch, durch eine Änderung des BPR und der BV eine völkerrechtliche Vorprüfung für Volksinitiativen einzuführen]). Für einen Teil der Lehre ist es stossend, dass Bundesgesetze in gewissen Fällen (Schubert-Praxis) dem Völkerrecht vorgehen sollen, hingegen nicht die Bundesverfassung (vgl. Interview mit Bundesrichter Hansjörg Seiler in der NZZ vom 28. November 2013). Im Verzicht auf eine umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene kann man eine Entscheidung sehen, Bundesgesetzen und dem Völkerrecht faktisch vor der Bundesverfassung Vorrang zu verleihen (Art. 190). Das Bundesgericht scheint vorderhand insb. der EMRK vor dem gesamten Bundesrecht den Vorrang einräumen zu wollen, ohne dass diese spezifische Privilegierung der EMRK in der BV klar geregelt wäre (vgl. aber CANEVASCINI, *La Convention*, passim). Natürlich kann man argumentieren, dass es sich bei der EMRK um einen speziell zu privilegierenden europäischen Grundrechtekonsens und Minimalstandard handelt, der auf den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten basiert, und der Europarat bzw. der EGMR zu privilegierende Institutionen seien (ähnlich wie es zur Begründung des Rechts der Europäischen Union als supranationales Recht geschehen ist), aber zumindest aus dem Verfassungstext ergibt sich dies sicherlich bis heute nicht. Das Rangverhältnis zwischen Völker- und Landesrecht, insb. das Rangverhältnis zwischen der EMRK und

Bundesrecht (und damit auch der BV), bleibt daher alles andere als eindeutig (vgl. GRODECKI, *Évolution*, passim; HANGARTNER, *Positionsbezug*, passim). Besonders erwähnenswert ist, dass Konflikte auch dadurch verhindert werden können, dass in vielen Bundesgesetzen der Vorrang völkerrechtlicher Verträge positivrechtlich explizit festgehalten wird (vgl. IRSG Art. 1 Abs. 1). Speziell für durch den EGMR festgestellte Verletzungen der EMRK durch die Schweiz steht im Einzelfall unter gewissen Umständen eine Revision der bundesgerichtlichen Entscheide offen (vgl. Art. 122 BGG, SR 173.110).

Abschliessend kann auch noch darauf hingewiesen werden, dass die BV keinerlei Angaben zum Verhältnis der verschiedenen Völkerrechtsquellen enthält und daher im Konfliktfall von Exekutive und Judikative völkerrechtliche Methoden angewendet werden, was im Einzelfall zu schwierigen Abwägungen führen kann (z.B. im Verhältnis von UN-Sanktionen und EMRK, hierzu zuletzt EGMR, *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, 5809/08 (2013), Ziff. 111 ff.). Während das bilaterale Vertragsrecht der Schweiz mit der EU als Völkerrecht den normalen Regeln zum Rangverhältnis unterliegt, wäre im Falle eines Beitritts der absolute Vorrang des Rechts der EU zu beachten (vgl. SCHWARZE, *Wandel*, passim).

1.4 Völkerrechtskonforme Auslegung

I.d.R. lassen sich Kollisions- und Vorrangfragen jedoch über die *völkerrechtskonforme Auslegung* lösen (vgl. Botsch. VE 96, 135; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 9, Rz. 30). Wie das BGer mehrfach festgestellt hat, kann sich die Eidgenossenschaft nicht unter Berufung auf inländisches Recht ihren völkerrechtlichen Pflichten entziehen. Auch ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber völkerrechtliche Verträge einhalten will, sofern er nicht ausdrücklich völkerrechtswidriges Landesrecht in Kauf nimmt. Landesrecht ist daher völkerrechtskonform auszulegen, wo dies möglich ist (BGE 94 I 669 E. 6a, 678; 120 Ib 136 E. 1, 139 f.; BGE 125 II 417 E. 4c, 424; vgl. auch BGE 118 Ib 277 E. 3, 281). Dabei kann selbstverständlich sowohl bei der Auslegung des Landesrechts wie des Völkerrechts eine grosszügige Auslegung notwendig werden, was im Fall des Völkerrechts allenfalls von anderen Staaten als eine über das akzeptable Mass hinausgehende Verletzung des betroffenen Völkerrechts angesehen werden kann und entsprechend Anlass zu internationaler Streitschlichtung und völkerrechtlicher Verantwortlichkeit der Schweiz geben kann.

2. Völkerrechtliche Grundlagen der Bundesverfassung

Die BV kann auf unterschiedliche Weise vom Völkerrecht mitgestaltet werden. Dabei kommt der Unterscheidung zwischen universellem Völkerrecht und Europarecht i.w.S. auf der einen sowie Europarecht i.e.S. auf der anderen Seite (vgl. Rz. 7) besondere Bedeutung zu. Völkerrechtliches *ius cogens*, das der BV vorgeht, findet sich nämlich nur in der ersten Gruppe. Schon aus diesem Grund wird der Einfluss des universellen Völkerrechts grösser sein.

Bei beiden Gruppen lassen sich jedoch noch weitere Differenzierungen vornehmen. Es gibt Verfassungsartikel, die völkerrechtliche Verpflichtungen in die Verfassung inkorporieren. Ihre Entstehung bzw. Änderung dient also (auch) der Umsetzung des Völkerrechts auf Verfassungsebene (BIAGGINI, *Verhältnis*, 727, spricht von der «Konstitutionalisierung» internationaler Verpflichtungen). Daneben sind Verfassungsartikel zu finden, deren Inhalt durch ihre völkerrechts-

konforme Auslegung geprägt wird. Im Folgenden soll daher jeweils zwischen dem Einfluss auf die Entstehung bzw. Änderung und dem Einfluss auf die Auslegung von Verfassungsartikeln unterschieden werden.

2.1 Verfassungsbildung durch Völkerrecht

2.1.1 Entstehung/Änderung von Verfassungsartikeln

- 60 Der Verfassungsgeber war bestrebt, völkerrechtliche Verpflichtungen, soweit erforderlich, in der BV zu berücksichtigen (vgl. Botsch. VE 96, 20). Zahlreiche Verfassungsartikel inkorporieren daher ganz oder z.T. völkervertragliche oder völkergewohnheitsrechtliche Pflichten der Schweiz. Die meisten von ihnen finden sich im Bereich der Grundrechte (vgl. Botsch. VE 96, 139 ff.). An die Gewährleistungen der EMRK und der UNO-Menschenrechtspakte lehnen sich bspw. die Art. 7, 8 Abs. 2, 10, 13, 14, 16, 20, 21, 23, 28 und 29–32 an. Dem zum *ius cogens* gehörenden völkerrechtlichen Non-refoulement-Prinzip entspricht Art. 25. Die in Art. 41 genannten Sozialziele folgen den Zielvorgaben des UNO-Paktes I. Auch Änderungen von Verfassungsartikeln können völkerrechtlich beeinflusst sein. In der Regel treten solche Fälle auf, wenn die innerstaatliche Rechtsordnung an völkerrechtliche Verträge angepasst werden soll. So geht etwa die Streichung des Kriteriums des «weltlichen Standes» für die Wählbarkeit (Art. 75 aBV) in Art. 143 auf die Berücksichtigung von Art. 25 Bst. c UNO-Pakt II zurück (vgl. Botsch. VE 96, 372). Das wohl bekannteste Beispiel einer völkerrechtlich mitbeeinflussten Verfassungsänderung war die Einführung des Frauenstimmrechts auf Bundesebene und die Abschaffung der Konfessionsartikel in der aBV in den 1970er-Jahren, u.a. um die Voraussetzungen für die Ratifikation der EMRK zu schaffen (vgl. MALINVERNI, *L'indépendance*, 33).
- 61 Die völkerrechtlich beeinflusste Entstehung und Änderung von Verfassungsartikeln bedeutet jedoch nicht, dass in solchen Fällen Völkerrecht gleichsam mechanisch in das Verfassungsrecht inkorporiert würde. Vielmehr wird es oft auch nur sinngemäss übernommen und in das bestehende Rechtssystem integriert (so unterscheidet sich etwa die Schrankenregelung des Art. 36 von jener der EMRK, dazu Komm. zu Art. 36, Rz. 9 f.). Darüber hinaus darf die Vielzahl von Verfassungsartikeln, deren Entstehung oder Änderung völkerrechtlich beeinflusst war, nicht darüber hinwegtäuschen, dass wichtige völkerrechtliche Inhalte keinen Eingang in die BV gefunden haben. Zu erwähnen ist etwa die für die Aussenwirtschaft massgebliche Bindung der Schweiz an WTO-Vorgaben (vgl. bereits THÜRER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 35) oder die tatsächlich wie völkerrechtlich überkommene Unterscheidung zwischen innerer und äusserer Sicherheit in Art. 173 und 185 (vgl. Vorbem. zur Sicherheitsverfassung, Rz. 11).

2.1.2 Auslegung von Verfassungsartikeln

- 62 Es gibt zwei Gruppen von Verfassungsartikeln, deren Inhalt durch ihre völkerrechtskonforme Auslegung geprägt ist. Zum einen werden Verfassungsartikel (sowie das übrige Landesrecht), deren Entstehung oder Änderung vom Völkerrecht beeinflusst wurde, nach Möglichkeit völkerrechtskonform ausgelegt. Zu nennen ist etwa die Garantie auf Zugang zu einem unabhängigen Gericht nach Art. 30 Abs. 1 BV. Beispielsweise bei Dienstrechtsstreitigkeiten mit internationalen Organisationen legt das BGer diese Verfassungsbestimmung unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Immunitätsregeln und der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK aus. Diese Auslegung führt dazu, dass bei Fehlen einer organisationsinternen Rechtsprechungsinstanz

schweizerische Gerichte angerufen werden könnten (vgl. BGE 130 I 312 E. 4, 325 ff.). Aber auch völkerrechtsautonom entstandene oder geänderte Verfassungsartikel werden z.T. völkerrechtlich ausgelegt. Als Bsp. mag Art. 121 dienen. Die Kompetenzen des Bundes zur Regelung der Rechtsstellung der Ausländer sind inhaltlich durch die Mindeststandards des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts und durch eine Vielzahl völkerrechtlicher Abkommen geprägt (vgl. Botsch. VE 96, 336).

2.2 Einwirkungen des Europarechts auf die Verfassungsbildung

Die Einwirkungen des Europarechts auf die schweizerische Rechtsordnung sind erheblich (vgl. SCHWEIZER, Europäisches Recht, passim; zum Einfluss auf das Verfassungsrecht der EU-Mitgliedstaaten vgl. KLUTH, Europäische Integration, passim). Sie finden konkret auf zwei Wegen statt: über das bilaterale Vertragsverhältnis und über den autonomen Nachvollzug. Das *bilaterale Vertragsverhältnis* (vgl. Rz. 22) ist von seiner Rechtsnatur her ein Bündel völkerrechtlicher Verträge. Sie beeinflussen das schweizerische Recht grundsätzlich auf die gleiche Weise wie das sonstige Völkerrecht, d.h., sie können sich theoretisch auf allen Ebenen der Gesetzgebung, insb. auch auf Verfassungsebene auswirken. 63

Der *autonome Nachvollzug* stellt eine zusätzliche, freiwillige und punktuelle Übernahme von Europarecht i.e.S. dar. Ausdrücklich versucht der BR seit Ende der 1980er-Jahre, in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung Abweichungen zwischen der schweizerischen Rechtsordnung und dem Gemeinschaftsrecht zu vermeiden, sofern und soweit dies schweizerischen Interessen dient (vgl. Europaber. 2006, 6831 f.). Dementsprechend wird bei Erlassvorhaben des Bundes gemäss Art. 141 Abs. 2 Bst. a ParlG eine Prüfung der Kompatibilität mit dem EU-Recht durchgeführt (näher dazu WYSS, Europakompatibilität, passim), die auch auf kantonaler Ebene vereinzelt eine Entsprechung findet (so etwa in Freiburg, vgl. Art. 197 Bst. f des Grossratsgesetzes vom 6. September 2006 [SGF 121.1]). Primär wird diese Kompatibilitätsprüfung bei Gesetzesvorhaben vorgenommen. Sie gelangt aber auch bei Verfassungsänderungen zur Anwendung, wie das Bsp. des Erlasses der BV zeigt (vgl. Botsch. Inkraftsetzung BV 1999, 7926 ff., 7945). 64

Der Umfang und die Bedeutung (z.B. das Cassis-de-Dijon-Prinzip oder die regionale Erschöpfung im Patentrecht) des heute autonom übernommenen EU-Rechts würde sicherlich eine grundsätzliche Bestimmung dieses Vorgangs durch die Bundesverfassung wünschenswert erscheinen lassen. Ein solches Unterfangen wäre politisch sehr umstritten (s. Rz. 68) und inhaltlich wohl auch nur in sehr abstrakter allgemeiner Form möglich. Was den Rahmen und die Ausgestaltung der bilateralen Vertragsverhandlungen mit der EU betrifft, wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Leitfunktion der BV sicherlich gestärkt würde, wenn sie sich hierzu explizit äussern würde. Es könnten in erster Linie grundsätzliche Überlegungen zur Rolle der Schweiz in Europa und zur Förderung des Friedens und des Wohlstandes in der Region gemacht werden. Bezüglich des potenziellen Beitritts zur EU kann man *de facto* zurzeit Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV (Beitritt zu supranationalen Gemeinschaften) als Verankerung ansehen, auch wenn theoretisch natürlich andere Gemeinschaften als die EU betroffen sein könnten. Insofern ist natürlich der hier gewählte Begriff der «Gemeinschaften», der sich eindeutig vom damaligen Stand der europäischen Integration herleiten lässt, durch die Fortentwicklung zur Union überholt worden. Auf die Gründe, warum es im aktuellen Verfassungstext zu keiner weiteren Bezugnahme auf die europäische Integration (Europaneutralität) gekommen ist, wurde bereits hingewiesen (vgl. Rz. 39). 65

- 66 Verfassungsartikel, deren Entstehung oder Änderung ausschliesslich auf den Einfluss des Rechts der EU zurückzuführen sind, sind nicht existent (bezüglich der bilateralen Verträge mit der EU kann immerhin auf Art. 121a BV hingewiesen werden, wobei selbst dort der Text keinen direkten Bezug zum betroffenen FZA herstellt). Wohl aber lassen sich gemeinschaftsrechtliche Teileinflüsse nachweisen. Das wohl bekannteste Bsp. dürfte die Einführung der Gleichstellung der Geschlechter durch Ergänzung des Art. 4 aBV um einen zweiten Absatz (heute Art. 8 Abs. 3 BV) im Jahre 1981 sein. Zur Begründung wurden u.a. die Geschlechtergleichstellung im europäischen Primär- und Sekundärrecht sowie die dazu ergangene EuGH-Rechtsprechung herangezogen (vgl. Ber. Furgler 1977, 36 f.; Botsch. Gleichstellung, 106 f., 132 ff.). Ein weiteres Bsp. ist die Neufassung des Art. 122 und die damit geschaffene Verfassungsgrundlage für die Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts. Die entsprechenden Bestrebungen existierten in der Schweiz schon seit Jahrzehnten. Begründet wurde die Notwendigkeit der neuen Verfassungsbestimmung dann aber u.a. auch mit den Bemühungen der EU um eine europäische Zivilprozessordnung (vgl. Botsch. VE 96 [J], 517, 521). Bei Gesetzesvorlagen ist zudem auf die Praxis des Bundesrates hinzuweisen, deren Europaverträglichkeit genauer zu erörtern, was insbesondere bei Angleichungen an das Binnenmarktrecht der EU von grosser Bedeutung ist (vgl. etwa die Botsch. zum BG über die universitären Medizinalberufe, BBl 2005 173 ff., oder zum BGFA, BBl 1999 6013 ff.).
- 67 Auch bei der Auslegung von Verfassungsartikeln kommen europarechtliche Einflüsse, insb. in Form der Heranziehung der EuGH-Rechtsprechung durch das BGer, zum Tragen. In erster Linie sind davon die Verfassungsartikel betroffen, deren Entstehung oder Änderung europarechtlich mit beeinflusst worden ist. So stufte etwa im Solothurner Quotenurteil das BGer eine starre Ergebnisquotenregelung als unvereinbar mit dem verfassungsrechtlichen Gleichstellungsgebot des Art. 4 Abs. 2 aBV ein und begründete dies unter massgeblichem Rückgriff auf die Quotenrechtsprechung des EuGH (BGE 123 I 152 E. 5b, 165 ff.). Das BGer wählte diesen Weg, obwohl die EuGH-Rechtsprechung für das BGer grundsätzlich weder beim vertraglich übernommenen noch beim autonom nachvollzogenen Gemeinschaftsrecht verbindlich ist. Lediglich die bis zur Unterzeichnung der bilateralen Verträge jeweils ergangenen EuGH-Urteile sind bei Auslegung eines Vertrages zu berücksichtigen (vgl. z.B. Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA).

3. Einfluss des Völkerrechts auf die Verfassungspraxis

- 68 Neben dem Verfassungsrecht beeinflusst das Völkerrecht auch die innerstaatliche Verfassungspraxis. Die zunehmende Internationalisierung des Rechts birgt eine Zentralisierungstendenz in sich, die sich in mehrfacher Hinsicht auf das von der BV geschaffene Gleichgewicht zwischen den Verfassungsinstitutionen auswirkt. Es kommt zu «Verschiebungen in der Verfassungsarchitektur». Diese betreffen sowohl die horizontale (Machtverschiebung von der BVer auf den BR) als auch die vertikale Gewaltenteilung (materielle Erosion kantonaler Kompetenzen zugunsten von Bundeskompetenzen). Darüber hinaus kommt es zu Substanzverlusten bei den Volksrechten (vgl. DIGGELMANN, Internationalisierung, 9 ff.).
- 69 Oft werden solche Machtverschiebungen jedoch durch entsprechende Gegenbewegungen wieder ausgeglichen, wie ein Blick in die föderale Praxis zeigt. Die Kantone kapitulieren nicht angesichts der allmählichen materiellen Erosion ihrer Kompetenzen (vgl. MALINVERNI, L'indépendance, 90 ff.). Sie nutzen vielmehr die ihnen nach Art. 56 verbleibenden aussenpolitischen Spielräume, insb. in den Bereichen Kultur, Energie oder Tourismus, und wirken im Rahmen des Art. 55 so

weit wie möglich am völkerrechtlichen Handeln des Bundes mit. Dabei kommt es gelegentlich zu verfassungsrechtlich nicht vorgesehenen (vgl. THÜRER/MACLAREN, *Being Pragmatic*, 41) neuen Organisationsformen wie der 1993 geschaffenen KdK, deren Zweck u.a. in der Koordination der Kantone in kantonsrelevanten Angelegenheiten des Bundes, insb. in der Aussenpolitik, liegt.

4. Ergebnis

Die Einwirkungen des Völkerrechts auf die BV haben einen anderen Charakter als der Einfluss der BV auf das Völkerrecht. Durch die Inkorporierung des Völkerrechts in das schweizerische Landesrecht und die Anerkennung seines grundsätzlichen Vorrangs kommt es zu einer erheblichen inhaltlichen Imprägnierung auch des Verfassungsrechts. Noch stärker ist dieser Einfluss allerdings auf konkretisierender Gesetzes- und Verordnungsstufe. Dies gilt insb. auch für das Europarecht, sei es durch dessen autonomen Nachvollzug durch den Schweizer Gesetzgeber oder durch bilaterale Vereinbarungen mit der EU und ihren Mitgliedstaaten. Diese *verfassungsgestaltende Kraft des Völkerrechts* (inklusive des Rechts der Europäischen Union und der bilateralen Verträge mit der EU) ist primär rechtlicher Natur. Daneben wirkt sie sich aber auch auf die Verfassungspraxis aus, wie die «Verschiebungen in der Verfassungsarchitektur» bezeugen (vgl. Rz. 61 f.). Die Wechselbeziehung zwischen BV und Völkerrecht ist daher weder gleichartig noch gleichgewichtig. Alle Staaten, insb. aber stark vernetzte, offene Kleinstaaten wie die Schweiz stehen hier vor gesellschaftlichen und rechtlichen Herausforderungen. Der erhebliche Einfluss des Völkerrechts auf die BV ist jedoch insofern unproblematisch, als nur das die Schweiz bindende Völkerrecht, also nur dasjenige, das sie selbst im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Vorgaben mit geschaffen und dem sie zugestimmt hat, eine solche Wirkung auszuüben vermag.

IV. Fazit: Die Schweiz zwischen völkerrechtlicher Normalität und verfassungsrechtlicher Besonderheit

Ob die Schweiz einen Normal- oder einen Spezialfall darstellt, ist eine in der politischen Diskussion häufig gestellte Frage. Für die Wechselbeziehung zwischen BV und Völkerrecht lässt sich eine differenzierte Antwort geben. 71

In vielfacher Hinsicht entspricht das Verhältnis dem *Normalfall*. Zahlreiche Staaten folgen dem monistischen Modell, verstehen sich als Adoptionsstaaten, sind neutral oder gewähren als föderal organisierte Staaten ihren Gliedstaaten eine völkerrechtliche Handlungskompetenz. Auch die gleichzeitig ungleichartige wie ungleichgewichtige Wechselbeziehung zwischen Verfassungs- und Völkerrecht gilt für die meisten Staaten (für Deutschland vgl. ausführlich GEIGER, *Grundgesetz*, 116 ff., 157 ff., für Australien CHARLESWORTH et al., *No Island*, *passim*). 72

Z.T. stellt sich das Verhältnis zwischen BV und Völkerrecht jedoch auch als eher aussergewöhnlich dar. Das gilt weniger für das Verhältnis zwischen BV und Völkerrecht allgemein. Hier fallen lediglich – wie für andere vergleichbare offene Volkswirtschaften mit zahlreichen Nachbarn – die ausgeprägte völkerrechtliche Orientierung und Offenheit, die modernen aussenpolitischen Zielsetzungen, die direkt-demokratische Partizipationsmöglichkeit beim Vertragsabschluss sowie die Anerkennung der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» als materielle Grenze der 73

Verfassungsrevision ins Gewicht. Zunehmend zum Sonderfall wird dabei die Wechselwirkung zwischen besonders stark ausgeprägter und genutzter direkter Demokratie und völkerrechtlichen Verträgen. Während auch andere Staaten eine Beteiligung des Stimmvolkes beim Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen kennen (wenn auch nicht im selben Umfang wie mittlerweile aufgrund der Ausweitung des sog. Staatsvertragsreferendums [vgl. Komm. zu Art. 141 Abs. 1 Bst. d und Ber. SPK-S Volksrechtsreform, passim] in der Schweiz – obwohl nicht alle Versuche, dieses auszubauen, erfolgreich waren, vgl. die am 17. Juni 2012 abgelehnte Volksinitiative «Für die Stärkung der Volksrechte in der Aussenpolitik [Staatsverträge vors Volk!], BBl 2012 7685 ff.)), bringen die zahlreichen Volksinitiativen mit Bezug zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz eine sehr starke Emotionalität in die Aussenpolitik der Schweiz, insb. im Bereich der Migrationspolitik und hierbei v.a. in Bezug auf die EU (vgl. etwa die Abstimmung zur «Masseneinwanderungsinitiative» vom 9. Februar 2014, BBl 2013 7351 ff.). Dennoch muss man darauf hinweisen, dass auch in anderen Staaten insb. Referenden oft zu Problemen bei der Ratifizierung von Verträgen führen (für die EU etwa die oft umstrittenen Volksabstimmungen zu den Änderungen der Verträge, speziell die negativen Volksentscheide zur Europäischen Verfassung in Frankreich und den Niederlanden im Jahre 2005, aber auch die Abstimmungen zum Vertrag von Lissabon etwa in Irland 2008 und 2009) und Volks- und Parlamentsentscheidungen im Bereich der Ausländer- und Flüchtlingspolitik oft mit dem Völkerrecht in Konflikt geraten können (wobei aber das Verpflichtungsniveau im aussereuropäischen Bereich vergleichsweise tief bleibt). Auch in anderen Vertragsstaaten der EMRK kommt es zudem immer wieder zu Kritik an der dynamischen Fortentwicklung der in der EMRK als «lebendigem Instrument» garantierten Grundrechte durch den EuGMR, wobei Rufe nach Kündigung dieses Vertrages in zahlreichen Mitgliedstaaten immer wieder an der Tagesordnung sind (vgl. auch die Kündigung der Amerikanischen Menschenrechtskonvention durch Venezuela vom 6. September 2012 oder die Suspendierung des Gerichts der Southern African Development Community [SADC] im Jahre 2010). Dennoch wird in der Schweiz die spezifische Frage nach den Schranken der Volkssouveränität aufgrund der gegenwärtigen Lage stark an der Garantiefunktion des internationalen Menschenrechtsschutzes und damit des Völkerrechts festgemacht.

- 74 Noch weitaus stärker lässt sich das Verhältnis zwischen BV und Europarecht insgesamt als Sonderfall qualifizieren. Das bilaterale Vertragsverhältnis zur EU und ihren Mitgliedstaaten ist – anders als der Begriff «bilateral» suggeriert – keine ausgewogene Beziehung zwischen zwei ebenbürtigen Partnern, sondern ein quasi multilaterales Vertragswerk (vgl. RHINOW, Internationalisierung und Demokratie, 75) mit mehr Vertragspartnern auf der einen und der Schweiz auf der anderen Seite. Ausserdem führt die starke Zunahme der Kooperationsgebiete und des Kooperationsgrades unter unseren Nachbarn zu einer immer stärkeren Einbindung ohne identische Mitwirkungsmöglichkeiten (vgl. ZIEGLER, De facto-Mitgliedschaft, passim). Hinzu kommt der in dieser Form einzigartige autonome Nachvollzug von EU-Recht, der auf freiwilliger Basis erfolgt und Auswirkungen bis zur Auslegung, ja gar Entstehung von Verfassungsbestimmungen zeigt. Das «scheinsouveräne, scheinautonome Nachvollzugsland» Schweiz (vgl. RIKLIN A., Isolierte Schweiz, 25, 27), das trotz fehlender EU-Mitgliedschaft einem so starken unionsrechtlichen Einfluss unterliegt, nimmt von all dem in der BV keine Notiz und erwähnt die EU noch nicht einmal explizit. Mit dieser Haltung steht die Schweiz allerdings erneut wiederum nicht allein da. Selbst die Verfassungen einiger EU-Mitgliedstaaten, etwa diejenigen Polens und Tschechiens, aber auch die Verfassungen etwa der ebenfalls stark mit der EU verbundenen Staaten Türkei oder Norwegen schweigen ebenfalls zum Thema EU.