

Was hat den Vorrang – Völkerrecht oder Landesrecht?

Die Frage, ob Landesrecht über dem Völkerrecht steht oder umgekehrt, beschäftigt nicht nur die Schweizer Politik, sondern auch die Rechtswissenschaft und die Justiz. Die darauf Bezug nehmenden Diskussionen zeigen, dass nicht selten Unsicherheit darüber besteht, was gilt. Und die Tonart der Erörterungen lässt erkennen, dass bisweilen erhebliche Emotionen hinter den Argumenten stehen. In der Tat handelt es sich um eine Auseinandersetzung im Spannungsfeld zwischen Globalisierung und Interdependenzen der Staaten einerseits und dem patriotischen Bedürfnis nach souveräner staatlicher Selbstbestimmung andererseits.

Die Beantwortung der Frage ist so wichtig, dass der Versuch zur Klärung unternommen werden muss. Dabei hat man sich zunächst darauf zu besinnen, was Völkerrecht ist und wo seine Quellen liegen. Im Gegensatz zur Bedeutung und Herkunft des Landesrechts, die vertraut erscheinen, empfinden nämlich viele das Völkerrecht als unvertraute Grösse.

Wesen und Quellen des Völkerrechts

Das Völkerrecht ist **dazu bestimmt, das gegenseitige Verhalten der Staaten zu regeln**. Es gibt zwar völkerrechtliche Vorschriften, welche unmittelbaren Bezug auf die Rechtsstellung des menschlichen Individuums haben, so etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Das ändert aber nichts daran, dass es sich um eine Verpflichtung des Staates im Aussenver-

hältnis handelt, eine Verpflichtung, im Innenverhältnis bestimmte individuelle Rechte zu respektieren.

Wer bestimmt, was als Völkerrecht zu gelten hat? **Im Wesentlichen sind dafür drei Quellen auszumachen**. Die erste und wohl älteste ist **das Völkergewohnheitsrecht**. Unter Gewohnheitsrecht versteht man eine lange Zeit zwischen den Rechtsträgern – hier den Staaten – gepflogene Übung des Verhaltens, die dadurch als notwendig befunden worden ist. Die zweite mögliche Quelle sind **Verträge, welche Staaten unter einander schliessen**, seien es bilaterale (zwischen zwei Vertragsparteien) oder multilaterale (zwischen mehreren). Multilaterale Staatsverträge sind nicht selten so gestaltet, dass Drittstaaten ihnen, wenn sie bestimmte Bedingungen erfüllen, ohne weiteres beitreten können. Die dritte Völkerrechtsquelle kommt aus den in neuerer Zeit gebildeten **zwischen- oder überstaatlichen Staatengemeinschaften**. Diese können für ihre Mitglieder unter Umständen **gemeinsame Vorschriften erlassen**. Bei weltumspannenden Organisationen gibt es sogar eine Tendenz, für alle Staaten, auch Nichtmitglieder, gültige Regeln aufzustellen.

Als Quellen des Völkerrechts werden **ausserdem etwa einseitige Erklärungen** von Staaten genannt. Beispiele sind verbindliche Anerkennungen, Verzichte oder Zustimmungen. Weiter wird auch „soft law“ als Völkerrechtsquelle genannt, was aber etwas paradox ist. Denn es handelt sich um **unverbindliche Richtlinien, Absichtserklärungen oder Resolutionen**, deren Befolgung aus freiem Willen erfolgt. Eine rechtliche Bedeutung kann aber darin bestehen, dass sie mit der Zeit zu Gemeingut des Verhaltens und damit schliesslich zu Völkergewohnheitsrecht werden können. Beeinflusst wird die Entwicklung des Völkerrechts schliesslich weiter durch die als Auslegungshilfe und Anregung zu Neuem dienende **Rechtslehre** sowie durch die **Rechtsprechung** Völkerrecht anwendender Gerichtshöfe.

Wirkung von Organisationen und Verträgen

Ist ein Staat einer **Organisation** mehrerer Staaten beigetreten, so liegt es eigentlich auf der Hand, dass er **deren Recht zu respektieren** hat. Dieses geht also für die Dauer der Mitgliedschaft logischerweise vor. Das Völkergewohnheitsrecht ist ebenfalls dazu da, von den Staaten im Interesse guter gegenseitiger Beziehungen beachtet zu werden. Hier ist es denkbar, dass ein Staat hin und wieder aus besonderen Gründen aus dem Regelwerk ausscheiden kann, sofern er damit keine grössere Störung verursacht.

Bleibt also noch die Betrachtung des Staatsvertragsrechtes. Geht ein Staat gegenüber anderen Staaten vertragliche Verpflichtungen ein, so müssen sie darauf vertrauen können, dass er diesen Pflichten nachkommt. Das ist ein erstrangiges Gebot der Rechtssicherheit. Dass **Verträge zu halten** sind, ist eine der elementarsten Rechtsregeln. Ändert ein Staat sein internes Recht so, dass es seinen vertraglichen Aussenbeziehungen im Wege steht, so müssen diese nach Treu und Glauben ganz selbstverständlich zunächst den Vorrang vor dem Landesrecht haben. Vertragsbruch ist rechtswidrig.

Das heisst nun aber nicht, dass das Völkerrecht den betreffenden Staat zwingt, sein vom Vertrag abweichendes Landesrecht fortan zu ignorieren. Verträge können in der Regel auf rechtmässige Weise wieder aufgelöst werden. Dies ist der Fall, wenn ihre Gültigkeit vertraglich befristet wurde und die Frist abgelaufen ist. In der Regel können Verträge auch aufgekündigt werden, was dann deren Beendigung ohne Vertragsbruch bedeutet. Und schliesslich ist den Staaten freigestellt, in gegenseitigem Einvernehmen auf die Weiterführung vertraglich eingegangener Verpflichtungen zu verzichten. Heikler ist dagegen schliesslich die Situation bei den eher seltenen Verträgen, die keine Kündbarkeit vorsehen. Dort riskiert ein Staat, der erklärt, sich nicht mehr an das Abkommen halten zu wollen, Retorsionen oder Sanktionen –

es sei denn, die Vertragspartner stimmten zu, ihn aus dem Vertragsverhältnis zu entlassen.

Zwingendes Völkerrecht und nicht zwingendes

Über all dies hinaus gibt es einige wenige Völkerrechtsregeln, die als **absolut zwingend** gelten. Dazu gehören etwa das Verbot von Angriffskriegen, das Verbot der Sklaverei, von Folterungen, von grausamen und erniedrigenden Strafen sowie die Auslieferung oder Ausweisung an Staaten, in welchen solche Misshandlungen drohen. Interessanterweise hat alt Bundesrat Christoph Blocher kürzlich erklärt, das Wiener Abkommen (siehe unten!) stehe über den Verfassungen der einzelnen Staaten.

Das Vorhandensein zwingender Bestimmungen des Völkerrechts ruft natürlicherweise der Frage, was denn die Tragweite des **nichtzwingenden Völkerrechtes** sei. Wie schon weiter oben angedeutet, wird das Völkergewohnheitsrecht durch das Verhalten der Staaten gestaltet. Das Verhalten der Mehrheit (oder der mächtigsten unter ihnen) kann sich dabei als massgeblich erweisen. Die Verbindlichkeit der sich daraus ergebenden Ordnung wird auch für jene Staaten als gegeben angenommen, welche nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen, beziehungsweise nicht selber zur Entstehung solcher Regeln beigetragen haben. Es kann indessen vorkommen, dass ein Staat sich beharrlich der gewohnheitlichen Bildung einer Rechtsregel entzieht oder widersetzt. Die Völkerrechtler nennen einen solchen Staat auf Englisch einen „**permanent objector**“. So ein permanenter Widerstand reicht in der Regel nicht aus, das Entstehen von Gewohnheitsrecht – zumindest zwischen den anderen Staaten – zu verhindern. Dagegen kann es den betreffenden Staat ausserhalb der entstehenden oder entstandenen Gewohnheitsrechts-Ordnung stellen, und zwar so, dass er nicht als rechtsbrechender Aussenseiter dasteht. Vielmehr gilt dann die gewohnheitsrechtliche Regel für ihn einfach nicht. Völkerrechtliche, **gewohnheitsrechtliche Normen müssen unter Umständen auf einzelne Rechtssphären**, z.B. auf einen Konti-

nent oder eine Staatengruppe, beschränkt bleiben. Die betreffenden Staaten halten sich dann innerhalb ihres Kreises an die ihnen gemeinsamen Rechtsauffassungen, zumeist wohlwissend, dass in anderen Regionen, z.B. anderer Kultur, davon abweichende Gepflogenheiten massgebend sind.

Aus alledem geht hervor, dass dem Völkergewohnheitsrecht – mit Ausnahme seiner allgemein als zwingend erachteten Vorschriften – eine gewisse **Disponibilität** eigen ist. Disponibel ist es auch in dem Sinn, dass Staaten durch vertragliche Abmachungen unter sich **andere (oder vom Völkerrecht gar nicht behandelte) Regeln aufstellen** können. Erweisen sich solche Verträge als unvollständig oder unklar, so kann **das Gewohnheitsrecht lückenfüllend beigezogen werden**, so weit es existiert.

Rekapitulieren wir! Die häufigsten Quellen des Völkerrechts sind immerhin die zwischen Staaten geschlossenen Verträge. Diese sind, wie gesagt, so lange sie bestehen, einzuhalten. Verträge sind aber in der Regel, wie bereits erwähnt, auflösbar. Deshalb werden sie, obschon sie durchaus verbindlich sind, nicht als „zwingend“ bezeichnet. Das sogenannte zwingende Völkerrecht würde zur Unterscheidung von der Vertragsverbindlichkeit vielleicht besser als „absolut zwingend“ bezeichnet. Ferner: Der Beitritt zu einer Staatenorganisation hat, wie gesehen, vertragsartigen Charakter.

Streitfragen

Dass sog. zwingendes Völkerrecht zu befolgen ist, ist in der Schweiz kaum umstritten, es sei denn etwa, es gehe um einzelne Bestimmungen und die Frage, ob sie zu dieser zwingenden Gruppe gehörten. Das gewohnheitsrechtliche Völkerrecht steht, wohl dank seiner relativen Disponibilität, nicht im Mittelpunkt der Diskussion, ob Landes- oder Völkerrecht den Vorrang habe. Hier gibt es, wie wir ausgeführt haben, Flexibilitäten, Ventile für eige-

ne, landesrechtlich bestimmte Wege. **Die grossen Meinungsverschiedenheiten drehen sich um das Staatsvertragsrecht.** Kann dieses dem Landesrecht widersprechend entstehen? Kann Staatsvertragsrecht weitergelten, wenn neues Landesrecht anderes will als der Vertrag?

Hinter dieser, mit der Souveränität des eigenen Staates begründeten Fragestellung gibt es noch eine zweite: Können früher ohne Volksabstimmungsmöglichkeit abgeschlossene Verträge weiterbestehen, wenn neues Landesrecht – durch den Volkswillen legitimiert – gleichsam als einer höheren Weihe teilhaftig angesehen wird? **Es geht also gewissermassen um die Frage des Vorranges der direkten Demokratie vor der Diplomatie.**

Der Ursprung der emotionalen Auseinandersetzungen um solches liegt einerseits in zwei tief in der Volksseele verankerten Ansprüchen – dem Anspruch auf grösste staatliche Freiheit und Unabhängigkeit, und jenem nach möglichst breitgefächerten direktdemokratischen Entscheidungskompetenzen. Hinzu kommt andererseits das breite Misstrauen in die derartige Eigenständigkeit zunehmend begrenzende Globalisierung, also die wachsenden Interdependenzen der Staaten. Dieses Misstrauen richtet sich auch gegen die strikteren Netzwerke, die sich, das Verhalten verrechtlichend, zwischen den Staaten bilden. Hinzu kommt weiter, dass die so entstehenden Staatenorganisationen als Organe einer Fremdsteuerung wahrgenommen werden. Wegen ihres Umfanges erscheinen sie zunehmend als einengende Unausweichlichkeit und als sozusagen grossmachtartige, für einen Kleinstaat bald einmal beängstigende Gebilde.

Eine politische Partei vertritt **die Meinung, nur dem Referendum unterstellt gewesene und damit von den Stimmberechtigten ausdrücklich oder (durch Nichtergreifen des Referendums) stillschweigend gebilligte Staatsverträge seien akzeptabel.** Diese Auffassung ist auch auf bereits bestehende Ver-

träge ausgedehnt worden. Würde dieser Ansicht gefolgt, so müssten Hunderte von Verträgen nachträglich, also rückwirkend, dem Referendum, also eventuell auch Volksabstimmungen, zugeführt werden. Laut der Völkerrechtsliteratur schliesst die Schweiz indessen pro Jahr zahlreiche Verträge ab. Ältere Staatsverträge stammen noch aus einer Zeit, da das Referendum für Staatsverträge in der Bundesverfassung (und damit dem damaligen Volkswillen entsprechend!) noch nicht oder nur in beschränktem Umfange vorgesehen war. Das Staatsvertragsreferendum wurde erst 1921 eingeführt. Seither sind die Staatsvertragstypen, für die ein Referendum in Frage kommt, weiter vermehrt worden.

Unter der jetzt geltenden Bundesverfassung (BV) wird dies für künftige Verträge wie folgt geregelt: Der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften untersteht dem obligatorischen Referendum, d.h. dem Entscheid von Volk und Ständen (Art. 140 Abs. 1 Buchstabe b BV). Dem fakultativen, von 50'000 Stimmberechtigten oder acht Kantonen verlangten Referendum unterstellt sind völkerrechtliche Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, ferner solche, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, und schliesslich solche, die eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen (Art. 141 Abs. 2 Buchstabe d BV). Die Bundesversammlung kann weiter völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellen (Art. 141 Abs. 2 BV). Bei allen anderen Staatsverträgen gibt es kein Referendum.

Die Referendumpflichtigkeit solcher Verträge erhöht zweifellos **die demokratische Legitimation** derselben, wenn die Stimmberechtigten sie gutheissen oder das Referendum nicht ergriffen wird. Umgekehrt wird **die Handlungsfähigkeit der Eidgenossenschaft** mit jeder Ausdehnung dieser Referendumpflicht enger. Während in anderen Staaten die Regierung die Verträge schliesst und das die Regierung tragende Parlament sie genehmigt, müssen zahlreiche vom Bundesrat beschlossene Staatsverträge in

der Schweiz noch eine weitere Genehmigungsstufe, eben jene des Referendums, durchlaufen. Das ist nicht nur zeitraubend und verzögernd. Während bei den Vertragsverhandlungen die Reaktion des Parlaments noch einigermaßen abschätzbar ist, ist der Ausgang eines Entscheides der Stimmberechtigten viel ungewisser. Dies bedeutet, dass die Schweizer Unterhändler ihren ausländischen Partnern immer wieder die für diese fremde Tatsache klar machen müssen, dass die ausgehandelten Abmachungen unter dem Vorbehalt des Volksentscheides stehen. Die Schweiz wird dadurch zu einer ungewissen und mühsamen Verhandlungspartnerin, was ihre internationale Stellung nicht stärkt. Würde die Idee verwirklicht, frühere, einst nicht referendumpflichtige Verträge nachträglich zu solchen zu machen, so entstünde dadurch ein ganz erheblicher Umtrieb und Aufwand sowie eine nicht geringe Rechtsunsicherheit. Von den Stimmberechtigten rückwirkend verworfene Staatsverträge würden dadurch zwar nicht automatisch hinfällig. Sie müssten indessen gekündigt und allenfalls neu ausgehandelt werden, unter Umständen eine beträchtliche diplomatische Mehrbelastung. Eine Garantie, dass der ausländische Verhandlungspartner sich auf eine Neuverhandlung einliesse, bestünde überdies nicht.

Wollte man nun, wie von gewisser Seite vorgeschlagen, in die Verfassung schreiben, **(neues) Landesrecht gehe dem Völkerrecht mit Ausnahme von dessen zwingenden Bestimmungen stets vor**, so ergäbe sich eine ähnliche Situation. Man riskiert sogar, dass irgendeine Gesetzesänderung einen zuvor nicht erkannten Widerspruch zum Völkerrecht enthält und damit ungeplante Vertragskündigungen auslöst.

Das ist eine praktische Seite des Problems. Eine andere, die auch rechtstheoretische Bedeutung hat, ist die: Was gilt im zwischenstaatlichen Verkehr – das von einem zuständigen Staatsorgan einem anderen Staat gegebene Wort, oder etwas anderes? **Die Vertragsfähigkeit eines Staates im Aussenverhältnis wird**

natürlich beeinträchtigt, wenn innenpolitisch bedingte, binnenrechtliche Veränderungen – kraft eines in seine Verfassung geschriebenen Vorrangs seines internen Rechts – in bestehende oder künftige Staatsvertragsverhältnisse eingreifen. Das ist besonders ärgerlich, wenn eine Veränderung der staatsinternen Rechtsordnung, z.B. durch eine Volksinitiative, zustande kommt, die gar nicht auf die Vertragsverhältnisse im äusseren Bereich gemünzt war, aber dann doch dort unbeabsichtigte Auswirkungen zeitigt. Dieses Problem sich als völkerrechtswidrig erweisender Volksbegehren hat zwar zu verschiedenen **Lösungsvorschlägen** geführt. Diese sind jedoch höchst umstritten geblieben und damit **zunächst nicht praktikabel**.

Man muss eine **fundamentale Problematik der Idee bemerken, bei Widersprüchen zwischen Landesrecht und Völkerrecht sei einzig das Landesrecht zu beachten**: Diese liegt darin, dass das Völkerrecht notwendig ist, um die Beziehungen zwischen den Staaten möglichst friedlich zu ordnen, und dass die Allgemeingültigkeit dieser Ordnung nur funktioniert, wenn sie nicht prinzipiell durch binnenrechtliche Besonderheiten und Eigenwilligkeiten der einzelnen Staaten durchbrochen wird. Gerade ein Kleinstaat mit wenig Macht ist darauf angewiesen, dass zwischen den Staaten die Dinge rechtlich zugehen.

Zusammenfassung und Schlussfolgerung

Die oben geschilderte einfache, systemisch bedingte Einsicht, dass das Völkerrecht in der Regel nicht durch Binnenrecht ausgehebelt werden kann, bereitet offenbar manchen Schweizern Mühe. Dies dürfte einerseits mit der Angst vor Fremdbestimmung oder vor externen Hindernissen für innenpolitische Absichten zusammenhängen. Andererseits könnte hier die historische Gegenläufigkeit des freiheitlichen eidgenössischen Republikanismus im Verhältnis zu den aus früheren Monarchien und deren „von oben

herab“ diktierten Rechtsordnungen nachwirken. Diese haben auch die Struktur der EU beeinflusst. Oder einfacher gesagt: Manche Eidgenossen sind es sich gewohnt, einen Selbständigkeitswillen zu pflegen, zu dem aber auch **ein insulärer Binnenbezug des Denkens und der Vorstellungen** beiträgt. Dies geschieht ungeachtet der Tatsache, dass die hauptsächlich vom Export und damit vom internationalen Austausch lebende Schweiz auf verlässliche Aussenbeziehungen angewiesen ist. Der Idealtyp des Eidgenossen ist immer noch der den Mächtigen trotzen Freiheitsheld. Dabei geht vergessen, dass dieser wahrscheinlich davon lebte, als Säumer den internationalen Verkehr über den Gotthardpass zu ermöglichen. Man kann es auch so sagen: Die Schweiz ist von jeher in einer Doppelrolle als Wahrerin der eigenen Interessen abwehrbereit, doch als Wahrerin europäischer Interessen und damit als Hüterein der Gebirgspässe nicht nur wehrhaft, sondern auch gastfreundlich offen.

Die Grundregel des Völkerrechts muss aus dessen Zweckbestimmung heraus den verschiedensten Staaten für die Pflege ihrer gegenseitigen Beziehungen für alle gleiche Verhaltensregeln auferlegen. Deshalb verlangt die auch von der Schweiz anerkannte Wiener Vertragsrechtskonvention, dass Verträge zu halten sind. Sie ergibt, dass innerstaatliches Recht eine Verletzung von Völkerrecht grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermag. Bloss dann, wenn für den anderen Vertragspartner völlig klar auf der Hand lag, dass seiner Gegenpartei aus fundamentalen internen Rechtsnormen der Abschluss des Vertrages untersagt war, ergibt sich die Ungültigkeit desselben. Die gleiche Regel gilt übrigens im inländischen Privatrecht beim Abschluss eines Vertrages mit einer Körperschaft, die durch allem (berechtigten) Anscheine nach dazu nicht befugte Organe vertreten wird.

Die Bundesverfassung anerkennt das Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts. Sie auferlegt Bund und Kantonen in Art. 5 Abs. 4, das Völkerrecht zu „beachten“ – was noch einigen Spiel-

raum offen lässt. Art. 190 BV erklärt das Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden sogar als „massgebend“, was eine Befolungs- und Durchsetzungspflicht bedeutet.

Ein Versuch, das Inlandrecht in der Verfassung prinzipiell über das Völkerrecht zu stellen, würde die Schweiz zu einem Ausenseiter der Völkerrechtsordnung machen. Andere Staaten, mit denen die Schweiz auskommen muss, haben wie diese eigene Interessen. Der Ausgleich der Interessen hat auf dem Verhandlungsweg zu erfolgen. Eigene Interessen mittels des Landesrechts gegenüber anderen Staaten ganz generell und starr, also kompromisslos durchsetzen zu wollen, führt ins Abseits. Übrigens: **Die Hierarchie der Rechtsordnungen** ergibt sich aus der Reichweite derselben. Das ist in der Schweiz wohlbekannter Alltag. Über der untersten Ebene, dem Gemeinderecht, steht das kantonale Recht, dem bekanntlich das Bundesrecht übergeordnet ist. Die oberste Ebene, jene der Beziehungsordnung zwischen den Staaten, das Völkerrecht, reicht über die territoriale Gestalt der Eidgenossenschaft hinaus, bezieht andere Staaten ein und betrifft mehr als nur unseren Bundesstaat. Es ist damit über dem nur für das Inland geltenden Recht wirkungsmächtig.

An dieser Stelle nicht erörterte Sonderprobleme

Nicht Gegenstand dieser Studie sind Fälle, in denen für viele Staaten unproblematische völkerrechtliche Vorstellungen für andere Länder nahezu unerträglich scheinen, weil sie in tief verankerte gesellschaftliche, staatspolitische oder landesrechtliche Grundstrukturen derselben eingreifen. Die Frage, wo und wie so betroffene Staaten sich rechtmässig aus der Sache ziehen können, ist so schwierig zu beantworten, dass sie hier offen bleiben muss.

Zur Verdeutlichung seien an dieser Stelle einige Beispiele genannt. So glaubt die Mehrheit der im Schengen-Dublin-Staatsvertragssystem zusammenwirkenden Staaten, ohne weiteres ein gemeinsames, restriktives Waffenrecht beschliessen zu kön-

nen, und zwar als integrierenden Bestandteil jenes Vertragssystems. Für die in aller Selbstverständlichkeit auf eine Milizarmee mit einer sie in der dienstfreien Zeit unterstützenden Schützentraktion abstellende Schweiz eine in erheblichem Ausmasse undenkbare Vorgabe! (Siehe auch Anhang!) – Oder für die Schweiz hat sich gezeigt, dass die mit den Bilateralen Verträgen mit der EU verbundene Personenfreizügigkeit zu einem in gewissen Situationen fragwürdigen Verzicht auf eine eigene Steuerung der Immigration aus der EU zwingt.

Umgekehrt kann man sich vorstellen, dass die menschenrechtliche Gleichstellung der Geschlechter für ein noch tief in archaisch paternalistischen Vorstellungen verharrendes Land als unerhörte Zumutung erscheinen kann. – Ebenso zeigt sich im östlichen Europa, dass dort für bestimmte Länder – Flüchtlingskonvention und EU-Solidaritätspflichten hin oder her – die Aufnahme von Flüchtlingen anscheinend eine nicht nachvollziehbare Vorstellung ist.

Das sind sehr spezielle, rechtlich und vor allem politisch heikle Angelegenheiten, deren schwierige, lösungsorientierte Analyse hier über das Hauptanliegen unserer Betrachtungen hinausginge. Deshalb sind in dieser Studie eher rechtspolitische Gedanken in einen Anhang am Schlusse verwiesen.

Fazit

Zum Schluss lässt sich also das Folgende zusammenfassend festhalten, wobei zu beachten ist, dass einige Flexibilitäten im Völkerrecht doch vorhanden sind.

1. Anerkanntermassen gibt es einige wenige Regeln des Völkerrechts, die zwingend sind. Es ist einigen Anzeichen zufolge denkbar, dass diesen Regeln einige weitere hinzugefügt werden könnten, so aus humanitären Gründen solche aus dem Bereiche der Menschenrechte.

2. Das Völkergewohnheitsrecht will beachtet werden, lässt aber zu, dass in Einzelfällen ein Staat explizit andere Wege geht. Ausserdem steht es Staatsverträgen nicht entgegen, in denen Staaten für den Verkehr unter einander davon abweichende Regelungen treffen. Sind diese lückenhaft oder unklar, kann Gewohnheitsrecht aushelfen oder als Richtlinie für die Interpretation dienen.

3. Das Völkervertragsrecht gilt unter den Vertragspartnern, die es **einzuhalten** haben. Dies schliesst aber **Kündigungsmöglichkeiten** nicht aus. Solche ermöglichen es einem Staat, bei veränderten Verhältnissen (auch binnenrechtlicher Art), aus dem Vertragsverhältnis auszusteigen. Jenen, die davon ausgehen, der Vertrag könne per Nach- oder Neuverhandlung durch einen besseren ersetzt werden, ist in Erinnerung zu rufen, dass dies nur möglich ist, wenn der bisherige Vertragspartner dem zustimmt – was er nicht muss. Dann entsteht im betreffenden Bereiche ein vertragsloser Zustand.

4. Das Schweizerische Bundesgericht gibt dem Völkerrecht den Vorrang vor dem Landesrecht. Seit 1973 (Fall Schubert) wendet es jedoch Bundesgesetze vorrangig an, wenn sie älterem Völkerrecht widersprechen und die Bundesversammlung diesen Verstoß gegen Völkerrecht bewusst in Kauf genommen hat. In einem noch nicht praxisbildenden neuesten Urteil einer Bundesgerichtsabteilung, das nicht mit den anderen Abteilungen abgesprochen war, wurde freilich die sog. Schubert-Praxis bei der Anwendung der Bilateralen Verträge mit der EU erheblich abgeschwächt. Die Rechtslehre folgert aus der Bundesgerichtspraxis auch, dass die Schubert-Rechtsprechung gegenüber der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und natürlich auch gegenüber zwingendem Völkerrecht nicht angewendet wird.

Das bedeutet, dass die EMRK in einem Konflikt mit einem Volksentscheid von Verfassungsrang gegenüber diesem das Übergewicht erhalten könnte. Dies ist von ernst zu nehmender Seite als bestürzend, als Aushebelung der direkten Demokratie gerügt worden. Dabei geht vergessen, dass der durch Volksentscheid geschaffene **Artikel 190 der Bundesverfassung den rechtsanwendenden Behörden vorschreibt, Staatsvertragsrecht (sowie Bundesgesetze) gegebenenfalls über die Verfassung hinweg anzuwenden.** Deshalb empfiehlt sich Vorsicht beim Abschluss von Staatsverträgen, wohl aber auch Umsicht bei der Formulierung von Volksinitiativen. Das stark ausgebaute Staatsvertragsreferendum ermöglicht zudem vielfach die Mitsprache der Stimmberechtigten. Man muss sich jedoch über eines klar sein: Je mehr ein Staat sich zur Wohlfahrt seines Volkes vernetzen muss, desto mehr kann in einzelnen Bereichen die direkte Demokratie eingengt werden. Das geht vielen Schweizern wider den Strich. Die noch offene Preisfrage ist, ob es eine allgemein akzeptable Lösung des Gegensatzes zwischen Vernetzungsbedarf und direktdemokratischem Anspruch gibt.

Summa summarum: Die Schweiz hat bisher den grundsätzlichen, rechtslogisch begründeten Vorrang des Völkerrechts anerkannt, und zwar durch Entscheid von Volk und Ständen, nämlich mit der Gutheissung der neuen Bundesverfassung von 1999 (Art. 190 BV) sowie durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Dieser Grundsatz schliesst gewisse Ausnahmen nicht aus.

Dass der Vorrang des Völkerrechts in der schweizerischen Politik dennoch umstritten bleibt und versucht wird, auf dem Wege einer Verfassungsinitiative das Gegenteil, den prinzipiellen Vorrang des Landesrechtes, durchzusetzen, hat ausschliesslich politische, von **Bedenken über einen Souveränitätsverlust** gesteuerte, doch keine rechtslogischen Gründe. Der damit angestrebten **Sicherung des nationalen Eigenwillens** dürften indessen **als Folge Schwierigkeiten im Umgang mit dem Aus-**

lande, das anders denkt und handelt, gegenüberstehen. Das wird die Handlungsfähigkeit der Schweiz voraussichtlich beeinträchtigen. Der Wille zur Souveränität ist aber ausgerechnet ein Wille dazu, handlungsfähig zu sein...

Zu diesem Ergebnis gelangt man auf Grund einer Analyse der rechtlichen Situation, der **Grundstrukturen der Rechtsordnung und ohne parteipolitische An- oder Absichten**. Ob einem dies gefällt oder nicht – man sollte dies in einer demokratischen Diskussion um den erwähnten Vorrang als Staatsbürgerin, als Staatsbürger **zur Kenntnis nehmen und in die eigenen Erwägungen einbeziehen**.

* * *

Anhang: Falls das Völkerrecht an die lebendige Substanz der Nation geht

In den hier vorangehenden Ausführungen sind wir zum Schluss gekommen, dass das Völkerrecht dem Grundsatz nach die oberste Stufe der Rechtsordnungen – über dem Gemeinde-, Kantons- und Bundesrecht – einnimmt. Es gibt Schweizer, die damit nicht einverstanden sind. Das musste in unseren Erwägungen in Kauf genommen werden, da diese sich aus der inneren Folgerichtigkeit des Rechtssystems ergeben.

Es gibt aber **Fälle, in denen die schweizerischen Rechtsauffassungen in unverkennbarer Weise mit solchen mehr oder weniger frontal kollidieren, die im Ausland vertreten werden**. Es sind Fälle, die sich nicht aus der inneren Logik des Rechts ergeben. Vielmehr entstehen solche Konflikte aus grundlegend unterschiedlichen politischen Vorstellungen. Politische Differenzen sollten zwar auf dem Verhandlungswege auszuräumen sein. Das kann aber daran scheitern, dass es sich um **Meinungsverschiedenheiten handelt, die Fundamentales, Existenzielles oder Identitäres betreffen**. Das kann an der Aktualität exemplifiziert werden.

Nun hat aber die Europäische Union (EU) neuestens strenge Richtlinien für den Waffenbesitz von Einzelpersonen erlassen. Diese stehen mit den traditionellen Gepflogenheiten der Schweiz in dieser Materie gänzlich im Widerspruch. Würde unser Land die Waffenrichtlinien der EU nicht übernehmen, würde es riskieren, dass ihm gegenüber das Abkommen von Schengen gekündigt würde, dem sie als Nichtmitglied der EU beigetreten ist. Das Abkommen hat die im grenzüberschreitenden Massenverkehr kaum mehr zu bewältigenden Grenzkontrollen innerhalb des Raumes der Schengen-Staaten für den Regelfall aufgehoben und einen raschen internationalen Zugriff auf Daten gesichert, welche für strafrechtliche Verfolgungen Bedeutung haben. Ohne diesen Datenzugriff wäre die Schweiz bei der Abwehr grenzüberschreitender Kriminalität, insbesondere gegenüber Terroristen, blind und taub. Es steht also einiges auf dem Spiel.

Doch selbst wenn man die von der EU geplanten Einschränkungen hier nicht einzeln aufzählt, ist sofort erkennbar, dass sie nicht auf ein Land wie das unsrige zugeschnitten sind. Denn hierzulande wird jedem Militärdienst leistenden Mann seit Generationen eine Schusswaffe nach Hause mitgegeben – heute ein Serief Feuer erlaubendes Sturmgewehr. Noch bis vor kurzem gehörte sogar – während Jahrzehnten – eine Munitionsdotations dazu. Grundsätzlich bleibt die Waffe von jeher bei der Entlassung aus der Wehrpflicht im Eigentum des Mannes. Das alles liegt völlig quer zu den Vorstellungen der anderen Vertragspartner.

Mehrere Gründe haben hier zum „Sonderfall Schweiz“ geführt. Man will hierzulande kein stehendes Heer, sondern eine gut ausgebildete und ausgerüstete Bürgermiliz. Der Milizgedanke durchdringt auch manche Funktionen der schweizerischen Zivilgesellschaft. Er ist eine der konstituierenden Komponenten eidgenössischen Daseins und damit zumindest in seinem Kerngehalt unverhandelbar.

Die Tradition, dass der Schweizer seine Dienstwaffe zu Hause hat und behält, hat mit der jahrhundertlang herrschenden Auffassung zu tun, es sei der freie Mann, dem eine Waffe erlaubt ist. Er wurde früher sogar verpflichtet, eine solche auf seine Kosten anzuschaffen.

Vom 19. Jahrhundert an hatte unser Kleinstaat sich angesichts der stehenden Heere umgebender Grossmächte auf eine rasche und effiziente Mobilmachung seiner Milizarmee einzurichten. Der Soldat sollte beim Einrücken bewaffnet sein, auch für den Fall, dass er unterwegs schon auf Feinde träfe.

Und damit er dann in Anbetracht der kurzen Instruktionsperioden im Handhaben seiner Schusswaffe geübt bleibe, wurde ihm ein ausserdienstliches obligatorisches Schiesstraining auferlegt und freiwilliger Schiesssport gefördert. Auch deshalb musste der Wehrmann (bis heute) für den Augenblick einer zum Schiessen günstigen Freizeit seine Waffe bei der Hand haben und nicht etwa zeitraubend in einem auswärts gelegenen Zeughaus abholen und sie hernach wieder dorthin zurückbringen müssen.

In die Bedingungen, einem völkerrechtlichen Staatsvertragsgefüge von erheblichem Nutzen angehören zu können, eingekleidete Zumutungen, auf Eigenstes zu verzichten, greifen hier an die lebendige Substanz schweizerischen Seins. Der Umstand, dass unser Land derzeit keine aggressiven Nachbarstaaten hat, mag den Sinn dafür bei einzelnen heutigen Landsleuten verdunkeln. Das Wehrwesen ist jedoch etwas, das auf sehr lange Sicht gepflegt und intakt gehalten werden muss. Substanzielle Abstriche daran können, wenn es je nötig würde, sie rückgängig zu machen, erst im Verlaufe eines Jahrzehnts oder mehr korrigiert werden – besonders in einer institutionell langsamen Demokratie. Es kann dann zu spät sein. Schon deshalb muss die Schweiz hier zu Einzelheiten Sorge tragen.

Sie hat nun aber bezüglich der EU-Waffenrechtsrichtlinien erhebliche Konzessionen aushandeln können. Diese erlauben es, das Wesentliche des bei uns Üblichen beizubehalten. Schützenkreise, welche sich auch mit den vom Bundesrate hinsichtlich der EU-Richtlinien eingegangenen, auf ein Minimum reduzierten, schweizerischen Zugeständnisse nicht abfinden, drohen zur Zeit der Niederschrift dieser Zeilen freilich mit einem Referendum. Dies könnte die bedeutenden Vorteile der Zugehörigkeit unseres Landes zum Schengen-Raum in Frage stellen. Ob die Stimmberechtigten eine Kündigung des Abkommens von Schengen angesichts des überraschend weit gehenden Entgegenkommens der EU in Kauf nehmen würden, ist indessen fraglich. Dieses Beispiel zeigt jedoch, dass in Fällen übermässiger Zumutungen gegenüber der Schweiz eine harte Verhandlungsweise derselben nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar weitgehend erfolgreich sein kann.

Das grosse Problem liegt heute in der **Tendenz, in Europa möglichst alles zu vereinheitlichen.** Der dabei zu beobachtende **Hang zu starrem Schematismus und zum Verkoppeln verschiedener Anliegen hindert dabei die nötige Freiheit, der sonst vielgerühmten europäischen Vielfalt Rechnung zu tragen,** wo diese trotz aller Uniformisierungstendenz wesentlich bleibt. Der Druck auf die Schweiz, sich verallgemeinerten Interessen anderer Staaten zu fügen, **führt zu politischen Entscheiden, die sich von den Vorstellungen der Stimmberechtigten entfernen, Misstrauen derselben gegenüber den Regierenden säen und damit Populisten den Weg ebnen.** Nicht immer gewöhnt sich die Bürgerschaft an einen zähneknirschend akzeptierten, vom Ausland erwirkten Zustand. Natürlich gibt es Fälle, in denen sich unser Land einem allgemeinen Trend nicht entziehen kann; man denke an das Bankgeheimnis. Die **historische Gegenläufigkeit unseres Landes zu einzelnen europäischen Gepflogenheiten,** die Karl Schmid so treffend beschrieben hat, sollte ihr aber da und dort **Anlass zu widerständigem Selbstbewusstsein** geben. Denn

so kann sie auf ihre Weise zumindest punktuell die weitere **Gestaltung des europäischen Völkervertragsrechts mitbeeinflussen** – mitbeeinflussen **in Richtung einer föderalistisch flexibleren, dem Subsidiaritätsprinzip stärker verpflichteten Entwicklung.**

* * *

Winterthur, im 3. Quartal 2017

Die Arbeitsgruppe „Demokratie und Rechtsstaat“:

RA Dr. iur. Dr. iur. h.c. Roberto Bernhard, Winterthur

RA Dr. iur. Ulrich Weiss, Winterthur

Dr. oec. publ. Hansrudolf Kübler, Wallisellen.

Die Arbeitsgruppe ist aus eigener Initiative von Mitgliedern der Neuen Helvetischen Gesellschaft Winterthur entstanden. Die Arbeitsgruppe gibt ihre eigene Meinung wieder, welche für die Neue Helvetische Gesellschaft (NHG) nicht verbindlich ist. Die Arbeitsgruppe steht in der Nachfolge der „Nordostschweizerischen NHG-Arbeitsgruppe ‚Direkte Demokratie‘“ (1994/95), „Demokratiereform“ (2004/05) und „Demokratie und Rechtsstaat“ (2010).

Die vorliegende Studie wurde finanziell unterstützt durch die Vereinigung Libertas Winterthur.