

Sachdokumentation:

Signatur: DS 1319

Permalink: www.sachdokumentation.ch/bestand/ds/1319



Nutzungsbestimmungen

Dieses elektronische Dokument wird vom Schweizerischen Sozialarchiv zur Verfügung gestellt. Es kann in der angebotenen Form für den Eigengebrauch reproduziert und genutzt werden (private Verwendung, inkl. Lehre und Forschung). Für das Einhalten der urheberrechtlichen Bestimmungen ist der/die Nutzer/in verantwortlich. Jede Verwendung muss mit einem Quellennachweis versehen sein.

Zitierweise für graue Literatur

Elektronische Broschüren und Flugschriften (DS) aus den Dossiers der Sachdokumentation des Sozialarchivs werden gemäss den üblichen Zitierrichtlinien für wissenschaftliche Literatur wenn möglich einzeln zitiert. Es ist jedoch sinnvoll, die verwendeten thematischen Dossiers ebenfalls zu zitieren. Anzugeben sind demnach die Signatur des einzelnen Dokuments sowie das zugehörige Dossier.



BRIEFING ZUR VOLKSINITIATIVE „SCHWEIZER RECHT STATT FREMDE RICHTER“

Montag, 13. Juni 2016, Bundeshaus, CVP-Fraktionszimmer 287

9.30 bis 12.45 Uhr, anschliessender Imbiss, offeriert vom Verein Dialog EMRK

Die möglichen Konsequenzen einer Annahme dieser Initiative für die Schweiz werden aus den Perspektiven Menschenrechtsschutz, Wirtschaftsbeziehungen und Verfassungsrecht präsentiert und diskutiert. Die Veranstaltung richtet sich an Parlamentarier_innen sowie Bundeshausjournalist_innen.

PROGRAMM

9.30 Uhr: Begrüssung: Ziele, Ablauf und Informationen zu *Schutzfaktor M*

Henry Both, Präsident Verein Dialog EMRK und Doris Angst, Vorstandsmitglied Verein Dialog EMRK

9.35 Uhr: Vorstellen der Volksinitiative und Kurzanalyse von *foraus*, Dr. iur. Guillaume Lammers, *foraus*

9.45 Uhr: Teil I: Welche Folgen hätte die Annahme der Initiative für unsere Verfassung und für das Bundesgericht?

Prof. Dr. Heinrich Koller, Rechtsanwalt, Direktor Bundesamt für Justiz 1988–2006, Rechtsanwalt:
„Die Initiative im Lichte der Bundesverfassung“ *

Niccolò Raselli, a. Bundesrichter:
„Mögliche Konsequenzen der Initiativen für die Rechtsprechung des Bundesgerichts“ *

Diskussion im Plenum, moderiert von Doris Angst

Vorstellen und Verteilen von Unterlagen**

10.50 Uhr: Kaffeepause und bilateraler Austausch

11.20 Uhr: Teil II: Die Bedeutung der EMRK und des Völkerrechts für Europa und die Schweiz

Prof. Dr. Mark E. Villiger, Richter am EGMR 2006-2015, *Beirat von Schutzfaktor M*:
"Bedeutung und Schwierigkeiten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im europäischen Kontext" *

Cristina Gaggini, Directrice romande Economiesuisse:
„Die Konsequenzen der Initiative für die Schweizer Wirtschaft“ *

Diskussion im Plenum – moderiert von Doris Angst

Dialog EMRK · Dialogue CEDH · Dialogo CEDU

3000 CH-Bern · Tel: 031 508 56 52 · E-Mail: info@schutzfaktor-m.ch
www.schutzfaktor-m.ch · www.facteurdeprotection-d.ch · www.fattorepiprotezione-d.ch
PC 30-106-9 · IBAN: CH65 0079 0042 9281 1595 1



12.30 Uhr: Abschluss, Doris Angst und Henry Both

- Präsentieren der Schlussfolgerungen
- Informationen über die aktuellen und geplanten Aktivitäten von *Schutzfaktor M*
- Verdankungen

12.45 Uhr: Abschluss und Imbiss

* Den Kurzreferaten folgen jeweils 5 Minuten für Rück- bzw. Verständnisfragen (keine Diskussion), Doris Angst nimmt Fragen und Kommentare für die spätere Diskussion auf.

** Folgende Unterlagen werden vorgestellt und abgegeben:

- Kurzanalyse von *foraus* zur Initiative „Schweizer Recht statt fremde Richter“
- Kurzargumentarium zur Initiative sowie Zusammenstellung und Richtigstellung der „stossenden Urteile aus Strassburg“ und eine „Fallsammlung“, die illustriert, wie die Schweiz bisher von der EMRK profitieren konnte.

Anmeldung: Bis am 30. Mai via Doodle-Link: <http://doodle.com/poll/b6xceuyrppddx8qc>

Bitte geben Sie bei der Anmeldung an, ob Sie auch am Mittagessen teilnehmen und ob wir Sie beim Sicherheitsdienst anmelden sollen (für den Fall, dass Sie über keinen Bundeshausbadge verfügen)

Der Verein Dialog EMRK ist der Trägerverein der **Informationskampagne *Schutzfaktor M***, welche auf die Bedeutung und die Wichtigkeit der EMRK für die Schweiz sensibilisiert - eine Vorkampagne aus der Zivilgesellschaft zur Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter“. **Mit den rund 75 Partnerorganisationen multipliziert Schutzfaktor M die Botschaften und formiert sich frühzeitig als starke Stimme aus der Zivilgesellschaft.** Ein Beirat mit Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Politik, Kunst und Wissenschaft begleitet die Kampagne beratend. www.schutzfaktor-m.ch

Dialog EMRK · Dialogue CEDH · Dialogo CEDU

3000 CH-Bern · Tel: 031 508 56 52 · E-Mail: info@schutzfaktor-m.ch
www.schutzfaktor-m.ch · www.facteurdeprotection-d.ch · www.fattorediprotezione-d.ch
PC 30-106-9 · IBAN: CH65 0079 0042 9281 1595 1



Medienmitteilung: Briefing zur Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter“ im Bundeshaus

Die Anti-Menschenrechtsinitiative schadet der Schweiz

Heute treffen sich rund 50 Parlamentarier_innen, Vertreter_innen von NGOs und Expert_innen, um die möglichen Auswirkungen der sogenannten „Selbstbestimmungsinitiative“ frühzeitig gründlich unter die Lupe zu nehmen. Organisiert wird diese Veranstaltung von Schutzfaktor M. Die von 73 Partnerorganisationen getragene NGO-Koalition gegen die Anti-Menschenrechtsinitiative informiert bereits seit November 2014 über die Bedeutung der EMRK für die Schweiz und die Risiken der Volksinitiative für den Menschenrechtsschutz. Die in sich höchst widersprüchliche Initiative würde bei Annahme aber auch die wirtschaftlichen und sicherheitspolitischen Interessen der Schweiz massiv schwächen.

Wer das Kleingedruckte der am 10. März 2015 lancierten Volksinitiative gründlich liest, weiss: Das Ziel ist die Kündigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Es handelt sich nicht um eine „Selbstbestimmungsinitiative“, sondern um eine Anti-Menschenrechtsinitiative. Nur weil die Initianten mit einigen wenigen, die Schweiz betreffenden Urteilen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) nicht einverstanden sind, setzen sie den Menschenrechtsschutz in der Schweiz und in Europa aufs Spiel. Die Initiative schießt ein Eigentor: Denn mit deren Annahme müsste die EMRK längerfristig gekündigt werden und viele somit als Schutzfaktor und wichtigste internationale Garantin unserer Grundrechte weg. Darum haben bereits über 12'000 Menschen den Appell von Schutzfaktor M [„Übernehmen wir Verantwortung für die Menschenrechte“](#) unterzeichnet. Ein starkes Bekenntnis der Zivilgesellschaft zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und gegen die irreführende Initiative.

Schutzfaktor M organisiert den Widerstand der Zivilgesellschaft gegen die Anti-Menschenrechtsinitiative. Mit dem heute organisierten Briefing will die Organisation erreichen, dass – anders als bei der Durchsetzungsinitiative – schon früh erkannt wird, inwiefern sich die Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter“ gegen die Interessen der Schweiz richtet. Das [Argumentarium von Schutzfaktor M](#) zeigt, dass die Initiative viel mehr gegen unsere eigenen Bundesrichter_innen gerichtet ist als gegen die angeblich „fremden“ Richter. Die Beiträge der namhaften Expert_innen am heutigen [Briefing](#) kommen zum Schluss, dass die verlangte Vorrangregelung von nationalem Recht zu undemokratischen Kündigungen von Verträgen oder zu institutionellem Vertragsbruch führen würden. Die Initiative gefährdet die sicherheits- und aussenpolitischen Interessen der Schweiz und würde bei einer Annahme unser Land als glaubwürdige Handelspartnerin schachmatt setzen. (Weitere Dokumente [hier](#)).

Kontakt:

Andrea Huber, Kampagnenleiterin Schutzfaktor M, Geschäftsführerin Dialog EMRK
Tel. +41 78 775 86 80, andrea.huber@schutzfaktor-m.ch, (bitte per Email oder SMS um Rückruf bitten). Erreichbar ab 12.30 Uhr.

Giusep Nay, a. Bundesgerichtspräsident und Beirat von Schutzfaktor M
E-Mail: g.nay@me.com, Tel. 079 610 91 21

Dialog EMRK · Dialogue CEDH · Dialogo CEDU

3000 CH-Bern · Tel: 031 508 56 52 · E-Mail: info@schutzfaktor-m.ch
www.schutzfaktor-m.ch · www.facteurdeprotection-d.ch · www.fattorediprotezione-d.ch

PC 30-106-9 · IRAM: CH65 0079 0042 9291 1595 1

„Bedeutung und Schwierigkeiten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im europäischen Kontext“

Briefing im Bundeshaus am Montag, 13. Juni 2016

Mark E. Villiger¹

(Es gilt das gesprochene Wort)

Sehr geehrte Parlamentarierinnen und Parlamentarier, meine Damen und Herren!

Ich danke Ihnen dafür, dass Sie den Weg hierher gefunden haben. In Folgenden möchte ich zu Ihnen über „Bedeutung und Schwierigkeiten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im europäischen Kontext“ sprechen.

Aktuelle Situation

1. Bedeutung

Zunächst zur Bedeutung des Europäischen Gerichtshofs. Dieser basiert auf der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). EMRK und Gerichtshof haben ein beachtliches Alter erreicht: die EMRK gibt es seit 1950, der Gerichtshof amtet seit 1959, also seit 57 Jahren.

Heute gehören der EMRK 47 europäische Staaten an, im wesentlichen alle Staaten Europas ausser Belarus, Kosovo und der Vatikanstaat.

Die EMRK wurde immer wieder durch Zusatzprotokolle ergänzt, die entweder das Verfahren regeln oder substantielle Rechte einführen. Zurzeit warten zwei Protokolle auf das Inkrafttreten. Das 15. Zusatzprotokoll regelt Verfahrensfragen und schreibt in die Präambel der EMRK die Subsidiarität fest. Bisher haben es 27 von allen 47 Staaten ratifiziert. Das 16. Zusatzprotokoll ermöglicht es höchsten innerstaatlichen Gerichten, ein Gutachten zu einem konkreten Fall beim Gerichtshof einzuholen. 6 Staaten haben es ratifiziert. Die Schweiz hat bisher nur das 15. Zusatzprotokoll unterzeichnet.

2. Statistiken

Die grosse Besonderheit der EMRK ist, dass sie ein Individualbeschwerderecht enthält, das es jedem erlaubt, sofern bestimmte Zulässigkeitsbedingungen erfüllt sind, beim Gerichtshof Beschwerde gegen einen Vertragsstaat zu erheben, dass seine Rechte gemäss EMRK verletzt worden seien. Dieses Individualbeschwerderecht erklärt den grossen Erfolg des Gerichtshofs.

Beim Gerichtshof wurden letztes Jahr ca. 40'000 neue Beschwerden eingereicht (40'650), er erledigte ca. 45'000 Beschwerden (45'576). Anfangs 2016 zählte der Gerichtshof ca. 65'000 hängige Beschwerden (64'850).

Interessant ist, dass, erstmals seit Jahrzehnten, 2015 die Zahl der neu eingereichten Beschwerden abnahm – man kann darüber spekulieren, weshalb das so ist. Sodann ist klar,

¹ Prof. Dr. iur. (Univ. Zürich). ehemaliger Sektionspräsident und Richter für das Fürstentum Liechtenstein am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg.

dass der Gerichtshof seinen berühmten Beschwerdeberg (mit einer Spitze vor einigen Jahren von 160'000 Beschwerden) abgetragen hat.

Statistisch ist schliesslich belegt, dass der Gerichtshof ungefähr 95% der Beschwerden abweist, sogar bis zu 97% Beschwerden gegen die Schweiz.

3. Effizienz

Bedenkt man, dass den 47 Strassburger Richtern eine Kanzlei mit ca. 650 Gerichtspersonal zur Verfügung steht, dann versteht man, dass der Gerichtshof das grösste internationale Gericht auf der Welt ist.

Dies könnte zur Frage führen, ob diese Institution effizient geführt wird. Seit 1998 fanden vier Audits statt, welche die Institution überprüften: durch den Auditor des Europarates, durch den deutschen Bundesrechnungshof und das britische House of Lords, zuletzt durch den französischen Rechnungshof, die Cour des Comptes. Der Rechnungshof bescheinigte dem Gerichtshof 2013, noch nie eine Institution überprüft zu haben, die derart effizient funktioniere.

4. Staatenbeschwerden

Nebst den Individualbeschwerden sind auch Staatenbeschwerden vor dem Gerichtshof möglich – also dass ein Staat gegen einen anderen Beschwerde erhebt. Diese Staatenbeschwerden standen 1950 im Zentrum der EMRK, heute spielen sie statistisch gesehen eine untergeordnete Rolle. Seit 1950 wurden an die 20 Staatenbeschwerden eingereicht. Zurzeit sind vier Beschwerden von der *Ukraine c. Russland* und eine Beschwerde von *Georgien c. Russland* hängig. Staatenbeschwerden sind für den Gerichtshof ausserordentlich zeitaufwendig.

5. Beeinflussung der Verfassungen und Gesetze aller Staaten Europas

Insgesamt kann gesagt werden, dass die EMRK seit 1950 die Verfassungen und Gesetze in ganz Europa beeinflusst hat, nicht zuletzt auch die Bundesverfassung der Schweiz von 1999. Einzelne Grundrechtsbestimmungen der Bundesverfassung übernehmen den EMRK-Text mehr oder weniger wörtlich.

Gerade weil alle Staaten Europas die EMRK in Verfassung und Gesetz aufgenommen haben, ist sich der Gerichtshof der grossen Bedeutung einer einheitlichen, konsistenten Rechtsprechung bewusst. Er folgt wenn immer möglich seiner eigenen früheren Rechtsprechung. Denn die Staaten hätten wenig Verständnis dafür, wenn sie gestützt auf die Strassburger Rechtsprechung ihre Gesetze ändern und der Gerichtshof kurz darauf eine neue Rechtsprechung zum selben Thema erliesse.

6. Richterwahlen

Zu den Richterwahlen. Heute ist das Auswahlverfahren sehr streng und läuft in vier Stufen ab.

Zunächst muss der Staat, dessen Richtersitz freigeworden ist, ein gründliches Auswahlverfahren (inkl. mündliche Anhörungen) durchführen, um dann eine Liste von drei Kandidaten nach Strassburg zu schicken. Alsdann überprüft ein Beratungsausschuss des Ministerkomitees die Lebensläufe der Kandidaten, sodann kommt es zu einer anspruchsvollen Anhörung des Kandidaten in einem Unterausschuss der Parlamentarischen Versammlung des Europarates. Schliesslich die Parlamentarische Versammlung einen der drei Kandidaten aus.

7. Netzwerk höchster Gerichte

Schliesslich ein Wort zum Netzwerk höchster Gerichte, das der Gerichtshof zurzeit aufstellt. Nach und nach sollen viele, wenn möglich alle höchsten Gerichte Europas in einen Austausch von Rechtsprechung eingebunden werden, es soll auch der Dialog der Richter erleichtert werden. Bisher sind höchste Gerichte Frankreichs und Italiens beigetreten. Weitere Gerichte, die ihr Interesse angekündigt haben, sind der russische Oberste Gerichtshof, das rumänische Verfassungsgericht sowie der belgische Conseil d'Etat.

Schwierigkeiten

Ich komme zu den Schwierigkeiten, mit welchen der Gerichtshof zurzeit konfrontiert ist. Hier möchte ich auf die Durchführung der Urteile des Gerichtshofs eingehen, auf die Frage der Subsidiarität sowie auf Kritik einzelner Staaten an der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

1. Schwierigkeiten, die +/- gelöst wurden

Ein Wort jedoch im voraus: kein Problem mehr ist die Überlastung des Gerichtshofs, die ihn jahrelang beschäftigte. Ich habe vorhin berichtet, dass in den schwierigsten Jahren ca. 160'000 Beschwerden anhängig waren. Durch die Einführung des Einzelrichters konnte der Beschwerderückstand weitgehend abgetragen werden. Am 1. April waren ca. 65'000 Beschwerden anhängig.

Doch ist nicht alles rosig. Der Gerichtshof ist weiterhin überlastet, nun allerdings mit den grossen und schwierigen Urteilen, also mit den zeitintensiven Fällen.

2. Wirkungen der Urteile

Ich komme zu den Wirkungen der Urteile des Gerichtshofs. Gemäss EMRK sind diese für den betreffenden Vertragsstaat verbindlich. Wenn der Gerichtshof eine EMRK-Verletzung festgestellt hat, kann er Schadenersatz und Genugtuung ausrichten. Der materielle Schaden steht eher selten zur Diskussion. Wenn jemand überlang in Haft gehalten wurde, wenn ein Strafverfahren zu lange dauerte, kann man ja die verlorene Zeit nicht wieder zurückgeben. Hier gibt es nur immateriellen Schadenersatz, dieser umfasst das „Leiden“, das der Beschwerdeführer wegen der Verletzung seiner Grundrechte erlitt. Der Gerichtshof richtet diese Genugtuung nach eigenem Ermessen aus. Ich sollte sofort hinzufügen: die Bezahlung der verschiedenen vom Gerichtshof angeordneten Geldsummen durch die Staaten bereitet keine Probleme.

Darüber hinaus bedeutet das Urteil des Gerichtshofs, dass der betroffene Vertragsstaat dafür sorgen soll, dass diesselbe EMRK-Verletzung nicht noch einmal erfolgt. Dies kann u.U. zu Aenderungen der Gesetzgebung, auch der Rechtsprechung der höchsten Gerichte führen, wobei zu bedenken ist, dass die Regierung des betreffenden Staates, an die das Urteil gerichtet ist, nicht einfach den höchsten Gerichten Aenderungen vorschreiben kann. Ohnehin kommt den Staaten ein Ermessensbereich zu, wie sie die Urteile durchführen wollen und können. Beispielsweise hat jeder Staat eine andere Verfassungstradition.

Das Ministerkomitee des Europarates überwacht die Durchführung der Urteile, ich denke, angesichts der zehntausenden von Urteilen kann man sagen, dass 99% davon befolgt werden. Ausnahmen finden sich vor allem bei Fällen betr. Nordzypem, Transnistrien (zwischen Moldova und Russland gelegen) und Nagorno Karabach. Es handelt sich hier um weltpolitische Empfindlichkeiten, es ist verständlich, dass die Urteile des Gerichtshofs Zeit brauchen, um durchgesetzt zu werden.

Trotzdem hat die Parlamentarische Versammlung befunden, die Urteile des Gerichtshofs würden nicht hinreichend durchgesetzt. Die Kritik betrifft jene Situationen, in denen der Gerichtshof in Tausenden von gleich gelagerten Fällen entscheidet, dass die Verfahren in einem Staat zu lange dauern, dass die Gefängnisse in einem Staat nicht den Mindeststandards entsprechen.

Hier sind wir bei einem Problem, das eigentlich nicht von der EMRK vorgesehen worden ist. Wenn Tausende von Individuen sich über die überlange Verfahrensdauer beschweren, so sagt die EMRK einfach, dass dies in jedem Fall überprüft werden muss – und bei einer Verletzung der EMKR immaterieller Schadenersatz ausgerichtet werden muss.

Aber klar, hinter diesen Tausenden von Fällen steckt ein Gerichtssystem des betreffenden Staates, das nicht fähig ist, die hängigen Fälle innert nützlicher Frist zu erledigen. Hier setzt die Kritik der Parlamentarischen Versammlung an: diese Staaten müssten ihr Gerichtssystem revidieren. Oder sie sollten ihr Gefängnissystem grundlegend revidieren. Wenn sie dies nicht tun, gelten die Urteile des Gerichtshofs als nicht erfüllt.

Ich habe gewiss Verständnis für diese Ansicht. Ich möchte persönlich jedoch einfach festhalten, dass die EMRK diese Situation nicht vorsah. Die Kritik siedelt sich auf einer Ebene an, die nicht von der EMRK abgedeckt ist. Dieses Problem von Serien von Urteilsverletzungen wurde 1950 einfach nicht vorgesehen.

3. Subsidiarität

Ich komme zum zweiten Aspekt, dem Prinzip der Subsidiarität, ein Thema, das die schweizerische Oeffentlichkeit zurzeit bewegt. Der Gerichtshof wird kritisiert, dass er in seiner Rechtsprechung die Subsidiarität nicht hinreichend beachtet.

Subsidiarität ist ein zweischneidiges Schwert. Einerseits bedeutet sie, dass der Gerichtshof sich insgesamt zurückhalten soll. Der Menschenrechtsschutz soll primär innerstaatlich erfolgen. Andererseits bedeutet Subsidiarität ebenfalls, dass die Mitgliedsstaaten auch tatsächlich innerstaatlich den Menschenrechtsschutz durchsetzen sollen. Ein Beispiel: In der Schweiz findet sich etwa die Lücke, dass das Bundesgericht nicht – jedenfalls nicht gemäss

Bundesverfassung – Bundesgesetze im Anwendungsfall beispielsweise auf die Vereinbarkeit mit den Grundrechten überprüfen darf.

Ich erwähnte schon, dass im kommenden 15. Zusatzprotokoll (das noch nicht in Kraft getreten ist) die Subsidiarität ausdrücklich in der Präambel erwähnt ist, nicht allerdings im eigentlichen Text. Hintergrund dessen ist ein Kompromiss im Jahre 2014 an der Konferenz von Brighton in England. Die britische und die schweizerischen Regierungen wollten die Subsidiarität in den Text aufnehmen, alle anderen 45 Staaten waren dagegen. So wurde der Kompromiss gefunden, die Subsidiarität in die Präambel aufzunehmen. Diese hat allerdings keine rechtliche Verbindlichkeit.

Trotzdem spielt die Subsidiarität im Alltag des Gerichtshofs eine grosse Rolle. Ein erster Aspekt der Subsidiarität ist, dass ein Beschwerdeführer zunächst alle innerstaatlichen Rechtsmittel erschöpft haben muss, bevor er in Strassburg Beschwerde erhebt. Ein zweiter Aspekt ist die sog. Vierte-Instanz-Formel: der Gerichtshof hütet sich, in Zivil- und Strafsachen das Ergebnis eines Verfahrens, das Urteil, zu überprüfen. Er wird stets nur überprüfen ob das vorangehende Verfahren fair war. Ein dritter Aspekt betrifft die Durchführung der Urteile, wo die Staaten einen grossen Ermessensbereich haben.

Es bleibt, viertens, noch seine Rechtsprechung, wo der Gerichtshof ebenfalls subsidiär vorgeht, jedenfalls bei bestimmten Bestimmungen, z.B. Art. 8-11 EMRK zum Familienrecht, zur Glaubens – und Meinungsäusserungsfreiheit usw. Hier hat der Gerichtshof sogar selber ein Gefäss dafür geschaffen, fast möchte ich sagen „erfunden“, nämlich den sog. Ermessensbereich (margin of appreciation), den er den innerstaatlichen Gerichten überlässt. Dieser kann kleiner oder grösser sein, je nach der Bedeutung des betreffenden Rechts usw.

Ein Beispiel zur Meinungsfreiheit: wenn es um kommerzielle Publikationen geht, beispielsweise um Werbung, in welcher ein Produkt als das „beste“ dargestellt wird, überlässt der Gerichtshof den innerstaatlichen Gerichten einen sehr grossen Ermessensbereich etwa im Bereich des Unlauteren Wettbewerbs. Wenn es um politische Meinungsäusserung geht, ist der Ermessensbereich wiederum sehr eng – und könnte u.U. nur aufgelockert werden, wenn es sich um beleidigende, rassistische usw. Meinungen handelt.

Kritisiert wurde in der Schweiz vor allem die Rechtsprechung des Gerichtshofs, Ausländer nicht auszuweisen, wenn sonst ihr Familienleben (namentlich mit dem schweizerischen Ehepartner oder mit in der Schweiz aufgewachsenen Kindern) demontiert würde.

Hier wurde bemängelt, dass der Gerichtshof seine Kompetenzen „immer mehr“ überschritten habe. Ich sehe das anders. Zum einen weist auch hier der Gerichtshof die meisten einschlägigen Beschwerden ab. Zum anderen besteht diese Rechtsprechung schon seit ca. 1965 – 1965 – also noch bevor die Schweiz die EMRK ratifizierte. Diese Rechtsprechung wendet der Gerichtshof seit Jahrzehnten konsequent an. Ich denke nicht, dass man da sagen kann, der Gerichtshof habe „immer mehr“ seine Kompetenzen überschritten.

Ist sich der Gerichtshof der Problematik der Subsidiarität in seiner Rechtsprechung bewusst? Ich würde sagen, sehr wohl! Es war, wie gesagt, der Gerichtshof selbst, der das Gefäss des Ermessensbereichs schuf, den er den innerstaatlichen Gerichten bei der Überprüfung eines Eingriffs in ein Grundrecht zulässt.

4. Andere kritisierte Aspekte der Rechtsprechung

Ich darf noch auf zwei Staaten hinweisen, in welchen Aspekte der Rechtsprechung des Gerichtshofs heftig kritisiert worden sind. In England stehen Urteile des Gerichtshofs zur Diskussion, in welchen er bemängelte, dass es unverhältnismässig sei, dass allen Gefängnis-Insassen das Stimm- und Wahlrecht entzogen wird. In anderen europäischen Staaten gibt es häufig eine Differenzierung: bei kürzeren Freiheitsstrafen besteht weiterhin das Stimm- und Wahlrecht des Häftlings. Kritik aus Russland erfuhr ein Urteil, das befand, dass, wenn Soldatinnen in der Armee einen Anspruch auf Elternurlaub (im Gegensatz zum Mutterschaftsurlaub) haben, die Soldaten diesen Anspruch auch haben sollten. Das Urteil des Gerichtshofs basiert auf der Nichtdiskriminierung der Geschlechter.

Schlusswort

Sehr geehrte Damen und Herren, ich komme zum Schluss. In England wird offen über einen Austritt aus der EMRK diskutiert. Wie soll der Strassburger Gerichtshof darauf reagieren? Ich stehe persönlich nicht mehr im Gerichtsbetrieb. Wenn Sie meine Meinung wissen wollen: ich wäre mir zwar als Richter sehr wohl bewusst ob dieser Entwicklungen, aber davon abgesehen wäre es für mich „business as usual“, allgemeiner Geschäftsbetrieb! Die Richter entscheiden frei und nach eigenem Gewissen. Ob der Gerichtshof, wie heute, 47 Mitgliedstaaten, oder nur 45, oder 40 zählt – oder gar nur 29 wie beim Fall der Berliner Mauer – kann und soll für mich bei der Rechtsprechung, das ist die zentrale Aufgabe der Richter, keine direkte Rolle spielen.

Ich runde ab, indem ich eine Frage stelle. Die EMRK, auf welcher sich ja der Gerichtshof gründet, wurde 1950 geschaffen. Im Jahre 2050 wäre die EMRK 100 Jahre alt. Das ist in 34 Jahren. Meine Frage ist: wird die EMRK (und mit ihr der Gerichtshof) ihren 100. Geburtstag feiern? Keine und keiner von uns ist Prophetin oder Prophet.

Ich würde sagen, die EMRK und der Gerichtshof haben ihren festen Platz im Gefüge der europäischen Gesellschaften. Ich schätze, dass ca. eine Million Einzelbeschwerden eingereicht worden sind. Das zeigt, dass dieses Instrument wichtig für den europäischen Bürger, die europäische Bürgerin ist. Ich denke, es wird die EMRK und den Gerichtshof auch 2050 geben, allerdings bestimmt in veränderter Form. Jede europäische Gesellschaft hat die EMRK, die sie will. Vieles hängt auch von der Zukunft der europäischen Integration ab.

Jedenfalls würde ich selbst eine Wette eingehen, dass die EMRK ihren 100. Geburtstag feiern wird. Das Problem ist nur, dass ich dann nicht mehr da sein werde, um das Wettgeld einzuziehen.

Besten Dank! Nun stehe ich Ihnen für Fragen und Bemerkungen zur Verfügung.

Die „Selbstbestimmungsinitiative“ im Lichte des Verfassungsrechts

(Referat von Heinrich Koller am Briefing vom 13.6.2016 in Bern)

Einleitung

Die Selbstbestimmungsinitiative der SVP möchte das Verhältnis des innerstaatlichen Rechts gegenüber dem Völkerrecht neu ordnen und der Verfassung einen absoluten Vorrang vor dem Völkerrecht einräumen (Art. 5 Abs. 4 E-BV). Konkret will die SVP in der BV verankern, dass die Verfassung „die oberste Rechtsquelle“ der Eidgenossenschaft ist und keine völkerrechtlichen Verpflichtungen eingegangen werden dürfen, die der BV widersprechen; im Falle eines Widerspruchs müsse die völkerrechtliche Verpflichtung nötigenfalls gekündigt werden (Art. 56a E-BV). Damit würde es möglich, mit einer Verfassungsinitiative internationale Verträge (einschliesslich der Verpflichtungen aus der EMRK) umzustossen – eine gefährliche Verabsolutierung der direkten Demokratie, ein Frontalangriff auf die rechtsstaatlichen Grundprinzipien (wie die Beachtung der Menschenrechte) und auf die Verlässlichkeit der Schweiz als Vertragspartner. Das sind wahrlich gute Gründe, sich auf die Rolle des Völkerrechts zu besinnen und über das gegenseitige Verhältnis nachzudenken.

1. Grundfragen des Verhältnisses Völkerrecht – Landesrecht

1.1. Zwei sich ergänzende Teile der Gesamtrechtsordnung

Gesellschaftliche und politische Fragen lassen sich heutzutage nur mehr beschränkt auf nationaler Ebene lösen. Die zunehmende Interdependenz von Völkerrecht und Landesrecht ist offensichtlich. Die Frage der Stellung des Völkerrechts im nationalen Recht ist angesichts der gegenseitigen Durchdringung für das moderne Verfassungsrecht deshalb von zentraler Bedeutung. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Feststellung, dass sich Landesrecht und Völkerrecht heute sinnvollerweise nur noch als „sich gegenseitig bedingende, sich ergänzende, über weite Strecken konvergierende, allenfalls auch divergierende Teile einer rechtlichen Gesamtordnung“ richtig erfassen lassen (D. THÜRER). Völkerrecht und Landesrecht unterscheiden sich indes von ihrer Natur und ihrer Struktur her wesentlich voneinander, was die gegenseitige Zuordnung schwierig macht.

Das Völkerrecht verlangt von den Staaten, dass sie ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen auch innerstaatlich wahrnehmen. Völkerrechtliche Verpflichtungen sind nach Treu und Glauben zu erfüllen (*pacta sunt servanda*). Eine Vertragspartei darf sich

nicht auf innerstaatliches Recht berufen, um die Nichteinhaltung eines Vertrages zu rechtfertigen (Art. 26 und 27 WVK). Die Frage, wie das nationale Recht diesen Vorgaben intern Nachachtung verschaffen will (Dualismus/Monismus), beantwortet das Völkerrecht jedoch nicht. Es gibt keine Formel „Völkerrecht bricht Landesrecht“ wie wir das im internen Recht im Verhältnis Bund – Kantone kennen (Art. 49 Abs. 1 BV).

1.2. Unterschiedliche Rechtsquellen und Strukturen

Landesrecht und Völkerrecht unterscheiden sich in Vielem. Sie haben eine unterschiedliche *Legitimationsgrundlage* (demokratische Fundierung und Selbstbestimmung einerseits, „rule of law“ [Rechtsstaatlichkeit] beruhend auf Vertrauenswürdigkeit, Gegenseitigkeitserwartung, Verlässlichkeit andererseits). Sie unterscheiden sich auch in den Formen der *Rechtserzeugung* und *Rechtsdurchsetzung* (kein zentrales Rechtssetzungsorgan, keine zwingende obligatorische Gerichtsbarkeit). Vor allem aber hinsichtlich der *Rechtsquellen*. Dazu gehören gemäss Art. 38 IGS:

- die internationalen Übereinkünfte (völkerrechtliche Verträge);
- das internationale Gewohnheitsrecht (Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannter Übung);
- die allgemeinen, von den Kulturstaaten anerkannten Rechtsgrundsätze;
- die gerichtlichen Entscheide und anerkannte Lehrmeinungen als Auslegungshilfen.

Das Völkerrecht ist auch anders strukturiert. Es setzt sich zusammen aus Regeln und Grundsätzen, geschriebenem und ungeschriebenem, zwingendem, verbindlichem und weichem Recht, bedeutsamen und weniger bedeutsamen Normen. Es ist nicht streng hierarchisch und pyramidal strukturiert wie das Landesrecht (Bundesrecht, Kantons- und Gemeinderecht, Verfassung, Gesetz, Verordnung), sondern gleicht einer heterogenen Masse von Regeln und Grundsätzen. Dennoch haben sich innerhalb des Völkerrechts gewisse hierarchische Strukturen herausgebildet. Mit Blick auf das schweizerische Verfassungsrecht ist vor allem die Kategorie des „ius cogens“ (zwingendes Völkerrecht) von Bedeutung, weil die Beachtung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts eine unabdingbare Voraussetzung jeder Verfassungsänderung darstellt (Art. 139 und 193 f. BV).

1.3. Einordnung des Völkerrechts in das Landesrecht

Die schweizerische Verfassungsordnung geht traditionell vom System des Monismus aus, wonach Völkerrecht und Landesrecht eine Einheit bilden und völkerrechtliche

Verpflichtungen ohne einen besonderen Umsetzungsakt zum integrierenden Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung werden und Geltung erlangen. Die BV äussert sich zu dieser Frage zwar nicht ausdrücklich, doch findet der Monismus in mehreren Bestimmungen seinen Ausdruck: Der Begriff „Recht“ in Art. 5 Abs. 1 BV umfasst auch das Völkerrecht, und gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten; nach Art. 163 Abs. 2 BV werden die Staatsverträge bloss in der Form eines BB genehmigt, und Art. 190 BV bestimmt, dass das Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend ist.

Als integrierender Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung entfaltet das internationale Recht die gleichen Wirkungen wie das nationale Recht; sie sind Teile eines bipolaren, aufeinander abgestimmten Systems. Bildhaft gesprochen könnte man sagen, das Konglomerat Völkerrecht überlagere und durchdringe das Landesrecht wie eine Hülle. Damit ist freilich noch nicht bestimmt, wie ein Konflikt zwischen einer völkerrechtlichen und einer landesrechtlichen Norm im konkreten Fall aufzulösen ist.

Man wird als erstes versuchen – so will es die Praxis – die landesrechtlichen Normen völkerrechtskonform auszulegen. Ist diese harmonisierende Auslegung nicht möglich, kommt es darauf an, welche Norm vorgeht. Die erwähnten Art. 5 Abs. 4 und 190 BV geben darauf keine Antwort. Die BV wollte diese Frage – wie der Botschaft zur BV von 1999 zu entnehmen ist – bewusst nicht beantworten. Sie überlässt die Antwort wie bis anhin Lehre und Praxis, die vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts ausgehen.

2. Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht

2.1. Impliziter Vorrang des Völkerrechts

Das Verhältnis zwischen völkerrechtlichen und landesrechtlichen Normen wird in der BV mehrfach angesprochen, insgesamt aber macht das schweizerische Recht keine klare Aussage zur Normenhierarchie und zur Lösung von Konflikten von staatlichem Recht und Völkerrecht. Einzig dem zwingenden Völkerrecht räumt die BV eine klare Vorrangstellung ein. Allerdings belegen zahlreiche Bestimmungen der BV eine völkerrechtsfreundliche Haltung der BV (Präambel, Zweck, EMRK-Bezug der Grundrechte, Zuständigkeiten in der Aussenpolitik). Die Organe des Bundes haben denn auch im Einklang mit der in der Schweiz herrschenden Lehre den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts wiederholt anerkannt und bestätigt. Gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der BV lässt sich vorerst Folgendes festhalten:

- Art. 5 Abs. 4 verpflichtet Bund und Kantone in allgemeiner Weise dazu, das Völkerrecht zu beachten. Damit wird im Grundsatz der Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Landesrecht anerkannt (ohne eine eigentliche Kollisionsnorm aufzustellen).
- Lehre und Praxis sind sich einig, das Völkerrecht im Rang über dem kantonalen Recht und über den Verordnungen des Bundes steht. Die völkerrechtliche Norm geht im Konfliktfall vor (art. 190 BV).
- Auch der Bundesgesetzgeber ist zur Beachtung des Völkerrechts verpflichtet. Es ist aber nach dem heutigen Stand der Praxis in besonderen Fällen möglich, dass ein Rechtsanwendungsorgan im Konfliktfall dennoch eine völkerrechtswidrigen Gesetzesnorm anwendet (vgl. nachfolgend Ziff. 2.2.).
- Im Verhältnis zum Verfassungsrecht gilt es zu differenzieren. Mit der Nennung der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts als Schranke der Verfassungsrevision (Art. 139 und 193 f. BV) bringt der Verfassungstext zum Ausdruck, dass diese im Rang über dem nationalen Verfassungsrecht stehen. Das einfache, also nicht zwingende Völkerrecht genießt hingegen keinen (absoluten) Vorrang vor dem Verfassungsrecht (dazu nachfolgend Ziff. 2.3.).

2.2. Grundsätzlicher Vorrang gegenüber Bundesgesetzen

Ursprünglich ging das Bundesgericht davon aus, dass die völkerrechtliche Norm im Konfliktfall der bundesgesetzlichen Norm prinzipiell vorgehe; dann ging es von der Gleichrangigkeit aus und gab der jüngeren Norm den Vorzug. Im Fall Schubert entschied sich das Bundesgericht 1973 für den Vorrang des Bundesgesetzes, falls der Gesetzgeber einen allfälligen Widerspruch bewusst in Kauf genommen habe (sog. Schubert-Praxis). Im sog. PKK-Fall führte das Bundesgericht 1999 aus, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgehe, mit der Folge, dass einer solchen Norm im Einzelfall die Anwendung versagt bleibe. Dies dränge sich umso mehr auf, „wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient“. Konsequenterweise müsste das Bundesgericht fortan einer bundesgesetzlichen Norm die Anwendung versagen, wenn diese gegen eine EMRK-Bestimmung oder gegen eine vergleichbare internationale Menschenrechtsgarantie verstösst. Über die Weiterführung der Schubert-Praxis ist damit freilich noch nicht entschieden.

2.3. Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht

Konflikte mit dem Völkerrecht sind bisher nur durch Volksinitiativen entstanden. Auf

diese Weise sind zum Teil völkerrechtswidrige Vorschriften in die BV gelangt, allerdings durch völkerrechtskonforme Auslegung bei der Umsetzung auf der Gesetzesstufe wieder relativiert worden. Klar ist, dass eine Verfassungsrevision die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen darf (Art. 193 f. BV). Dementsprechend muss eine Volksinitiative, welche solche Bestimmungen verletzt, für ganz oder teilweise ungültig erklärt werden (Art. 139 BV). Nach gegenwärtiger Auffassung genießt das nichtzwingende Völkerrecht zwar einen prinzipiellen Vorrang vor dem Gesetzes- und Verordnungsrecht sowie dem kantonalen Recht, aber keinen Vorrang vor dem Bundesverfassungsrecht. Es stellt sich also die Frage, wie mit Volksinitiativen zu verfahren ist, die einen Staatsvertrag verletzen.

Grundsätzlich sind Volksinitiativen, die mit nichtzwingendem Völkerrecht (z.B. einem Staatsvertrag) kollidieren, für gültig zu erklären. Kann mit der harmonisierenden Auslegung keine Übereinstimmung mit dem Staatsvertrag hergestellt werden, ist eine Neuverhandlung, allenfalls die Kündigung des Staatsvertrages ins Auge zu fassen (sofern dieser überhaupt kündbar ist). Offen bleibt die Frage, ob und unter welchen Umständen die Schubert-Praxis (Wille des Parlaments) oder auch die PKK-Praxis (Menschenrechtsbezogenheit) auch auf der Verfassungsebene Anwendung finden könnte.

2.4. Fazit: Keine starre Hierarchie

Aus den Bestimmungen der BV und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich keine starre Hierarchie im Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht ableiten. Einzig den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts wird eine unbedingte Vorrangstellung eingeräumt. Angesichts der zunehmenden Anzahl fraglicher Initiativen wäre eine Klärung des Verhältnisses nützlich. Dabei sollten nicht schematische, sondern differenzierende Lösungsansätze im Vordergrund stehen (G. Biaggini). Zu beachten wäre etwa die Bedeutung der involvierten Normen. Grundrechtsgewährleistungen (ob national oder international) sollten in jedem Fall angewendet werden. Im konkreten Fall müsste wohl im Sinne einer Güterabwägung und unter Beachtung der vorgeannten Grundsätze eine Lösung gesucht werden.

3. Selbstbestimmungsinitiative und ihre Folgen

3.1. Zielscheibe des Angriffs auf die bisherige Ordnung

Der Angriff auf die bisher gültige Regelung vom grundsätzlichen Vorrang des Völker-

rechts zielt wesentlich auf die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Konkretisierung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte sowie auf all-fällige „fremde Richter“ in Anwendung eines Abkommens mit der EU. Es ist hier nicht der Ort, die Bedeutung und den unschätzbaren Wert der Zugehörigkeit der Schweiz zu diesem Raum der Menschenwürde und der Grundrechtsgarantien zu beleuchten. Dass gelegentlich Urteile ergehen, die nicht nach unserem Geschmack sind, tut nichts zur Sache. Fest steht, dass die Schweiz als Vertragspartei bis zum Ablauf des vertraglich vorgesehenen Kündigungsverfahrens verpflichtet bleibt, die Konvention einzuhalten. Wenn sich die Stimmbürger tatsächlich langfristig für eine Isolierung und Distanzierung der Schweiz von Europa entscheiden sollten, wie sie etwa mit der Kündigung der EMRK und damit wohl auch einem Austritt aus dem Europarat verbunden wäre, hätte das für das Ansehen der Schweiz, ihre Glaubwürdigkeit in der Vertretung humanitärer Anliegen und ihre Verlässlichkeit in der Staatengemeinschaft unschätzbare Konsequenzen.

Anfänglich stand offenbar bei der Erarbeitung der Selbstbestimmungsinitiative auch der Übergang zu einem dualistischen System zur Diskussion. Dabei ist die automatische Übernahme auch für den Bürger von Vorteil. Das Prinzip wurde ganz wesentlich zum Rechtsschutz des Einzelnen entwickelt, der sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann unmittelbar auf völkerrechtliche Bestimmungen berufen kann, wenn diese inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.

3.2. Innerstaatliches Recht entbindet nicht vor der Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Völkerrechtliche Bestimmungen können nicht durch landesrechtliche Normen geändert oder ausser Kraft gesetzt werden, weder in der Form eines Gesetzes noch der Verfassung. Staatsverträge, die die Schweiz als Völkerrechtssubjekt abgeschlossen hat, verpflichten sie. Es bleibt als Alternative nur eine Neuverhandlung oder die Kündigung der entsprechenden Verträge.

Als problematisch erweist sich auch die Referendums Klausel (Art. 190 E-BV). Danach sollen das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden nur noch an völkerrechtliche Verträge gebunden sein, die dem Referendum unterstanden haben. Das gilt gemäss der Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 12) für alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der BV und alle völkerrechtlichen Verpflichtungen des

Bundes und der Kantone. Das könnte zu absurden Situation führen, weil etwa die EMRK mit ihren Grundrechtsgarantien für das Bundesgericht nicht mehr massgebend wäre, im Unterschied zum UNO-Pakt II, der die gleichen Grundrechte verbürgt.

3.3. Absage an die Menschenrechte und an die Verlässlichkeit der Schweiz

Wenn die Schweiz mit einer Verfassungsinitiative völkerrechtliche Verpflichtungen über Bord werfen, z.B. islamfeindliche, gegen die Religionsfreiheit verstossende Anordnungen treffen könnte, käme das einer Absage an die Menschenrechte gleich. Die Schweiz würde sich dafür vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verantworten müssen, und falls sie sich der Pflicht zur Anpassung der entsprechenden Normen widersetzen würde, müsste sie die entsprechenden Sanktionen (hin zur Suspendierung ihrer Mitgliedschaft im Europarat) gewärtigen. Ähnlich verhält es sich, wenn die Schweiz nach Abschluss eines bilateralen Vertrages mit einer Verfassungsinitiative das Ganze rückgängig machen würde. Das würde die Verlässlichkeit der Schweiz als Vertragspartner längerfristig mit Sicherheit schwer gefährden.

3.4. Verabsolutierung der Volkssouveränität

Die Selbstbestimmungsinitiative stellt letztlich auch eine unzulässige Verabsolutierung der Volkssouveränität dar. Das Volk kann nicht alles. Es ist eingebunden in das von ihm selbst und der Staatengemeinschaft geschaffene Staatsgebilde und angehalten zur Einhaltung der Menschenrechte und der Verfahrensprinzipien. Allmachtsansprüche – „das Volk kann alles“! – und die Inanspruchnahme und Verabsolutierung des Volkswillens, wie sie der Selbstbestimmungsinitiative derzeit verbreitet vorkommen, verkennen, dass Demokratie und Rechtsstaat (und dazu gehört auch die Vertragstreue) aufeinander bezogen sind, sich gegenseitig bedingen und das eine nicht ohne das andere zu haben ist. Es geht auch hier nicht um eine Frage der Über- oder Unterordnung des einen Prinzips, sondern um eine differenzierte Zuordnung.

Fazit

Niccolò Raselli

Mögliche Konsequenzen der sog. Selbstbestimmungsinitiative für das Bundesgericht¹

„Was ist mit dir los, humanistisches Europa, du Verfechterin der Menschenrechte, der Demokratie und der Freiheit?“²

Übersicht

I Ziele der Selbstbestimmungsinitiative

II Mögliche Konsequenzen einer Annahme der Initiative

- 1. Keine Änderung des Vorrangs staatsvertraglich gewährleisteter Menschenrechtsverträge*
- 2. Selbstbestimmungsinitiative als Drohkulisse*

III Mögliche Konsequenzen einer Kündigung der EMRK

- 1. Beim Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und der Bundesverfassung*
- 2. Bei Widersprüchen zwischen einzelnen Verfassungsbestimmungen*
- 3. Bei klaren Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen*
 - 3.1 UNO-Pakt II*
 - 3.2 Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts*

IV Schluss

I Ziele der Selbstbestimmungsinitiative

Laut Nationalrat Hans-Ueli Vogt, dem „Vater“ der so genannten Selbstbestimmungsinitiative, zielt diese letztlich auf eine Kündigung der EMRK ab.³ Dabei stört sich Nationalrat Vogt weniger an der Konvention selber als vielmehr daran, was die Richter und Richterinnen des EGMR daraus machen.⁴ Die Schweiz, so Vogt, halte sich an Staatsverträge, die sie geschlossen habe. Aber wenn ein Vertrag sich in eine Richtung entwickle oder eine Organisation Dinge beschliesse, die das

¹ Schriftliche Fassung des Referates anlässlich der Veranstaltung von Dialog EMRK zur Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter“ vom 13. Juni 2016 in Bern.

² Mit diesen Worten appellierte der Argentinier Papst Franziskus anlässlich der Überreichung des Aachener Karlspreises an die Europäer (Süddeutsche Zeitung vom 7./8. Mai 2016, S. 1).

³ Eigener Angabe zufolge hat Nationalrat Vogt die Idee der so genannten Selbstbestimmungsinitiative – als Reaktion auf das Urteil des Bundesgerichtes 139 I 16 - mit einem Brief an alt Bundesrat Blocher ausgelöst (NZZ vom 27. November 2014, Ich glaube an die Weisheit des Volkes, S. 12; WOZ vom 21. August 2014, Das Schweizer Volk über alles, S. 3).

⁴ Siehe Fn. 3.

Schweizer Volk nicht mehr wolle, dann gehe der Volkswille vor.⁵ Entsprechend wird gelegentlich auch behauptet, zwischen der EMRK und der Bundesverfassung gebe es keine Konflikte, Probleme ergäben sich vielmehr aus der Interpretation der EMRK durch die Richter und Richterinnen in Strassburg.⁶ Diese Argumentationslinie gilt es näher zu betrachten.

Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der EGMR mitunter Entscheidungen fällt, die Anlass zu berechtigter Kritik geben können. Doch von welchem Gericht kann das nicht auch gesagt werden? Darum geht es aber gar nicht. Heute stehen eine ganze Reihe erfolgreicher Volksinitiativen in offenem Widerspruch zu Prinzipien und Garantien der Bundesverfassung und der EMRK. Das hat nichts mit der Rechtsprechung des EGMR zu tun. Die Minarett-Initiative verstösst gegen die Glaubens- und Kultusfreiheit (Art. 15 BV, Art. 9 EMRK).⁷ Die Verwahrunginitiative verstösst gegen das elementare Recht jeder Person, der die Freiheit entzogen ist, jederzeit ein Gericht anzurufen (Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Abs. 4 EMRK). Die Pädophileninitiative verstösst mit dem absoluten Berufsverbot gegen das Recht auf Privatleben, zu dem auch die berufliche Entwicklung gehört, sowie gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK).⁸ Der Automatismus der Ausschaffunginitiative verstösst gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 36 BV, Art. 8 EMRK) und den Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV).

Staatsverträge menschenrechtlichen Inhalts haben nach der Praxis des Bundesgerichtes gegenüber widersprechenden Normen des Bundes Anwendungsvorrang. Daran erinnerte das Bundesgericht das Parlament in seiner Entscheidung 139 I 16 und gab im Hinblick auf die Umsetzung der Ausschaffunginitiative zu bedenken, dass deren Automatismus mit den menschenrechtlichen Garantien der EMRK nicht vereinbar ist. An diesem Entscheid hat Nationalrat Vogt Anstoss genommen und die auf eine Kündigung der EMRK zielende so genannte Selbstbestimmungsinitiative angestossen.⁹ Dies macht deutlich, dass es bei der so genannten Selbstbestimmungsinitiative darum geht, den letzten Damm gegen radikale, menschenrechtswidrige Initiativen zu schleifen, aber auch, die Dritte Gewalt zu schwächen und damit das Prinzip der Gewaltenteilung zu relativieren. Die Bezeichnung „Selbstbestimmungsinitiative“ ist insofern ein Etikettenschwindel. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Anti-Menschenrechtsinitiative.

⁵ NZZ vom 27. Oktober 2014, Die SVP befürchtet einen Souveränitätsabbau, S. 7.

⁶ So Nationalrat Gregor Rutz, NZZ vom 26. Juni 2015, S. 9.

⁷ Der Kölner Kardinal Rainer Maria Woelki hat das kürzlich mit den folgenden Worten auf den Punkt gebracht: „Wer Ja zu Kirchtürmen sagt, der muss auch ja zu Minaretten sagen“ (Süddeutsche Zeitung vom 3. April/1. Mai 2016, S 1).

⁸ Betreffend Verbot beruflicher Tätigkeit im öffentlichen Dienst: EGMR Rs. 41111/98, 42358/98 (Knaut v. Deutschland), Rdn. 1; betreffend Verbot beruflicher Tätigkeit im in der Privatwirtschaft: EGMR Rs. 55480/00, 59330/00 (Sidabras und Dziautas v. Litauen), Rnr. 47 ff.

⁹ Für Nationalrat Vogt ging dieses Urteil „klar zu weit“. Er glaube nicht an eine allgemeingültige Wahrheit und darum auch nicht an irgendwelche Menschenrechte, die imstande sein sollen, Volksentscheide umzustossen: „Durch wen soll denn der konkrete Inhalt der Menschenrechte bestimmt werden?! Durch einen Gott? Oder durch sonst eine überweltliche Ordnung? Daran glaube ich nicht“ (WOZ vom 21. August 2014, S. 3). Damit wird deutlich, dass für die Initianten die menschenrechtlichen Garantien und rechtsstaatlichen Errungenschaften letztlich zur Disposition stehen.

II Mögliche Konsequenzen einer Annahme der Initiative

1. Keine Änderung des Vorrangs staatsvertraglich gewährleisteter Menschenrechtsverträge

Nach der auf das 19. Jahrhundert zurückgehenden¹⁰ und heute noch massgebenden Rechtsprechung kommt dem Völkerrecht im Verhältnis zu Bundesgesetzen grundsätzlich (Anwendungs-)Vorrang zu, der sich auch auf spätere Gesetze bezieht, sodass die *lex posterior*-Regel nicht zur Anwendung gelangt.¹¹ Hiervon wird ausnahmsweise abgewichen, wenn der Bundesgesetzgeber "bewusst" gegen das Völkerrecht verstossen wollte. Diesfalls sollen die rechtsanwendenden Behörden an das Bundesgesetz gebunden sein. Die Frage, ob diese sog. Schubert-Praxis¹² einer vertieften Prüfung standhält,¹³ ist im hier interessierenden Kontext nicht relevant, da die staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträge, die EMRK und der UNO-Pakt II, im Konfliktfall Bundesgesetzen auf jeden Fall vorgehen: Mit der Entscheidung 125 II 417, der sog. PKK-Praxis, relativierte das Bundesgericht im Jahre 1999 die Schubert-Praxis dahingehend, dass Landesrecht Völkerrecht dann nicht vorgeht, wenn die in Frage stehende völkerrechtliche Norm dem Schutz der Menschenrechte dient.¹⁴

Gemäss der Selbstbestimmungsinitiative sollen nur noch völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstand, für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich sein.¹⁵ Das soll nicht nur für künftige, sondern auch für alle bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone gelten.¹⁶ Heisst das, dass bei einer Annahme der Initiative der EMRK, die bekanntlich nicht dem Referendum unterstand, im Konfliktfall kein Anwendungsvorrang mehr zukommen würde?

¹⁰ BGE 7 774 E. 4. S. 783, 18 189 E. 3 S. 193. In BGE 21 (1895) E. 3 S. 710 erklärte das Bundesgericht, dass staatsvertragliche Verträge solange gelten, als sie nicht gekündigt oder im gegenseitigen Einverständnis revidiert worden sind, und deshalb nicht einseitig modifiziert oder ausser Kraft gesetzt werden können.

¹¹ BGE 139 I 16 E. 5.1 28, 135 II 243 E. 1 249, 125 II 417 E. 4d 425.

¹² BGE 99 Ib 39. Die Entscheidung hatte als Ausgangslage den Sachverhalt, dass der österreichische Staatsbürger Schubert Land in der Schweiz kaufen wollte, was ihm durch die kantonalen Behörden untersagt wurde, da dieser Landkauf bewilligungspflichtig sei. Die Behörden stützten sich auf ein neueres Gesetz und Schubert auf einen älteren Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich, wonach Schweizer und Österreicher beim Erwerb von Grundstücken gleich zu behandeln sind.

¹³ Immerhin so viel: Es mutet paradox an, dass bewusste Verletzungen vertraglicher Verpflichtungen gewissermassen „honoriert“ werden, indem statt des Vertrages dessen Verletzung Rechtswirksamkeit erlangen soll. Aufgrund rechtlicher Überlegungen ist das nicht nachvollziehbar. In seiner Antwort auf eine Interpellation von Nationalrat Vogt, der wissen wollte, wie sich der Bundesrat zum Urteil des Bundesgerichtes 2C_716/2014 (BGE 142 II 35) positioniere, das von der Schubert-Praxis abweicht, erklärte dieser, dass die Schubert-Praxis nur ein „letztes Mittel“ bleibe, da sie einen Vertragsbruch darstelle. Völkerrechtliche Verträge seien bindend und von den Vertragsparteien nach Treu und Glauben zu erfüllen (NZZ vom 13. Mai 2016, Landesrecht soll Völkerrecht nicht brechen, S. 17). Siehe dazu auch Walter Kälin, Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?, in: ZSR 112 (1993), Hb. I, 77 ff.

¹⁴ Fraglich war in BGE 125 II 417, ob die schweizerische Zollbehörde Propagandamaterial der kurdischen Vereinigung der PKK beschlagnahmen durfte. Streitig waren das völkerrechtlich garantierte Meinungsäusserungsrecht sowie Regelungen, wie mit staatsgefährlichem Propagandamaterial umzugehen ist. Zur Bestätigung dieser Praxis siehe BGE vom 26. November 2015 (2C_716/2014), E. 3.2.

¹⁵ Gemäss dem Initiativtext lautet Art. 190 BV wie folgt: „Bundesgesetze und völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.“ E contrario wären es die anderen nicht.

¹⁶ Gemäss dem Initiativtext lautet die Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 12 BV): „Mit ihrer Annahme durch Volk und Stände werden die Artikel 5 Absätze 1 und 4, 56a und 190 auf alle bestehenden und künftigen Bestimmungen der Bundesverfassung und auf alle bestehenden und künftigen völkerrechtlichen Verpflichtungen des Bundes und der Kantone anwendbar.“

Die EMRK wurde von den Eidgenössischen Räten am 3. Oktober 1974 genehmigt und musste nach der damaligen Rechtslage weder dem fakultativen noch dem (damals ungeschriebenen) obligatorischen Referendum unterstellt werden. Gemäss Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹⁷ binden völkerrechtliche Verträge die Vertragsparteien und sind von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen. Dieses Übereinkommen unterstand dem fakultativen Referendum.¹⁸ Die Maxime „Pacta sunt servanda“ bildet damit einen festen Bestandteil unserer Rechtsordnung und ist gemäss Art. 190 BV verbindlich. Völkerrechtliche Regeln sind, solange sie für unser Land in Kraft sind, von allen Staatsorganen einzuhalten und anzuwenden. Einem verbindlichen Staatsvertrag kann die Anwendung auch nicht unter Berufung darauf versagt werden, die innerstaatliche Kompetenzordnung sei nicht eingehalten worden.¹⁹ Oder um es mit den Worten von Pierre Widmer zu sagen: Es ist eine bare Selbstverständlichkeit, dass Verpflichtungen gegenüber gleichrangigen Partnern internen Organisationsnormen und Hausordnungen vorgehen.²⁰ Im Übrigen unterstanden infolge der veränderten Verfassungslage spätere Beitritte zu EMRK-Protokollen, namentlich der Beitritt der Schweiz zum 14. Protokoll dem Referendum,²¹ ohne dass davon Gebrauch gemacht worden wäre. Auf dieses 14. Protokoll geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner heutigen Ausgestaltung im Wesentlichen zurück. Seither sind Zweifel an der demokratischen Legitimität der EMRK obsolet und Polemiken gegen den EGMR (sog. "fremde Richter") geradezu unverständlich. Schliesslich garantiert der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) weitgehend die gleichen Menschenrechte wie die EMRK. Der Beitritt der Schweiz zum UNO-Pakt II wurde von den Eidgenössischen Räten am 13. Dezember 1991 genehmigt und dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstellt.²² Eine Annahme der Initiative würde nichts am (Anwendungs-)Vorrang staatsvertraglich gewährleisteter Menschenrechtsverträge ändern. Insoweit ist die Selbstbestimmungsinitiative nichts als heisse Luft.

2. Selbstbestimmungsinitiative als Drohkulisse

Gefährlich ist die Initiative aus einem anderen Grund, liegt doch die Kündigung der EMRK in ihrer Stossrichtung. Denn im Fall eines Widerspruchs zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und der Bundesverfassung ist der betreffende völkerrechtliche Vertrag laut der Initiative zu kündigen.²³

¹⁷ SR 0.111.

¹⁸ AS 1990, S. 1111.

¹⁹ BGE 120 Ib 360 E 2c; VEB 53/1989 Nr. 54 S. 400 und 403.

²⁰ NZZ vom 24. April 1992, S. 89. Siehe dazu im Einzelnen Walter Kälin/Stefan Schlegel, Schweizer Recht bricht Völkerrecht?, Bern April 2014, S. 14. Siehe auch Andreas Auer, Die Abschaffung der Demokratie durch die Demokratie, NZZ vom 13. April 2015: "...selbst wenn der Satz in die Verfassung einziehen sollte, kommt der Richter nicht darum herum, im Einzelfall zuerst denn Sinngehalt der streitigen Normen durch Auslegung festzulegen, sodann zu entscheiden, ob tatsächlich ein Konflikt vorliegt, und schliesslich zu bestimmen, was die zur Anwendung kommenden Vorrangregeln im Detail bewirken und bedeuten."

²¹ AS 2009, S. 3065.

²² AS 1993, S. 749.

²³ Gemäss dem Initiativtext lautet die fragliche Bestimmung (Art. 56a Abs. 2 BV): „Im Fall eines Widerspruchs sorgen sie (scil.

Sollte das Bundesgericht beispielsweise in einem Fall, wo die Verfassung bzw. das ausführende Gesetz automatische Rechtsfolgen vorsieht, zum Schluss gelangen, dass der Verzicht auf eine Prüfung der Verhältnismässigkeit nicht nur verfassungswidrig, sondern auch EMRK-widrig und infolgedessen dem Gesetz wegen des Anwendungsvorrangs der EMRK die Gefolgschaft zu verweigern ist, würde daraus ein Widerspruch resultieren, der unweigerlich die Kündigung der EMRK nach sich ziehen würde. An diesem Ergebnis würde auch nichts ändern, sollte das Bundesgericht vor dem Hintergrund der Drohkulisse vom (Anwendungs-)Vorrang des Völkerrechts abrücken. Würde die betroffene Person den EGMR anrufen und dieser eine Verletzung der EMRK feststellen, käme es ebenfalls zum Widerspruch, der unweigerlich die Kündigung der EMRK zur Folge hätte. Realistischerweise wäre daher nach einer Annahme der so genannten Selbstbestimmungsinitiative früher oder später mit der Kündigung der EMRK zu rechnen.

III Mögliche Konsequenzen einer Kündigung der EMRK

1. Beim Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und der Bundesverfassung

Da die Bundesverfassung und die EMRK im Wesentlichen die gleichen Menschenrechte garantieren, bedeutet ein Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und der Verfassung auch einen Konflikt mit der EMRK. Diese würde aber nach einer Kündigung keine Rolle mehr spielen. Da Bundesgesetze mangels Verfassungsgerichtsbarkeit verbindlich sind (Art. 190 BV), stünden die Gerichte einem verfassungswidrigen Abbau menschenrechtlicher Garantien weitgehend machtlos gegenüber. Zwar sind Bundesgesetze gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichtes verfassungskonform auszulegen.²⁴ Doch stösst der Spielraum dort an Grenzen, wo der klare Wortlaut bzw. Wortsinn einer solchen Auslegung entgegensteht.²⁵ In diesem Fall wäre gegen ein Bundesgesetz, das gegen ein verfassungsmässig garantiertes Menschenrecht verstösst, mangels Verfassungsgerichtsbarkeit und infolge einer Kündigung der EMRK kein Kraut gewachsen.

Auf die Rolle, welche der nicht kündbare UNO-Pakt II, aber auch das von der Initiative vorbehaltene zwingende Völkerrecht²⁶ in einer solchen Situation spielen könnten, wird zurückzukommen sein.

2. Bei Widersprüchen zwischen einzelnen Verfassungsbestimmungen

Die "getreue" Umsetzung einer Verfassungsinitiative ins Gesetz ist für die Gerichte verbindlich (Art.190 BV), auch wenn sie im Anwendungsfall gegen andere Normen der Bundesverfassung verstösst, z.B. gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip wie bei den jüngsten Verfassungsnovellen.

Bund und Kantone) für eine Anpassung der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung, nötigenfalls durch Kündigung der betreffenden völkerrechtlichen Verträge.“

²⁴ Grundlegend BGE 106 Ia 136.

²⁵ BGE 140 I 305, 138 II 217 E. 4.1 224, 131 II 697.

²⁶ Gemäss Art. 56a des Initiativtextes bleiben die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vorbehalten.

Daraus ergibt sich vorab für den Gesetzgeber ein Dilemma, denn das in der Bundesverfassung verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip²⁷ behält als übergeordnete Norm seine Geltung auch gegenüber extremen Initiativen, sofern es nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.²⁸ Schliesst der in der Ausschaffungsinitiative vorgesehene Automatismus die Einzelfallprüfung und damit das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht zumindest sinngemäss aus? Eine heikle Frage. Allein, die EMRK hat dem Parlament den Weg gewiesen. Ohne den Schutzfaktor EMRK, vor dessen Hintergrund das Parlament in die Ausführungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative die Härtefallklausel eingebaut hat,²⁹ wäre heute mit grosser Wahrscheinlichkeit die menschenrechtswidrige automatische Ausweisung Tatsache.

3. Bei klaren Verfassungsbestimmungen

Was bleibt nach einer Kündigung der EMRK, wenn durch eine Verfassungsnovelle ein garantiertes Menschenrecht klar eingeschränkt oder gar aufgehoben wird, wie es bei der Minarett-Initiative Fall ist und bei der verworfenen Durchsetzungsinitiative der Fall gewesen wäre?

3.1 UNO-Pakt II

Es bleibt der nicht kündbare UNO-Pakt II,³⁰ der im Wesentlichen die gleichen Menschenrechte wie die EMRK garantiert. Wegen des Anwendungsvorrangs des UNO-Paktes II müsste einem menschenrechtlichen Garantien widersprechenden bundesrechtlichen Erlass, ob auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe, die Gefolgschaft verweigert werden. Heisst das, dass auch eine Kündigung der EMRK letztlich ein untauglicher Versuch wäre, den Vorrang menschenrechtlicher Staatsverträge zu unterlaufen? Die Antwort lautet: Ja. Zwar sind Entscheidungen des UNO-Menschenrechtsausschusses völkerrechtlich nicht bindend,³¹ doch ändert das nichts an den staatsvertraglich eingegangenen Verpflichtungen. Pacta sunt servanda. Eine andere Frage ist, ob die Gerichte die erforderliche Standfestigkeit hätten, um einzig Recht und Gewissen zu folgen und nicht politischem Druck zu weichen und die Menschenrechte konsequent zu verteidigen, wenn einmal die EMRK gekündigt wäre.

²⁷ Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig und gemäss Art. 36 Abs. 3 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten verhältnismässig sein.

²⁸ Markus Müller, Radikale Volksinitiativen und Verhältnismässigkeit, NZZ vom 18. Juni 2014.

²⁹ Art. 66a Abs. 2 StGB und Art. 49a Abs. 2 MStGB. Nach diesen Bestimmungen, die voraussichtlich am 1. Oktober 2016 in Kraft treten werden, kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind.

³⁰ Der UNO-Pakt II weist im Gegensatz zur EMRK keine Kündigungsklausel auf mit der Folge, dass er im Prinzip unkündbar ist.

³¹ Weil Entscheidungen des UNO-Menschenrechtsausschusses völkerrechtlich nicht bindend sind, wird eine Verletzung des UNO-Paktes II gelegentlich als weniger gravierend angesehen, was eine „politische“ Überlegung sein mag, rechtlich aber unhaltbar ist.

3.2 Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts

Der mit Rechtsprechungsautomatismen einhergehende vollständige Ausschluss des Verhältnismässigkeitsprinzips verletzt im Übrigen bei Eingriffen in die Menschenrechte zwingendes Völkerrecht. Das Verhältnismässigkeitsprinzip untersagt selbst in Notzeiten Automatismen, welche die Berücksichtigung individueller Interessen durch die rechtsanwendenden Behörden verhindern. Das muss erst recht in Zeiten gelten, in welchen kein Notstand im Sinne der Derogationsklauseln herrscht.³²

IV Schluss

Mit der Kündigung der EMRK gerieten Richter und Richterinnen unter enormen politischen Druck. Vertragstreue und Verteidigung menschenrechtlicher Garantien würden von der populistischen Rechten als Missachtung des Volkswillens denunziert.³³

Mit den nunmehr schrankenlosen Automatismen würde zudem die Justiz ausgeschaltet, d.h. die der Rechtsprechung vorbehaltenen Entscheidungen wären im Ergebnis vorab von der gesetzgebenden Gewalt gefällt. Auch das ist eine – nicht deklarierte – Zielsetzung der Selbstbestimmungsinitiative. Letztlich beschneidet die Initiative nicht die Macht der so genannten „fremden“ Richter, sondern die Kompetenz der eigenen Richter und Richterinnen. Sie stellt die Gewaltenteilung ernsthaft in Frage; ein Phänomen, das in Europa Schule zu machen scheint. Man denke an Ungarn, man denke an Polen.

³² Jörg Künzli/Walter Kälin, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? - Gedanken zu Art. 136 Abs. 3 BV, in: Jusletter next: 23. Juni 2014, insbesondere die Rz. 24 ff.

³³ Noch ist die Erinnerung wach an die Justizpolemik nach Bekanntwerden der Einbürgerungsentscheidungen des Bundesgerichtes (BGE 129 I 217 und 232) und die unverhohlene Drohung mit einschneidenden Konsequenzen bei den nächsten Wiederwahlen nach Bekanntwerden der Rassendiskriminierungsentscheidung BGE 130 IV 111. So Nationalrat Blocher in seiner Rede vom 1. August 2003 in Vorderthal (Le Temps vom 22. November 2010, S. 3).



Séance d'information sur l'initiative populaire « Le droit suisse au lieu des juges étrangers »
du 13 juin 2016

Les conséquences de l'initiative « pour l'auto-détermination » pour l'économie

Cristina Gaggini, directrice romande d'economiesuisse

Seul le texte prononcé fait foi

Mesdames, Messieurs les élus aux Chambres fédérales,

Nous prenons très au sérieux l'initiative dite « pour l'auto-détermination » compte tenu de l'importance du droit international et des échanges avec l'étranger pour nos entreprises. Je tiens toutefois d'emblée à préciser que nos instances dirigeantes n'ont pas encore pris position. Nous le faisons jamais aussi longtemps qu'une initiative n'est pas déposée. Mes propos se fondent donc sur une première analyse interne qui sera dûment étayée dans un avenir proche avec le concours d'experts, afin que nos membres puissent se prononcer sur une base solide et en toute connaissance de cause.

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est clairement en ligne de mire. Mais, elle va bien au-delà. De par sa formulation très large et floue, elle ouvre en effet la porte à de nombreuses questions qui pourraient avoir de fâcheuses conséquences pour l'économie.

L'initiative présente au moins cinq aspects particulièrement problématiques de notre point de vue. Je les présenterais brièvement, étant entendu que certains d'entre eux font actuellement l'objet de vérification.

Impact pour la place économique, première analyse

1. La CEDH est importante aussi pour l'économie

La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) assure la protection juridique des personnes physiques. Mais elle n'est de loin pas sans importance pour les personnes morales. La CEDH a fourni de notables impulsions notamment en matière de droit procédural et organisationnel ; en clair, pour le règlement des litiges. Elle devrait aussi jouer un rôle en matière de protection des données; un enjeu de taille pour réussir le virage de la digitalisation. C'est dire si nous ne sous-estimons pas l'importance de la CEDH.

2. D'importants accords internationaux pourraient être remis en question voire être résiliés

Selon l'initiative, seuls les lois fédérales et les traités internationaux sujets ou soumis à référendum seront décisifs pour la jurisprudence suisse (Cst. art 190). Or, de nombreux accords internationaux très importants pour l'économie n'ont pas été soumis à référendum. Ils sont donc potentiellement en danger.

Selon une première analyse interne, qui sera vérifiée, les accords internationaux suivants pourraient être touchés par l'initiative :

- accords de libre-échange
- accords de double-imposition (de 2003-2009)
- conventions de protection des investissements
- conventions de sécurité sociale conclues avec de nombreux pays
- accords bilatéraux avec l'UE.

De plus, il n'est pas encore clair si partie des accords conclus dans le cadre de l'OMC seraient eux aussi concernés. L'accord en tant que tel avait été soumis à référendum est donc quasi « validé », mais qu'en est-il des « détails additionnels » ?

Tout aussi problématique est le fait que l'initiative introduit un autre facteur d'insécurité juridique majeure à savoir un **effet rétroactif**. L'art. 56a de la Constitution serait modifié comme suit : „*en cas de conflit d'obligations, la Confédération et les cantons veillent à ce que les obligations de droit international soient adaptées aux dispositions constitutionnelles, au besoin en dénonçant les traités internationaux concernés*“. Je vous laisse imaginer ce que signifierait pour l'économie être confrontée au risque permanent que des traités internationaux soient remis en question par après...

Enfin, il convient de ne pas sous-estimer l'importance que revêt l'accès aux Cours d'arbitrage internationales. Il est essentiel que les entreprises puissent y recourir pour régler des différends.

3. Affaiblissement significatif de notre crédibilité sur la scène internationale et en tant que partenaire contractuel

L'initiative provoquerait certainement une perte de crédibilité de la Suisse en tant que partenaire contractuel : quel Etat voudrait conclure un nouvel accord, sachant qu'après quelques temps notre engagement pourrait être cassé au motif que le droit suisse prévaut ? Que resterait-il de l'acceptation de la Suisse en tant que sujet de droit international ?

Un petit Etat comme le nôtre a besoin que des accords internationaux règlent les relations entre le plus grand nombre de nations. C'est le seul moyen de protéger nos intérêts.

Si la Suisse perd sa crédibilité en tant que partenaire contractuel et ne s'engage plus à respecter le droit international, elle enterre par là-même les principes mêmes qui assurent sa souveraineté, y compris la reconnaissance de ses frontières. C'est tout de même paradoxal pour une initiative qui prétend la renforcer !

4. Sortir de l'impasse avec l'UE encore plus difficile

Mais revenons un instant aux accords qui pourraient être sous le coup de cette initiative.

Les initiants ne cachent pas leurs intentions. Dans leur argumentaire, ils affirment vouloir combattre la soi-disant « adhésion insidieuse à l'UE » en citant expressément l'accord-cadre en cours de négociation. Mais ils font aussi référence à l'accord sur la libre circulation des personnes. Selon leurs propres termes « *Le Conseil fédéral ne pourra plus signer avec l'UE un accord sur la circulation des personnes si ce traité contredit le texte constitutionnel issu de l'IP "contre l'immigration de masse" .*

« Par exemple, le Conseil fédéral ne pourra plus signer avec l'UE un accord sur la circulation des personnes si ce traité contredit le texte constitutionnel issu de l'initiative populaire "contre l'immigration de masse". Et le gouvernement ne pourra pas convenir avec l'UE d'un accord qui oblige la Suisse à reprendre automatiquement le droit UE (un accord-cadre sur les dites questions institutionnelles), car la Constitution stipule qu'en Suisse les lois doivent être approuvées par le parlement, éventuellement avec la participation du peuple. » (page 34 de l'argumentaire UDC)

Nous connaissons tous les difficultés de sortir de l'impasse après le 9 février 2014 et le long chemin qu'il nous reste à parcourir. De même, nous savons que notre partenaire tient à un accord-cadre et qu'il le lie à la résolution de la question de l'immigration.

L'analyse détaillée est en cours, mais l'on peut d'ores et déjà affirmer que l'initiative torpillerait les efforts en cours pour sauver la voie bilatérale. Ce alors même que selon les plus récents sondages, une majorité de nos concitoyens se déclarent en faveur d'une mise en œuvre flexible de l'initiative « contre l'immigration de masse » afin de préserver les Bilatérales.

5. Changement radical du système juridique suisse : du monisme au dualisme

Actuellement en Suisse, un traité de droit public conclu n'a pas besoin d'être transposé dans le droit national; il constitue un droit immédiatement applicable également à l'intérieur du pays. Ce principe est appelé monisme. Avec l'initiative, nous passerions à un système dualiste : le droit international devrait être transféré dans un décret de droit national pour s'appliquer dans le pays (dualisme). Un tel changement serait radical.

Faudra-t-il soumettre chaque futur accord à référendum ? Cela provoquerait un monstre bureaucratique. Et surtout, cela ne correspond à l'évidence pas au souhait du Souverain, qui a balayé en 2012 l'initiative de l'ASIN „Accords internationaux la parole au peuple“ (tous les cantons et 75% des voix).

Conclusion

En guise de conclusion, je dirai que cette initiative contient de nombreux ingrédients hautement explosifs.

Les traités représentent en effet des règles communes entre partenaires placés sur un pied d'égalité, qu'il s'agisse de citoyens ou d'Etats. Ils permettent à des partenaires de faire valoir leurs intérêts sur la base d'un consentement mutuel.

Subordonner le droit international au droit national revient à placer ses propres règles au-dessus des règles qui ont été négociées en commun avec les partenaires. Les engagements de la Suisse ne pourraient dès lors plus être pris au sérieux et perdraient toute crédibilité sur la scène internationale, qu'il s'agisse par exemple d'un traité de navigation sur le Lac Léman, d'un accord sur la double imposition ou d'un accord sur la libre circulation. La Suisse se musellerait elle-même et réduirait sa propre marge de négociation. Or, la Suisse a besoin plus que d'autres Etats de pouvoir se reposer sur le droit international.

Sans parler des conséquences d'un aussi sensible affaiblissement de la sécurité du droit qui aurait des conséquences très négatives pour l'attractivité de la place économique et les investissements. Ni des conséquences d'une profonde déstabilisation des relations économiques extérieures pour l'emploi.

Isoler à ce point la Suisse sur la scène internationale ne peut être une option.