

Völkerrechtskonforme Auslegung aus schweizerischer Sicht: Ein Randphänomen?

Evelyne Schmid*

Universität Lausanne, Lausanne, Schweiz

evelyne.schmid@unil.ch

Abstract	783
Keywords	784
I. Einleitung	784
II. Drei Grundannahmen zur völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz	786
1. Kompatibilitätsvermutung	787
2. Annahme einer Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung	789
3. Völkerrechtskonforme Auslegung als „Prävention“ von Konflikten	790
III. Die Voraussetzungen der völkerrechtskonformen Auslegung	791
1. Ein sogenannter „unechter Konflikt“ liegt vor	792
2. Ein Organ ist (und fühlt sich) zuständig für die Auslegung	793
3. Die völkerrechtliche Norm ist bekannt und ihre Relevanz anerkannt	794
IV. Einordnung	795
1. Meistens ein Schwert, manchmal auch ein Schild	795
2. Ein Randphänomen bei unzureichender gesetzgeberischer Umsetzung	798
V. Fazit	802
Summary: Interpretation in Accordance with International Law from a Swiss Point of View: a Marginal Phenomenon?	803
Keywords	803

Abstract

Dieser Beitrag bespricht die völkerrechtskonforme Auslegung in der Schweiz und diskutiert, inwiefern diese ein Indiz für eine völkerrechtsfreundliche Verfassung ist. Ich stelle erstens fest, dass die völkerrechtskonforme Auslegung in der Schweiz zwar durchaus der Völkerrechtsfreundlichkeit

* Die Autorin ist Professorin für Völkerrecht an der Universität Lausanne. Sie dankt den Professoren *Andreas Th. Müller*, *Walter Obwexer* und *Werner Schroeder* sowie dem gesamten Team des Instituts für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck für die Organisation der Tagung im Herbst 2022, Prof. *Odile Ammann* für zahlreiche und allesamt relevante und konstruktive (noch dazu überaus zeitnahe) Anmerkungen, *Margot Suter*, MLaw, und *Ella Volz*, MLaw, für vorbereitende Recherchen sowie Dr. *Robert Stendel* für die angenehme Begleitung des Publikationsprozesses. Dank gebührt auch dem schweizerischen Nationalfonds: Teilaufgaben dieses Beitrages beruhen auf Ergebnissen des vom schweizerischen Nationalfonds SNF unterstützten Projektes Nr. 182148.

gedient hat, aber dass drei Voraussetzungen gegeben sein müssen, bevor die völkerrechtskonforme Auslegung zum Tragen kommen kann. Darauf aufbauend komme ich zweitens zum Schluss, dass die völkerrechtskonforme Auslegung zur „Messung“ der Völkerrechtsfreundlichkeit der schweizerischen Rechtsordnung nur bedingt taugt, da sie bei zahlreichen Konstellationen keine Wirkung entfaltet und den Blick auf eine bescheidene Anzahl von Gerichtsfällen verengt. Im Verhältnis zur Gesamtheit aller Herausforderungen, welche sich bei der Umsetzung von Völkerrecht in der schweizerischen Rechtsordnung stellen, ist die völkerrechtskonforme Auslegung gar nur ein Randphänomen.

Keywords

Völkerrechtskonforme Auslegung – Schweiz – Völkerrecht – Völkerrechts-freundlichkeit

I. Einleitung

Die Grundidee der völkerrechtskonformen Auslegung ist das Streben, landesrechtliche Normen so auszulegen, dass das Landesrecht mit dem Völkerrecht im Einklang steht. Der schweizerische Bundesrat (d. h. die Exekutive auf Bundesebene) fasst die Rechtsprechung so zusammen: „Bei der völkerrechtskonformen Auslegung wird der landesrechtlichen Norm unter mehreren vertretbaren Lesarten jene Bedeutung beigemessen, die dem Sinn der völkerrechtlichen Norm entspricht.“¹

Ich werde in diesem Beitrag zwei Thesen zur völkerrechtskonformen Auslegung vertreten: Erstens werde ich aufzeigen, dass die völkerrechtskonforme Auslegung in der Schweiz durchaus der Völkerrechtsfreundlichkeit – im Sinne einer Bereitschaft, völkerrechtlichen Normen zum Durchbruch zu verhelfen² – gedient hat, aber dass sie voraussetzungsreich ist. Zweitens werde ich argumentieren, dass die völkerrechtskonforme Auslegung zur „Messung“ der Völkerrechtsfreundlichkeit der schweizerischen Verfassung oder gar der gesamten Rechtsordnung nur sehr bedingt taugt. Die völker-

¹ Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5369 f.

² Für eine umfassendere Definition der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ müssten verschiedene Parameter berücksichtigt werden. Es muss aus Platzgründen hier ausreichen, darauf abzustützen, inwiefern die Gewalten Bereitschaft zeigen, internationalen Normen innerstaatlich Relevanz beizumessen.

rechtskonforme Auslegung kommt bei zahlreichen Konstellationen nicht zum Tragen und verengt die Sicht auf eine im Verhältnis zur gesamten Umsetzungsproblematik des Völkerrechts in der landesrechtlichen Rechtsordnung bescheidene Anzahl von Fällen.

Nach kurzen Erläuterungen zum Fokus dieses Beitrages beginne ich mit den drei Grundannahmen, unter welchen die völkerrechtskonforme Auslegung in der Schweiz diskutiert wird (Abschnitt II.). Abschnitt III. widmet sich den drei Voraussetzungen der völkerrechtskonformen Auslegung. In der Lehre wird häufig nur eine der drei Voraussetzungen explizit erörtert. Der Beitrag betont die Wichtigkeit des Zusammenspiels aller drei Voraussetzungen und ihre besondere Bedeutung im schweizerischen Rechtssystem mit seiner föderalen Ausprägung und zurückhaltenden Gerichten.

Abschnitt IV. dient der kritischen Einordnung und bespricht die Relevanz der völkerrechtskonformen Auslegung. Die völkerrechtskonforme Auslegung wird gemeinhin als Ausdruck von „Völkerrechtsfreundlichkeit“ verstanden.³ Doch können wir davon ausgehen, dass völkerrechtskonforme Auslegung notwendigerweise „Völkerrechtsfreundlichkeit“ bedeutet? Ich werde aufzeigen, dass es in der Schweiz zumindest einige Konstellationen gibt, in denen dies nicht zutrifft. Zudem werfe ich die Frage auf, welche Rolle die völkerrechtskonforme Auslegung bei unzureichender gesetzgeberischer Umsetzung von Völkerrecht in Anbetracht des drohenden Kollapses der Ökosysteme bisher gespielt hat.

Zwei Bemerkungen zur Auswahl der Quellen für diesen Beitrag drängen sich auf. Erstens habe ich für diesen Beitrag nur die völkerrechtskonforme Auslegung „mit offenem Visier“ analysiert. Wenn ein Gericht oder eine Behörde auslegt, können diese ausdrücklich auf die völkerrechtliche Norm verweisen. Es ist aber auch denkbar, dass eine Richterin, ein Richterschreiber oder ein Gremium an eine völkerrechtliche Norm denken, diese aber nicht explizit erwähnen. Solche „mit geschlossenem Visier“ vorgenommenen Auslegungen kommen in der Praxis wohl vor, können aber aus offensichtlichen Gründen der Datenverfügbarkeit hier nicht mitberücksichtigt werden.

Zweitens ist festzustellen, dass die Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz den Terminus der völkerrechtskonformen Auslegung für Konstellationen reservieren, in denen eine völkerrechtliche Verpflichtung besteht. Diese Bemerkung ist in mindestens drei Konstellationen relevant, in denen ähn-

³ *Katharina Reiling*, Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards, *ZaöRV* 78 (2018), 311–338 (317). Siehe auch den Beitrag von *Anne Peters*, Völkerrechtsfreundlichkeit – vom Lippenbekenntnis zum Tatbeweis, *ZaöRV* 83 (2023), 587–608 (594).

liche Phänomene auftreten, aber keine (oder zumindest keine unmittelbare) Verpflichtung besteht: dort, wo die Schweiz Europarecht autonom nachvollzieht,⁴ bei unterschriebenen, aber noch nicht ratifizierten Staatsverträgen⁵ und bei Empfehlungen von Überwachungsorganen.⁶ In all diesen drei Konstellationen existieren durchaus normative Auswirkungen des Völkerrechtes auf die Auslegung des Landesrechtes, diese werden aber nicht unter dem Begriff der völkerrechtskonformen Auslegung geführt und sind somit nicht Teil dieses Beitrages, welcher sich auf Situationen beschränkt, in denen Konformität rechtlich unzweideutig gefordert ist.

II. Drei Grundannahmen zur völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz

Die Ausgangslage der völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz soll anhand von drei Grundannahmen besprochen werden: die Annahme, dass der Gesetzgeber in aller Regel Völkerrecht nicht verletzen will (1.), die Annahme, dass die völkerrechtskonforme Auslegung obligatorisch ist (2.) und drittens, dass diese gleichzeitig der Prävention und der Bewältigung von

⁴ Beim autonomen Nachvollzug hat der Gesetzgeber schweizerisches Recht ohne staatsvertragliche Verpflichtung dem europäischen nachgebildet. Bei der Auslegung in solchen Fällen spricht das Bundesgericht teilweise von einer „europarechtskonformen Auslegung“ und bezieht sich bei der Auslegung durchaus auf Völker- und Europarecht und nutzt diese Quellen als Auslegungshilfen, spricht aber nicht von einer völkerrechtskonformen Auslegung. So zum Beispiel in BGE 129 III 335, E. 6, 350; oder auch BGE 139 II 173, E. 5, 178 f. In Letzterem interpretierte das Bundesgericht das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte im Lichte des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte, der EMRK, einer EU-Richtlinie sowie der Rechtsprechung des EGMR und des EuGHs. Siehe dazu *Samantha Besson/Odile Ammann*, *L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE: Une lecture de droit international*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (2014) 331-58 (339). Siehe auch Fn. 13 und 31 in diesem Beitrag.

⁵ Da gemäß Art. 18 der Wiener Vertragsrechtskonvention die Erwartung besteht, dass Ziel und Zweck eines Vertrags vor seinem Inkrafttreten nicht vereitelt werden dürfen (Art. 18, Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969 [WVK], UNTS 1155, 331), kann auch hier eine (noch) nicht rechtsverbindliche völkerrechtliche Norm beigezogen werden. Dieser Punkt war für die Aarhus-Konvention zwischen der Unterzeichnung durch die Schweiz 1998 und ihrem Inkrafttreten gegenüber der Schweiz im Juni 2014 relevant (siehe BGE 141 II 233, E. 4.3.2, 241), und wäre es auch in Bezug auf die europäische Sozialcharta, welche die Schweiz 1976 unterschrieben, aber bisher nicht ratifiziert hat.

⁶ Das Bundesgericht zieht bei der Auslegung auch weitere internationale Dokumente heran, die als solche nicht rechtsverbindlich sind, aber z.B. von einem mit „besonderer Autorität ausgestatteten Expertengremium“ stammen. Das Bundesgericht spricht dann nicht von einer völkerrechtskonformen Auslegung, sondern von wichtigen „Erkenntnisquellen für die Auslegung“ (so in einem Urteil, in dem es um Allgemeine Empfehlungen und Abschließende Bemerkungen des CEDAW-Ausschusses ging): BGE 137 I 305, E. 6.5, 325.

Normenkonflikten dienen könne (3.). Bei der Besprechung dieser drei Grundannahmen stellt sich m. E. heraus, dass die völkerrechtskonforme Auslegung zwar dogmatisch zur systematischen Auslegung gehört,⁷ aber über einen Mehrwert verfügt, welcher ihr eigen ist. Dieser Mehrwert soll im nächsten Abschnitt besprochen werden.

1. Kompatibilitätsvermutung

Die eidgenössischen Gerichte, der Bundesrat und die Lehre begründen die völkerrechtskonforme Auslegung in erster Linie mit einer Kompatibilitätsannahme, d. h. der Idee, dass der Gesetzgeber in aller Regel das Völkerrecht nicht verletzen will.⁸

Pierfrancesco Rossi beschreibt drei Modelle, wie die völkerrechtskonforme Auslegung in unterschiedlichen Rechtsordnungen oder in der Literatur begründet wird.⁹ Das erste Modell beruht auf der angenommenen Absicht des Gesetzgebers (*legislative intent model*).¹⁰ Ein zweites Modell beruht auf der Idee, dass das Völkerrecht höherrangig sei und die Auslegung des Landesrechts sich deshalb so ausgestalten müsse, dass höherrangiges Recht nicht verletzt wird (*hierarchical model*). Das dritte Modell beruht auf wertbasierten Präferenzen, d. h. eine Auslegung wird völkerrechtskonform vorgenommen, weil das Resultat oder grundsätzlich der Respekt der völkerrechtlichen Norm als wünschenswert erachtet werden (*axiological model*). Die drei Modelle können sich überschneiden.¹¹

In der Schweiz dominiert seit jeher das erste Modell: die vermutete Kompatibilitätsintention. So schreibt das Bundesgericht im Urteil *Frigerio*, dass es genüge, „festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen will, sofern er nicht ausdrücklich

⁷ Vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnheer, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich: Schulthess 2020, N 98. Die völkerrechtskonforme Auslegung wird zuweilen als eigenständige „Methode“ oder Auslegungsregel bezeichnet (Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5369; BGE 94 I 669, E. 6, S. 678 (*Frigerio*)).

⁸ Helen Keller, Rezeption des Völkerrechts: eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Berlin: Springer 2003, 366. So z. B. in BGE 146 V 87, E. 8.2.2, 92. Oder in einer gemeinsamen Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht vom 26.4.1989, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 53.54, N 14.

⁹ Pierfrancesco Rossi, Using International Law for Construing Domestic Law: A Study of Consistent Interpretation, AVR 58 (2020), 279-306.

¹⁰ Rossi (Fn. 9).

¹¹ Rossi (Fn. 9), 11 f.

in Kauf nimmt, dass völkerrechtswidriges Landesrecht zustande komme“.¹² Auch das Bundesverwaltungsgericht hält gestützt auf die vermutete Absicht des Gesetzgebers fest, dass „grundsätzlich davon auszugehen [ist], der Gesetzgeber wolle abgeschlossene und ratifizierte Staatsverträge beziehungsweise internationale Übereinkommen gelten lassen; im Zweifel muss innerstaatliches Recht daher völkerrechtskonform ausgelegt werden“.¹³

Die Annahme, dass der Gesetzgeber in aller Regel völkerrechtskonform handeln will, ist in der Schweiz durch die sogenannte „*Schubert-Praxis*“ verinnerlicht, welche auf einen vieldiskutierten, aber selten relevanten Bundesgerichtsentscheid von 1973 zurückgeht.¹⁴ Soweit man wirklich von einer „Praxis“ sprechen kann, besagt diese, dass Bundesgesetze dem Völkerrecht ausnahmsweise vorgehen, wenn der Gesetzgeber *bewusst* ein völkerrechtswidriges Gesetz erlässt¹⁵ (und, wie später in der Rechtsprechung präzisiert, nur in Bereichen, welche nicht durch den Menschenrechtsschutz abgedeckt sind).¹⁶ Sofern auch nur Zweifel bestehen, ob der Gesetzgeber bewusst einen Völkerrechtsbruch in Kauf nehmen wollte, ist von der Kompatibilitätsabsicht auszugehen.¹⁷ Zusammenfassend nimmt die Kompatibilitätsannahme zumindest bei der schriftlichen Begründung der völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz viel Gewicht ein.

¹² BGE 94 I 669 E. 6 a, 678 (*Frigerio*); siehe auch BGE 146 V 87, E. 8.2.2., 92 („il faut présumer [...]“) oder Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370: „Die völkerrechtskonforme Auslegung fußt ferner auf der Vermutung, wonach der (ebenfalls an Art. 5 Abs. 4 BV gebundene) Gesetzgeber grundsätzlich kein völkerrechtswidriges Landesrecht schaffen will.“ Für die Lehre, siehe insb. *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justizierbarkeit völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern: Stämpfli 2005, 53.

¹³ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwGer), I. Abteilung vom 28.1.2016, 2016/9 (*Mountain Wilderness*), E. 7.5.2.2. mit Verweisen auf BGE 130 I 312 E. 1.1, 317 und BGE 94 I 669 E. 6 a, 678 (*Frigerio*).

¹⁴ BGE 99 Ib 39, E. 3, 43 (*Schubert*). Für eine Einordnung: *Marco Sassòli*, Völkerrecht und Landesrecht: Plädoyer eines Völkerrechtlers für Schubert, in: *François Bellanger/Jacques de Werra* (Hrsg.) *Genève au confluent du droit interne et du droit international*, Zürich: Schulthess 2012, 185–201; *Stefan Schürer*, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert, ZBl, no. 3 (2015) 116–132.

¹⁵ Schürer (Fn. 15), 44. („La possibilità d’una eventuale e consapevole deroga da parte del legislatore, [...], è determinante nell’ordinamento interno e vincola il Tribunale federale.“). Siehe auch: BGE 112 II 1, E. 8, 13 (*Wohnbau Giswil*).

¹⁶ BGE 125 II 417, 424, E. 4.d. 2022 hat das Bundesgericht die „Schubert-Praxis“ als „ältere, – weitgehend nicht mehr anwendbare Rechtsprechung“ qualifiziert: BGE 148 II 169, E. 5.2, 178.

¹⁷ BGE 99 Ib 39, E. 3, 43 (*Schubert*): „In caso di dubbio [...]“.

2. Annahme einer Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung

Die zweite Grundannahme besteht darin, dass die völkerrechtskonforme Auslegung in der schweizerischen Rechtsprechung, in den Verlautbarungen der Behörden¹⁸ und in der Lehre¹⁹ nicht bloß als freiwillige Möglichkeit verstanden, sondern als Pflicht umschrieben wird.²⁰ Der Bundesgerichtsentscheid *Frigerio* aus dem Jahr 1968 ist der erste²¹ grundlegende Entscheid in der schweizerischen Rechtsprechung zur völkerrechtskonformen Auslegung. Das Bundesgericht beschrieb bereits in diesem Urteil, dass eine Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung bestehe.²²

Diese Pflicht leiten die Gerichte, Behörden und die Lehre wahlweise direkt aus dem Völkerrecht ab und/oder aus den relevanten Verfassungsbestimmungen. Die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) wird häufig genannt, wobei nebst Art. 27 WVK auch Art. 26²³ und teilweise auch Art. 31 WVK erwähnt werden.²⁴ Art. 3 der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit wird, soweit ersichtlich, nirgends erwähnt. In Fällen, welche die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) betreffen, wird die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung auch damit begründet, dass sich eine bisherige Auslegung „im

¹⁸ Z. B. Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370: „Die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung fußt auf Artikel 5 Absätze 3 und 4 BV. Es handelt sich dabei um das landesrechtliche Gegenstück zu den in den Artikeln 26 und 27 VRK verankerten und auch gewohnheitsrechtlich anerkannten36 völkerrechtlichen Pflichten [...].“

¹⁹ Z. B. René A. Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel: Helbing Lichtenhahn 2016, N 562.

²⁰ So verwendet das Bundesgericht das Verb „müssen“: z. B. in BGE 143 II 202, E.6.3.1, 208, bereits BGE 94 I 669 (*Frigerio*), E.6, 678: „Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden [...].“ Auch bereits in BGE 42 II 400, E. 4, 407: eine Bestimmung im Patentgesetz müsse aufgrund eines Staatsvertrages „ausdehnend“ interpretiert werden.

²¹ Unter den Vorläufern findet sich ein Entscheid aus dem Jahre 1912 (BGE 38 I 551, E. 4 (h), 603), in welchem das Bundesgericht festhielt, dass ein landesrechtlicher Akt „doch unmöglich anders ausgelegt werden dürfte, als der völkerrechtliche, dessen Verbindlichkeit für die Landesangehörigen ja sein einziger Zweck ist.“

²² BGE 94 I 669, E. 6, 679 (*Frigerio*) („muss völkerrechtskonform ausgelegt werden“). Es handle sich um eine Regel, welche zudem den „den neuen Strömungen in Europa“ entspräche, „die auch in der Bundesrepublik Deutschland, den Niederlanden und Frankreich zum Zuge komme“.

²³ Besonders ausführlich in BGE 142 II 35, E. 3.2, 38 f. Siehe auch: BGE 117 I b 367, E 2 d, 372. So z. B. deutlich zu Art. 26 und 27 WVK auch in BGE 117 I b 367, E. 2 e, 372 f. Teilweise auch nur implizit, z. B. BGE 122 II 234, E. 4 e, 239. In der Lehre, siehe z. B. Rhinow/Schefer/Uebersax (Fn. 19), N 562.

²⁴ Mit Erwähnung von Art. 26 WVK, und ausführlichen, aber auf innerstaatliche Literatur gestützte, Erläuterungen zu Art. 31 WVK. BGE 143 II 202, E. 6.3.1 208. Olivier Jacot-Guillarmod, Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne, in: Jean-François Perrin (Hrsg.), *Les règles d'interprétation*, Fribourg: Editions universitaires 1989, 109-126 (125).

Lichte der Praxis des Europäischen Gerichtshofes“ nicht (mehr) aufrecht erhalten lasse.²⁵

Wo die Pflicht aus dem Landesrecht abgeleitet wird, finden sich an erster Stelle Hinweise auf Art. 5 Abs. 3 und 4 Bundesverfassung (BV), welche als „das landesrechtliche Gegenstück zu den in den Art. 26 und 27 WVK verankerten völkerrechtlichen Pflichten, wonach die Vertragsparteien einen Vertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen“ beschrieben werden.²⁶

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass die schweizerische Praxis – dort, wo sie sich dazu äußert – die völkerrechtskonforme Auslegung für obligatorisch erachtet. Gleichzeitig sei bereits gesagt, dass diese Pflicht längst nicht in allen Fällen erwähnt wird, in denen sie potenziell eine Rolle spielen könnte oder sollte.²⁷

3. Völkerrechtskonforme Auslegung als „Prävention“ von Konflikten

Die dritte Grundannahme betrifft den Harmonisierungszweck der völkerrechtskonformen Auslegung, welchem hier kurz nachgegangen werden soll. In der Schweiz wird die völkerrechtskonforme Auslegung gleichzeitig als Konfliktpräventions- oder -bewältigungsstrategie präsentiert. So scheint die Hoffnung zu bestehen, dass die völkerrechtskonforme Auslegung gleichermaßen dazu tauge, Konflikte zu vermeiden, als auch zu „lösen“.²⁸ In einem Entscheid von 2012 schreibt das Bundesverwaltungsgericht, dass *bestehende* Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht „in erster Linie durch völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts gelöst bzw. verhindert“ werden sollen.²⁹ Es ist jedoch schwer nachzuvollziehen, wie ein bestehender Konflikt verhindert werden könnte, wenn er ja bereits vorliegt. Überzeugender ist die Aussage des Bundesrates, dass es sich bei der völkerrechtskonformen Auslegung nicht um eine Regel handle, „die eingetretene Konflikte zwischen völker- und landesrechtlichen Normen löst; vielmehr geht es darum, solche Konflikte bereits im Ansatz zu verhindern“.³⁰ Jedenfalls erlaubt die völkerrechtskonforme Auslegung einem Gericht, festzustellen, dass eine Normenkollision nicht vorliegt. Wo keine Normenkollision vorliegt, kann

²⁵ BGE 120 I b 136, E. 1, 139.

²⁶ Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370.

²⁷ Ein m. E. besonders einschlägiger Bundesgerichtsentscheid mit fehlender Diskussion der völkerrechtskonformen Auslegung ist BGE 136 I 290, E. 2.3, 293.

²⁸ Botschaft Bundesrat Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5369 f.

²⁹ Urteil des BVerwG, III. Abteilung vom 31.10.2012, C-1026/2009, E. 11.1.

³⁰ BBl 2017 5355, 5370.

die oft umstrittene Frage der direkten Anwendbarkeit und diejenige des Vorrangs offengelassen werden.³¹ Wo dies nicht möglich ist, liegt im Umkehrschluss ein Normenkonflikt vor und die völkerrechtskonforme Auslegung vermag diesen nicht zu lösen. Diese Ambivalenz zwischen Prävention und Konfliktlösungsstrategie ist in dem in der Schweiz verwendeten Begriff des sogenannten „unechten Konfliktes“ bereits angelegt. Abschnitt III. 1. kommt auf diesen schwierigen Begriff zurück.³²

Die Grundannahme, dass die völkerrechtskonforme Auslegung mindestens der Prävention von Normenkonflikten dient und die Tatsache, dass diese Harmonisierungsfunktion es den Gerichten erlaubt, politisch oft kontrovers wahrgenommene Fragen zu vermeiden, erhöht die Attraktivität der völkerrechtskonformen Auslegung,³³ bedeutet aber nicht notwendigerweise Völkerrechtsfreundlichkeit im Sinne von Offenheit für die innerstaatliche Relevanz des Völkerrechts.

Als nächstes komme ich zu den Voraussetzungen der völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz.

III. Die Voraussetzungen der völkerrechtskonformen Auslegung

Der völkerrechtskonformen Auslegung sind Grenzen gesetzt. Sie hat drei Voraussetzungen: ein „unechter“ Konflikt muss vorliegen (1.); ein Organ muss für die Auslegung zuständig sein und sich zuständig fühlen (2.) und die völkerrechtliche Norm muss bekannt sein und als relevant gelten (3.). Die Literatur und die Rechtsprechung erörtern die erste Voraussetzung, während die beiden anderen Voraussetzungen kaum diskutiert werden, aber mindestens

³¹ Z. B. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwGer), I. Abteilung vom 28.1. 2016, 2016/9 (*Mountain Wilderness*), E. 7.5.5. „Ein echter Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht [...] besteht demnach nicht [...]. Somit kann offenbleiben, ob namentlich Art. 4 [der Aarhus Konvention] [...] direkt anwendbar wäre und allfälligm wider sprechendem nationalem Recht vorgeinge.“ Siehe auch *Wüger* (Fn. 12), 47.

³² Die Begriffe der „echten“ und „unechten“ Konflikte scheinen entbehrlich und unscharf: Es wäre transparenter, entweder zu schlussfolgern, dass kein Normenkonflikt vorliegt (und die völkerrechtskonforme Auslegung möglich ist) oder eben ein Konflikt besteht und gelöst werden muss.

³³ Es war vielleicht das Bedürfnis nach Harmonie, welches dazu führte, dass das Bundesgericht wenige Jahre nach dem *PKK*-Urteil (siehe Fn. 16) schrieb, es habe das Spannungsfeld in diesem Fall über die völkerrechtskonforme Auslegung gelöst, wo es dies eben gerade nicht tat, sondern den Fall über den Vorrang des Völkerrechts gelöst hat (und lösen musste). BGE 130 I 312, E. 1.1, 317 enthält somit eine fehlerhafte Zusammenfassung des *PKK*-Urteils. Diese Inkonsistenz fand *Maya Hertig Randall*, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle*, ZSR 129 (2010), 221–380 (249, Fn. 152).

ebenso wichtig sind. Während die erste Voraussetzung eine rein rechtliche Vorgabe ist, sind für die Erfüllung der zweiten und dritten die ausreichende Kenntnis und Anerkennung der Relevanz des Völkerrechts ebenso entscheidend. Die zweite und dritte Voraussetzung sind vorgelagert. Nur wenn sie beide vorliegen, kommt es überhaupt zur Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein „unechter“ Konflikt vorliegt. Da die erste Voraussetzung in der Lehre aber am prominentesten diskutiert wird, soll sie hier zuerst erörtert werden.

1. Ein sogenannter „unechter Konflikt“ liegt vor

Die in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung diskutierte Voraussetzung der völkerrechtskonformen Auslegung betrifft den Auslegungsspielraum der landesrechtlichen Norm.³⁴ Die völkerrechtliche Auslegung darf nur innerhalb der Wortlautgrenze vorgenommen werden.³⁵ Wenn keine Auslegung innerhalb der Wortlautgrenze möglich ist, ohne dass eine landesrechtliche Norm gegen Völkerrecht verstößt, liegt ein sogenannter „echter“ oder „tatsächlicher“³⁶ Normenkonflikt vor und dieser darf nur über die Kollisionsregeln gelöst werden.³⁷ Das Bundesgericht fand sich 1999 mit einer solchen Konstellation konfrontiert, als eine landesrechtliche Norm einen Anspruch auf eine richterliche Beurteilung einer Streitigkeit ausdrücklich ausschloss, die EMRK diese aber verbindlich feststellt: In diesem Fall urteilte das Bundesgericht, dass die EMRK dem Landesrecht vorgehe und die völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden könne (sogenannte *PKK-Rechtsprechung*).³⁸ In mindestens zwei anderen Entscheiden lag gemäß einem eidgenössischen Gericht ein echter Konflikt vor, welcher allerdings trotz der *PKK-Rechtsprechung* und ohne vertiefte Auseinandersetzung nicht zugunsten des Völkerrechts entschieden wurde.³⁹

³⁴ „Soweit ein Auslegungsspielraum besteht“: BGE 126 IV 236, E. 4 b, 248 (*Stoll*).

³⁵ Yvo Hangartner, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsform, SJZ 94 (1998), 201-208 (671). Helen Keller (Fn. 8), 368.

³⁶ BGE 142 II 35, E. 3.2, 40.

³⁷ Häfelin/Haller/Keller/Thurnheer (Fn. 7), 167. „Der völkerrechtskonformen Auslegung sind Grenzen gesetzt, wo ein unüberbrückbarer Widerspruch zwischen schweizerischem Recht und Völkerrecht besteht.“ Bundesrat, Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2010 2263, 2307.

³⁸ BGE 125 II 417, E. 4c-d, 425 (*PKK-Urteil*).

³⁹ Urteil des BVerwG, III. Abteilung vom 31.10.2012, C-1026/2009, E. 11.2. Siehe auch BGE 126 IV 236, E. 4 b und c, 248. Das BGer stellt einen echten Konflikt fest und wendet dann das Bundesgesetz an, was in der Lehre für Kritik gesorgt hat. Dazu Stéphane Grodecki/Gregor Chatton, Résumé et commentaire de l'ACEDH Stoll c. Suisse, AJP/PJA 10 (2006), 1294-1301 (1300); Jörg Künzli, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012 und 2013, ZBJV 149 (2013), 773-856 (839).

In zahlreichen anderen Fällen bestätigen die Gerichte die *PKK-Rechtsprechung*.⁴⁰

„Unechte“ Konflikte hingegen betreffen aus völkerrechtlicher Sicht problematische, aber auslegungsfähige landesrechtliche Normen. Im genannten Entscheid *Frigerio* zum Beispiel galt der Normenkonflikt als „unecht“, weil es gemäß dem Bundesgericht genügte, in einer nicht-abschließenden und somit – gemäß Bundesgericht – einer völkerrechtskonformen Auslegung zugänglichen Ausnahmelisten, eine zusätzliche, ungeschriebene Ausnahme von der Konzessionspflicht im damaligen Postverkehrsgesetz anzunehmen.⁴¹

2. Ein Organ ist (und fühlt sich) zuständig für die Auslegung

Während die Lehre die Voraussetzung des „unechten Konfliktes“ regelmäßig erörtert,⁴² darf nicht vergessen gehen, dass der Auslegungsspielraum erst geprüft wird, wenn überhaupt ein Organ zuständig ist, bzw. sich zuständig fühlt, die Frage eines echten oder unechten Normenkonfliktes aufzuwerfen.

Odile Ammann erklärt treffend, dass Gerichtsurteile für die Auslegung von Völkerrecht von besonderer Bedeutung sind, da die Gerichte in besonderem Maße begründungspflichtig sind.⁴³ Bevor Gerichte allerdings völkerrechtskonform auslegen können, müssen bekanntlich Zulässigkeitskriterien erfüllt sein und im Individualrechtsschutz muss die Person die faktischen und finanziellen Hürden des Zugangs zum Gericht überwinden können und wollen.

Rechtlich bindende Auslegung findet neben den Gerichten unter anderem auch durch Exekutive und Legislative statt.⁴⁴ In der Schweiz sind die Staatsorgane auf allen Ebenen gemäß Art. 5(4) der Bundesverfassung angehalten, das Völkerrecht zu respektieren. Dies bedeutet aber natürlich noch lange nicht, dass sie sich bei allen Entscheiden die Frage stellen, ob potenziell ein

⁴⁰ Z. B. BGE 148 II 169, E. 5.2, 178 (m. w. H.).

⁴¹ BGE 94 I 669, E. 6 b, S. 679 (*Frigerio*), wobei die Begründung des Gerichtes knapp anmutet (Annahme einer stillschweigenden Ausnahme aufgrund einer Kompetenzbestimmung).

⁴² Z. B. *Häfelin/Haller/Keller/Thurnheer* (Fn. 7), 167; *Rhinow/Schefer/Uebersax* (Fn. 19), N 562.

⁴³ *Odile Ammann*, Domestic Courts and the Interpretation of International Law: Methods and Reasoning Based on the Swiss Example, Leiden: Brill 2020, 30 f.

⁴⁴ Ammann (Fn. 43), 30. Mit Gedanken, die auch für die völkerrechtskonforme Auslegung interessant sind: *Andrea Bianchi*, The Game of Interpretation in International Law, in: Andrea Bianchi, Daniel Peat/Matthew Windsor (Hrsg.) *Interpretation in International Law*, London: Oxford 2015, 34-57 (39-43).

Spannungsfeld zum Völkerrecht besteht. Für ein Forschungsprojekt führten wir an der Universität Lausanne fast 80 qualitative Interviews durch, um die kantonalen Umsetzungsprozesse der Istanbul-Konvention und des Übereinkommens der Vereinten Nationen (UNO) über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BRK) besser zu verstehen.⁴⁵ Dabei zeigte sich, dass sich Fachpersonen, welche ein Staatsorgan vertreten, manchmal nicht ermächtigt fühlen, selber völkerrechtliche Normen auszulegen, und dies selbst dann nicht, wenn es sich um die juristischen Experten und Expertinnen einer relevanten Organisationseinheit handelt.⁴⁶ So können die kantonalen Organe der Ansicht sein, dass der Bund – welcher Staatsverträge im Namen des Staates ratifiziert – auch alleine für die Auslegung zuständig sei und sich im Rahmen der Bundesaufsicht melden würde, wenn auf Kantonsebene relevante Probleme vorhanden wären.⁴⁷ Wenn selbst Fachstellen sich nicht zuständig oder ausreichend kompetent fühlen, einen für ihr Arbeitsgebiet maßgebenden Staatsvertrag auszulegen, kann kaum davon ausgegangen werden, dass sämtliche Behörden eines Kantons im Alltag die Frage der Völkerrechtskonformität aufwerfen und, wo geboten, völkerrechtskonform auslegen.

3. Die völkerrechtliche Norm ist bekannt und ihre Relevanz anerkannt

Die dritte Voraussetzung betrifft die Tatsache, dass die völkerrechtliche Norm bekannt und anerkannt sein muss, bevor eine landesrechtliche Norm völkerrechtskonform ausgelegt werden kann. In unserem Forschungsprojekt zeigte sich, nicht überraschenderweise, dass längst nicht alle Personen an relevanten Stellen Kenntnis von den völkerrechtlichen Instrumenten und den darin enthaltenen Verpflichtungen in ihrem Arbeitsbereich haben. In Anbetracht der Zahl und Komplexität der völkerrechtlichen Normen, der Anzahl der relevanten Akteure und Akteurinnen und dem Milizcharakter vieler Parlamente und z. T. Behörden auf den unteren Ebenen, vermag dies nicht zu überraschen.

Zwar sind an allen schweizerischen Rechtsfakultäten Völker- und Europarecht Teil des Pflichtstoffes, aber der Umfang der völkerrechtlichen Ausbildung bleibt zumeist bescheiden. So ist es nicht verwunderlich, dass der

⁴⁵ Projektwebsite abrufbar unter: <www.ius-gentium.ch/ilsp>.

⁴⁶ Matthieu Niederhauser, Governmental Human Rights Focal Points in Federal Contexts: The Implementation of the Istanbul Convention in Switzerland as a Case Study, *NQHR* 39 (2021), 140–160 (157 f.).

⁴⁷ Niederhauser (Fn. 46), 158.

völkerrechtskonformen Auslegung oder dem Völkerrecht ganz allgemein nicht immer viel Aufmerksamkeit beigemessen wird. Eine vertiefte Studie zur Auslegung von Völkerrecht durch die schweizerischen Gerichte durch Odile Ammann kommt zum Schluss, dass die Praxis der schweizerischen Gerichte in Bezug auf die Auslegung von Völkerrecht verbesserungswürdig ist.⁴⁸ Auch wer das Glas halb voll sieht, muss zum Schluss kommen, dass es im Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht in der Schweiz eine gelebte Realität gibt, in der die völkerrechtskonforme Auslegung wenig Bedeutung hat, nämlich dort, wo ein Gericht oder eine Behörde die völkerrechtliche Norm entweder nicht kennt oder ihre Relevanz nicht für gegeben erachtet.

Zusammenfassend beleuchtete dieser Beitrag drei Voraussetzungen der völkerrechtskonformen Auslegung und betonte, dass alle drei erfüllt sein müssen, bevor die völkerrechtskonforme Auslegung zum Tragen kommen kann. Nun komme ich zu einer zusammenfassenden Einordnung.

IV. Einordnung

Im Schlussteil werde ich in zwei Schritten eine Einordnung vornehmen. Erstens werde ich darauf eingehen, inwiefern die völkerrechtskonforme Auslegung dem Völkerrecht zum Durchbruch verhilft und damit mutmaßlich der Völkerrechtsfreundlichkeit dient. Zweitens erlaube ich mir ein „Zoom-Out“ und werfe die Frage auf, wie relevant die völkerrechtskonforme Auslegung bei mangelnder gesetzgeberischer Umsetzung von Völkerrecht im Allgemeinen und im Bereich Klimawandel im Besonderen ist.

Die völkerrechtskonforme Auslegung hat in der Vergangenheit in der schweizerischen Rechtsprechung der eidgenössischen Gerichte manchmal dazu gedient, dem Völkerrecht innerstaatlich zum Durchbruch zu verhelfen. Wie wir nun sehen werden, kann die schweizerische Herangehensweise in Bezug auf die völkerrechtskonforme Auslegung aber auch die gegenteilige Funktion haben und eine landesrechtliche Situation vor einer Intervention schützen.

1. Meistens ein Schwert, manchmal auch ein Schild

André Nollkaemper publizierte 2014 einen Aufsatz mit dem Titel *The Duality of Direct Effect of International Law*. In diesem Aufsatz stellte er dar, wie der „direct effect“ des Völkerrechts als Schwert dem Völkerrecht zu

⁴⁸ Ammann (Fn. 43), 323.

Wirkung in der nationalen Rechtsordnung verhelfen kann, dass aber auch regelmäßig Situationen vorkommen, in denen ein nationales Gericht den „direct effect“ als Schild benutzt, um in monistisch geprägten Rechtsordnungen die Wirkung des Völkerrechts abzuschwächen bzw. zu verhindern.⁴⁹ In Anlehnung an das Bild des Schwertes und des Schildes kann auch die völkerrechtskonforme Auslegung in der Schweiz beleuchtet werden.

Als Schwert wirkte die völkerrechtskonforme Auslegung illustrativ insbesondere in folgenden Konstellationen: In einem Bundesgerichtsentscheid, dem *Mountain-Wilderness*-Fall, zog das Gericht die Aarhus-Konvention zur Auslegung des Öffentlichkeitsgesetzes bei.⁵⁰ Dank der völkerrechtskonformen Auslegung einer Bestimmung des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung wurde einem Zugangsgesuch betreffend Umweltinformationen stattgegeben, weil eine Einschränkung des sachlichen Gelungsbereiches des Gesetzes mit der aufgrund des schweizerischen Monismus innerstaatlich ab Inkrafttreten geltenden – Aarhus-Konvention unvereinbar gewesen wäre.⁵¹ Diese Auslegung diente der Völkerrechtsfreundlichkeit und erleichterte, wie ein Schwert, die innerstaatliche Wirkung der völkerrechtlichen Norm. Allerdings ist auch festzuhalten, dass die Aarhus-Konvention gemäß *Daniela Thurnherr* im *Mountain-Wilderness*-Fall „bloß“ der Bestätigung einer bisher (unumstrittenen) Rechtsprechung diente.⁵² Auch im Bereich des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO) lässt sich feststellen, dass die völkerrechtskonforme Auslegung als Schwert fungiert hat. *Andreas R. Ziegler* legt dar, wie die völkerrechtskonforme Auslegung in erstinstanzlichen Entscheiden in diesem Bereich das Landesrecht und das WTO-Recht näher zusammengebracht hat, ohne dass sich Gerichte und Behörden zur direkten Anwendbarkeit äußern mussten.⁵³ Das Bundesgericht verhalf auch

⁴⁹ André Nollkaemper, The Duality of Direct Effect of International Law, *EJIL* 25 (2014), 105-125. Als „Schild“ offeriert die Doktrin des „direct effects“ den nationalen Gerichten die Möglichkeit, sich bei der Auslegung der Bedingungen zur direkten Anwendbarkeit anspruchsvoll zu zeigen und so dem Völkerrecht zwar auf den ersten Blick Aufmerksamkeit beizumessen, aber das Landesrecht trotzdem vor dem Einfluss der betroffenen völkerrechtlichen Norm abzuschirmen (insb. S. 115 f.).

⁵⁰ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwGer), I. Abteilung vom 28.1.2016, 2016/9 (*Mountain Wilderness*), E. 7.5.5.

⁵¹ Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwGer), I. Abteilung vom 28.1.2016, 2016/9 (*Mountain Wilderness*), E. 7.5.5.

⁵² *Daniela Thurnherr*, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – Eine Spurensuche, *Umweltrecht in der Praxis* 32 (2017), 510-526 (523).

⁵³ *Andreas R. Ziegler*, Subtle but Enduring: The Role of Domestic Courts in the Shaping of International Economic Law Through Proper Interpretation of Domestic Law, in: Ole Fau-chald/André Nollkaemper (Hrsg.), *Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Leiden: Bloomsbury 2012), 322-341 (insb. 339-341).

dem Freizügigkeitsabkommen mit dem Schwert der völkerrechtskonformen Auslegung zu innerstaatlicher Wirkung.⁵⁴

Es gibt aber auch Konstellationen, in denen die völkerrechtskonforme Auslegung als Schild fungiert, d. h. eine landesrechtliche Norm vor einer Intervention bzw. einer Ungültigkeitserklärung schützt. Rechtsvergleichend einzigartig sind diesbezüglich eidgenössische Volksinitiativen. Auch wenn ein Initiativtext in einem problematischen Verhältnis zum Völkerrecht (und i. d. R. auch zum Grundrechtskatalog der Bundesverfassung) steht, wird dieser in der Schweiz in den meisten Fällen Volk und Ständen zur Abstimmung vorgelegt. Die materielle Schranke (Art. 139 Bundesverfassung) ist erst erreicht, wenn eine Volksinitiative gegen „zwingende Regeln des Völkerrechts“ verstößt. Solange eine Auslegung möglich ist, welche gerade noch konform mit den zwingenden Regeln des Völkerrechts erscheint, unterliegt eine Initiative dem Günstigkeitsprinzip.⁵⁵ Die Bundesversammlung sieht dann „*in dubio pro populo*“ von einer Ungültigkeitserklärung ab,⁵⁶ auch wenn die Möglichkeit der konformen Auslegung nur gerade zum zwingenden Völkerrecht gegeben sein muss.⁵⁷ In solchen Konstellationen ist die völkerrechtskonforme Auslegung auch ein Schutzmechanismus, der wie ein Schild selbst einen aus völkerrechtlicher Sicht problematischen Initiativtext vor einer Intervention schützen kann. So kommen potenziell völkerrechtswidrige Volksinitiativen zur Abstimmung und die Frage der völkerrechtskonformen Auslegung stellt sich erneut, wenn eine solche Initiative von Volk und Ständen angenommen wird und der Gesetzgeber versucht, einen unter völker- (und oft auch verfassungsrechtlichen) Gesichtspunkten problematischen Initiativtext auf Gesetzesstufe völkerrechtskonform umzusetzen.⁵⁸ Manchmal wirkt die völkerrechtskonforme Auslegung somit als Schwert, manchmal aber auch

⁵⁴ Prominent z. B. in BGE 140 II 112, E. 3.2, 117 (*Gerichtsdolmetscher*), dazu siehe *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen: Gedanken zu BGE 140 II 112, ZBl (2015), 312. Siehe aber auch: *Francesco Maiani*, La „saga Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 130 (2011), 27-53.

⁵⁵ Die Lehre diskutierte, ob „zwingende Regeln des Völkerrechts“ in Art. 139 BV Synonym von *ius cogens* sei oder ob allenfalls eine autonome, weitergefasste Auslegung gewählt werden müsste oder könnte. Dazu z. B. *Bernhard Ehrenzeller et al.*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*: St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen: Dike 2014, Art. 139 BV, Rn. 44 ff., 2461-2496.

⁵⁶ BGE 144 I 193, E. 7.3.1, 197 (zu kantonalen Volksinitiativen, analog gilt das Gleiche für eidgenössische).

⁵⁷ Dieser Punkt wurde besonders in der Botschaft zur Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer“ diskutiert, BBl 2013 9459, 9469-9472.

⁵⁸ Siehe dazu z. B. die im Beitrag von *Oliver Diggemann*, Die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ der Bundesverfassung – Zum Zusammenspiel von Erzeugungs- und Aufnahmeebene, ZaöRV 83 (2023), 647-669 (664) erwähnte Masseneinwanderungsinitiative.

als Schild und wie wir im Teil III. gesehen haben, kommt sie öfters auch gar nicht vor. Wie bereits erwähnt, beschränkt sich die Lehre hauptsächlich auf die Erwähnung und Analyse der ersten Voraussetzung der völkerrechtskonformen Auslegung, d. h. der Frage, ob ein sogenannter „unechter“ Konflikt vorliegt. Der Fokus auf diese eine Voraussetzung führt zu einer Beschränkung der Analyse auf eine bescheidene Anzahl von Gerichtsurteilen. Zum Schluss begründe ich, warum ich die völkerrechtskonforme Auslegung insbesondere bei unzureichender Gesetzgebung bisher für ein Randphänomen halte und erläutere dies anhand der Konstellation des aktuell vor der Grossen Kammer des EGMR hängigen schweizerischen Klimafalles.

2. Ein Randphänomen bei unzureichender gesetzgeberischer Umsetzung

Die Einschränkung auf die Frage des „unechten“ Konfliktes hat eine prozessrechtliche Schlagseite zur Folge. Wenn wir nur die Fälle untersuchen, in denen der Auslegungsspielraum der landesrechtlichen Norm in Bezug auf das Völkerrecht geprüft wurde, werfen wir das Licht ausschließlich auf Konstellationen, in denen eine völkerrechtliche Norm vor Gericht zur Sprache gebracht wurde, bzw. zur Sprache gebracht werden konnte. Aus verschiedenen Gründen nehmen Gerichte zumindest (aber nicht nur) in der Schweiz häufiger bei abwehrrechtlichen Grundrechtskonstellationen Stellung als bei Problemen mangelnder Umsetzung von Schutz- und Gewährleistungspflichten von nur mittelbar anwendbaren, aber nicht minder verbindlichen, völkerrechtlichen Normen.⁵⁹ Nicht alle Fragen zur Umsetzung von Völkerrecht in Grundrechtskonstellationen haben somit die gleichen Chancen, vor Gericht verhandelt zu werden. So könnte man sich zumindest vorstellen, dass schweizerische Behörden und Gerichte bei Schutz- und Gewährleistungspflichten deutlich häufiger eine völkerrechtliche Norm beziehen könnten und sollten, um eine Pflicht aus dem Völkerrecht zu erfüllen, auch wenn z. B. die kantonalen Gesetzgebungen dies nicht explizit vorsehen. Eine solche, bisher kaum diskutierte, völkerrechtsfreundliche Art der völkerrechtskonformen Auslegung würde darin bestehen, vorhandene, aber unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten zu wenig weitgehende innerstaatliche Gesetzgebung immer dann so auszulegen, dass menschenrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten Rechnung getragen würde, sofern dies mit dem Legalitäts- und dem

⁵⁹ Evelyne Schmid, Völkerrechtliche Gesetzgebungsaufträge in den Kantonen, ZSR 135 (2016), 3-25 (18). Dazu auch Patrick Holzer, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich: Schulthess 1998, 154 ff.

Demokratieprinzip vereinbar scheint. Im Bereich der UNO-Behindertenrechtskonvention (BRK), zum Beispiel, könnte eine völkerrechtskonforme und breitere Auslegung durch die Abklärungs-, Entscheid- und Be schwerdeinstanzen des Begriffs der „Schulorganisation“ zu mehr Schutz von Kindern mit Behinderungen führen (so dass beispielsweise auch die schul ergänzenden Betreuungsangebote mitgemeint wären und die Anforderungen von Art. 24 BRK auch ohne landesrechtliche Konkretisierung in der gesamten Schweiz auch bei schulischen Mittagstischen und ähnlichen wichtigen Angeboten erfüllt würden).⁶⁰ Bisher blieb der Nutzen der völkerrechtskonformen Auslegung insbesondere gegenüber dem Gesetzgeber allerdings soweit ersichtlich sehr bescheiden.

Wo das Völkerrecht eine landesrechtliche Umsetzungsgesetzgebung verlangt und diese ausbleibt oder ungenügend ist, könnte demnach eine fehlende Umsetzungsgesetzgebung zumindest teilweise über die völkerrechtskonforme Auslegung kompensiert werden.⁶¹ In der bisherigen schweizerischen Praxis ist aber wenig davon zu sehen. Die Umsetzung von positiven Verpflichtungen aus dem Menschenrechtsbereich ist in der Schweiz u. a. wegen dem föderalen Staatsaufbau, ausbaufähigen Völkerrechtskenntnissen und der Zurückhaltung der Gerichte gegenüber dem jeweiligen Gesetzgeber bei Fragen der Gewaltengliederung zwischen Legislative und Judikative eine besonders komplexe Angelegenheit.⁶² Jedenfalls diente die völkerrechtskonforme Auslegung gegen mangelnde gesetzgeberische Umsetzung von Menschenrechtsverpflichtungen bisher in der Praxis kaum dazu, dem Völkerrecht zum Durchbruch zu verhelfen.

Diese Feststellung lässt sich aktuell anhand des schweizerischen Klimafalls vor der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) illustrieren. Wie oben erwähnt, dominiert bisher die Auseinandersetzung mit der völkerrechtskonformen Auslegung bei abwehrrechtlichen Konstellationen. Die völkerrechtskonforme Auslegung von bestehenden,

⁶⁰ Caroline Hess-Klein/Eliane Scheibler, Aktualisierter Schattenbericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Ben: Editions Weblaw 2022, 80, online verfügbar unter: <<https://edudoc.ch/record/224116?ln=de>>.

⁶¹ Genannt sei hierfür BGE 103 I a 517, E. 4-6, v. a. 524 (*Loup*). In diesem Urteil kommt der Begriff „völkerrechtskonforme Auslegung“ zwar nicht vor, aber das Bundesgericht stützt sich auf völkerrechtliche Normen, um die systematische Auslegung einer Verfassungsbestimmung vorzunehmen. Es schlussfolgert, dass trotz mangelnder Konkretisierung auf Stufe Kantons gesetzgebung davon ausgegangen werden kann, dass die damalige Verfassungsbestimmung zur Gleichheit vor dem Gesetz einer Frau, im öffentlichen Dienst bei gleicher Arbeit die gleiche Entlohnung garantiert wie einem Mann.

⁶² Zum Ganzen Judith Wyttensbach, Umsetzung von Menschenrechtsübereinkommen in Bundesstaaten: Gleichzeitig ein Beitrag zur grundrechtlichen Ordnung im Föderalismus, Zürich: Dike, 2017.

aber unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten zu wenig weitgehenden landesrechtlichen Gesetzen ist bisher kaum Thema. Wenn es sie gäbe, müsste man erwarten, dass das Bundesgericht im bisher bekanntesten Klima-Rechtsverfahren in der Schweiz anders – völkerrechtsfreundlicher – geurteilt hätte. Die *KlimaSeniorinnen*, d. h. ältere Frauen, sowie ein Verein mit dem gleichen Namen, werfen der Schweiz unterlassenes gesetzgeberisches Handeln vor, welches mit der staatlichen Schutzwürdigkeit des Rechts auf Privatsphäre und dem Recht auf Leben inkompatibel sei.⁶³ Um die behauptete Unterlassung des schweizerischen Gesetzgebers vor den innerstaatlichen Instanzen zur Sprache zu bringen, konnten sich die Beschwerdeführerinnen gerade nicht auf das klassisch abwehrrechtliche Problem eines Spannungsfeldes zwischen Landesrecht und Völkerrecht berufen. Vielmehr machten sie die Verletzung einer positiven Verpflichtung geltend und scheiterten bereits bei den Eintretensvoraussetzungen.⁶⁴ Das Bundesgericht schrieb, dass die Rechte der Beschwerdeführerinnen durch die gerügten Unterlassungen „im heutigen Zeitpunkt“ nicht ausreichend bedroht seien. Die völkerrechtskonforme Auslegung spielte für die innerstaatlichen Instanzen keinerlei Rolle: Das Bundesgericht antwortete, dass die Anliegen der *KlimaSeniorinen* „nicht auf dem Rechtsweg, sondern mit politischen Mitteln durchzusetzen“ seien.⁶⁵ Es wäre dem Bundesgericht offen gestanden, zu diskutieren, wie das Kriterium des besonderen Berührtseins in Rechten gemäß Art. 25a des Verwaltungsverfahrensgesetzes völkerrechtskonform auszulegen wäre. Es hätte sich fragen müssen, was die im Pariser Abkommen enthaltene Verpflichtung zur Nutzung der „besten verfügbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen“ diesbezüglich bedeutet. Falls das Bundesgericht diese Frage gestellt hätte, wäre es vielleicht nicht zum Schluss gekommen, dass noch Zeit zur Verfügung stehe, die Erderwärmung zu verlangsamen und deshalb kein hinreichendes Berührtsein vorliegen könne.⁶⁶ In einer völkerrechtskonformen Auslegung hätte das Gericht somit die Frage nach den wissenschaftlichen Erkenntnissen zu den klimaphysikalischen Dynamiken aufgeworfen und hätte sich dann der Frage widmen müssen, welche Bedeutung diese für das „Berührtsein“ von unterlassenen Schutzpflichten haben. Der EGMR hat in der bisherigen Rechtsprechung bekanntlich nicht nur punktuelle Schutzpflichten anerkannt (z. B. die Pflicht, bei drohender häuslicher Gewalt einzugreifen), sondern auch bei Problemen, welche einen großen Kreis von Personen potenziell bedrohen (so z. B. die Pflicht, einen effektiven gesetzgeberischen Rahmen zu schaffen, um

⁶³ Wyttensbach (Fn. 62).

⁶⁴ BGE 146 I 145, E. 5.5, 155.

⁶⁵ BGE 146 I 145, E. 5.5, 155.

⁶⁶ BGE 146 I 145, E. 5.3, 153.

häusliche Gewalt zu verhindern).⁶⁷ Zum Festlegen des Umfangs von Schutzpflichten im Bereich der Gefahren durch den Klimawandel ist das Pariser Abkommen verbindlich, auch wenn es selbst keine genauen Reduktionsziele für jeden Staat festlegt. So sind reiche Länder wie die Schweiz dazu verpflichtet, faire und ehrgeizige Reduktionsziele zu verfolgen,⁶⁸ und es stehen längstens wissenschaftliche Analysen vor, welche Reduktionen nötig sind, um eine gerechte Erreichung des Temperaturzieles von, „deutlich unter 2°C über dem vorindustriellen Niveau“ zu bewerkstelligen.⁶⁹ Zudem akzeptieren die Staaten, dass die Erreichung dieses Mindestziels der einzige Weg ist, „die Risiken und Auswirkungen der Klimaänderungen erheblich [zu] verringern“,⁷⁰ was für die Bestimmung des Umfangs der Schutzpflichten aus der EMRK relevant ist. Der Europäische Wissenschaftliche Beirat zum Klimawandel hat 2023 empfohlen, dass ein fairer und ehrgeiziger Beitrag von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) bedeutet, dass sie ihre Emissionen bis 2040 im Vergleich zu 1990 um 90–95 % senken müssen.⁷¹

Die in diesem Verfahren fehlende völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechtes relativiert den Eindruck der Völkerrechtsfreundlichkeit, welcher entstehen kann, wenn man sich auf die bekannten Fälle beschränkt, in denen sie vom Gericht erwähnt wurde. Unsere Überschreitung der planetarischen Grenzen bedroht sämtliche Aspekte der sich innert der letzten ungefähr zwölftausend Jahren entwickelten Zivilisation, darunter auch die Kontinuität unserer Rechtssysteme: Zum Zeitpunkt des Erreichens der Lebenserwartung jetziger Primarschulkinder wird gemäß aktuellem Wissensstand ohne eine drastische Transformation eine ungefähre Temperaturerhöhung von 3°C erreicht sein,⁷² was weit außerhalb der Sicherheitszone für die menschliche Zivilisation liegt. Die Abwesenheit einer Auseinandersetzung mit der völkerrechtskonformen Auslegung im Fall der *KlimaSeniorinnen*

⁶⁷ Dazu *Evelyne Schmid/Véronique Boillet*, Third Party Intervention Under Article 44(3) of the Rules of the European Court of Human Rights, in: *Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland* (Application no. 53600/20), submission for the Grand Chamber. <https://serval.unil.ch/en/notice/serval:BIB_A64D62947BC2> (zuletzt besucht am 2.12.2023).

⁶⁸ Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015, Art. 4, Abs. 3.

⁶⁹ Z. B. *Yann Robiou du Pont et al.*, Equitable Mitigation to Achieve the Paris Agreement Goals. *Nature Climate Change* 7 (2017), 38–48. Die Berechnungen des Weltklimarates von 2007 (IPCC AR4 WG III Chapter 13) mit Reduktionszielen von „mind. 25–40 %“ vor dem Niveau von 1990 für entwickelte Länder (und das „deutlich unter 2°C-Ziel“) gelten inzwischen als zu gefährlich.

⁷⁰ Übereinkommen von Paris vom 12.12.2015, Art. 2, Abs. 1, Bst. a.

⁷¹ European Scientific Advisory Board on Climate Change, Scientific Advice for the Determination of an EU Wide 2040 Climate Target and a Greenhouse Gas Budget For 2030–2050, 15.6.2023, 10.

⁷² *Adrian E. Raftery et al.*, Less Than 2 °C Warming by 2100 Unlikely, *Nature Climate Change* 7 (2017), 637–641 (639).

bedeutet, dass die völkerrechtskonforme Auslegung in Bezug auf die entscheidendsten Fragen unserer Zeit in diesem Fall keinen Beitrag leistete, bzw. dass das Gericht sie keinen Beitrag leisten ließ. Der Fall der *Klimaseniorinnen* gehört somit zu den Beispielen, in denen die völkerrechtskonforme Auslegung zumindest potenziell hätte zum Tragen kommen können, es aber nicht dazu kam – und noch dazu an entscheidender Stelle. Nun kann man sich darüber streiten, was die Völkerrechtsfreundlichkeit einer Verfassung im Bereich des Klimaschutzes materiellrechtlich genau zu bedeuten hat oder hätte, aber es scheint klar, dass es alles andere als selbstverständlich ist, mit völkerrechtskonformer Auslegung den Gesetzgebern „Beine zu machen“.⁷³

V. Fazit

Meines Erachtens führt deshalb kein Weg an der Schlussfolgerung vorbei, dass man sich zur Abschätzung der „Völkerrechtsfreundlichkeit durch völkerrechtskonforme Auslegung“ nicht nur auf eine Handvoll von Gerichtsurteilen beschränken kann, in denen die völkerrechtskonforme Auslegung tatsächlich zur Geltung kam, sondern sich auch Fragen zu ihrer Abwesenheit, Fragen zum Zugang zu den Gerichten und Fragen zum Bezug des Völkerrechts durch die Exekutive und die Legislative – auf allen Ebenen des Staatsaufbaus – stellen muss. Man könnte ansonsten gar unkritisch zur Ansicht gelangen, dass die völkerrechtskonforme Auslegung uneingeschränkt und überall der Durchsetzung des Völkerrechts dient und somit wohl auf die eine oder andere Weise zum „Fortschritt“ beiträgt.⁷⁴ So hat die völkerrechtskonforme Auslegung in einigen Fällen bloß eine bereits bestehende Rechtsprechung konsolidiert, bei Volksinitiativen als Schild vor einer Intervention der Bundesversammlung geschützt oder manchmal einem Gericht einen Ausweg vor kontroversen Fragen geboten. Häufig ist sie abwesend und zur Umsetzung von menschenrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten hat sie in der Schweiz zumindest bis jetzt soweit ersichtlich kaum beigetragen. Dafür bräuchte es dringend einen völkerrechts-, planeten- und lebensfreund-

⁷³ Lorenz Kneubühler, Wie Gerichte dem Gesetzgeber Beine machen, LeGes (2014), 409-418.

⁷⁴ Zum Fortschrittsnarrativ und einer kritischen Diskussion siehe *Tilmann Altwicker/Oliver Diggelmann*, How Is Progress Constructed in International Legal Scholarship?, *EJIL* 25 (2014), 425-444 (440). Genannt sei in diesem Zusammenhang ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1996 über eine Waldrodung. Gemäß diesem Entscheid wurde keine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt, weil ein Staatsvertrag den Bau einer Straße erforderte. Das Urteil ist nicht zu beanstanden, aber das Völkerrecht hat in diesem Fall staatliches Handeln ermöglicht, welches je nach Ansicht nicht unbedingt „fortschrittlich“ ist. BGE 122 II 234, E. 4 e, 239.

lichen Gesetzgeber, welcher Dank massiv verstärkten Beiträgen durch „[jede einzelne Person] und alle Organe der Gesellschaft“⁷⁵ inklusive der Judikative, der Umsetzung der völkerrechtlichen Pflichten zum Durchbruch verhilft.

Summary: Interpretation in Accordance with International Law from a Swiss Point of View: a Marginal Phenomenon?

This article discusses the scope and limits of consistent interpretation in Switzerland and discusses the extent to which construing national law in conformity with public international law is indicative of the ‘friendliness towards international law’ of a constitution. I argue, first, that consistent interpretation in Switzerland has certainly served the cause of friendliness towards international law, but that three conditions must be met before consistent interpretation can come into play. Second, the article concludes that consistent interpretation is, nevertheless, of limited use in ‘measuring’ the international law friendliness of the Swiss legal system because consistent interpretation does not come into play in numerous constellations and narrows the view to a modest number of court cases. In relation to the sum of challenges related to the implementation of international law domestically, consistent interpretation is a marginal phenomenon.

Keywords

Consistent interpretation – Switzerland – international law

⁷⁵ Präambel, Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, GA Res. 217A (III), 10.12.1948.

