

# Völkerrechtsfreundlichkeit im schweizerischen Recht: Das Beispiel der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht

Maria Stemmler\*

Universität Basel, Basel, Schweiz

*maria.stemmler@unibas.ch*

Abstract	717
Keywords	718
I. Der Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit im Schweizer Rechtsdiskurs	719
II. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in der Schweizer Rechtsordnung	722
1. Das maßgebliche Rechtsregime	722
2. Die unmittelbare Anwendbarkeit und die schweizerische Gewaltenteilung	725
III. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in der Schweizer Praxis	729
1. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht	730
2. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen	734
3. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht und Soft Law	736
IV. Fazit	738
Summary: Friendliness Towards International Law in Swiss Law: The Example of Direct Applicability of International Law	738
Keywords	739

## Abstract

Ausgehend von der schweizerischen Lesart des Begriffs der Völkerrechtsfreundlichkeit untersucht der vorliegende Beitrag die Schweizer Rechtspraxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht und stellt fest, dass diese durchaus als völkerrechtsfreundlich bezeichnet werden kann. Dazu klärt er die Bedeutung des Begriffs der Völkerrechtsfreundlichkeit im Schweizer Rechtsdiskurs und greift mit dem maßgeblichen Rechtsregime und der schweizerischen Gewaltenteilung zwei grundlegende Aspekte des Themas auf. Im Zentrum der Analyse steht die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Völkervertragsrechts, des Völkergewohnheitsrechts sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze. Mit der Heranziehung von Soft Law zur Bestimmung der unmittelbaren Anwend-

---

\* Doktorandin an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br., seit September 2023 Gastwissenschaftlerin an der Professur für Völkerrecht und Öffentliches Recht der Universität Basel. Die Verfasserin dankt Prof. Dr. *Anna Petrig*, LL. M. (Harvard) herzlich für die Gelegenheit, diesen Beitrag zu verfassen, sowie für alle Anregung und Unterstützung.

barkeit von Völkerrecht wird schließlich eine zukunftssträchtige, ebenfalls völkerrechtsfreundliche Option für die Schweizer Rechtspraxis diskutiert.

## Keywords

Schweiz – Völkerrechtsfreundlichkeit – unmittelbare Anwendbarkeit – völkerrechtliche Verträge – Völkergewohnheitsrecht – Soft Law

Rechtsvergleichend motivierte Analysen zur Völkerrechtsfreundlichkeit im Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht betreffen grundsätzlich zwei ebenso interessante wie relevante Themenfelder: Zum einen den Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit und was unter ihm in einer oder mehreren konkreten Rechtsordnungen zu verstehen ist, zum anderen mit der unmittelbaren Anwendbarkeit einen zentralen Aspekt der tatsächlichen Durchsetzbarkeit von Völkerrechtsnormen im innerstaatlichen Bereich. Der Mechanismus der direkten Anwendung von Völkerrecht erlaubt es den Einzelnen, ihnen auf der Ebene des Völkerrechts zuerkannte Rechtspositionen vor den innerstaatlichen Behörden und Gerichten praktisch geltend zu machen.<sup>1</sup> Werden beide Themenfelder für eine spezifische Rechtsordnung zusammen in den Blick genommen, stellen sich grundlegende Fragen des Verhältnisses zwischen innerstaatlichem Recht und Völkerrecht.

Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Artikel zunächst welche Bedeutung dem Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit im Schweizer Rechtsdiskurs zukommt. Dabei wird sich zeigen, dass es sich bei der Völkerrechtsfreundlichkeit in diesem Kontext nicht um eine dogmatische Figur handelt, sondern um einen Bewertungsmaßstab, mit dem die Offenheit einer Rechtsordnung für die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen charakterisiert werden kann (I.). Im Anschluss werden mit dem maßgeblichen Rechtsregime und der Gewaltenteilung zwei grundlegende Aspekte,

<sup>1</sup> S. dazu *Anne Peters*, *Jenseits der Menschenrechte, Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 441–442, sowie *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*, Heidelberg u. a.: Springer 2003, 15. S. zudem *Daniel Thürer*, § 11 Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: *Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller* (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich: Schulthess 2001, 179–206; Rn. 53. Vgl. dazu auch *Yvo Hangartner*, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Auslegung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform*, SJZ 94 (1998), 201–208 (201); vgl. weiter *Thomas Cottier* beim Schweizerischen Juristenverein, ZSR 112 (1993), 829–833 (829–830). Zur allgemeinen Wirkmacht der unmittelbaren Anwendung s. überdies *André Nollkaemper*, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, 122–124.

die bei Überlegungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht in der Schweiz immer wieder eine Rolle spielen, aufgegriffen und skizziert (II.). Sodann wendet sich der Beitrag der Schweizer Praxis der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht zu, wobei der Schwerpunkt auf maßgeblichen Entscheidungen des höchsten Schweizer Gerichts, des Bundesgerichts, liegt (III.). Entsprechend dem Stellenwert, den sie in diesem Bereich der Rechtsprechung des Bundesgerichts einnehmen, wird zunächst die Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkervertragsrechtlicher Normen in der Schweiz erörtert (1.), gefolgt von der in aller Regel deutlich weniger beleuchteten Schweizer Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (2.). Zu guter Letzt wird die Grenze der anerkannten Völkerrechtsquellen überschritten und mit dem Soft Law ein zunehmend an Gewicht gewinnendes Rechtsgebiet in die Analyse miteinbezogen (3.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (IV.).

## I. Der Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit im Schweizer Rechtsdiskurs

Der Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit verkörpert im schweizerischen Recht, anders als beispielsweise in der deutschen Rechtsordnung, keinen Grundsatz des Verfassungsrechts,<sup>2</sup> aus dem – insbesondere im Bereich der Auslegung – konkrete Pflichten und Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten.<sup>3</sup>

Allerdings ist er in der Literatur präsent, wo er genutzt wird, um zu beschreiben, ob und inwiefern eine Rechtsordnung dem Völkerrecht innerstaatlich Geltung verschafft.<sup>4</sup> Der Begriff der Völkerrechtsfreundlichkeit

<sup>2</sup> Für die deutsche Rechtslage s. BVerfGE 141, 1 (15, 26-31, 36) – *Treaty Override*; BVerfGE 148, 296 (343, 373) – *Streikverbot für Beamte*; BVerfGE 123, 267 (344, 347) – *Lissabon*; BVerfGE 128, 326 (365) – *EGMR Sicherungsverwahrung*; BVerfGE 143, 101 (136, 155-156) – *NSA-Untersuchungsausschuss*.

<sup>3</sup> Zu den Funktionen des Grundsatzes im deutschen Recht s. BVerfGE 141, 1 (26-30, insb. 29-30) – *Treaty Override*; zur Auslegung s. zudem bspw. BVerfGE 156, 182 (210) – *Europäischer Haftbefehl III*, sowie – im Kontext der EMRK – BVerfGE 128, 326 (365-371) – *EGMR Sicherungsverwahrung*.

<sup>4</sup> Vgl. bspw. *Giovanni Biaggini*, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP/PJA (1999), 722-729 (722-723, 726-729); *Matthias Oesch*, Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, I. Teil Grundlagen, Zürich u. a.: Schulthess 2020, 137-160 (143-144); *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111 (2010), 241-274 (252). Vgl. auch *Nina Ochsenbein*, Richterinnen an Schweizer Gerichten, Bern: Schulthess 2021, 54; sowie *Oliver Diggelmann*, Völkerrecht. Geschichte und Grundlagen mit Seitenblicken auf die Schweiz, Baden: Hier und Jetzt 2018, 179, 182.

fungiert in diesem Zusammenhang also als ein Bewertungsmaßstab, mit dem die Zugänglichkeit einer Rechtsordnung für das Völkerrecht beurteilt wird.

Der Schweiz wird oftmals sowohl hinsichtlich ihrer maßgeblichen innerstaatlichen Rechtsbestimmungen,<sup>5</sup> ihrer Rechtspraxis<sup>6</sup> als auch wegen ihrer monistisch ausgestalteten Rechtsordnung<sup>7</sup> eine besondere Völkerrechtsfreundlichkeit bescheinigt. Namentlich Regelungen der schweizerischen Bundesverfassung<sup>8</sup> (BV) werden als völkerrechtsfreundlich beschrieben<sup>9</sup>: So statuiert Art. 5 Abs. 4 BV mit der bündigen Formulierung „Bund und Kantone beachten das Völkerrecht“ den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Völkerrechts vor dem innerstaatlichen Recht.<sup>10</sup> Sekundiert wird diese Bestimmung durch Art. 190 BV, demzufolge „Bundesgesetze und Völkerrecht“ für die Schweizer Gerichte „massgebend“ sind – ohne dass eine Hierarchisierung zwischen beiden Kategorien vorgenommen wird.<sup>11</sup> Überdies dürfen Revisionen der Bundesverfassung gem. Art. 139 Abs. 3 BV in Verbindung mit Art. 194 Abs. 2 BV sowie gem. Art. 193 Abs. 4 BV nicht gegen die „zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts“ verstoßen.<sup>12</sup>

Der Gebrauch der Völkerrechtsfreundlichkeit als Bewertungsmaßstab spielt auch bei der Betrachtung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrechtsnormen in einer konkreten nationalen Rechtsordnung eine nennenswerte Rolle. *Helen Keller* bezeichnet in diesem Zusammenhang „[d]ie Bejahung der direkten Anwendbarkeit“ treffend als „einen Gradmesser für die Völkerrechtsfreundlichkeit einer Rechtsordnung“<sup>13</sup>. *Oliver Diggelmann* ver-

<sup>5</sup> So bspw. in Bezug auf das schweizerische Verfassungsrecht *Biaggini*, Verhältnis der Schweiz (Fn. 4), 723, 729; *Oesch* (Fn. 4), 143-144.

<sup>6</sup> S. insofern bspw. *Biaggini*, Verhältnis der Schweiz (Fn. 4), 728; *Baumann*, Umsetzung (Fn. 4), 252; einschränkend allerdings bspw. *Ochsenbein* (Fn. 4), 54.

<sup>7</sup> S. bspw. *Ochsenbein* (Fn. 4), 54; vgl. zudem die Darstellung bei *Diggelmann* (Fn. 4), 179-181. Zu praktischen Relativierungen dieses Befundes *Diggelmann* (Fn. 4), 182.

<sup>8</sup> SR 101.

<sup>9</sup> Zur Wertung der im Folgenden erwähnten Regelungsbereiche der BV als völkerrechtsfreundlich s. nochmals *Biaggini*, Verhältnis der Schweiz (Fn. 4), 722-723, 728-729; vgl. auch *Oesch* (Fn. 4), 143-144 sowie *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, Art. 5, Rn. 84, 86.

<sup>10</sup> S. *Tobias Tschumi/Benjamin Schindler*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hetrich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Art. 5 BV, Rz. 68-110, Rn. 73, 83; vgl. auch *Biaggini*, Verhältnis der Schweiz (Fn. 4), 728.

<sup>11</sup> S. dazu nur *Giovanni Biaggini*, BV Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich: Orell Füssli 2017, Art. 5 BV, Rn. 30.

<sup>12</sup> Welche völkerrechtlichen Regelungen von dieser Kategorie umfasst werden ist allerdings bislang ungeklärt. S. dazu nochmals *Tschumi/Schindler* (Fn. 10), Rn. 86.

<sup>13</sup> *Keller* (Fn. 1), 15.

wendet den anschaulichen Begriff der „Stellschraube“<sup>14</sup> um zu beschreiben, wie grundsätzlich als völkerrechtsfreundlich erachtete monistische Rechtssysteme das Einwirken des Völkerrechts in das innerstaatliche Recht regulieren.<sup>15</sup> Zu diesen Stellschrauben zählt er auch die Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen durch Gerichte und Verwaltungsbehörden.<sup>16</sup>

Parallel zu den generellen Einschätzungen des schweizerischen Rechts wird auch die Schweizer Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht als völkerrechtsfreundlich beschrieben. Dafür wird zumeist auf die als nicht besonders hoch erachteten Anforderungen des schweizerischen Rechts an die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen verwiesen.<sup>17</sup>

Für den Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit wird also die Frage der Völkerrechtsfreundlichkeit in der Regel damit verknüpft, ob in der Praxis völkerrechtlichen Normen eher eine direkte innerstaatliche Wirkung zuerkannt wird.<sup>18</sup> Hiergegen gibt es allerdings auch Widerspruch, der darauf verweist, dass im konkreten Fall die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen durch Gerichte oder Behörden und ihre mögliche Konkretisierung durch ein anderes staatliches Organ auch die Akzeptanz und Wirksamkeit der fraglichen Bestimmungen steigern und somit letztlich dem Völkerrecht wiederum zugutekommen könnte.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Diggelmann (Fn. 4), 182.

<sup>15</sup> S. Diggelmann (Fn. 4), 182.

<sup>16</sup> S. erneut Diggelmann (Fn. 4) 182. Vgl. insoweit auch *Olivier Jacot-Guillarmod*, L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse: histoire d'un detour inutile, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* Bd. XLV, 1989, Zürich: Schulthess 1989, 129-151 (145).

<sup>17</sup> S. bspw. *Markus Lanter*, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK). Die Rechtslage in der Schweiz nach der Reform der Bundesrechtspflege, Zürich: Schulthess 2008, 91; s. zudem die entsprechende Einschätzung des Meinungsstandes bei *Keller* (Fn. 1), 348. Eine vergleichsweise stark ausgeprägte Bereitschaft der Schweizer Gerichte zur Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit von völkervertraglichen Normen konstatiert *Gaby Buchs*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen. Am Beispiel der Rechtsprechung der Gerichte Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika, Baden-Baden: Nomos 1993, 110-111.

<sup>18</sup> Vgl. nochmals Diggelmann (Fn. 4), 182; zudem *Keller* (Fn. 1), 15. S. dazu überdies die zahlreichen Nachweise bei *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit, Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern: Stämpfli 2005, 3, Fn. 9.

<sup>19</sup> Vgl. *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 3. Vgl. zu den Nachteilen dieses Ansatzes *Nollkaemper* (Fn. 1), 123.

## II. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in der Schweizer Rechtsordnung

Bevor die Schweizer Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen näher in den Fokus rückt, sollen an dieser Stelle zwei Aspekte in den Blick genommen werden, die grundlegende Fragen der unmittelbaren Anwendbarkeit im schweizerischen Recht betreffen.

### 1. Das maßgebliche Rechtsregime

Der erste dieser Themenkomplexe stellt die Frage nach dem für die Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit maßgeblichen Rechtsregime: Ist die unmittelbare Anwendbarkeit einer Völkerrechtsnorm nach innerstaatlichem Recht oder nach Völkerrecht zu beurteilen? Für die schweizerische Doktrin ist diese Frage wohl noch nicht abschließend entschieden worden,<sup>20</sup> es ist allerdings eine klare Tendenz zu erkennen. Diskussionen zu diesem Themenkomplex werden vor allem im Hinblick auf das Völkervertragsrecht geführt, obwohl die Frage auch für andere Regeln des Völkerrechts relevant ist.<sup>21</sup>

Ursprünglich standen sich in dieser – keinesfalls auf die Schweiz beschränkten – Debatte vor allem zwei unterschiedliche Herangehensweisen gegenüber. Während die Vertreter der „völkerrechtlichen These“<sup>22</sup> die Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit nach rein völkerrechtlichen

<sup>20</sup> Vgl. bspw. die Einschätzung von *Keller* (Fn. 1), 13–14.

<sup>21</sup> Vgl. dazu auch die allgemeine Erläuterung und das entsprechende Vorgehen bei *Peters*, Menschenrechte (Fn. 1), 442–443. Der entsprechende Fokus zeigt sich bspw. bei *Keller* (Fn. 1), 13–16, noch deutlicher bei entsprechend begrenztem Zuschnitt maßgeblicher Publikationen, vgl. nur die Titel von *Manfred Zuleeg*, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, ZaöRV 35 (1975), 341–363; *Patrick E. Holzer*, Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Zürich: Schulthess 1998 sowie *Charles H. Dearborn*, The Domestic Legal Effect of Declarations That Treaty Provisions Are Not Self-Executing, Tex L. Rev. 57 (1979), 233–251. Eine Ausnahme findet sich bspw. bei *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 126 I (2007), 137–158 (141–144).

<sup>22</sup> Terminus so bei *Holzer* (Fn. 21), 52. Ebenfalls Verwendung fand die Formulierung der „völkerrechtlichen Theorie“, so durch *Waldemar Hummer*, Reichweite und Grenzen unmittelbarer Anwendbarkeit der Freihandelsaufkommen, in: Hans-Georg Koppensteiner (Hrsg.), Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, Wien: Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac 1987, 43–83 (52).

Maßstäben vornehmen wollten,<sup>23</sup> argumentierten die Vertreter der „landesrechtlichen These“<sup>24</sup> für die Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit anhand von Vorgaben des innerstaatlichen Rechts.<sup>25</sup>

Für beide Ansätze lassen sich Argumente finden, sie sind allerdings auch jeweils mit Schwierigkeiten behaftet. Für die „völkerrechtliche These“ lässt sich vorbringen, dass die fragliche Norm dem Völkerrecht zuzurechnen ist und daher auch grundsätzlich nach dessen Vorgaben zur Anwendung kommen sollte.<sup>26</sup> Allerdings setzt die „völkerrechtliche These“ damit voraus, dass unter Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden dem Völkerrecht, insbesondere einem völkerrechtlichen Vertrag, entnommen werden kann, ob die unmittelbare Anwendbarkeit einer fraglichen Bestimmung von den Vertragsparteien intendiert war. In der Praxis enthält ein Völkerrechtsvertrag jedoch nicht immer die notwendigen Anhaltspunkte zur unmittelbaren Anwendbarkeit seiner Regelungen; stattdessen stellt die innerstaatliche Anwendungsfreiheit den Regelfall dar.<sup>27</sup> Selbiges lässt sich auch für das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze konstatieren.<sup>28</sup>

Zu Gunsten der „landesrechtlichen These“ lässt sich gerade dieser Punkt anführen, nämlich dass die Staaten in der Umsetzung des Völkerrechts grundsätzlich frei sind und sich folglich auch für die Beurteilung der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit auf ihr Landesrecht stützen

---

<sup>23</sup> So bspw. *Alfred Verdross*, Völkerrecht, 5. Aufl., Wien: Springer-Verlag 1964, 121-122; *Karl Matthias Meessen*, The Application of Rules of Public International Law Within Community Law, CML Rev. 13 (1976), 485-501 (493-494); differenzierender: *Hummer* (Fn. 22), 52-55; sowie *Zuleeg* (Fn. 21), 350-351. Dieser Einordnung widersprechend: *Holzer* (Fn. 21), 55, Fn. 217.

<sup>24</sup> Auch dieser Terminus findet sich bei *Holzer* (Fn. 21), 54. Vgl. auch die „landesrechtliche Theorie“ bei *Hummer* (Fn. 22), 52.

<sup>25</sup> S. bsph. *Alfred Bleckmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Berlin: Duncker & Humblot 1970, 123-129; *Yuji Iwasawa*, The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis, Va. J. Int'l L. 26 (1986), 627-692 (insb. 650-652); *John M. Rogers*, International Law and United States Law, Aldershot/Brookfield: Dartmouth – Ashgate 1999, 77-78.

<sup>26</sup> Vgl. dazu bspw. *Peters*, Menschenrechte (Fn. 1), 443-444.

<sup>27</sup> S. dazu *Keller* (Fn. 1), 350; *Iwasawa* (Fn. 25), 651; *Yvo Hangartner*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich: Dike 2008, Art. 5 BV, Rn. 46; sowie besonders anschaulich *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 141-143; vgl. zudem *Holzer* (Fn. 21), 55; sowie *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 186. Zu Vorgaben zur unmittelbaren Anwendbarkeit in völkerrechtlichen Verträgen im Allgemeinen s. nochmals *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 113-117, 186-191.

<sup>28</sup> S. erneut *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 141-144, sowie *Hangartner*, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46. S. für das Völkerrecht insgesamt *Nollkaemper* (Fn. 1), 124.



können.<sup>29</sup> Problematisch wird das Beharren auf der „landesrechtlichen These“ allerdings dann, wenn beispielsweise einem völkerrechtlichen Vertrag eine Einigung der Vertragsparteien über die unmittelbare Anwendbarkeit einer oder mehrerer Bestimmungen entnommen werden kann.<sup>30</sup> Hier könnte die Beurteilung der unmittelbaren Anwendbarkeit nach rein landesrechtlichen Vorgaben zu unterschiedlichen Ergebnissen in den Vertragsstaaten führen, die den im Vertrag vereinbarten Verpflichtungen zuwiderlaufen.<sup>31</sup>

Inzwischen prägen in der Schweiz vor allem diejenigen Stimmen die Diskussion, die – zutreffenderweise – je nach konkreter Rechtslage Vorgaben beider Rechtsregime berücksichtigen.<sup>32</sup> Danach soll in einem ersten Schritt<sup>33</sup> die Frage, ob einer Norm des Völkerrechts selbst Festlegungen zu ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit zu entnehmen sind, von den nationalen Institutionen nach Völkerrecht beurteilt werden.<sup>34</sup> Enthält die Norm jedoch keine entsprechenden Vorgaben, soll die unmittelbare Anwendbarkeit einer Bestimmung in einem zweiten Schritt anhand von Kriterien des innerstaatlichen Rechts ermittelt werden.<sup>35</sup> Insofern kann auch von einer Mischung aus maßgeblichem Völkerrrecht und innerstaatlichem Recht gesprochen werden, oder wie es *Noellkaemper* unabhängig vom Kontext der Schweiz fasst: „the question of direct effect is of a mixed international/domestic nature“.<sup>36</sup>

<sup>29</sup> Vgl. dazu nochmals *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 142-144; *Hangartner*, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46; vgl. zudem *Holzer* (Fn. 21), 54.

<sup>30</sup> S. erneut *Holzer* (Fn. 21), 54-55.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Hummer* (Fn. 22), 53.

<sup>32</sup> So bspw. *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 5 BV, Rn. 28a; *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 5, 84; *Holzer* (Fn. 21), insb. 55-56; *Thomas Cottier*, Teil 1: Einleitung und Synthesen, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern: Stämpfli 2001, 1-31 (10); *Hangartner*, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46-47; zudem *Melanie Studer*, Sozialhilferechtliche Beschäftigungsverhältnisse: zwischen Subsidiarität, Gegenleistung und Zumutbarkeit. Analyse der schweizerischen Praxis aus verfassungs- und völkerrechtlicher Sicht, Zürich: Dike 2021, 227; den Rahmen des Schweizer Diskurses überschreitend s. auch *Keller* (Fn. 1), 14, Fn. 40; sowie *Peters*, Menschenrechte (Fn. 1), 443-444; *Anne Peters*, The Position of International Law Within the European Community Legal Order, *GYIL* 40 (1997), 9-77 (45-47); zudem *Nollkaemper* (Fn. 1), 124-129.

<sup>33</sup> Häufig wird in diesem Zusammenhang auch das Bild der Stufe verwandt, vgl. *Holzer* (Fn. 21), 55-56; sowie *Studer* (Fn. 32), 227.

<sup>34</sup> Vgl. *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 141-144; *Holzer* (Fn. 21), 55; vgl. auch *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 5, 84.

<sup>35</sup> Vgl. nochmals *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 141-144; *Holzer* (Fn. 21), 55-56; *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 5, 84

<sup>36</sup> *Nollkaemper* (Fn. 1), 127.



In der Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichts lässt sich eine entsprechend schematische Vorgehensweise nicht feststellen,<sup>37</sup> jedoch werden in seinen Entscheidungen regelmäßig sowohl völkerrechtliche als auch landesrechtliche Erwägungen bei der Beurteilung einer fraglichen Bestimmung herangezogen.<sup>38</sup>

## 2. Die unmittelbare Anwendbarkeit und die schweizerische Gewaltenteilung

Im Schweizer Diskurs über die unmittelbare Anwendbarkeit spielen zudem Fragen der Gewaltenteilung eine wichtige Rolle.

Die Beurteilung völkerrechtlicher Normen im Hinblick auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit wird in der Schweiz nicht allein von den Gerichten vorgenommen, auch die Legislative und die Exekutive veröffentlichen entsprechende Rechtsauffassungen zu konkreten Völkerrechtsverträgen.<sup>39</sup> Besonders wichtig sind insofern die sog. Botschaften des Schweizer Bundesrates, also Berichte und Begründungen, die seine Erlassentwürfe für das Schweizer Parlament gem. Art. 141 des Parlamentsgesetzes<sup>40</sup> begleiten und die sich in der Regel auch zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmungen eines zu genehmigenden Völkerrechtsvertrags äussern.<sup>41</sup> Der Inhalt der

<sup>37</sup> S. *Holzer* (Fn. 21), 72; sowie *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 49–50.

<sup>38</sup> Vgl. dazu *Robert Baumann*, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung: am Beispiel Deutschlands, Frankreichs, des Vereinigten Königreichs, der Vereinigten Staaten von Amerika, Schwedens und der Schweiz, Universität Zürich: Rechtswissenschaftliche Fakultät 2002, 307–310; *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 49–50.

<sup>39</sup> S. für den Bundesrat bspw. Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189, 1193, 1202–1203; Botschaft über die Genehmigung des Protokolls Nr. 11 zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 11. Mai 1994 betreffend Umgestaltung der in dieser Konvention vorgesehenen Kontrollmechanismen (Europäisches Übereinkommen Nr. 155) vom 23. November 1994, BBl 1994 I 999, 1027; Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, 20–21; Botschaft betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts vom 31. März 1999, BBl 5327, 5344; zu Äußerungen aus den Reihen der beiden Kammern der Bundesversammlung (Art. 148 Abs. 2 BV), des Nationalrats (folgend: NR) und des Ständerats (folgend: SR) s. bspw. Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 17. November 1995, BBl 1996 II 721, 733–734; s. zudem Amtl. Bull. 1977 NR S. 895; Amtl. Bull. 1991 NR S. 1494; Amtl. Bull. 1991 SR S. 930. S. dazu auch *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 76; sowie *Keller* (Fn. 1), 15–16.

<sup>40</sup> SR 171.10

<sup>41</sup> S. dazu auch *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 316.

verschiedenen Stellungnahmen variiert – zum Teil wird lediglich postuliert, dass es den rechtsanwendenden Behörden<sup>42</sup> obliegen wird über die unmittelbare Anwendbarkeit fraglicher Bestimmungen zu entscheiden;<sup>43</sup> teilweise werden aber auch eigene Einschätzungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit abgegeben.<sup>44</sup>

Die Äußerungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht sind durch einen gewissen Dialog zwischen den genannten Bundesorganen geprägt: So finden sich in den Botschaften des Bundesrates immer wieder Bezugnahmen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrechtsnormen.<sup>45</sup> Selbiges lässt sich auch für Äußerungen aus dem Bereich der Legislative feststellen.<sup>46</sup> Das Bundesgericht wiederum hat einschlägige Stellungnahmen des Bundesrates und aus

<sup>42</sup> Bei den „rechtsanwendenden Behörden“ handelt es sich um einen Begriff des schweizerischen Verfassungsrechts (Art. 190 BV), der auf den verschiedenen föderalen Ebenen neben den Gerichten einschließlich des Bundesgerichts auch die Verwaltungsbehörden mitsamt den Regierungen und die Parlamente unter Einschluss der Bundesversammlung umfasst – sofern sie konkret Rechtsanwendung betreiben, vgl. *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 190 BV, Rn. 8. In diesem Terminus schlägt sich der weite schweizerische Behördenbegriff nieder, der generell nicht auf Verwaltungsbehörden begrenzt ist, sondern sowohl die Exekutive als auch die Legislative und die Judikative erfasst, vgl. dazu auch *Stefan G. Schmid*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar*, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Vorbemerkung zu den Bundesbehörden, Rn. 4–5. Auf Bundesebene gelten Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht als „oberste Bundesbehörden“, s. wiederum *Schmid* (Fn. 42), Rn. 4, sowie *Pierre Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern: Stämpfli 2021, Rn. 999.

<sup>43</sup> So bspw. in der Botschaft betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901, 923.

<sup>44</sup> So bspw. in der Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189, 1202–1203. Es existieren auch Kombinationen beider Vorgehensweisen, s. bspw. Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Internationalen Übereinkommen von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und über die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992, BBl 1992 III 269, 288; sowie Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, 20–21. S. überdies Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 17. November 1995, BBl 1996 II 721, 733–735.

<sup>45</sup> S. bspw. Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, BBl 1991 I 1189, 1202–1203; Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes vom 29. Juni 1994, BBl 1994 V 1, 20.

<sup>46</sup> S. Parlamentarische Initiative Genehmigung der Europäischen Sozialcharta. Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats vom 17. November 1995, BBl 1996 II 721, 734–735.

den parlamentarischen Gremien mehrfach in die Begründung seiner Entscheidungen zur unmittelbaren Anwendbarkeit miteinbezogen.<sup>47</sup>

Die Berücksichtigung der Einschätzungen der anderen obersten Bundesbehörden<sup>48</sup> durch das Bundesgericht spiegelt die von der Bundesverfassung vorgegebene, grundsätzliche Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten wider: Gemäß Art. 184 Abs. 1 BV und Art. 166 Abs. 1 BV sind der Bundesrat und die Bundesversammlung gemeinsam für die Außenpolitik zuständig,<sup>49</sup> was sich auch in der Aushandlung völkerrechtlicher Verträge niederschlägt.<sup>50</sup> Während der Bundesversammlung gem. Art. 166 Abs. 2 BV grundsätzlich die Genehmigung der völkerrechtlichen Verträge zukommt,<sup>51</sup> ist der Bundesrat gem. Art. 184 Abs. 2 BV für ihre Unterzeichnung und Ratifikation zuständig.<sup>52,53</sup>

<sup>47</sup> Für eine entsprechende Bezugnahme auf Unterlagen des Bundesrates und des Nationalrates s. bspw. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (folgend: BGE) 120 Ia 1, E. 5c S. 11-12 – *Verband Studierender an der Universität Zürich*; nahezu wortgleich: BGE 126 I 240, E. 2c S. 242-243 – *Technikum Winterthur*. S. dazu zudem insges. *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 312-315; s. ebenso *Keller* (Fn. 1), 15-16, sowie *Tschumi/Schindler* (Fn. 10), Rn. 81; *Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 21), 145. Vgl. auch *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 76-77; *Buchs* (Fn. 17), 90-91. Für die Berücksichtigung von Äußerungen allein des Bundesrates s. bsph. BGE 142 II 161, E. 4.5.2 S. 178-179 – A. X.

<sup>48</sup> Zum Begriff s. Fn. 42.

<sup>49</sup> S. *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 166 BV, Rn. 3-4; *Bernhard Ehrenzeller/Bardo Fassbender*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Art. 166, Rz. 1-39, Rn. 8-11, 13. Vgl. zudem *Tschannen* (Fn. 42), Rn. 1193-1194.

<sup>50</sup> Diesbezüglich sind insbesondere Art. 24 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 3 des Parlamentsgesetzes von Bedeutung, vgl. dazu insges. *Tschannen* (Fn. 42), Rn. 1195, 1693; *Ehrenzeller/Fassbender* (Fn. 49), Rn. 36.

<sup>51</sup> S. dazu nur *Bardo Fassbender*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Art. 166, Rz. 40-87, Rn. 49-52. Ausnahmen vom Genehmigungserfordernis enthält Art. 166 Abs. 2 BV selbst: „[A]usgenommen sind die Verträge, für deren Abschluss auf Grund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag der Bundesrat zuständig ist.“ Dabei handelt es sich in der Praxis um den Großteil der Völkerrechtsverträge, die von der Schweiz abgeschlossen werden. S. dazu insges. wiederum *Fassbender* (Fn. 51), Rn. 58-65.

<sup>52</sup> S. nur *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 184 BV, Rn. 3, 6-7.

<sup>53</sup> Der Abschluss völkerrechtlicher Verträge liegt ausweislich der Bundesverfassung mit ihren umfangreichen direktdemokratischen Mitwirkungsrechten allerdings nicht allein in der Hand der Bundesversammlung und des Bundesrates: Hinzu treten die Volksrechte aus Art. 140 BV und Art. 141 BV, die die Stimmberechtigten befähigen in Referenden den Abschluss bestimmter völkerrechtlicher Verträge abzulehnen und damit eine Beteiligung der Schweiz an diesen zu verhindern, s. dazu nur *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 140 BV, Rn. 3, 7; sowie *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 141 BV, Rn. 3-5, 14-18. Vgl. zu den Volksrechten auch Fn. 60.

Diskutiert wird in der schweizerischen Literatur die Frage, ob – sofern ein fraglicher Völkerrechtsvertrag dies zulässt – die Legislative – gegebenenfalls im Zusammenspiel mit der Exekutive – die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen abschließend determinieren kann.<sup>54</sup> Es ist umstritten, ob die Bundesversammlung im Rahmen der Genehmigung eines Völkerrechtsvertrages die unmittelbare Anwendbarkeit von Vertragsbestimmungen feststellen oder ausschließen kann.<sup>55</sup> Hinzu tritt die Möglichkeit, auf der Ebene des Völkerrechts bei der Ratifikation eines Vertrages einen entsprechenden Vorbehalt zu erklären.<sup>56</sup> Anders als der Bundesrat kann die Bundesversammlung Vorbehalte zwar nicht selbst anbringen;<sup>57</sup> es wird aber weithin angenommen, dass sie die Erklärung eines solchen durch den Bundesrat zur verpflichtenden Bedingung der Genehmigung machen kann.<sup>58</sup>

Teilweise wird auch dafür plädiert, dass die Entscheidung über die unmittelbare Anwendbarkeit – bei bestehender innerstaatlicher Umsetzungsfreiheit – aufgrund ihrer politischen Implikationen grundsätzlich durch das Parlament getroffen werden sollte.<sup>59</sup> Zugunsten einer Entscheidung durch das Parlament lässt sich argumentieren, dass selbiges über die höchste demokratische Legitimation unter den Staatsgewalten<sup>60</sup> und zudem ein Verfahren ver-

<sup>54</sup> Zu den sich insofern stellenden Fragen bei einem entsprechenden Vorgehen der Legislative vgl. *Keller* (Fn. 1), 15-16, 350-351.

<sup>55</sup> Dafür bspw. *Holzer* (Fn. 21), 116. Für den Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit ganzer Verträge s. zudem *Dietrich Schindler*, Die Schweiz und das Völkerrecht, in: Alois Riklin/Hans Haug/Raymond Probst (Hrsg.), Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern u. a.: Verlag Paul Haupt 1992, 99-119 (112). Dagegen unter Verweis auf den Wortlaut von Art. 166 Abs. 2 BV und die verfassungsrechtlichen Kompetenzen der Gerichte bspw. *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, Art. 166 BV, Rn. 26, sowie *Fassbender* (Fn. 51), Rn. 54.

<sup>56</sup> Zu derartigen Vorbehalten, nicht nur der Schweiz, s. nur *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 80-82.

<sup>57</sup> S. nur *Fassbender* (Fn. 51), Rn. 53.

<sup>58</sup> So bspw. von *Epiney* (Fn. 55), Art. 166 BV, Rn. 25; *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 166 BV, Rn. 11-11a; *Urs Saxer/Florian Brunner*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Art. 184 BV, Rn. 84; a. A. bspw. *Fassbender* (Fn. 51), Rn. 53. Konkret zur Anbringung von Vorbehalten zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrechtsvertragsnormen s. zudem (sehr verkürzt) *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 314, 383.

<sup>59</sup> So von *Holzer* (Fn. 21), 116; diesen Ansatz klar ablehnend *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 314, Fn. 1451.

<sup>60</sup> In Anbetracht der direktdemokratischen Elemente der schweizerischen Bundesverfassung kommt es in diesem Zusammenhang auf präzise Sprache an: Unter den Staatsgewalten ist die Bundesversammlung „am direktesten und stärksten demokratisch legitimiert“, so *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 148 BV, Rn. 4; s. auch *Daniela Thurnherr*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel: Helbing & Lichtenhahn 2015, Art. 148, Rn. 4; dies wird auch als „Legitimationsvorsprung“

fügt, das besonders gut geeignet ist, in wichtigen Angelegenheiten einen Interessenausgleich herbeizuführen.<sup>61</sup> Demgegenüber steht die Eignung der Exekutive und der Judikative, dem Einzelfall entsprechende Lösungen zu finden, Flexibilitätsbedürfnisse zu befriedigen und experimentelle Rechtschöpfung zu betreiben.<sup>62</sup>

### III. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht in der Schweizer Praxis

Bei der Behandlung der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen liegt der Fokus in der Schweiz – wie wohl im Allgemeinen – in aller Regel auf Völkervertragsrecht. Es finden sich aber auch vereinzelt Hinweise in Literatur und Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen.<sup>63</sup> Sehr selten ist eine Einbeziehung von Soft Law in derartige Analysen.<sup>64</sup>

bezeichnet, bspw. von *Bernhard Ehrenzeller*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Art. 166, Rz. 1-39, Rn. 10. Unter den *Staatsorganen* sieht das Bild etwas anders aus: Sowohl das Volk (hier als Zusammenschluss der gem. Art. 136 BV Stimmberechtigten) als auch die Stände (Stimmberechtigte nach Kantonsansässigkeit), – s. zu beidem *Kaspar Ehrenzeller*, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich: Dike/Schulthess 2023, Vorbemerkungen zu Volk und Ständen, Rn. 3 – werden als Staats- oder Bundesorgane qualifiziert, vgl. *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Vorbemerkungen zu BV 143-191c, Rn. 1; vgl. auch *Kaspar Ehrenzeller* (Fn. 60), Rn. 27. Auf Grundlage der ihnen zukommenden Volksrechte aus Art. 138 ff. BV (Initiativen auf Total- und Teilrevision der Bundesverfassung, obligatorisches und fakultatives Referendum) nehmen sie eine Vielzahl von politischen Entscheidungen selbst vor. Für eine entsprechende Übersicht s. *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Vorbemerkungen zu BV 138-142, Rn. 1-3; sowie *Tschannen* (Fn. 42), Rn. 1776, 1783-1808. Insofern ist auch von „permanenter Konkurrenz“ zu Bundesversammlung und Bundesrat die Rede, Wortlaut erneut *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 148 BV, Rn. 4, und von einem „direkten Legitimationsfluss am Parlament vorbei“ bei *Kaspar Ehrenzeller* (Fn. 60), Rn. 32. Dem trägt Art. 148 BV Rechnung, der der Bundesversammlung die Ausübung der obersten Gewalt im Bund nur „unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen“ zuschreibt, vgl. dazu auch *Thurnherr* (Fn. 60), Rn. 6.

<sup>61</sup> Vgl. *Cottier*, Synthesen (Fn. 32), 12; vgl. zudem *Holzer* (Fn. 21), 116; sowie *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 496-499.

<sup>62</sup> Vgl. erneut *Cottier*, Synthesen (Fn. 32), 12; *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 545-548.

<sup>63</sup> Vgl. dazu auch die allgemeine Einschätzung von *Peters*, Menschenrechte (Fn. 1), 442. Ein Bsp. der Behandlung der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht (und allgemeinen Rechtsgrundsätzen) in der Literatur findet sich bei *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 283-286; ein weiteres bei *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 274-276. Zur entsprechenden Praxis s. u. III. 2.

<sup>64</sup> So aber bei *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 105-113.

## 1. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsrecht

Grundsätzlich werden die Kriterien für die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertragsrechtlicher Normen in der Schweiz heutzutage durch das Bundesgericht in einer auch in anderen Rechtsordnungen üblichen Art und Weise zusammengefasst. Danach ist eine völkerrechtliche Vertragsnorm unmittelbar anwendbar, „wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall [die] Grundlage eines Entscheides zu bilden; die Norm muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt habe[n], und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein“.<sup>65</sup>

Mittels dieser Kriterien sollen vor allem sogenannte „blosse [...] Programmartikel“<sup>66</sup> und auch „Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosse Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten“<sup>67</sup> von direkt anwendbaren Normen unterschieden werden.

Die Verwendung eines Kriterienkatalogs zur Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit ist eine relativ neue Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Noch in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wandte das Bundesgericht Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge unmittelbar an, ohne näher auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einzugehen.<sup>68</sup> Erst 1962 wurde die Problematik der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen durch das Bundesgericht überhaupt ausdrücklich erwähnt;<sup>69</sup> 1972 folgte erstmals eine Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Bestimmung des Übereinkommens der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) anhand der nunmehr geläufigen Kriterien.<sup>70</sup> Auch heute wendet das Bundesgericht völkerrechtliche Vertragsnormen häufig ohne nähere Prüfung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit an.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> BGE 124 III 90, E. 3 a S. 91 – *L. X.*; wortgleich auch BGE 118 I a 112, E. 2 b S. 117 – *S.*; vgl. zudem BGE 106 Ib 182, E. 3 S. 187 – *Henggeler*.

<sup>66</sup> BGE 106 Ib 182, E. 3 S. 187 – *Henggeler*; ebenso BGE 105 II 49, E. 3 S. 58 – *Bosshard Partners*; s. zudem BGE 100 Ib 226, E. 3 S. 230 – *Wessely*.

<sup>67</sup> BGE 106 Ib 182, E. 3 S. 187 – *Henggeler*; ebenso BGE 105 II 49, E. 3 S. 58 – *Bosshard Partners*; s. zudem erneut BGE 100 Ib 226, E. 3 S. 230 – *Wessely*.

<sup>68</sup> S. *Keller* (Fn. 1), 348; zudem *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 304–305. Vgl. auch *Jacot-Guillarmod* (Fn. 16), 129–151, 144.

<sup>69</sup> S. BGE 88 I 86, E. 4 b S. 90–91 – *Rossier*. S. dazu auch *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 305; vgl. zur Bedeutung dieser Entscheidung auch *Jacot-Guillarmod* (Fn. 16), 144.

<sup>70</sup> S. BGE 98 Ib 385, E. 2 a, b S. 387–388 – *Banque de Crédit international*. S. dazu wiederum *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 305–307.

<sup>71</sup> S. *Cottier*, Synthesen (Fn. 32), 10; sowie *Holzer* (Fn. 21), 72, 114; s. zudem *Jacot-Guillarmod* (Fn. 16), 145–146; vgl. auch *Buchs* (Fn. 17), 111, sowie *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 4.

Wenn eine Prüfung durch das Bundesgericht stattfindet, wird seitens der Literatur indes beobachtet, dass in vielen Entscheidungen nicht die kriteriengerechte Ausgestaltung einer fraglichen Vertragsnorm entscheidend ist, sondern andere Faktoren.<sup>72</sup> Zu den möglichen maßgeblichen Aspekten, auf die das Bundesgericht seine Einschätzung stützt, können die Intentionen der Vertragsparteien und der Regelungszweck eines fraglichen Völkerrechtsvertrags<sup>73</sup> ebenso zählen wie die Ansichten von Institutionen der Exekutive und Legislative – seien es die des Bundesrates,<sup>74</sup> eines einzelnen Departements<sup>75</sup> oder der Bundesversammlung mit ihren beiden Kammern<sup>76</sup>. Gerade ein angenommener entgegenstehender Wille des Gesetzgebers wird von der Bundesjustiz sehr ernst genommen und kann dazu führen, dass einer Bestimmung trotz Erfüllung des postulierten Kriterienkatalogs die unmittelbare Anwendbarkeit verwehrt wird.<sup>77</sup> Eine etwas kuriose Rolle spielt überdies die Einrichtung einer den Einzelnen offenstehenden gerichtlichen Instanz in einem Völkerrechtsvertrag – aus ihrem Fehlen wurde schon geschlossen, dass eine fragliche Norm unmittelbar anwendbar sein müsse,<sup>78</sup> in einer anderen Entscheidung wurde jedoch das Gegenteil angenommen.<sup>79</sup> Nicht gänzlich außer Acht gelassen werden sollte schließlich der Einfluss, den Kritik aus der Wissenschaft auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ausüben kann.<sup>80</sup>

<sup>72</sup> Vgl. bspw. Keller (Fn. 1), 350; sowie Holzer (Fn. 21), 103–104, 113–114.

<sup>73</sup> S. bspw. BGE 104 IV 175, E. 2 c S. 179 – *Adams*; s. zudem BGE 105 II 49, E. 3 a S. 59 – *Bosshard Partners*; s. dazu auch Baumann, Einfluss (Fn. 38), 307–308; vgl. zudem Hangartner, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46.

<sup>74</sup> S. BGE 126 I 240, E. 2 c S. 242–243 – *Technikum Winterthur*; s. zudem BGE 124 III 90, E. 3 a S. 91 – *L. X.*; sowie BGE 98 Ib 385, E. 2 b S. 388–389 – *Banque de crédit international*.

<sup>75</sup> S. BGE 104 IV 175, E. 2 c S. 179–180 – *Adams*: Hier wurden Unterlagen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements in die Urteilsbegründung einbezogen.

<sup>76</sup> S. BGE 126 I 240, E. 2 c S. 242–243 – *Technikum Winterthur*; s. zudem auch eine Entscheidung des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts BGE 111 V 201, E. 3 S. 204–205 – *Courtet*.

<sup>77</sup> S. hierzu besonders deutlich erneut BGE 111 V 201, E. 2 c, 3 S. 203–205 – *Courtet* sowie deren wohl auch aufgrund einer anstehenden Gesetzesreform erfolgten Revision in BGE 119 V 171, E. 4 b, c S. 177–179 – *X.* S. dazu auch Keller (Fn. 1), 351–353; sowie Baumann, Einfluss (Fn. 38), 312–313.

<sup>78</sup> So BGE 98 Ib 385, E. 2 b S. 388 – *Banque de crédit international*.

<sup>79</sup> So BGE 105 II 49, E. 3 a S. 59 – *Bosshard Partners*.

<sup>80</sup> Paradebeispiel ist insofern wiederum die Entscheidung BGE 111 V 201, E. 2 c, 3 S. 203–205 – *Courtet* samt Revision in BGE 119 V 171, E. 4 b, c S. 177–179 – *X.* Vgl. dazu auch Christine Kaufmann/Christoph Good, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen. Rechtsgutachten im Auftrag des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB), AJP/PJA (2016), 647–664 (653); zudem – konkret abgeschwächter – Keller (Fn. 1), 351–353.



Es besteht derzeit kein klarer Standard für die Gewichtung derartiger Aspekte in den Urteilen des Bundesgerichts.<sup>81</sup> Dies wird als wenig vorhersehbar und der Rechtssicherheit abträglich kritisiert.<sup>82</sup> In der Literatur wird bisweilen konstatiert, dass das Bundesgericht mit seinem Ansatz eine Involvierung in politisch kontroverse Bereiche vermeiden will und seine Entscheidungen zumindest auch daran orientiert, welchem Staatsorgan eine entsprechende Regelung obliegen sollte – Stichwort Organeignung.<sup>83</sup>

Vor diesem Hintergrund wird das Vorgehen des Bundesgerichts mitunter auch anhand der Materie der fraglichen Völkerrechtsverträge analysiert.<sup>84</sup> Ein Bereich, in dem das Bundesgericht die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertraglicher Normen häufig annimmt, ist derjenige der Menschenrechtskonventionen.<sup>85</sup> Hier wurde die unmittelbare Anwendbarkeit für Bestimmungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte,<sup>86</sup> der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen,<sup>87</sup> des Übereinkommens zur Bekämpfung des Menschenhandels<sup>88</sup> sowie der Genfer Flüchtlingskonvention<sup>89</sup> und für die Verbürgungen der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) angenommen<sup>90</sup>. Eine

<sup>81</sup> S. *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 308, 310; vgl. zudem *Hangartner*, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46, sowie *Holzer* (Fn. 21), 113–114.

<sup>82</sup> S. erneut *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 310–314.

<sup>83</sup> S. dazu wiederum *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 309–313; sowie *Tschumi/Schindler* (Fn. 10), Rn. 81; vgl. dazu auch die Schilderungen von *Keller* (Fn. 1), 350–353.

<sup>84</sup> So bspw. – mit unterschiedlichen Schwerpunkten und maßgeblichen Aspekten – von *Keller* (Fn. 1), 349; sowie *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 309–313; *Jacot-Guillarmod* (Fn. 16), 145–146; vgl. zudem auch *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), *passim*, insb. 154–163; s. weiterhin *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 5 BV, Rn. 28a. Einen sachbereichsabhängigen Prüfungsmaßstab sehen auch *Tschumi/Schindler* (Fn. 10), Rn. 81.

<sup>85</sup> S. erneut *Keller* (Fn. 1), 349; zudem *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 312–313; sowie *Biaggini*, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 5 BV, Rn. 28 a. Vgl. auch *Daniel Wüger*, Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglichen Rechts, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern: Stämpfli 2001, 93–250 (229–230).

<sup>86</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, UNTS 999, 171; s. z. B. BGE 120 Ia 247, E. 5 a S. 254–255 – *J.*; s. auch BGE 120 Ia 1, E. 5 c S. 11–12 – *Verband Studierender an der Universität Zürich*.

<sup>87</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, UNTS 1577, 3; s. BGE 133 I 286, E. 3.2 S. 291–292 – *Schmid*; BGE 124 III 90, E. 3 a S. 91–92 – *L. X.*; sowie BGE 124 II 361, E. 3 c S. 368 – *H.*

<sup>88</sup> Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels v. 16.5.2005, CETS No. 197; s. BGE 145 I 308, E. 3.4.1, 3.4.2 S. 313–314 – *A.*

<sup>89</sup> Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951, UNTS 189, 137; s. BGE 93 II 354, E. 3 S. 358–359 – *Eheleute Pater*; sowie BGE 92 I 382, E. 1 a, b, c S. 385–386 – *T.*

<sup>90</sup> Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, UNTS 213, 221; s. BGE 145 I 308, E. 3.4.3 S. 314 – *A.*; BGE 125 II 417, E. 4 c, d S. 424–426 – *A.*; zudem BGE 111 Ib 68, E. 3 S. 72 – *X.*; s. dazu auch *Wüger*, Anwendbarkeit (Fn. 85), 229–230; sowie *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 312, Fn. 1437.

Ausnahme bildet der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte,<sup>91</sup> dessen Garantien in der Regel – auch unter Verweis auf entsprechende Annahmen des Bundesrates und der Bundesversammlung<sup>92</sup> – durch das Bundesgericht als zu unbestimmt eingeordnet werden.<sup>93</sup>

Ein weiterer Bereich, in dem das Bundesgericht zur Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen neigt, umfasst Völkerrechtsverträge „mit eher technischem Charakter“<sup>94</sup> der internationalen Zusammenarbeit.<sup>95</sup> Hierzu zählen beispielsweise Doppelbesteuerungsabkommen,<sup>96</sup> Abkommen zur gerichtlichen Zuständigkeit,<sup>97</sup> zur Anerkennung von ausländischen Urteilen und zur Vollstreckbarkeit ausländischer Titel,<sup>98</sup> zudem Verträge über Rechtshilfe in Strafsachen.<sup>99</sup>

Stärkere Zurückhaltung bei der Feststellung der unmittelbaren Anwendbarkeit hat das Bundesgericht hingegen bezüglich des Freihandelsabkommens mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft<sup>100</sup> an den Tag ge-

---

<sup>91</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 16.12.1966, UNTS 993, 3.

<sup>92</sup> S. einmal mehr BGE 126 I 240, E. 2 c S. 243 – *Technikum Winterthur*; sowie BGE 120 Ia 1, E. 5 c S. 11–12 – *Verband Studierender an der Universität Zürich*.

<sup>93</sup> S. nochmals BGE 126 I 240, E. 2 c, d S. 242–244 – *Technikum Winterthur*; BGE 121 V 229, E. 3 a S. 232–233 – *B.*; zudem BGE 130 I 113, E. 3.3 S. 123 – *A.*; sowie BGE 120 Ia 1, E. 5 c S. 11–12 – *Verband Studierender an der Universität Zürich*; s. auch *Keller* (Fn. 1), 349; vgl. zudem *Wüger*, Anwendbarkeit (Fn. 85), 230–232. S. zudem die Kritik bei *Diggelmann* (Fn. 4), 182.

<sup>94</sup> *Keller* (Fn. 1), 349.

<sup>95</sup> S. *Keller* (Fn. 1), 349; vgl. zudem *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 309–310.

<sup>96</sup> S. zum Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen und zur Vermeidung von Steuerbetrug und Steuerflucht, SR 0.672.934.91: BGE 142 II 161, E. 4.5.1, 4.5.2 S. 178–179 – *A. X.*; zudem zum Abkommen vom 12. November 1951 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich der Niederlande zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, SR 0.672.963.61: BGE 110 Ib 287, E. 4 S. 291–292 – *Y. B. V.*

<sup>97</sup> S. zum Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR 0.275.12: BGE 140 III 115, E. 3 S. 117 – *X. Versicherung*; zudem zum Vertrag vom 15. Juni 1869 zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen, SR 0.276.193.491: BGE 85 II 86, E. 2 S. 89 – *Treibtsch*.

<sup>98</sup> S. zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, SR 0.276.191.361: BGE 87 I 73, E. 1 S. 75–77 – *Hagen*.

<sup>99</sup> S. Vertrag zwischen der Schweiz und Belgien über gegenseitige Auslieferung von Verbrechern, SR 0.353.917.2: BGE 113 Ib 183, E. 1 a, 3 S. 185–186 – *C.*; s. zudem zum Staatsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen, SR 0.351.933.6: BGE 110 Ib 82, E. 4 b S. 84–86 – *X-Bank*.

<sup>100</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

legt.<sup>101</sup> Lehnte es dessen unmittelbare Anwendbarkeit ursprünglich ab,<sup>102</sup> änderte es diese Linie jedoch später zugunsten der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des Abkommens.<sup>103</sup>

Im Hinblick auf die Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweizer Rechtspraxis, und hier insbesondere der des Bundesgerichts, zeigt sich danach ein gemischtes Bild: Tatsächlich sind die vom Bundesgericht formulierten Anforderungen an die unmittelbare Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Vertragsnormen – wohl auch im internationalen Vergleich – nicht besonders anspruchsvoll gehalten. Allerdings existiert eine ganze Reihe von Faktoren, die in eine entsprechende Prüfung hineinspielen können, deren Berücksichtigung und Gewicht für die Einzelnen kaum vorhersehbar sind und die dazu führen können, dass einer Vertragsnorm trotz der Erfüllung des postulierten Kriterienkatalogs die unmittelbare Anwendbarkeit versagt bleibt. Insofern kann einem an sich völkerrechtsfreundlich gehaltenen Vorgehen – „quasi durch die Hintertür“ – ein merklicher Dämpfer verpasst werden. Dementsprechend könnte man an dieser Stelle auch von einer relativen Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweizer Rechtspraxis sprechen. Gleichzeitig führt eine Betrachtung der Praxis zu unterschiedlichen thematischen Bereichen des Völkervertragsrechts vor Augen, dass das Bundesgericht zahlreiche fragliche Bestimmungen – ob explizit oder implizit – unmittelbar anwendet, was durchaus als völkerrechtsfreundlich gewertet werden kann.

## 2. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen

Auch die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkergewohnheitsrecht spielt im schweizerischen Recht eine Rolle. Im Schweizer Diskurs wird sie regelmäßig zusammen mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts behandelt.<sup>104</sup> Diese Linie wird hier aufgegriffen.

Im Hinblick auf das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze wird in der schweizerischen Lehre teilweise vertreten, dass nur die Normen des *ius cogens*, die individuelle Rechtspositionen zum Inhalt

<sup>101</sup> Vgl. Keller (Fn. 1), 348-349; sowie Wüger, Justiziabilität (Fn. 18), 154-155, 160-161. Vgl. auch – allgemeiner – Biaggini, BV Kommentar (Fn. 11), Art. 5 BV, Rn. 28a.

<sup>102</sup> S. BGE 104 IV 175, E. 2 c S. 179-180 – Adams; zudem BGE 105 II 49, E. 3 a, b S. 57-60 – Bosshard Partners. S. dazu auch Wüger, Justiziabilität (Fn. 18), 154-158, 160-161.

<sup>103</sup> S. BGE 131 II 271, E. 10.3, 10.4, 10.4.1 S. 294-296 – Sonderabfallverwertungs-AG. S. dazu auch wiederum Wüger, Justiziabilität (Fn. 18), 161-162.

<sup>104</sup> Vgl. Wüger, Justiziabilität (Fn. 18), 283-286; Baumann, Einfluss (Fn. 38), 274-276.

haben, generell direkt anwendbar sind.<sup>105</sup> Ein klassisches Exempel für direkt anwendbares *ius cogens* bietet insofern das non-refoulement-Prinzip, das auch ohne Weiteres vom Bundesgericht angewendet wird.<sup>106</sup> Ausnahmen sollen allerdings im Hinblick auf völkerrechtliche Strafbarkeitsverpflichtungen bestehen, aufgrund derer Verletzungen des *ius cogens* zu ahnden sind und die keine konkrete Strafandrohung enthalten; hier ist im Einklang mit völkerrechtlichen Normen in aller Regel eine nationale Umsetzung erforderlich.<sup>107</sup> Jenseits dessen sollen für Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze grundsätzlich die gleichen Anforderungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gelten, die in Bezug auf das Völkervertragsrecht zum Einsatz kommen.<sup>108</sup>

Einer anderen Ansicht zufolge sind sowohl das Völkergewohnheitsrecht als auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Schweiz generell unmittelbar anwendbar.<sup>109</sup> Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts.<sup>110</sup> Demgemäß wurden von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowohl der Grundsatz von Treu und Glauben<sup>111</sup> als auch der des *pacta sunt servanda*<sup>112</sup> durch das Bundesgericht als unmittelbar anwendbar bezeichnet. Ebenso wurde Normen des Völkergewohnheitsrechts durch das Bundesgericht die unmittelbare Anwendbarkeit zugestanden, neben dem bereits erwähnten non-refoulement-Prinzip<sup>113</sup> auch dem umweltvölkerrechtlichen Rücksichtnahmegebot.<sup>114</sup>

Im Ergebnis halten sich die Unterschiede zwischen den beiden genannten Ansätzen jedoch in Grenzen: Auch die Vertreter des zweiten Ansatzes geben zu, dass Normen des Völkergewohnheitsrechts nur dann unmittelbar an-

<sup>105</sup> So *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 91, 283.

<sup>106</sup> S. dazu BGE 108 Ib 408, E. 8 S. 411-413 – *Bufano*; s. auch BGE 126 II 145, E. 4 c bb S. 159-160 – *Spring*; vgl. zudem *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 91-92; sowie *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 275.

<sup>107</sup> S. *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 92, 102, 281-283. Zur dementsprechenden nationalen Rechtslage in der Schweiz s. auch *Lorenzo Rienzo*, Das Universalitätsprinzip bei der Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen nach schweizerischem Strafrecht, Zürich: Schulthess 2014, 14.

<sup>108</sup> S. *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 286. Vgl. auch *Hangartner*, Art. 5 BV (Fn. 27), Rn. 46.

<sup>109</sup> S. *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 274-276; s. zudem *Luzius Wildhaber/Stephan Breitenmoser*, The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries, *ZaöRV* 48 (1988) 163-207 (197).

<sup>110</sup> S. BGE 117 Ib 337, E. 2 a S. 340 – *P*.

<sup>111</sup> S. erneut BGE 117 Ib 337, E. 2 a S. 340 – *P*.

<sup>112</sup> S. BGE 125 II 417, E. 4 d S. 424-425 – *A*.

<sup>113</sup> S. erneut BGE 108 Ib 408, E. 8 S. 411-413 – *Bufano*; zudem BGE 126 II 145, E. 4 c bb S. 159-160 – *Spring*.

<sup>114</sup> S. BGE 124 II 293, E. 18 c S. 331-332 – *Politische Gemeinde Glattfelden*. S. zum umweltvölkerrechtlichen Rücksichtnahmegebot allgemein *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 22. Aufl., München: C. H. Beck 2023, 442-445.

wendbar sein können, wenn sie hinreichend bestimmt und klar ausgestaltet sind,<sup>115</sup> – und treffen sich an diesem Punkt mit der ersten Ansicht. Unterschiede lassen sich so vor allem in der Herangehensweise an eine entsprechende Fragestellung ausmachen. Gleichzeitig ist kaum von der Hand zu weisen, dass völkergewohnheitsrechtliche Normen ihren besonderen Status in aller Regel auch ihrer klaren Ausgestaltung verdanken<sup>116</sup> und ihre unmittelbare Anwendbarkeit folglich als Standard aufgefasst werden kann.

Unter dem Blickwinkel der Völkerrechtsfreundlichkeit lässt sich an dieser Stelle feststellen, dass sich die Rechtspraxis des Bundesgerichts zur unmittelbaren Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze und des Völkergewohnheitsrechts als besonders offen erweist. Beim Vergleich mit der Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsnormen ist allerdings zu beachten, dass sie lediglich einen kleinen Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen betrifft.

### 3. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkerrecht und Soft Law

Im aktuellen Schweizer Diskurs zum Völkerrecht spielen Fragen des Zustandekommens und der Geltung von Soft Law eine große Rolle.<sup>117</sup> Im Kontext der unmittelbaren Anwendbarkeit von Völkerrecht kam Soft Law allerdings bislang wenig Beachtung zu.<sup>118</sup>

Auf den ersten Blick bieten sich an dieser Stelle einfache Antworten an: Bestimmungen des Soft Law wohnt grundsätzlich keine Rechtsverbindlichkeit inne und sie werden daher weder als Recht noch als Völkerrechtsquelle qualifiziert.<sup>119</sup> Eine den anerkannten Völkerrechtsquellen vergleichbare unmittelbare Anwendbarkeit von Soft Law wird folglich in aller Regel für ausgeschlossen gehalten.<sup>120</sup>

<sup>115</sup> S. *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 275; sowie *Wildhaber/Breitenmoser* (Fn. 109), 197.

<sup>116</sup> S. dazu auch die Erläuterungen bei *Baumann*, Einfluss (Fn. 38), 275–276.

<sup>117</sup> S. dazu bsph. *Anna Petrig/Mareike Sinz*, Rechtsgutachten zum Thema „Mitwirkung des Parlaments im Bereich von Soft Law“ im Auftrag der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle, Basel: 29. November 2021; *Mareike Sinz*, Internationales Soft Law und Fragen nach parlamentarischer Zustimmung, Zürich: Schulthess 2022; *Francesco Naef*, Soft Law und Gewaltenteilung, *AJP/PJA* (2015), 1109–1121; *Benjamin F. Brägger/Bernhard Waldmann*, Soft Law bedrängt den Föderalismus, *NZZ* Nr. 202, 1.9.2021, 18.

<sup>118</sup> Insofern mit Seltenheitscharakter: *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 105–113.

<sup>119</sup> Vgl. nur *Andreas von Arnauld*, Völkerrecht, 5. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller 2023, 114; sowie *Daniel Thürer*, Soft Law, in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *MPEIL*, Oxford: Oxford University Press (zuletzt aktualisiert März 2009), Rn. 8–9; s. schließlich *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 106.

<sup>120</sup> S. insofern deutlich *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 106.

Nichtsdestotrotz kommt Bestimmungen des internationalen Soft Law eine Rolle in der schweizerischen Rechtsrealität zu. So lässt sich beobachten, dass sowohl die rechtsanwendenden Behörden als auch die Legislative sich immer wieder auf diese beziehen.<sup>121</sup> Ein gutes Beispiel bietet hierfür die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats zum Schutz von Zeugen vor Einschüchterung und zu den Rechten der Verteidigung von 1997,<sup>122</sup> zu der sich auch das Bundesgericht geäußert hat: Zwar handele es sich bei derartigen Empfehlungen nur um Richtlinien; da diese aber die gemeinsame Rechtsüberzeugung der Mitgliedstaaten des Europarates zum Ausdruck brächten, seien sie bei der Konkretisierung der Grundrechtsgewährleistungen der Bundesverfassung und der EMRK dennoch mitzuberücksichtigen.<sup>123</sup> Eine zweite hier interessierende Entscheidung des Bundesgerichts betraf die Koalitionsfreiheit aus Art. 28 Abs. 1 BV.<sup>124</sup> Bei deren Auslegung bezog sich das Bundesgericht auch auf die Praxis von zwei Ausschüssen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), nämlich des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit<sup>125</sup> und des Sachverständigenausschusses zur Durchführung der ILO-Übereinkommen<sup>126</sup>.<sup>127</sup> Dabei handelt es sich nach heutigem Stand jeweils um Soft Law.<sup>128</sup>

In beiden Fallkonstellationen ging es nicht um die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen. Allerdings eröffnen sie eine interessante Perspektive für zukünftige Verfahren vor dem Bundesgericht: Wenn Soft Law zur Konkretisierung von Normen herangezogen wird, besteht auch die Möglichkeit, dass seine Berücksichtigung eine völkerrechtliche Bestimmung derart konkretisiert, dass sie dem ursprünglich nicht erfüllten Kriterienkatalog der unmittelbaren Anwendbarkeit nun doch entspricht. Sollte es sich um eine Norm aus einem Völkerrechtsvertrag handeln, könnten die schon zuvor beschriebenen, sonstigen Erwägungen des Bundesgerichts zwar dennoch zu einer Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit führen. Genauso gut könnte die Berücksichtigung von Soft Law an dieser Stelle aber auch die Beseitigung derartiger Hindernisse ermöglichen.

---

<sup>121</sup> S. erneut *Wüger*, Justiziabilität (Fn. 18), 108.

<sup>122</sup> CoE, Recommendation No. R (97) 13 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence, 10 September 1997.

<sup>123</sup> S. BGE 125 I 127, E. 7 c S. 145 – *Demokratische JuristInnen der Schweiz*.

<sup>124</sup> S. BGE 144 I 50 – *Sindacato svizzero dei servizi pubblici*.

<sup>125</sup> S. zu diesem auch *Heiko Sauer*, International Labour Organization (ILO), in: Anne Peters/Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), MPEIL, Oxford: Oxford University Press (zuletzt aktualisiert August 2014), Rn. 25.

<sup>126</sup> Zu diesem s. ebenfalls *Sauer* (Fn. 125), Rn. 20–21.

<sup>127</sup> S. BGE 144 I 50, 57, E. 5.3.3, 5.3.3.1, 6.4.3 S. 60–61, 69 – *Sindacato svizzero dei servizi pubblici*.

<sup>128</sup> Vgl. *Sauer* (Fn. 125), Rn. 19–22, 25.

Auf diese Weise wird der Umgang mit Soft Law relevant für die Frage nach der Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweizer Rechtspraxis: Indem das Bundesgericht die Berücksichtigung von Soft Law bei der Konkretisierung von Normen anerkennt, eröffnet es Wege auf denen in Zukunft weiteren völkerrechtlichen Normen die unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt werden könnte – was eine völkerrechtsfreundliche Praxis darstellen würde.

## IV. Fazit

Eine Analyse der Schweizer Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des Völkerrechts unter dem Blickwinkel der Völkerrechtsfreundlichkeit ermöglicht Einblicke in eine vielschichtige Materie. Im Hinblick auf die unmittelbare Anwendbarkeit von Völkervertragsnormen hat sich gezeigt, dass neben dem üblicherweise durch das Bundesgericht postulierten Kriterienkatalog noch weitere Faktoren existieren, die im Einzelfall zu einer abschlägigen Entscheidung über die unmittelbare Anwendbarkeit führen können. Insofern liegt es nahe, diesbezüglich lediglich eine relative Völkerrechtsfreundlichkeit der Schweizer Praxis zu konstatieren. Gleichzeitig hat die Untersuchung der Praxis zu unterschiedlichen Bereichen des Völkervertragsrechts ergeben, dass das Bundesgericht oftmals fragliche Bestimmungen – ob explizit oder implizit – unmittelbar anwendet, was als völkerrechtsfreundlich charakterisiert werden kann. Die Rechtspraxis des Bundesgerichts zur unmittelbaren Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze und des Völkergewohnheitsrechts kann demgegenüber wohl ohne Weiteres als besonders völkerrechtsfreundlich bezeichnet werden. Der Umgang des Bundesgerichts mit Bestimmungen des Soft Law schafft schließlich Ansätze, die in der Zukunft zu einer Ausweitung der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen führen könnten, was ebenfalls als völkerrechtsfreundlich gewertet werden kann. Die Schweizer Rechtspraxis lässt sich somit insgesamt als durchaus völkerrechtsfreundlich kategorisieren, auch wenn nicht jeder hinreichend bestimmten Norm des Völkerrechts die unmittelbare Anwendbarkeit zugestanden wird.

## Summary: Friendliness Towards International Law in Swiss Law: The Example of Direct Applicability of International Law

Based on the Swiss reading of the concept of Völkerrechtsfreundlichkeit (friendliness towards international law), this article examines Swiss legal



practice with regard to the direct applicability of international law and concludes that it can be described as friendly to international law. To this end, it clarifies the meaning of the concept of *Völkerrechtsfreundlichkeit* in Swiss legal discourse and discusses two fundamental aspects of the topic: the applicable legal regime and the Swiss separation of powers. The analysis focuses on the jurisprudence of the Federal Supreme Court of Switzerland on the direct applicability of treaty law, customary international law, and general principles of law. Finally, with the use of soft law to determine the direct applicability of international law, the article discusses a promising option for Swiss legal practice that is also friendly to international law.

## Keywords

Switzerland – friendliness towards international law – direct applicability – treaty law – customary international law – soft law

