



**DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES
VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH
DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO? LA
APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL
ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.)**

Urs Dieter Thalmann

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI

Urs Thalmann

Diskriminiert Föderalismus?



**Die Umsetzung
des
völkerrechtlichen
Diskriminierungsverbots
im föderalen Staat, am Beispiel der Anwendung der
Kinderrechtskonvention durch die Kantone der Schweiz**

¿Discrimina el federalismo?

La aplicación de la prohibición de discriminación según el
Derecho Internacional en el Estado Federal, utilizando el
ejemplo de la aplicación de la Convención de la ONU sobre
los Derechos del Niño por los cantones suizos

Does Federalism Discriminate?

The Implementation of the Prohibition of Discrimination
under International Law in the Federal State, Using the
Example of the Application of the UN Convention on the
Rights of the Child by the Cantons of Switzerland

Dissertation, Tarragona 2023

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Urs Thalmann

Diskriminiert Föderalismus?

Die Umsetzung des völkerrechtlichen
Diskriminierungsverbots im föderalen Staat, am Beispiel
der Anwendung der UNO-Kinderrechtskonvention durch
die Kantone der Schweiz

¿Discrimina el federalismo?

La aplicación de la prohibición de discriminación según el
Derecho Internacional en el Estado Federal, utilizando el
ejemplo de la aplicación de la Convención de la ONU sobre
los Derechos del Niño por los cantones suizos

Does Federalism Discriminate?

The Implementation of the Prohibition of Discrimination
under International Law in the Federal State, Using the
Example of the Application of the UN Convention on the
Rights of the Child by the Cantons of Switzerland

Doktorarbeit geleitet durch

Dr. Prof. Jordi Jaria-Manzano

Departamento de Derecho Público



**UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI**

Tarragona 2023

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann



**UNIVERSITAT
ROVIRA I VIRGILI**

Departamento de Derecho Público
Plaza Imperial Tàrraco, 1
43005 Tarragona
Tel. 977 55 95 95
Fax 977 55 95 97

Jordi Jaria Manzano,

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado «Diskriminiert Föderalismus? Die Umsetzung des völkerrechtlichen Diskriminierungsverbots im föderalen Staat, am Beispiel der Anwendung der UNO-Kinderrechtskonvention durch die Kantone der Schweiz», que presenta Urs Thalmann para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta Universidad y que cumple los requisitos para poder optar a la Mención Internacional.

El director de la tesis doctoral

Dr. Jordi Jaria-Manzano

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Dank

Mein Dank geht an alle Mitglieder meiner Familie. Ohne ihre riesige, jahrelange Geduld, die unermüdliche Ermutigung und die vielseitige Unterstützung hätte ich weder den Text noch das Titelbild vollenden können.

Weiter danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Jordi Jaria-Manzano für die grossartige Inspiration, Unterstützung und stete Verfügbarkeit. Ebenso danke ich Prof. em. Dr. Peter Hänni, der mich an Bord des Nationalfondsprogramms NFP 42 geholt hat, was mir den Anstoss, die Grundmotivation und den ersten Teil der notwendigen Zeit für diese Dissertation gab. Weiter danke ich Dr. Robert Baumann für die kritische Durchsicht dieser Arbeit und die inspirierenden Kommentare.

Ein weiterer Dank geht an meinen Arbeitgeber 'impressum – die Schweizer Journalistinnen' und seine Vorstandsmitglieder, die mich angespornt haben, diese Arbeit zu Ende zu bringen.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Zusammenfassung

In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, ob die unterschiedliche Gewährung von Menschenrechten durch verschiedene Gliedstaaten eines Bundesstaats eine Verletzung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote darstellt. Als Untersuchungsgegenstand dienen der schweizerische Bundesstaat mit seinen Gliedstaaten (Kantonen) sowie das Diskriminierungsverbot des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (KRK). Die unterschiedliche Rechtsstellung von Rechtssubjekten (Kindern) in verschiedenen Kantonen wird in zwei Regelungsbereichen analysiert. Dabei wird untersucht, ob gegenüber diesen Kindern das Diskriminierungsverbot der KRK verletzt wird, weil die Kinder in verschiedenen Kantonen in diesen Regelungsbereichen unterschiedlich weitgehende Rechte geniessen. Auf den ersten Blick erscheint dies naheliegend. Das Diskriminierungsverbot der KRK gebietet, dass die Kinderrechte auf dem ganzen Staatsgebiet des Unterzeichnerstaats diskriminierungsfrei angewendet werden.

Allerdings ist nicht jede unterschiedliche Gewährung von Rechten auch eine verbotene Diskriminierung. Darum wird in dieser Studie anhand der Kriterien der Diskriminierung untersucht, ob die unterschiedliche Behandlung der Kinder durch verschiedene Kantone eine verbotene Diskriminierung darstellt. Als Resultat ergibt sich, dass dies grundsätzlich nicht der Fall ist. Der hauptsächliche Grund liegt darin, dass die kantonalen Rechtsordnungen aus einem ganzen System von Rechtsregeln bestehen, die im Kanton anwendbar und auf den Kanton beschränkt sind, und demokratisch durch die eigene kantonale Bevölkerung legitimiert sind. Sie gelten für alle Einwohner des Kantons gleich und müssen innerhalb des Kantons auch diskriminierungsfrei gewährt werden. Für die einzelnen Rechtssubjekte enthalten sie sowohl Vor- als auch Nachteile im Vergleich zu Regeln anderer Kantone. Daraus folgt, dass sich eine ungleiche Behandlung in unterschiedlichen Kantonen nicht herabwürdigend und damit auch nicht diskriminierend auswirkt, wenn sie nur eine Folge der bundesstaatlichen Abgrenzung der Kompetenzen ist. Die Freiheit von rechtswidriger Ungleichbehandlung und von Diskriminierung innerhalb des Kantons bleibt vorausgesetzt.

Ebenso wenig konstituiert die unterschiedliche Umsetzung von Rechten aus dem Kinderrechtsabkommen durch Kantone im Bereich ihrer eigenen Kompetenzen grundsätzlich eine verbotene Diskriminierung, und das Diskriminierungsverbot stellt keinen Grund dar, um Unterschiede zwischen Gliedstaaten abzulehnen. Dass eine bundesstaatliche Organisation mit verschiedenen Rechtskreisen auch in Bundesstaaten zulässig sein muss, ergibt sich darüber hinaus auch aus grundlegenden völkerrechtlichen Regeln wie dem Demokratieprinzip und der Verfassungsautonomie der Staaten.

Resumen en español castellano

En el presente estudio se examina si las diferencias en relación con el reconocimiento de derechos fundamentales por parte de los distintos estados miembros de un estado federal constituye una violación de la prohibición de discriminación según el Derecho internacional. Para afrontar esta cuestión, se ha escogido el caso suizo en relación con la prohibición de discriminación en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN), atendiendo a los regímenes jurídicos de los distintos cantones. Para determinar el alcance de la prohibición se analiza el distinto estatus jurídico de los sujetos de derecho (los niños y niñas) en los distintos cantones. Así, la tesis examina si se infringe la prohibición de discriminación de la CDN, en la medida que los niños y niñas disfrutan de diferentes niveles de derechos en los distintos cantones. A primera vista, esto parecería obvio, visto que la prohibición de discriminación de la CDN exige que los derechos del niño se apliquen sin discriminación en todo el territorio del estado signatario.

Sin embargo, no toda diferenciación en relación con el reconocimiento de derechos constituye automáticamente una discriminación prohibida. A partir de ahí, la investigación examina los diferentes criterios para la determinación de una discriminación prohibida para comprobar si el trato diferente que los distintos cantones dan a los niños y niñas es discriminatorio. El resultado es que, fundamentalmente, no es así. La razón principal es que los ordenamientos jurídicos cantonales consisten en todo un sistema de normas jurídicas legitimadas democráticamente por su propia población. Se aplican por igual a todos los habitantes del cantón, de modo que las normas relativas a los derechos se despliegan sin discriminación dentro del cantón. Para los sujetos jurídicos individuales ello implica tanto ventajas como desventajas en comparación con las normas de otros cantones. Por consecuencia, el trato desigual no tiene un efecto denigrante y, por tanto, no es discriminatorio, si es únicamente resultado de la delimitación federal de competencias. Por supuesto, siempre en la medida en que todos los sujetos sometidos al Derecho de un cantón determinado son tratados igual en relación con las normas emanadas.

Por ello, no hay motivo para rechazar las diferencias entre los diferentes estados de miembros de un estado federal en relación con los derechos del niño, siempre que no sean discriminatorias en el interior de cada uno de ellos ni contravengan la convención. Esta conclusión se confirma del hecho que una organización federal con diferentes círculos jurídicos en los estados federales es admisible también desde el punto de vista del Derecho internacional, en particular, de acuerdo con el principio democrático y la autonomía constitucional de los Estados.

Summary in English

The present study examines whether the differences in the granting of human rights by the various member states of a federal country constitute a violation of the prohibition of discrimination under international law. The Swiss federation with its member states (cantons) as well as the prohibition of discrimination of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) serve as the object of investigation. The different legal status of legal subjects (children) in different cantons is analyzed in two regulatory domains. It is examined whether the prohibition of discrimination of the CRC is violated against these children, because the children in different cantons enjoy differently extensive rights in these regulatory domains. At first glance, this appears obvious. The CRC's prohibition of discrimination requires that children's rights be granted without discrimination throughout the territory of the signatory state.

However, not every different granting of rights amounts to prohibited discrimination. Therefore, this study uses the criteria of discrimination to investigate whether the different treatment of children by different cantons qualifies as prohibited discrimination. As a result, it turns out that this is basically not the case. The main reason is that the cantonal legal systems consist of a whole set of legal rules applicable within and delimited by the jurisdiction of each canton, which is democratically legitimized by the own population of every canton. These cantonal rules apply equally to all inhabitants of the canton and must be granted without discrimination within the canton. For the individual legal subjects, they contain both advantages and disadvantages compared to rules of other cantons. As a consequence, unequal treatment is not degrading and thus not discriminatory if it is only the result of the federal delimitation of competences. Of course, always to the extent that all children subject to the law of a given canton are not discriminated and treated equally within the cantonal jurisdiction.

Likewise, the different implementation of rights from the Convention on the Rights of the Child by cantons in the area of their own competences does not constitute in principle a prohibited discrimination. In this respect, no reason arises to restrict differences between federal member states. Furthermore, the fact that a federal organization of a state with different jurisdictions in certain legal areas must be permissible in federal states also follows from fundamental rules of international law such as the principle of democracy and the constitutional autonomy of states.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Vorwort: Ein Diskriminierungsverbot, 26 souveräne Kantone

Der Ausschuss für die Rechte des Kindes (CRC) überprüft periodisch die Umsetzung des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes. Nachdem sich das CRC und die Schweizer Delegation am 29. Mai 2002 zur Aussprache getroffen hat, können dem Gespräch über die Kantone und ihre Bedeutung die folgenden beispielhaften Zitate entnommen werden:

CRC *«Les larges compétences conférées aux cantons, dans les domaines de l'éducation et de la politique sociale notamment, peuvent laisser craindre que les enfants ne bénéficient pas d'une véritable égalité de traitement dans ces domaines. [...] Il serait donc bon que la délégation apporte des éclaircissements sur la façon dont l'État partie entend s'acquitter de la responsabilité qui lui revient de faire en sorte que les enfants ne subissent dans la pratique aucune forme de discrimination.»¹*

CRC *«[...] les nombreuses disparités entre les cantons, en matière d'aide sociale, d'intégration des handicapés ou d'éducation, entre autres [...] reviennent à une discrimination de fait entre les enfants, fondée sur leur lieu de naissance.»²*

Schweiz *«[...] the system was rather complicated; however, it was important to bear in mind that cantons were not 'provinces' or 'administrative subdivisions'. Each canton had its own constitution, government and parliament, elected by the people. Just as different countries implemented the Convention in different ways, so did the cantons.»³*

CRC *«[...] diversity was a blessing as long as the rights of the child were equally guaranteed in all cantons. However, she expressed concern that the different systems applied in Switzerland could be seen as a source of de facto discrimination. For example, families in one canton received less support than families in another; the age of criminal responsibility varied from one canton to another; and children with physical disabilities in some cantons were integrated into mainstream schools whereas in other cantons they were not.»⁴*

Man wird den Eindruck nicht los, dass die beiden Delegationen aneinander vorbeireden. Ganz offensichtlich gehen sie von ganz unterschiedlichen Prämissen aus. Der Schweizer versucht zu erklären, was

1 CRC/C/SR.790 vom 24. Juli 2002, SAISUREE CHUTIKUL, Thailand, CRC-Mitglied, Rz. 11

2 CRC/C/SR.790 vom 24. Juli 2002, JUDITH KARP, Israel, CRC-Mitglied, Rz. 42

3 CRC/C/SR.791 vom 3. Juni 2002, Herr MICHEL, Mitglied der Schweizer Delegation, Rz. 36

4 CRC/C/SR.791 vom 3. Juni 2002, JUDITH KARP, Israel, CRC-Mitglied, Rz. 31

sein Verständnis von Bundesstaat ist: Jeder Kanton sei in diesem Kontext zu betrachten wie ein eigener Staat.

Doch niemand von der CRC versteht das: In keiner ihrer Formulierungen ist zu spüren, dass die Idee einer zumindest fragmentarischen Souveränität der Kantone nur schon begrifflich erfasst wird – ob nun aus Absicht oder aus Unverständnis. Hingegen ist es ein Ur-Merkmal des schweizerischen Föderalismus, das in diesem Zusammenhang jeder Formulierung der Schweizer Delegation zugrunde liegt. Die Vertreter der CRC erkennen als Rechtfertigung kantonaler Selbständigkeit höchstens die Diversität, und diese sei ja schon ein «Segen» – aber nicht akzeptabel, wenn sie eine «*De-Fakto-Diskriminierung*» herbeiführe.⁵

Diskriminiert Föderalismus...?⁶

Im Bild auf der nächsten Seite und ausschnittsweise auf der Titelseite: Abbild einer Seite des Originals der ersten Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1848. Quelle: www.parlament.ch. Art. 3 begann mit den Worten «Die Kantone sind souverän...». Diese Formulierung blieb auch in den folgenden Verfassungen von 1874 und der heute gültigen von 1999 bestehen. In Art. 4 findet sich die Rechtsgleichheit: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Unterthanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.» Der moderne Nachfolger findet sich in der BV von 1999 in Art. 8, dessen Abs. 1 lautet: «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.» In den folgenden Absätzen sind heute das allgemeine Diskriminierungsverbot sowie Bestimmungen zum besonderen Schutze vor Geschlechterdiskriminierung und der Diskriminierung von Behinderten. Zur Entwicklung dieser Bestimmungen s. Teil 2 Kap. 1 IV A, S. 144.

5 Die Schweiz bildet keine Ausnahme. So wurde beispielsweise auch Kanada dazu gedrängt, alles, was mit Kinderrechten zu tun hat, in allen Provinzen zu vereinheitlichen. Besonders scharf auf den Punkt gebracht wurde diese Haltung durch das russische CRC-Mitglied YURI KOLOSOV in CRC/C/SR.214 vom 30. Mai 1995, Rz. 45. Vgl. auch FN 912 mit Kritik der CRC aus dem Jahre 2012 zu Unterschieden zwischen Provinzen im Schulsystem.

6 Auch JEAN ZERMATTEN stellt die Frage, ohne sie an dieser Stelle zu beantworten in ZERMATTEN, moitié, S. III.

Basel (Stadt und Land), Schaffhausen, Appenzell (beider
Rhoden), St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau,
Zessin, Waadt, Valais, Neuchâtel und Genéve bilden
in ihrer Gesamtheit die schweizerische Eidgenossenschaft.

Art. 2.

Der Bundeszweck: Befestigung der Unabhängig-
keit des Vaterlandes gegen Aussen, Herstellung von Ruhe
und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte
der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohl-
fahrt.

Art. 3.

Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität
nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben
als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt
übertragen sind.

Art. 4.

Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Es gibt in
der Schweiz keine Untertanverhältnisse, keine Vorrechte
des Orts, der Geburt, der Familie oder Person.

Art. 5.

Der Bund gewährleistet den Kantonen ihr Gebiet, ihre
Souveränität inner der Beschränkung des Artikels 3, ihre Ver-
fassungen, die Freiheit, die Rechte des Volkes und die ver-
fassungsmässigen Rechte der Bürger gleich den Rechten
und Befugnissen, welche das Volk den Bundesorganen übertra-
gen hat.

Art. 6.

Die Kantone sind verpflichtet, für ihre Verfassungen
die Gewährleistung des Bundes aufzusuchen.

Der Bund übernimmt diese Gewährleistung in sofern:
a. sie nicht der Verfassung des Bundes widerspricht;
b. erlaufsames aufstellen;



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Inhaltsverzeichnis

Dank	I
Zusammenfassung	III
Resumen en español castellano	IV
Summary in English.....	V
Vorwort: Ein Diskriminierungsverbot, 26 souveräne Kantone	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung.....	1
1 Fragestellung und Begründung der Untersuchung	1
2 Methode	2
3 Bemerkungen zur Entwicklung der Arbeit	4
Introducción en español castellano.....	5
1 Pregunta de investigación y justificación del estudio	5
2 Método	6
3 Observaciones sobre el desarrollo del trabajo	8
Introduction in English: Question, rationale	9
Teil 1 Das Völkerrecht in Bund und Kantonen	11
Kap. 1 Völkerrecht.....	11
I Grundsätzliches zu den Quellen formellen Völkerrechts	11
II Das Vorgehen und die Folgen bei kollidierenden Völkerrechtsquellen	13
III Völkerrechtliche Verträge	14
A Wiener Übereinkommen und Völkergewohnheitsrecht	15
B Entstehung völkerrechtlicher Verträge	16
C Vorbehalte bei mehrseitigen völkerrechtlichen Verträgen	19
D Ungültigkeit völkerrechtlicher Verträge durch Mängel des Vertragsschlusses	20
E Die Verbindlichkeit von Verträgen	21
F Die Kollision von völkerrechtlichen Verträgen	21
IV Gewohnheitsrecht	22
V Allgemeine Rechtsgrundsätze	23

VI	Einseitige Erklärungen	24
VII	Beschlüsse internationaler Organisationen	25
A	Primäre und sekundäre Rechtsquellen	25
B	Rechtlich bindende Beschlüsse	26
C	Gemischte Vertragsschlussverfahren	29
D	Soft Law	30
VIII	Ergänzung: Völkerrechtliches <i>ius cogens</i>	31
IX	Die Auslegung von Völkerrecht	33
A	Die Auslegung hinsichtlich der innerstaatlichen Umsetzung	33
B	Die Auslegung bezüglich der völkerrechtlichen Verpflichtung	35
Kap. 2	Völkerrecht auf Bundesebene.....	39
I	Möglichkeiten der innerstaatlichen Umsetzung des Völkerrechts	40
A	Das dualistische System	40
B	Das monistische System	44
II	Der Monismus der schweizerischen Bundesverfassung	45
III	Rang des Völkerrechts im Verhältnis zum Landesrecht	46
A	Der Rang in monistischen und dualistischen Systemen	46
B	Entscheid des innerstaatlichen Verfassungsrechts	47
C	Rang des Völkerrechts in der Schweiz	49
1	Die demokratische Legitimation des Völkerrechts und der Bundesgesetze	50
2	Grundsätzliches Primat des Völkerrechts in der Schweiz	53
3	Die völkerrechtskonforme Auslegung der Bundesgesetze	55
4	Der Streitfall	57
a	Die bundesgerichtliche Rechtsprechung	58
b	Die gesplaltene Lehre	61
i	Die gemässigten Monisten	63
ii	Die radikalen Monisten	63
5	Diskussion	65
IV	Die direkte Anwendung völkerrechtlicher Normen	71
A	Fragestellung	71
B	Die Lehre und Rechtsprechung	73
C	Kritik an der Praxis der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit	75
Kap. 3	Völkerrecht und die Souveränität der Kantone	76
I	Die Auslegung der Bundesverfassung	77
II	Die Staatlichkeit der Kantone als Grenze der Kompetenzverteilung	82
III	Die wesentlichen Merkmale der	

	schweizerischen Bundesstaatlichkeit im Überblick	90
IV	Die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung	91
A	System der Kompetenzzuteilung: Art. 3 und 42 BV	91
	1 Kompetenzkompetenz des Bundes	91
	2 Die subsidiäre Generalkompetenz zugunsten der Kantone und die Lückenlosigkeit der Kompetenzaufteilung	92
	3 Form der Kompetenzzuteilung	94
	4 Revidierbarkeit von Art. 3 BV	95
	5 Zwingender Charakter der Kompetenzverteilung	96
	6 Subsidiaritätsprinzip	96
B	Die Kompetenzen und ihre Gliederung	99
	1 Die Auslegung von Kompetenznormen	99
	a Die Geltung der allgemeinen Auslegungsmethoden und – regeln	99
	b Die Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips und der Systematik	100
	c Die stillschweigenden Kompetenzen als Resultat der Verfassungsauslegung	101
	i Stillschweigende Kompetenzen als Teil der Verfassung	101
	ii Vorausgesetzte Kompetenzen	103
	iii Der Schluss vom Zweck auf die Mittel	104
	iv Der Schluss vom Grösseren aufs Kleinere	104
	v Kompetenzen aus der Natur der Sache oder aus der Staatlichkeit an sich	104
	2 Die Unterscheidung der Kompetenzen nach ihrem Umfang	105
	a Umfassende Kompetenzen und Gesetzgebungskompetenzen	106
	b Grundsatzgesetzgebungskompetenzen	108
	c Fragmentarische Kompetenzen	108
	3 Die Unterscheidung nach dem Verhältnis zu kantonalen Kompetenzen	108
	a Ausschliessliche Bundeskompetenzen	109
	b Konkurrierende Bundeskompetenzen	109
	c Parallele Kompetenzen	110
	4 Spezielle Kompetenzbereiche	110
	a Vollzug von Bundesgesetzen	110
	b «Verhaltensrecht» der Bundesverfassung	112
C	Die Entwicklung der Kompetenzverteilung	113
D	Sonderfragen	115
	1 «Daumenschrauben» oder bedingte Kompetenzen	115
	2 Extrakonstitutionelle Kompetenznormen	116
	a Kompetenzverschiebungen aufgrund völkerrechtlicher Verträge	116
	b Lückenfüllung und Gewohnheitsrecht	116
	c Kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze	118
	3 Dringende Gesetze	119
V	Die Organisationsautonomie der Kantone	120
A	Bedeutung und Grundlage der kantonalen Organisationsautonomie	120
B	Bundesrechtliche Anforderungen an die kantonale Staatsorganisation	121
VI	Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Willensbildung auf Bundesebene	122
A	Das Ständemehr bei Verfassungsänderungen	123
B	Ständemehr beim obligatorischen Staatsvertragsreferendum	124

C	Fakultatives Kantonsreferendum bei Staatsverträgen	125
D	Wahl der Mitglieder des Ständerats	126
E	Standesinitiative	126
F	Informations- und Anhörungsrechte der Kantone	128
VII	Die Bundestreue	129
VIII	Fazit: Die kantonale Selbstbestimmung als Wesensmerkmal des schweizerischen Föderalismus	132
Teil 2	Das Diskriminierungsverbot	134
Kap. 1	Das Diskriminierungsverbot im Bundesstaat	134
I	Wurzeln des Diskriminierungsverbots	134
II	Entwicklung des Diskriminierungsverbots in der Schweiz	136
III	Der grundrechtliche und der umgangssprachliche Diskriminierungsbegriff	139
IV	Das Diskriminierungsverbot neben der Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot	142
A	Abgrenzung von der allgemeinen Rechtsgleichheit	144
B	Abgrenzung vom Willkürverbot	152
C	Das Diskriminierungsverbot als eigenes Recht	152
V	Der Begriff der Diskriminierung in der Literatur	156
VI	Das Diskriminierungsverbot in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	160
VII	Positive Diskriminierungen	162
VIII	Direkte und indirekte Diskriminierung	164
IX	Geltungsbereich und Vergleichsradius des Diskriminierungsverbotes	166
A	Persönlicher Geltungsbereich	166
B	Adressaten des Diskriminierungsverbots	167
C	Örtlicher Geltungsbereich	168
D	Vergleichsradius	168
1	Vergleichsradius der Rechtsgleichheit	169
2	Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots	173
3	Diskriminierung wegen der Ungleichbehandlung über Kantonsgrenzen hinweg	174
X	Das Diskriminierungsverbot in kantonalen Verfassungen	176
XI	Vergleichende Bemerkungen: Diskriminierungsverbot und Unterschiede zwischen Autonomen Gemeinschaften in	

	Spanien	178
Kap. 2	Das Diskriminierungsverbot im Völkerrecht	180
I	Entwicklung von Diskriminierungsverboten in Menschenrechtsübereinkommen	180
II	Weitere Diskriminierungsverbote im Völkerrecht	181
III	Diskriminierungsbegriff im Völkerrecht	182
IV	Unterscheidungskriterien für Diskriminierungsverbote	184
A	Allgemeine und eingeschränkte Diskriminierungsverbote	184
1	Allgemeine Diskriminierungsverbote	184
a	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	184
b	IPBPR	185
c	Exkurs: Fraglicher Vorbehalt der Schweiz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot	186
2	Nach bestimmten Minderheiten eingeschränkte Diskriminierungsverbote	187
3	Nach bestimmten Benachteiligungen eingeschränkte Diskriminierungsverbote	188
B	Benachteiligungsverbote und Handlungsgebote	189
V	Im Speziellen: Diskriminierung aufgrund des Orts vor dem EGMR	191
Kap. 3	Elemente der verbotenen Diskriminierung	194
1	Die Benachteiligung und Einschluss indirekter Diskriminierung	196
2	Die Minderheit	199
3	Der herabwürdigende Zusammenhang	204
4	Fehlen triftiger Gründe	206
Teil 3	Die UNO-Kinderrechtskonvention und ihr Diskriminierungsverbot in der föderalen Schweiz	210
Kap. 1	Überblick über die Konvention	210
Kap. 2	Innerstaatliche Umsetzung der Konvention	212
I	Verbindlichkeit der Konventionsbestimmungen	212
II	Die Interpretation der Rechte aus der KRK	214
III	Direkte Anwendbarkeit der Konventionsbestimmungen	216
A	Genügende Bestimmtheit und Auftrag an Behörden	216
B	Die Ansicht des Bundesrates: Selten «self executing»	217
C	Differenzierte Auslegung durch das Bundesgericht	218
D	Kritik: Rechtswirkung der KRK wird marginalisiert	219
Kap. 3	Diskriminierungsverbote	222

I	Ein auf die Rechte des Abkommens beschränktes Diskriminierungsverbot	223
II	Schutzpflcht vor vermittelter Diskriminierung aufgrund familiärer Gruppenzugehörigkeit	223
Kap. 4	Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots der KRK in der Schweiz.....	224
I	Bundesstaatliche Betrachtungsweise	224
II	Völkerrechtliche Betrachtungsweise	226
A	Vorbehalt des innerstaatlichen Rechts	226
B	Auslegung der KRK	227
1	Verständnis nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch	229
a	«Each child within their jurisdiction»	230
b	«Without discrimination of any kind»	232
i	Betrachtete Beispiele von Ungleichbehandlungen	234
ii	Benachteiligung	236
iii	Minderheit	237
iv	Herabwürdigender Zusammenhang	240
v	Rechtmässigkeitstest	241
c	Fazit: Keine Diskriminierung	243
2	Spätere Übung oder Übereinkunft	243
3	Weitere anwendbare Völkerrechtssätze	246
a	Achtung der Menschenwürde	247
b	Selbstbestimmungsrecht, Demokratieprinzip, Verfassungsautonomie	250
Teil 4	Föderalismus diskriminiert nicht – Fazit und Empfehlungen	255
Kap. 1	Unterschiedliche Behandlungen über Kantons Grenzen hinweg sind gemäss KRK zulässig.....	255
Kap. 2	Föderalismusblindheit systematisch mit Vorbehalten oder Interpretationserklärungen begegnen	256
	Zusammenfassung ausgewählter Ergebnisse	260
1	Föderalismus diskriminiert im Grundsatz nicht, der «Föderalismusblindheit» sollte aber präventiv begegnet werden	260
2	Vereinfachte Prüfmethode für Diskriminierung macht Ausnahmen überflüssig	261
3	Die Problematik von politischen Motiven für Gerichtsurteile	262
4	Vorrang grundlegender innerstaatlicher Rechtsprinzipien gegenüber Völkerrecht ist legitim, nicht aber ein formell begründeter Vorrang	263
	Resumen de resultados seleccionados en español castellano	265
1	El federalismo no discrimina en principio, pero se debe responder de forma preventiva a la «ceguera al federalismo»	265

2	El test simplificado de la discriminación hace superfluas las excepciones	266
3	La problemática de los motivos políticos implícitos en las sentencias judiciales	267
4	La primacía de los principios jurídicos internos fundamentales sobre el derecho internacional es legítima, pero no es una primacía justificada por motivos formales	268
Summary of selected findings in English		269
1	Federalism does not discriminate as such, but the «federalism blindness» should be countered preventively	269
2	Simplified test method for discrimination makes exceptions superfluous	271
3	The trouble with political motives for court rulings	272
4	Precedence of fundamental domestic legal principles over international law is legitimate, but precedence supported by procedural justifications is not	273
Literatur		275
Abkürzungen		308

Erklärung: Die vorliegende Arbeit habe ich selbstständig verfasst und mich dafür auf die angegebenen Quellen gestützt. Bei wörtlichen oder sinngemässen Zitaten ist die Quelle angegeben. Bestimmte Textteile dieser Arbeit wurden von mir im Rahmen des Forschungsprogramms NFP 42, Aussenpolitik der Schweiz, des Schweizerischen Nationalfonds verfasst und im zugehörigen Forschungsbericht bereits publiziert: Peter Hänni (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich 2000. Das betrifft nicht ausschliesslich aber insbesondere Teile aus den Kapiteln Teil 1 Kap. 2 Völkerrecht auf Bundesebene und Teil 1 Kap. 3 Völkerrecht und die Souveränität der Kantone. Diese Teile waren von Anfang an als Grundlage dieser Dissertation vorgesehen und sind in der vorliegenden Arbeit teilweise aktualisiert oder neu formuliert worden. Auszüge aus dem vorliegenden Werk können vom Autor selbst für weitere Publikationen und Verwendungen übernommen oder weiterverarbeitet werden. Werkzeuge der generativen künstlichen Intelligenz wurden nicht verwendet, bei Übersetzungen wurden teilweise technische Hilfsmittel eingesetzt.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

DISKRIMINIERT FÖDERALISMUS? DIE UMSETZUNG DES VÖLKERRECHTLICHEN DISKRIMINIERUNGSVERBOTS IM FÖDERALEN STAAT,
AM BEISPIEL DER ANWENDUNG DER KINDERRECHTSKONVENTION DURCH DIE KANTONE DER SCHWEIZ. (DISCRIMINA EL FEDERALISMO?
LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN INTERNACIONAL DE DISCRIMINACIÓN EN EL ESTADO FEDERADO, CON EL EJEMPLO DE LA APLICACIÓN

Urs Dieter Thalmann

Einleitung

1 Fragestellung und Begründung der Untersuchung

Das Verhältnis zwischen Staaten untereinander wird durch das Völkerrecht geregelt. Doch beschränken sich die Staaten wie auch die übrigen Völkerrechtssubjekte nicht mehr darauf, über ihre politischen oder wirtschaftlichen Aussenbeziehungen zu regeln. Heute verpflichten sich Staaten namentlich durch Übereinkommen immer häufiger darauf, auch ihr innerstaatliches Recht nach gewissen gegenseitig vereinbarten Regeln zu gestalten. Das geschieht in diversen Rechtsbereichen. So harmonisieren Staaten ihre Vorschriften für die Sicherheit technischer Geräte, um den grenzüberschreitenden Handel mit solchen Gütern zu erleichtern. Auch im Bereich der Gewährung von Grund- und Menschenrechten entstehen völkerrechtliche Verträge, durch die sich die Staaten gegenseitig verpflichten, ihren innerstaatlichen Rechtssubjekten gewisse Rechte zu gewährleisten. Regelmässig verpflichten sich die Staaten durch solche Übereinkommen ausdrücklich dazu, ihren Rechtssubjekten die Rechtsgleichheit und Diskriminierungsfreiheit zu garantieren.

Auch nach innerstaatlichem Recht ist die Rechtsgleichheit garantiert und die Diskriminierung verboten. Davon ausgehend unterzeichnet die Schweiz völkerrechtliche Menschenrechtsübereinkommen im Vertrauen darauf, dass sie sich völkerrechtlich nicht auf etwas anderes verpflichtet, als es innerstaatlich sowieso schon gilt.

Weitgehend unter dieser Prämisse hat die Schweiz auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (KRK) unterzeichnet und ratifiziert. Doch im Rahmen des Länderberichtsverfahrens, das durch das UNO-Kinderrechtekomitee periodisch durchgeführt wird, tauchte die Kritik auf, die Schweiz diskriminiere ihre Kinder und verletze damit das Diskriminierungsverbot des Übereinkommens. Denn in gewissen Kantonen würden Kinderrechte anders, in weniger vorteilhaftem Umfang gewährt, als in anderen Kantonen.

Typischerweise haben Gliedstaaten in Bundesstaaten eigene Kompetenzen. Wie die verschiedenen Rechtsetzungsbereiche den einzelnen staatlichen Ebenen zugeordnet werden, ist in jedem Bundesstaat unterschiedlich geregelt. In der Schweiz geniessen die Kantone eine vergleichsweise grosse Autonomie, auch wenn diese seit der Gründung des Bundesstaates immer stärker durch neu eingeführte Bundeskompetenzen eingegrenzt wird. Doch gerade Bereiche, die Kinderrechte tangieren, sind noch weitgehend in kantonaler Kompetenz. Dazu gehört zum Beispiel die Bemessung von öffentlichen Finanzhilfen an Familien, also die Kinder- bzw. Familienzulagen, oder die schulische Erziehung – auch von Kindern mit besonderen Bedürfnissen.

Die vorliegende Arbeit geht der Frage nach, ob solche aus gliedstaatlichen Kompetenzbereichen resultierende Unterschiede in der Gewährung von Grundrechten eine unerlaubte Diskriminierung darstellen.

Das wird sowohl aus innerstaatlicher als auch aus völkerrechtlicher Sicht analysiert. Untersucht wird dies in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 KRK. Als Untersuchungsgegenstand dienen zwei Bereiche, in denen Kinder, die in der Schweiz wohnhaft sind, unterschiedliche Rechtsstellungen geniessen, wenn sie nicht im gleichen Kanton wohnen.

Als Ausgangspunkt dienen die im Vorwort auszugsweise zitierten Meinungsverschiedenheiten der Vertretenden der schweizerischen Regierung und des UNO-Komitees zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention. Das Komitee bezeichnet es als Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 KRK, wenn sich namentlich die staatlichen Leistungen zugunsten von Kindern in verschiedenen Kantonen unterscheiden. Das Komitee benennt für diese Aussage beispielhaft die schulische Betreuung von behinderten Kindern sowie die finanzielle staatliche Unterstützung von Familien.

Die Beantwortung der Fragestellung kann weitreichende Folgen haben. Verschiedene Menschenrechtsübereinkommen enthalten Diskriminierungsverbote. Die Gewährung von Rechten gegenüber den innerstaatlichen Rechtssubjekten ist aber in weiten Teilen durch die Gliedstaaten, im Falle der Schweiz durch die Kantone, gewährleistet. Wenn ein Menschenrechtsübereinkommen den Unterzeichnerstaaten zwar einen gewissen Gestaltungsspielraum in der Umsetzung der einzelnen Rechte lässt, das Diskriminierungsverbot aber vorschreibt, dass dieser Gestaltungsspielraum auf dem ganzen Territorium des Unterzeichnerstaates deckungsgleich genutzt werden muss, so würde dies die Unterzeichnerstaaten zu einer innerstaatlichen Rechtsvereinheitlichung zwingen. Im Bereich der eigenen Kompetenzen zur Gesetzgebung und zur Gesetzesanwendung würden die Gliedstaaten, in der Schweiz, also die Kantone, gezwungen, ihre Gesetze und Behördenpraxis zu vereinheitlichen. Dies würde die gelebte Praxis des Föderalismus einschränken.

2 Methode

Zu Zwecke der Beantwortung der Fragestellung befasst sich die Studie zunächst mit dem Zusammenspiel zwischen Völkerrecht und schweizerischem Verfassungsrecht und gelangt zur Frage, welche Bedeutung und Legitimation der föderalistische Staatsaufbau in der Schweiz sowie die bundesstaatliche Kompetenzverteilung aus völkerrechtlicher Sicht geniesst. Für die Beantwortung der Hauptfrage wird eine Reihe von untergeordneten Fragestellungen untersucht, deren wichtigste im abschliessenden Kapitel mit der Zusammenfassung der Ergebnisse aufgeführt sind.

Betreffend der Hauptfragestellung wurde eine ergebnisoffene Herangehensweise ohne vordefinierte Hypothese gewählt. Den Ausgangspunkt bildet der scheinbare Widerspruch zwischen einer völkerrechtlichen Sichtweise, welche Unterschiede zwischen Gliedstaaten unter Umständen in Anwendung des Diskriminierungsverbots nicht toleriert und dem schweizerischen föderalistischen Selbstverständnis, wonach Unterschiede zwischen Kantonen gar nicht durch das Diskriminierungsverbot erfasst sind. Der Autor analysiert Literatur,

Gerichtsurteile und Texte verschiedener internationaler und nationaler Gremien, gewichtet sie und setzt sie zueinander in den Kontext, was ihn letztendlich zur Schlussfolgerung am Ende des vorliegenden Werkes führt.

Teil 1 diskutiert die für die Fragestellung grundlegenden rechtlichen Themen in allgemeiner Form. Kapitel 1 ruft zunächst einige für die Fragestellung relevante Grundsätze des Völkerrechts und namentlich des Völkervertragsrechts, dem das Kinderrechtsübereinkommen angehört, in Erinnerung. In den Kapiteln 2 und 3 gilt es sodann, festzustellen, ob und wie das Völkerrecht für den Bund und die Kantone verbindlich ist, und welche Rechtswirkungen seine Bestimmungen innerhalb der Kantone entwickeln. Dazu gehört auch die immer wieder kontrovers diskutierte Frage, ob im Kollisionsfalle das Völkerrecht oder widersprechendes Landesrecht anzuwenden ist. Weiter wird genauer untersucht, auf welcher rechtlichen Basis die Unterschiede zwischen den Kantonen, sprich die eigenen Kompetenzbereiche, stehen, und welche Bedeutung diese Kompetenzen und die in diesem Zusammenhang stets diskutierte kantonale Souveränität gemäss Art. 3 BV für den Staat und die Legitimation des schweizerischen Bundesstaates haben. Denn je wichtiger das System der Kompetenzverteilung ist, um die Staatsgewalt in der Schweiz zu legitimieren, desto sensibler würde eine allfällige Einschränkung der Kompetenzausübung aufgrund völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote.

Einmal erstellt, dass das Diskriminierungsverbot der KRK in der Schweiz unmittelbar und direkt anwendbar ist, widmet sich Teil 2 dem Inhalt und Charakter des Diskriminierungsverbots. Zum Vergleich mit dem Diskriminierungsverbot der Kinderrechtskonvention werden sowohl das in der Schweiz innerstaatlich geltende Diskriminierungsverbot als auch weitere völkerrechtliche Diskriminierungsverbote betrachtet. Aufbauend auf der Analyse von Rechtsprechung und Literatur wird ein Ablauf hergeleitet, wie ein bestimmter Anwendungsfall auf das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung untersucht werden kann.

Auf den erarbeiteten Grundlagen aufbauend, geht Teil 3 spezifisch auf die Frage ein, ob kantonale Unterschiede in der Rechtsgewährung gegenüber Kindern das Diskriminierungsverbot in Art. 2 Abs. 1 KRK verletzt. Zunächst wird in den Kapiteln 1 – 3 das Diskriminierungsverbot als Teil der ganzen Konvention eingeordnet und, aufbauend auf den Grundlagen des Teils 1, die Verpflichtung sowohl des Bundes als auch der Kantone zur Umsetzung der Konvention beschrieben. In Kapitel 4 wird sodann anhand der zwei konkreten Beispiele, welche das UNO-Komitee für die Kinderrechte identifiziert hatte, untersucht, ob diese Unterschiede die Voraussetzungen einer verbotenen Diskriminierung erfüllen. Dabei wird auch untersucht, ob allenfalls übergeordnete oder andere anwendbare völkerrechtliche Regeln eher für eine einheitliche Umsetzung der Konventionsregeln und somit eine Aufgabe des gliedstaatlichen Gestaltungsspielraums sprechen, oder eher dagegen.

Teil 4 fasst das Ergebnis der Untersuchung zusammen und leitet daraus einige kurz gefasste Empfehlungen für die bundesstaatlichen Behörden ab, die völkerrechtliche Verträge verhandeln.

3 Bemerkungen zur Entwicklung der Arbeit

Die ersten Teile der vorliegenden Arbeit sind weitgehend während eines Forschungsjahres im Jahre 1999 entstanden, als der Autor am Lehrstuhl von Professor Dr. Peter Hänni an der Universität Freiburg im Rahmen des Forschungsprogramms NFP 42 des Schweizerischen Nationalfonds als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig war. In diesen Teilen geht der Autor in allgemeiner Form auf das Völkerrecht einerseits und auf Stellung der Kantone im schweizerischen Bundesstaat andererseits sowie auf den Zusammenhang zwischen beiden ein. Die Ergebnisse dieses Jahres fanden in der Publikation *«Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration»*, herausgegeben von Peter Hänni im Jahre 2000 im Schulthess-Verlag, Zürich, in verschiedenen Teilen des Buchs ihren Niederschlag. Sie bildeten gleichzeitig die Grundlage für die vorliegende Dissertation, deren Arbeitstitel damals noch *«Die Umsetzung von Völkerrecht durch die Kantone»* lautete. Aus den Vorarbeiten, die unter diesem allgemein formulierten Titel entstanden sind, erklärt sich auch die relative Ausführlichkeit jener Kapitel, welche auf die Geltung, den Rang und die Anwendung von Völkerrecht in der Schweiz eingehen. Aus beruflichen und familiären Gründen unterbrach der Autor die Arbeit an der Dissertation mit dem Ende des Nationalfondsprojekts.

Angeregt durch die im Vorwort wiedergegebenen unterschiedlichen Auffassungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen und einer offiziellen Schweizer Regierungsdelegation im Rahmen des Länderberichtsverfahrens zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes forschte der Autor sporadisch weiter. Anlässlich einer Unterhaltung mit seinem langjährigen Freund Dr. Jordi Jaria-Manzano, ordentlicher Professor (profesor agregado Serra Húnter) an der Universität Rovira i Virgili (URV) in Tarragona in Katalonien entschloss sich der Autor, die Arbeit mit Jordi Jaria-Manzano als «Doktorvater» wieder aufzunehmen, auf das vorliegende Thema einzugrenzen und anhand des Diskriminierungsverbots der Kinderrechtskonvention zu untersuchen. Zu diesem Zweck, und weil er gezwungen war, die Weiterführung der Arbeit berufs- und familienbegleitend zu organisieren, immatrikulierte sich der Autor 2015 als Doktorand an der URV als Teilzeit-Doktorand.

Die lange Dauer der Entstehung dieser Arbeit sowie die Anpassung und Eingrenzung des Themas schlagen sich in unterschiedlicher Weise im Text nieder. Augenfällig sind in den genannten Textteilen namentlich Referenzen nicht nur auf aktuelle, sondern auch auf ältere Gesetzestexte, Urteile oder Literatur. Ebenso haben sich die Herangehensweise, die inhaltliche Prioritätensetzung sowie natürlich auch der Schreibstil des Autors über die Jahre entwickelt, was sich dem Leser nicht verschliessen wird. Solche Referenzen und älteren Textteile sind teilweise aktualisiert, aber bewusst beibehalten worden, sofern der Autor unverändert hinter den Aussagen steht und sie einen Beitrag zur Beantwortung der Fragestellung leisten.

Introducción en español castellano

1 Pregunta de investigación y justificación del estudio

Las relaciones entre los estados están reguladas por el Derecho internacional. Sin embargo, el Derecho internacional ya no se limita a regular las relaciones exteriores políticas o económicas de los estados y otros sujetos de Derecho internacional. Hoy en día, los estados se comprometen cada vez más, en particular mediante tratados internacionales, a configurar también su Derecho interno de acuerdo con determinadas normas mutuamente acordadas. Esto ocurre en distintos ámbitos del Derecho. Por ejemplo, los estados armonizan sus normativas sobre la seguridad de los equipos técnicos para facilitar el comercio transfronterizo de estos bienes. También en el ámbito de los derechos fundamentales y humanos, surgen tratados internacionales por los que los estados se comprometen mutuamente a garantizar determinados derechos a los sujetos de su jurisdicción nacional. Generalmente, a través de dichos convenios, los estados se comprometen expresamente a garantizar a sus sujetos de derecho la igualdad de derechos y la no discriminación.

En el Derecho interno también se garantiza la igualdad de derechos y se prohíbe la discriminación. Basándose en esto, Suiza firma convenios de derechos humanos de Derecho internacional confiando en que no se comprometerá a nada diferente en virtud del Derecho internacional de lo que ya aplica a nivel nacional.

Basándose en gran medida en esta premisa, Suiza ha firmado y ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (CDN). Sin embargo, en el marco del procedimiento de informe por país, que lleva a cabo periódicamente el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, han surgido críticas en el sentido de que Suiza discrimina a los niños bajo su jurisdicción y viola, de este modo, la Convención. Esto se debe a que en determinados cantones los derechos de los niños se conceden de forma diferente, menos ventajosa, que en otros cantones.

Los estados miembros de los estados federales disponen de sus propias competencias. La forma de asignar los distintos ámbitos legislativos a los distintos niveles de gobierno se regula de forma diferente en cada estado federal. En Suiza, los cantones gozan de un grado de autonomía comparativamente amplio, aunque desde la fundación del Estado federal éste se ha visto cada vez más limitado por la introducción de nuevas competencias federales. Sin embargo, las áreas que afectan a los derechos del niño siguen siendo en gran medida responsabilidad de los cantones. Así, por ejemplo, les corresponde la fijación de las cuantías de las ayudas económicas públicas a las familias, es decir, las prestaciones por hijos y familiares o la educación escolar, también para los niños con necesidades especiales.

Este estudio examina la cuestión de si tales diferencias en el contenido específico de derechos fundamentales en el ámbito de competencia de los estados miembros constituyen una discriminación inadmisibles. Esto se analiza tanto desde la perspectiva del Derecho nacional

como del Derecho internacional. Se examina en aplicación del artículo 2.1 CDN. Dos ámbitos en los que los niños residentes en Suiza disfrutaban de estatutos jurídicos diferentes si no viven en el mismo cantón sirven de objeto de investigación.

El punto de partida es el desacuerdo entre los representantes del gobierno suizo y el Comité de la ONU sobre la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyos extractos se citan en el prefacio. El Comité califica de violación de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 2.1 CDN el hecho de que, en particular, las prestaciones estatales en favor de los niños difieran en los distintos cantones. El Comité cita como ejemplos de esta afirmación la escolarización de niños discapacitados y las ayudas económicas que el Estado proporciona a las familias.

La respuesta a la pregunta puede tener consecuencias de gran alcance. Diversas convenciones de derechos humanos contienen prohibiciones de discriminación. Sin embargo, el alcance de los derechos frente a los sujetos de derecho internos está garantizada en gran medida por los estados miembros, en el caso de Suiza por los cantones. Si un convenio de derechos humanos deja a los estados firmantes un cierto margen de maniobra en la aplicación de los derechos individuales, pero la prohibición de discriminación estipula que este margen de maniobra debe utilizarse de la misma manera en todo el territorio del estado firmante, esto obligaría a los Estados firmantes a uniformizar sus legislaciones nacionales. En el ámbito de sus propias competencias para legislar y aplicar la ley, los estados miembros —en Suiza los cantones— se verían obligados a estandarizar sus leyes y prácticas oficiales. Esto limitaría la práctica vivida del federalismo.

Al final de este documento encontrará el resumen en español de los principales resultados de esta investigación.

2 Método

Para responder a la pregunta principal, se aborda la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho constitucional suizo y se toma en consideración la cuestión del significado y la legitimidad de la estructura federal del Estado en Suiza, así como del reparto federal de competencias desde la perspectiva del Derecho internacional. Para responder a la cuestión principal, se examinan una serie de cuestiones subordinadas, las más importantes de las cuales se enumeran en el capítulo final que resume los resultados.

Por lo que respecta a la cuestión principal, se ha optado por un enfoque abierto sin hipótesis predefinidas. El punto de partida es la aparente contradicción entre una visión del Derecho internacional que no tolera diferencias entre los estados miembros en la aplicación de la prohibición de discriminación y la autoimagen federalista suiza, según la cual las diferencias entre cantones no se ven afectadas por la prohibición de discriminación. El autor analiza la literatura, las decisiones judiciales y los textos de diversos organismos internacionales y nacionales, los sopesa

y los pone en contexto unos con otros, lo que le lleva finalmente a la conclusión que se expone al final de esta obra.

En la Parte 1 se examinan las cuestiones jurídicas fundamentales de la cuestión en términos generales. El capítulo 1 comienza recordando algunos de los principios del Derecho internacional pertinentes para la cuestión, a saber, el derecho internacional de los tratados, del que forma parte la Convención sobre los Derechos del Niño. A continuación, los capítulos 2 y 3 determinan si el Derecho internacional es vinculante para la Confederación y los cantones, y de qué manera, así como los efectos jurídicos de sus disposiciones en los cantones. Esto incluye también la cuestión, repetidamente controvertida, de si, en caso de conflicto normativo, debe aplicarse el Derecho internacional o el Derecho nacional en contrario. Además, se examina con más detalle el fundamento jurídico de las diferencias entre los cantones, es decir, sus competencias propias, así como la importancia de estas competencias para el Estado y la legitimidad del Estado federal suizo. Al fin y al cabo, cuanto más importante sea el sistema de distribución de competencias para la legitimación del poder estatal en Suiza, más sensible resultaría una posible restricción del ejercicio de las competencias sobre la base de las prohibiciones de discriminación del Derecho internacional.

Una vez establecido que la prohibición de discriminación de la CDN es directa e inmediatamente aplicable en Suiza, la Parte 2 se dedica al contenido y carácter de la prohibición de discriminación. A efectos de comparación con la prohibición de la discriminación según la Convención sobre los Derechos del Niño, se examinan tanto la prohibición de la discriminación a nivel nacional en Suiza como otras prohibiciones de la discriminación en virtud del derecho internacional. Basándose en el análisis de la jurisprudencia y la literatura, se deriva un procedimiento para examinar un caso concreto de solicitud de existencia de discriminación prohibida.

Partiendo de las bases sentadas, la Parte 3 aborda específicamente la cuestión de si las diferencias cantonales en la concesión de derechos a los niños violan la prohibición de discriminación del artículo 2 apartado 1 de la CDN. Los capítulos 1 a 3 presentan en primer lugar la prohibición de discriminación como parte íntegra de la Convención y, partiendo de los fundamentos de la Parte 1, describen la obligación tanto de la Confederación como de los cantones de aplicar la Convención. A continuación, el capítulo 4 utiliza los dos ejemplos específicos identificados por el Comité de los Derechos del Niño de la ONU para examinar si estas diferencias cumplen los requisitos de la prohibición de discriminación. También se analiza si las normas de nivel superior u otras normas aplicables del Derecho internacional hablan más a favor de una aplicación uniforme de las normas de la Convención y, por tanto, de un abandono del margen de actuación de los Estados miembros, o más bien en contra.

La parte 4 resume el resultado del estudio y deriva de él algunas recomendaciones concisas para las autoridades federales que negocian tratados internacionales.

3 Observaciones sobre el desarrollo del trabajo

Las primeras partes del presente trabajo se escribieron en gran medida durante un año de investigación en el año 1999, cuando el autor trabajó como asistente de investigación en la cátedra del Dr. Peter Hänni en la Universidad de Friburgo, en el marco del programa de investigación número 42 de la Fundación Nacional Suiza para la Ciencia. En estas partes, se aborda en términos generales el Derecho internacional, por un lado, y la posición de los cantones en el Estado federal suizo, por otro, así como la relación entre ambos. Los resultados del trabajo de este año se plasmaron en diversas partes de la publicación *Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration* (Federalismo suizo e integración europea), dirigida por Peter Hänni en 2000 i publicada por Schulthess, de Zúrich. Al mismo tiempo, constituyeron la base de la presente tesis, cuyo título de trabajo en aquel momento seguía siendo *La aplicación del Derecho internacional por los cantones*. El trabajo preliminar realizado bajo este título de formulación general explica también la relativa exhaustividad de los capítulos que tratan de la validez, rango y aplicación del Derecho internacional en Suiza. Por razones profesionales y familiares, el autor interrumpió el trabajo sobre la tesis al final del proyecto del Fondo Nacional.

Inspirado por los puntos de vista divergentes del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y de una delegación oficial del Gobierno suizo en el marco del procedimiento de informe por país sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, que se reproduce en el prefacio, el autor prosiguió esporádicamente sus investigaciones. Con ocasión de una conversación con su amigo de muchos años Dr. Jordi Jaria-Manzano, profesor agregado Serra Húnter de la Universidad Rovira i Virgili (URV) de Tarragona, en Cataluña, el autor decidió reanudar el trabajo con Jordi Jaria-Manzano como director de tesis, delimitarlo al tema en cuestión y examinarlo a partir de la prohibición de discriminación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, y porque se vio obligado a organizar la continuación del trabajo de forma que acompañara a su trabajo y a su vida familiar, el autor se matriculó como doctorando a tiempo parcial en la URV en 2015.

La larga duración del desarrollo de esta tesis, así como la adaptación y acotación del tema, se reflejan en el texto de diferentes maneras. En las citadas partes del texto son conspicuas las referencias no sólo a textos legales, sentencias o bibliografía actuales, sino también a otros más antiguos. Asimismo, el enfoque del autor, la priorización del contenido y, por supuesto, el estilo de redacción han evolucionado a lo largo de los años, lo que no pasará inadvertido por el lector. Tales referencias y partes antiguas del texto se han actualizado en parte, pero se han mantenido deliberadamente, siempre que el autor respalde las afirmaciones sin cambios y contribuyan a responder a la pregunta.

Introduction in English: Question, rationale

The relationship between states is regulated by international law. However, states, like other subjects of international law, no longer limit themselves to regulating their external political or economic relations. Today, states are also increasingly committing themselves to regulate their domestic law according to certain mutually agreed rules, namely by means of treaties. This is happening in various areas of law. For example, states are harmonizing their regulations regarding the safety of technical equipment in order to facilitate cross-border trade of such goods. Also in the area of granting fundamental and human rights, treaties under international law are established by which states mutually undertake to guarantee certain rights to their domestic subjects of law. Generally, through such conventions, states expressly undertake to guarantee their legal subjects equality of rights and freedom from discrimination.

Equal protection and non-discrimination are also guaranteed under domestic law. Based on this, Switzerland signs international human rights conventions in the confidence that, it is not under international law committing itself to anything other than what anyway applies domestically.

Largely on this premise, Switzerland has signed and ratified the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC). However, criticism arose that Switzerland discriminates among its children and thus violates the prohibition of discrimination in the Convention. This came up within the framework of the country report procedure, which is periodically carried out by the UN Committee on the Rights of the Child. The underlying reason was that, in certain cantons children's rights were granted differently, to a less advantageous extent, than in other cantons.

Typically, member states in federal countries have their own competences. How the various areas of legislation are allocated to the individual levels of government is regulated differently in each federation. In Switzerland, the cantons enjoy a comparatively large degree of autonomy, even though, since the federation has been established, this has been increasingly limited by the introduction of new federal competences. However, areas that affect children's rights are still largely under cantonal competence. This includes, for example, the assessment of public financial aid to families, i.e. child or family allowances, or school education - also of children with special needs.

This thesis examines the question of whether such differences in the granting of fundamental rights resulting from areas of competence of the member states constitute impermissible discrimination. This is analyzed from both a domestic and an international law perspective. The latter is examined by applying Art. 2 para. 1 CRC. Two areas serve as objects of investigation. In both, children enjoy different legal statuses when they do not reside in the same canton.

As the starting point serves the disagreement between the representatives of the Swiss government and the Committee on the Rights of the Child, as excerpted in the preface. The Committee specifically describes it as a violation of the prohibition of discrimination from Art. 2

para. 1 CRC, if the state benefits in favor of children differ in different cantons. The Committee cites as examples for this statement the school care of disabled children as well as the financial state subsidies in favor of families.

The answer to the question can have far-reaching consequences. Various human rights conventions contain prohibitions of discrimination. However, the granting of rights towards domestic subjects of law is to a large extent guaranteed by the member states, in the case of Switzerland by the cantons. If a human rights convention leaves the signatory states some room for interpretation in the implementation of individual rights, but the prohibition of discrimination stipulates that this room for interpretation must be used in the same way throughout the territory of the signatory country, this would force the signatory countries to standardize their national laws. In the area of their own competences to legislate and to apply the law, the member states (i.e. the cantons in Switzerland) would be forced to standardize their laws and official practices. This would restrict the lived practice of federalism.

The results of the research are summarized in English at the end of this document.

Teil 1 Das Völkerrecht in Bund und Kantonen

Kap. 1 Völkerrecht

I Grundsätzliches zu den Quellen formellen Völkerrechts

Das Völkerrecht gibt es - im Gegensatz zum innerstaatlichen Recht - keine zentralen, dem Rechtssubjekt übergeordneten Organe, von denen der Erlass des objektiven Rechts ausgeht.⁷ Dies ergibt sich aus dem völkerrechtlichen Prinzip der Souveränität der Staaten.⁸ Die Staaten und internationalen Organisationen setzten sich das für sie geltende Völkerrecht regelmässig selbst. Für ein Völkerrechtssubjekt kann eine Norm nur dann Verbindlichkeit erlangen, wenn sich dieses Subjekt selbst (aktiv z. B. durch Anerkennung oder passiv z. B. durch fehlenden Widerspruch) der Norm unterworfen hat.⁹ Eine Ausnahme bilden nur die wenigen – aber bedeutsamen – Regeln des völkerrechtlichen *ius cogens*.¹⁰ Damit gibt es

7 Wie die Lehre dem Völkerrecht dennoch den Charakter als Rechtskategorie zuordnet, beschreibt IPSEN, Rz. 18 ff., S. 6 ff., mit ausführlichen Verweisen, und kommt zum Schluss, dass sein Geltungsgrund heute ausschliesslich auf dem Konsensprinzip beruht (Rz. 49). BESSON, Rz. 134 ff. lässt die Frage im Raum stehen, ob die Frage nach der Legitimität der Geltung überflüssig sei, und nicht einfach von der *de facto* Geltung ausgegangen werden muss und beruft sich dafür ebenfalls auf den Konsens der Völkerrechtssubjekte, dass dem so sein soll, aber auch auf die faktischen Umstände, welche die Subjekte dazu motiviert, sich an Völkerrecht zu halten, wie die Angst vor Sanktionen, und räumt ein, dass diese Basis schwach ist für eine nachhaltige Existenz dieser Rechtsordnung. Weitere Verweise auf die Lehre BESSON, Rz. 91 ff. Vgl. auch die Überlegungen von KELLER, FN 9.

8 Vgl. FASSBENDER, Gleichheit, S. 8 ff.; VERDROSS / SIMMA S. 29

9 Bei Erlassen von supranationalen Organisationen, namentlich der EU, entsteht die Rechtswirkung durch die vorgängige Anerkennung der Organe von supranationalen Organen und ihrer Rechtsetzungskompetenzen.

Zum rechtstheoretischen Dilemma, das sich daraus ergibt, dass Staaten als Souverän gelten, aber dennoch an das Völkerrecht gebunden sein sollen, vgl. mit diversen Verweisen und Lösungsansätzen KELLER, S. 3 ff. Ihr Fazit aus der Beobachtung der zunehmenden Interdependenz der Staaten lautet: «*Innen und Aussen stellen somit nicht unterschiedliche Spären, sondern lediglich verschiedene Aspekte derselben staatlichen Verantwortung dar.*» Sie verzichtet darauf, auf der absoluten äusseren Souveränität der Staaten aufzubauen und knüpft damit letztlich den Geltungsgrund von Völkerrecht direkt am Geltungsgrund des innerstaatlichen Rechts bzw. der innerstaatlichen Rechtsordnungen der Staaten an. Auch die innere Souveränität relativiert sie, und zwar durch die Interdependenz mit der Gesellschaft.

10 Siehe Teil 1 Kap. 1 VIII , S. 31. HOBE, S. 218 ff.

auch keine verbindlichen Regeln über die Formen von Völkerrechtsquellen, und diese lassen sich daher nicht abschliessend aufzählen.¹¹

Zahlreiche internationale Gerichte und vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte wenden Völkerrecht an, um Streitfragen zu entscheiden, und um die Auswahl und Gewichtung der Völkerrechtsquellen wenigstens einigermaßen vorhersehbar zu halten, geben die Statuten internationaler Gerichte und Schiedsgerichte oft eine meist ähnliche Auflistung der zu konsultierenden Quellen des Völkerrechts vor. Das wichtigste Beispiel ist die Aufzählung der durch den ICJ anzuwendenden Rechtsquellen in Art. 38 des ICJ-Statuts:

Abs. 1: Der Gerichtshof, dessen Aufgabe es ist, die ihm unterbreiteten Streitigkeiten nach dem Völkerrecht zu entscheiden, wendet an

- a) internationale Übereinkünfte allgemeiner oder besonderer Natur, in denen von den streitenden Staaten ausdrücklich anerkannte Regeln festgelegt sind;*
- b) das internationale Gewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung;*
- c) die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze;*
- d) vorbehaltlich des Artikel 59 richterliche Entscheidungen und die Lehrmeinung der fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen als Hilfsmittel zur Feststellung von Rechtsonormen.*

Abs. 2: Diese Bestimmung lässt die Befugnis des Gerichtshofs unberührt, mit Zustimmung der Parteien ex aequo et bono zu entscheiden.

Lit. a - c umschreiben die formellen primären¹² Völkerrechtsquellen so wie sie auch von der Lehre meist in ähnlicher Weise dargestellt werden.¹³ Auch diese Aufzählung setzt keinen *numerus clausus* für die Entstehung von Völkerrecht, und auch der ICJ fühlt sich nicht verpflichtet, sich auf diese Rechtsquellen zu beschränken. Im Gegenteil zeigen sich in der Praxis der Staatengemeinschaft Formen der Entstehung von neuem Völkerrecht, die sich nur schwer in die Aufzählung von Art. 38

11 Vgl. BESSON, Rz. 900, VERDROSS / SIMMA, S. 323 f.

12 Primäres Völkerrecht ist jenes, das sich von keinem höherliegenden Recht ableitet, sondern aus sich selbst heraus Geltung beansprucht. So bilden beispielsweise die Gründungsverträge einer internationalen Organisation primäres Völkerrecht. Erlassen Organe dieser internationalen Organisation verbindliche Erlasse, wozu sie kraft der Gründungsverträge befugt sind, so handelt es sich dabei um sekundäres Völkerrecht, weil dies nur kraft einer höheren primären Rechtsquelle gilt. Auch z. B. Schiedssprüche internationaler Schiedsgerichte bilden (individuelles) sekundäres Völkerrecht - ihr Geltungsgrund liegt in einem völkerrechtlichen Schiedsvertrag. Vgl. VERDROSS / SIMMA, S. 323. Besonders wichtig sind die sekundären Rechtsquellen im EU-Recht. Vgl. dazu Teil 1 Kap. 1 VII B, S. 26

13 Vgl. BESSON, Rz. 897 ff., VERDROSS / SIMMA, S. 322

einreihen lassen.¹⁴ Das ICJ-Statut nennt die üblichen und augenfälligen Ausdrucksformen des übereinstimmenden Rechtswillens. Dieser Konsens kann aber auch ein anderes Erscheinungsbild annehmen und mitunter spontaner und unmittelbar sein.¹⁵ Insbesondere in Kontext völkerrechtlicher Konflikte wird aber regelmässig auf die formalisierten Formen des Völkerrechts Bezug genommen, weshalb auf diese in den folgenden Kapiteln näher eingegangen wird.

II Das Vorgehen und die Folgen bei kollidierenden Völkerrechtsquellen

Im Grundsatz gibt es unter den primären Völkerrechtsquellen grundsätzlich keine Hierarchie.¹⁶ Kollidieren verschiedene Normen, so muss die jeweils anwendbare nach jenen Regeln ermittelt werden, die auch unter gleichrangigen kollidierenden Rechtsquellen innerstaatlichen Rechts gelten: *Lex posterior derogat legi priori* und *lex specialis derogat legi generali*. Dies gilt sowohl unter den Quellen der gleichen Entstehungsform¹⁷ - also beispielsweise unter konkurrierenden Regeln des Völkergewohnheitsrechts - als auch unter Quellen verschiedener Art - also insbesondere unter Verträgen, Gewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen.¹⁸ Hingegen können sich Völkerrechtssubjekte darauf verpflichten, dass sie gewisse Normen anwenden, auch wenn diese anderen widersprechen. So haben sie in Art. 103 der UN-Charta festgehalten: «[...] *their obligations under the present Charter shall prevail.*»¹⁹

Die Rechtsfolgen bei kollidierenden Völkerrechtsquellen unterscheiden sich grundsätzlich gegenüber jenen im innerstaatlichen Recht.²⁰ So wird im innerstaatlichen Kontext eine Regel normalerweise nicht angewandt, wenn sie höherrangigem Recht widerspricht oder eine spezielle

14 Was auch Abstufungen hinsichtlich ihrer Wirkungskraft nach sich zieht. Vgl. zum Ganzen STREBEL, Quellen, S. 320 ff., namentlich S. 330 f.

15 Zur Rechtsquelle des unmittelbaren Konsenses ohne gewollte Willenseinigung und damit ohne Vertragscharakter siehe VERDROSS / SIMMA, S. 324 ff.

16 BESSON, Rz. 903 ff.

17 Für Kollisionen mit oder unter völkerrechtlichen Verträgen vgl. auch Teil 1 Kap. 1 III F, S. 21

18 HEINEGG leitet aus der Reihenfolge der Aufzählung der Völkerrechtsquellen im IGH-Statut ab, dass Verträge grundsätzlich anderen Quellen des Völkerrechts übergeordnet sind, dies als Anwendungsfall der *lex specialis* – Regel, was nicht ausschliesse, dass Gewohnheitsrecht auch Vertragsrecht verdrängen könne. IPSEN, Rz. 2 ff., S. 507 ff. Demgegenüber unterstreicht BESSON, Rz. 905, S. 291, «*L'ordre dans lequel les différentes sources sont énumérées n'a donc aucune pertinence.*» Vgl. auch VERDROSS / SIMMA, S. 335

19 BESSON, Rz. 909 ff. beschreibt dies als formelle Normenhierarchie, und den Vorrang namentlich von *ius cogens* aber auch anderer inhaltlich als wichtiger einzustufenden Normen als materielle Normenhierarchie.

20 Zum Umgang mit Konflikten zwischen Normen innerstaatlichen objektiven Rechts vgl. anstatt vieler KRAMER, Rz. 4 f., S. 125 ff.

bzw. jüngere Regel ihr vorgeht.²¹ Vergleichbares gilt im Völkerrecht nur dann, wenn die Rechtsregel deshalb nichtig ist und nicht angewandt werden kann, weil sie *ius cogens* widerspricht.²² Handelt es sich aber um eine Norm, die ein Staat nicht anwendet, weil eine andere, widersprechende Norm vorgeht, so ist die erste Norm deswegen nicht ausser Kraft gesetzt, es sei denn, dieselben Völkerrechtssubjekte, welche durch beide Normen berechtigt und verpflichtet sind, haben sich darauf geeinigt, dass nur noch die eine der zwei Normen gelten soll, wie dies die allermeisten Staaten beispielsweise in genereller Weise mit dem zitierten Art. 103 der UN-Charta getan haben. Abgesehen von diesen Fällen gilt grundsätzlich, dass ein Staat, der eine Norm nicht anwendet, die noch gültig ist, eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzt, und zwar auch dann, wenn er dies wegen eines völkerrechtlichen Normenkonflikts tut. Er hat darum die Folgen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit zu vergegenwärtigen.²³

III Völkerrechtliche Verträge

Nach einer knappen Definition entsteht ein völkerrechtlicher Vertrag durch die übereinstimmende Willensäußerung zweier oder mehrerer Subjekte des Völkerrechts, in denen sich eines oder mehrere dieser Subjekte zu einer Leistung, Duldung oder Unterlassung²⁴ verpflichten.²⁵ Damit gründet auch der völkerrechtliche Vertrag zunächst auf einem Konsens über rechtliche Regeln. Weiter ist der Wille der Vertragsparteien notwendig, diese Regeln (auch gegen sich) gelten zu lassen und die übereinstimmenden Erklärungen dieses Willens jeder Vertragspartei gegenüber jeder anderen.²⁶ Dies ist

21 Wobei die Schweiz in dieser Beziehung eine Ausnahme kennt mit dem Anwendungsgebot für Bundesgesetze in Art. 190 BV, womit auch verfassungswidrige Bundesgesetze zur Anwendung kommen. Vgl. dazu im Kontext der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung Teil 1 Kap. 3 IV D 2 c S. 118, und hinsichtlich der Kollision mit Völkerrecht Teil 1 Kap. 2 III C 4 , S. 57

22 Art. 53 VRK für Verträge, die bereits von Beginn weg *ius cogens* widersprechen, und Art. 64 VRK für bestehende Verträge, die einer neuen Norm des *ius cogens* widersprechen. S. Besson, Rz. 929. Vgl. zum *ius cogens* Teil 1 Kap. 1 VIII , S. 31

23 Das gilt in gleicher Weise, wie wenn der Staat aus einem anderen Grund einer völkerrechtlichen Verpflichtung nicht nachkommt, z. B. weil er innerstaatlichem, widersprechendem Recht den Vorzug gibt. Siehe dazu Teil 1 Kap. 2 III B , S. 47. Vgl. VERDROSS / SIMMA, A. 412 f. Näheres zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit unter Teil 1 Kap. 2 III B , S. 47

24 Die Völkerrechtslehre unterscheidet nicht mehr zwischen rechtsgeschäftlichen Verträgen und der Vereinbarungen über generelle Normen, da im Völkerrecht (anders als im innerstaatlichen Recht) grundsätzlich nicht unterschieden werden kann zwischen objektivem und subjektivem Recht. Vgl. SIMMA, Reziprozität, S. 84 ff

25 BESSON, Rz. 946 ff.

26 Vgl. zu weiteren Ansätzen der Umschreibung völkerrechtlicher Verträge VERDROSS / SIMMA, S. 337

regelmässig an die Bedingung der Gegenseitigkeit geknüpft,²⁷ die aber gerade bei Menschenrechtsabkommen kaum geltend gemacht werden kann.²⁸

Völkerrechtliche Verträge bzw. Staatsverträge²⁹ werden mit verschiedensten Begriffen betitelt. Allein in der deutschen Terminologie sind namentlich «*Abkommen*», «*Deklaration*», «*Akt*», «*Übereinkommen*» oder «*Pakt*» gebräuchlich. Ob nun beispielsweise eine «*Deklaration*» einen Vertrag darstellt oder vielleicht eine einseitige Erklärung eines oder mehrerer Staaten gegenüber dritten Völkerrechtssubjekten, kann sich nur aus der Auslegung des Inhalts dieser Deklaration ergeben.

A Wiener Übereinkommen und Völkergewohnheitsrecht

Mit dem Wiener Übereinkommen über das Recht der völkerrechtlichen Verträge (Vertragsrechtskonvention, VRK) haben sich die Völkerrechtssubjekte auf die Regeln geeinigt, die sie anwenden wollen, um Verträge untereinander abzuschliessen und anzuwenden. Das Übereinkommen wurde nach langen und intensiven Vorarbeiten der ILC am 22. Mai 1969 von der Wiener Vertragsrechtskonferenz verabschiedet, die von der Generalversammlung der UNO einberufen worden war. Die VRK regelt in 85 Artikeln bis ins Detail den Abschluss und die Beendigung von Staatsverträgen, die Verbindlichkeit von Verträgen und deren Ungültigkeit wegen formeller Mängel oder wegen unzulässiger Vertragsinhalte, die Auslegung und die Anwendung der Verträge sowie weitere Bereiche wie Vorbehalte, Unmöglichkeit der Erfüllung, Vorgehen bei Änderung der Umstände usw. Für die Schweiz ist die VRK am 6. Juni. 1990 in Kraft getreten.³⁰

Formell betrachtet findet die VRK nur auf jene schriftlichen³¹ Verträge Anwendung, die zwischen Staaten³² (also insb. ohne Beteiligung internationaler Organisationen)³³ zu einem Zeitpunkt geschlossen werden,

27 Vgl. zur grossen Bedeutung des Prinzips der Gegenseitigkeit im Völkerrecht, namentlich für dessen Entstehung als Völkervertragsrecht CAMPIGLIO, *passim* und zusammenfassend S. 316 ff.

28 Vgl. Teil 1 Kap. 1 III C, S. 19

29 Diese Bezeichnung ist allerdings zu einengend, da auch andere Völkerrechtssubjekte als Staaten an völkerrechtlichen Verträgen beteiligt sein können, so z. B. internationale Organisationen.

30 Text der VRK: SR 0.111. Genehmigung der Bundesversammlung: BB vom 15.12.1989, AS 1990 1111

31 Art. 2 Ziff. 1 lit. a VRK

32 Art. 1 VRK

33 Für Verträge mit Beteiligung von internationalen Organisationen hat die ILC am 21. März 1986 einen Konventionstext verabschiedet: *Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations*.

in dem diese Staaten der VRK bereits beigetreten sind.³⁴ Da aber die meisten Regeln der VRK auch Teil des VGR sind, werden sie analog meist auch auf jene Verträge angewandt, die formell nicht nach VRK abgeschlossen worden sind.³⁵ Zusätzlich zur Übernahme bereits geltenden VGR enthält die Konvention auch neue Bestimmungen, die vor der VRK noch nicht zur ständigen Staatenpraxis gehört hatten, sich unterdessen aber unter dem Einfluss der VRK ebenfalls zu VGR verdichtet haben.³⁶

B Entstehung völkerrechtlicher Verträge

Völkerrechtliche Verträge werden zwischen vertragsfähigen Völkerrechtssubjekten durch deren zum Abschluss befugten Organe geschlossen.³⁷ Das Verfahren der Aushandlung und Festlegung des Vertragstextes sowie dessen verbindliche Annahme durch die beteiligten Völkerrechtssubjekte kann sehr verschieden ausgestaltet werden. Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das Verfahren des Vertragsschlusses zwischen Staaten ohne die Beteiligung von internationalen Organisationen. Allerdings gestaltet sich das Verfahren auch mit internationalen Organisationen sehr ähnlich. Die wichtigsten Fragen, die sich dort besonders stellen, betreffen die Bindung der Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation an Verträge, die die Organisation mit anderen Völkerrechtssubjekten geschlossen hat.³⁸

Es lassen sich grundsätzlich zwei verschiedene Arten des Vertragsschlusses unterscheiden. Die klassische setzt sich aus mehreren Phasen zusammen, die nicht nur zeitlich getrennt sind, sondern in denen je

34 Art. 4 VRK

35 Der IGH bestätigt das besonders regelmässig hinsichtlich der Interpretationsvorschriften der VRK durch Formulierungen wie etwa «*According to the customary rule of interpretation as expressed in Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties [...]*» (ICJ Advisory Opinion of 8 July 1996, Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict, S. 75) oder konkreter «*[...] it is well established that Articles 31 and 32 of the Vienna Convention reflect rules of customary international law.*» (ICJ Reports 2021, p. 71, Qatar v. United Arab Emirates, Rz. 75, S. 28, mit Verweisen auf viele weitere IGH-Entscheide). Auf Art. 62 bezogen schrieb das Gericht: «*[...] the Vienna Convention on the Law of Treaties, which may in many respects be considered as a codification of existing customary law [...]*» (ICJ Judgement of 2 February 1973, Fisheries jurisdiction case, Federal Republic of Germany v. Iceland, Rz. 36, S. 63)

36 Art. 3 VRK bestimmt ausdrücklich, dass Verträge, auf die die VRK keine direkte Anwendung findet (z. B. mangels Schriftform), dennoch gültig sind, und dass es nicht ausgeschlossen ist, die Regeln der VRK auch auf solche Verträge anzuwenden. Vgl. VERDROSS / SIMMA, S. 433

37 Art. 6 ff. VRK

38 Die ILC hat 1982 an ihrer 34. Session einen Konventionsentwurf verabschiedet für das Vertragsrecht bei Verträgen mit Beteiligung internationaler Organisationen, zu finden hier: https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_2_1982.pdf&lang=EF. Weiterführende Informationen hier: https://legal.un.org/ilc/guide/1_2.shtml

nach Phase verschiedene Staatsorgane beteiligt sind.³⁹ Daneben setzt sich für kleinere Vertragswerke je länger desto mehr das einfachere Verfahren durch. Während im mehrphasigen Verfahren die Unterhändler nur den Text des Vertrages ausarbeiten, und ihre Zustimmung dazu nur unter dem Vorbehalt der Billigung eines übergeordneten Organs geben können, kann im einfachen Verfahren das ganze Verfahren bis zum verbindlichen Abschluss den Unterhändlern delegiert werden.⁴⁰

Die Vertragsparteien sind frei, das Verfahren des Vertragsschlusses zu gestalten. So können sie sich in einem Vorvertrag über die zu befolgenden Förmlichkeiten einigen und namentlich ein vereinfachtes Verfahren vorsehen. Bei einem solchen Vorgehen werden gewisse der nachfolgend beschriebenen Schritte übersprungen – insbesondere auch die innerstaatliche Genehmigung des Vertragstextes.⁴¹

Im mehrphasigen Verfahren werden die Vertragsverhandlungen zunächst mit der Zustimmung aller Beteiligten vorläufig abgeschlossen.⁴² Der nächste Schritt bezweckt die Fixierung des Vertragstextes. Hier vereinbaren die Unterhändler, dass der Text des Vertrages nicht mehr geändert werden kann.⁴³ Dieser Akt erfolgt durch Unterzeichnung (Art. 10 VRK). Da der Moment der Unterzeichnung die eigentliche Geburtsstunde des definitiven Vertragstextes darstellt, werden die Verträge danach datiert. Diese Fixierung des Textes ist notwendig, damit die innerstaatlichen Kontrollorgane für ihren Entscheid darüber, ob sie diesen Vertrag annehmen können und wollen, eine verbindliche Grundlage haben. Eine andere Möglichkeit, den Vertragstext zu authentifizieren, bildet ein Zwischenschritt nach der Zustimmung, die sogenannte Paraphierung. In diesem Akt setzten die Unterhändler ihre Initialen unter den Vertragstext,

39 Vgl. IPSEN, Rz. 8 ff., S. 398 ff., zu den verschiedenen Schritten und Optionen im Abschlussverfahren.

40 Vgl. IPSEN, Rz. 8, S. 398 f., VERDROSS / SIMMA, S. 450., ZIEGLER, Völkerrecht, Rz. 198, S. 86. In der Schweiz kann der Bundesrat aufgrund von Art. 166 Abs. 2 BV Verträge selbst rechtsgültig unterzeichnen, sofern sie eine geringe Tragweite aufweisen gemäss den Bestimmungen im Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG), SR 172.010 in Art. 7a ff. Vgl. BESSON, Rz. 1069, S. 326 f.

41 Wobei natürlich jeder Staat selbst verantwortlich ist, seine innerstaatlichen Kompetenzordnung einzuhalten. In der Schweiz ergeht aus Art. 166 Abs. 2 BV, dass die Bundesversammlung völkerrechtliche Verträge genehmigt. Gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. b BV unterliegen Verträge, die den Beitritt zu supranationalen Organisationen oder Organisationen für kollektive Sicherheit zum Inhalt haben, zusätzlich dem obligatorischen Referendum, und gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d BV auch weitere Staatsverträge unter den dort genannten Voraussetzungen. Ausgenommen von den Genehmigungen durch das Parlament sind gemäss Art. 166 Abs. 2 BV Verträge, zu deren Abschluss er Bundesrat aufgrund von Gesetz oder völkerrechtlichem Vertrag ermächtigt ist. Namentlich gemäss Art. 7a Abs. 2 RVOG kann der Bundesrat «[...] völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite selbstständig abschliessen». Art. 7a Abs. 3 RVOG definiert den Begriff der «geringen Tragweite». Weitere Ermächtigungen des Bundesrats finden sich in zahlreichen Spezialgesetzen.

42 Art. 9 VRK

43 HOFFMEISTER, Art. 10 VRK, Rz. 13, S. 167

was diesen unveränderbar machen soll. Auch auf ihn muss aber die Unterzeichnung folgen. Die Unterzeichnung kann aber auch «*ad referendum*» erfolgen. Dies bedeutet, dass die Fixierung des Vertragstextes unter der Bedingung der Zustimmung eines zuständigen Staatsorgans steht. In der Schweiz kann beispielsweise der Bundesrat eine Verhandlungsdelegation anweisen, nur mit seiner Genehmigung einen Staatsvertrag zu unterzeichnen.⁴⁴

Nun folgen die innerstaatlichen Hürden der Genehmigung des Vertrages, da ohne diese Genehmigung die Unterhändler im mehrphasigen Vertragsschlussverfahren in der Regel nicht ermächtigt sind, ihren Staat endgültig an den Vertrag zu binden. Es ist allerdings ganz dem Recht des einzelnen Staates oder der einzelnen internationalen Organisation überlassen, ob eine Genehmigung erforderlich ist, und durch welches Organ und in welcher Form sie zu erfolgen hat. In der Schweiz sind dafür in der Regel das Parlament und ausnahmsweise je nach Staatsvertrag der Bundesrat oder via das Referendum das Volk zuständig (Art. 89, 85 Ziff. 5 und 102 Ziff. 7 und 8 BV).⁴⁵

Je nach den Bestimmungen des Vertrags selbst über die Erfordernisse für die endgültige Anerkennung seiner Verbindlichkeit ist zusätzlich zur Genehmigung auch noch der Akt der Ratifizierung notwendig. Er beinhaltet in der Regel die Unterzeichnung einer förmlichen Urkunde durch das Staatsoberhaupt des jeweiligen Vertragsstaates und den Austausch der Ratifikationsurkunden bzw. bei multi- und plurilateralen Verträgen deren Hinterlegung.⁴⁶ In der Schweiz ist gemäss Art. 102 Ziff. 8 BV der Bundesrat für die Ratifizierung zuständig.⁴⁷ Im Vertrag können auch andere Förmlichkeiten vereinbart werden, welche die Verbindlichkeit eines Vertrages herbeiführen, oder es kann gänzlich auf weitere Schritte verzichtet werden, indem zum Beispiel die Vertragspartner vereinbaren, dass der Vertrag nach der allseitigen innerstaatlichen Genehmigung direkt in Kraft tritt.

Damit, dass sich ein Völkerrechtssubjekt an einen Vertrag gebunden hat, ist dieser noch nicht unbedingt in Kraft getreten. Beispielsweise kann vereinbart werden, dass der Vertrag genau ab jenem Zeitpunkt Wirkungen entfaltet, da eine bestimmte Anzahl Vertragspartner ihre Ratifikationsurkunde hinterlegt haben. Auch eine vorläufige Vertragswirkung oder sogar eine Rückwirkung kann vereinbart werden. Bestimmt der Vertrag nichts anderes, so wird er mit der verbindlichen

44 Aus Art. 184 Abs. 1 f. BV (Kompetenz des Bundesrates zur Führung der auswärtigen Angelegenheiten) ergibt sich die Kompetenz des Bundesrates zur Führung der Vertragsverhandlungen bis und mit deren Abschluss, also der Unterzeichnung unter Vorbehalt der parlamentarischen Zustimmung nach Art. 166 Abs. 2 BV (und je nach Vertrag auch des Referendums nach Art. 140 Abs. 1 lit. b oder 141 Abs. 1 lit. d BV). Damit ernannt er die Verhandlungsdelegationen, gibt ihnen ihre Kompetenzen und setzt deren Grenzen. Vgl. SCHINDLER, Art. 85 Ziff. 5 aBV, N. 35

45 Vgl. SCHINDLER, Art. 85 Ziff. 5 aBV, N. 35 ff.

46 HOFFMEISTER, Art. 14 VRK, Rz. 10, S. 203

47 Vgl. SCHINDLER, Art. 102 Ziff. 8 aBV, N. 108

Erklärung aller Verhandlungsstaaten, an den Vertrag gebunden zu sein (Art. 24 Abs. 2 VRK), wirksam.

C Vorbehalte bei mehrseitigen völkerrechtlichen Verträgen

Ist der Vertragstext einmal durch die Unterzeichnung der Vertragspartner authentifiziert, so kann an seinem eigentlichen Text nichts mehr geändert werden, ohne die Vertragsverhandlungen noch einmal von neuem aufzunehmen. Dies lässt dann das Zustandekommen und den Zeitpunkt einer vertraglichen Einigung wieder völlig unsicher werden. Damit nicht ganze Vertragswerke wegen Einwänden einzelner Parteien hinfällig werden, erlaubt das völkerrechtliche Vertragsrecht sogenannte Vorbehalte, durch welche ein Vertragspartner erklären kann, an einzelne Bestimmungen des Vertrags nicht gebunden zu sein. In der Regel fügt er einen solchen Vorbehalt seiner endgültigen Zustimmung zum Vertrag bei.

Zulässig sind Vorbehalte allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 19 VRK). Zunächst kann der Vertrag selbst Vorbehalte generell oder solche bestimmten Inhalts ausdrücklich ausschliessen - oder auch ausdrücklich zulassen. Ausserdem sind Vorbehalte unzulässig, wenn sie mit dem Sinn und Zweck des Vertrags unvereinbar sind.⁴⁸

Sodann hängt die Wirkung der Vorbehalte von den Reaktionen der übrigen Vertragsparteien ab (Art. 20 VRK). Zunächst wirkt sich ein Vorbehalt natürlich nicht auf alle Rechtsbeziehungen unter den Vertragsparteien aus, sondern nur auf jene, an denen der Staat beteiligt ist, der den Vorbehalt angebracht hat (Art. 21 Ziff. 2 VRK). Weiter können andere Vertragsparteien gegen einen Vorbehalt Protest erheben und mit einer zusätzlichen Ablehnungserklärung bewirken, dass der Vertrag als ganzer zwischen ihnen und dem Staat, der den Vorbehalt angebracht hat, nicht in Kraft tritt. Andere Vertragsparteien können den Vorbehalt aber auch annehmen. Die Annahme wird vermutet, wenn eine Vertragspartei auf einen Vorbehalt einer anderen Vertragspartei innert einer bestimmten Frist nicht reagiert (Art. 20 Ziff. 5 VRK).

Zwischen dem den Vorbehalt anbringenden Staat und jenen anderen Vertragsstaaten, die den Vorbehalt angenommen bzw. nicht abgelehnt haben, gilt der Vertrag in der durch den Vorbehalt abgeänderten Fassung. Dabei wirkt sich der Vorbehalt selbstverständlich gegenseitig aus: Gegenüber dem Vorbehaltsstaat können sich die anderen Vertragsstaaten ebenso auf den Vorbehalt berufen wie der Vorbehaltsstaat gegenüber den anderen Staaten (Art. 21 Ziff. 1 VRK).

Dieser «*Mechanismus der reziproken Rechtsverkürzung*»⁴⁹ kann bei traditionellen Verträgen sinnvoll sein, welche die Vertragsstaaten gegenseitig gegenüber jedem einzelnen anderen Vertragsstaat zu

48 Zu was unter «*Sinn und Zweck*» zu verstehen ist, vgl. WALTER, Art. 19 VRK, Rz. 73 ff., S. 289.
Vgl. auch VERDROSS / SIMMA, S. 466-472

49 VERDROSS / SIMMA, S. 469

Handlungen verpflichten. Er funktioniert jedoch nicht bei Verträgen, deren Hauptinhalt nicht in einer direkten Pflicht jedes Vertragsstaates gegenüber jedem anderen Vertragsstaat besteht.⁵⁰ So bildet ein Vorbehalt gegenüber einer Regel eines Menschenrechtsvertrages nicht die Einschränkung einer direkten Verpflichtung gegenüber einem anderen Staat, weshalb auch nicht ein anderer Staat aus dem Prinzip der Gegenseitigkeit ableiten kann, dass er diese Regel ebenfalls missachten darf.⁵¹ In solchen Fällen muss oft davon ausgegangen werden, dass Vorbehalte gar nicht zulässig sind, da sie sich nicht mit dem Ziel und Zweck des Vertrages vereinbaren lassen - es sei denn, der Vertrag lasse gewisse Vorbehalte ausdrücklich zu.⁵²

D Ungültigkeit völkerrechtlicher Verträge durch Mängel des Vertragsschlusses

Zu einer Anfechtbarkeit des Vertrags können Willensmängel führen. Ein solcher Mangel besteht darin, dass eine Vertragspartei mit dem Vertragsschluss einen Willen zwar geäußert hat, ohne aber diesen Willen wirklich so zu haben, wie sie ihn geäußert hat. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine Vertragspartei den Vertrag nur aufgrund eines Sachverhalts abschliesst, der in Wirklichkeit nicht vorliegt oder sich wesentlich von jenem unterscheidet, von dem die Vertragspartei ausgegangen war (Art. 48 VRK). Weiter können Willensmängel durch Betrug hervorgerufen werden, oder durch Bestechung des Staatenvertreters oder aber durch rechtswidrigen Zwang gegen den Staat selbst oder gegen seinen Vertreter (Art. 49 ff. VRK). Stellt eine Partei einen solchen Willensmangel fest, so muss sie ihn nach einem bestimmten Verfahren (Art. 65 ff. VRK) geltend machen, da ansonsten der Vertrag weiter bestehen bleibt. Ist seine Ungültigkeit nach diesem Verfahren festgestellt, so wird die Wirkung des Vertrages aufgehoben, und zwar mit Gültigkeit vom Moment seines Abschlusses an (Art. 69 VRK - die Regeln für den Fall, dass aufgrund des ungültigen Vertrages bereits Handlungen vorgenommen worden sind, finden sich in Abs. 2).

Widerspricht der Vertragsinhalt dem völkerrechtlichen *ius cogens*, so ist der Vertrag nichtig (Art. 53 VRK). Dabei wird nicht etwa nur jener Teil des Vertrages nichtig, der dem *ius cogens* widerspricht, sondern der ganze Vertrag enthält vom Moment seiner Entstehung an keinerlei verbindlichen Normen (Art. 44 Ziff. 5 VRK). Entsteht erst nach Abschluss eines Vertrages eine Norm des *ius cogens*, mit welcher der Vertrag nicht vereinbar ist, so ist der Vertrag zunächst gültig und verbindlich. Er fällt aber

50 Vergleiche zur Funktion von Ausschüssen, namentlich des Ausschusses für Menschenrechte gemäss Art. 28 ff. IPBPR, bei der Beurteilung und für die Gültigkeit von Vorbehalten namentlich BESSON, Rz. 1102 ff. Die Fragen, ob der Ausschluss einem Vorbehalt rechtskräftig die Gültigkeit entziehen kann, bleibt umstritten, vgl. dazu Besson, Rz. 1107.

51 Zu den Besonderheiten von Vorbehalten und Antworten auf Vorbehalte durch andere Staaten im Falle von Menschenrechtsübereinkommen vgl. HENNEBEL / TIGROUDJA, S. 105 ff, Rz. 77

52 Vgl. die allgemeinen Bemerkungen des Menschenrechtsausschusses CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24., Rz. 17

in jenem Moment dahin, da die besagte Norm des Völkerrechts als *ius cogens* entsteht (Art. 64 VRK).

Ein weiterer Mangel kann darin bestehen, dass ein Vertrag durch ein Organ abgeschlossen wird, das nach dem innerstaatlichen Recht jener Vertragspartei, die es vertritt, nicht befugt ist, seinen Staat an den Vertrag zu binden. In einem solchen Fall kann sich ein Staat darauf berufen, dass der Vertrag für ihn nicht verbindlich sei. Da jedoch das Vertrauen der anderen Vertragsparteien ebenfalls geschützt werden muss, stellt die VRK für diesen Fall sehr restriktive Regeln auf: Eine Vertragspartei kann sich nur dann auf die Unzuständigkeit des vertragsschliessenden Organs berufen, wenn es sich um eine Verletzung einer innerstaatlichen Bestimmung von grundlegender Bedeutung handelt, und wenn die Verletzung für die anderen Vertragspartner offenkundig, also ohne weiteres erkennbar gewesen ist (Art. 46 VRK, vgl. auch Art. 27). Ein Staat kann sich damit regelmässig darauf verlassen, dass die in Art. 7 Ziff. 2 lit. a VRK aufgeführten Staatsorgane (Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Aussenminister) oder gehörig ermächtigte andere Personen (Ziff. 1 lit a) befugt sind, einen Vertrag für ihren Staat verbindlich abzuschliessen.⁵³

E Die Verbindlichkeit von Verträgen

Dass das Völkerrecht deshalb Recht ist, weil es verbindlich ist, gilt unabhängig davon, welcher Rechtsquelle es entstammt. Allerdings nehmen die völkerrechtlichen Verträge insofern eine besondere Stellung ein, als dass ihnen eigens ein Rechtsgrundsatz gewidmet ist: «*Pacta sunt servanda*», der in Art. 26 VRK auch kodifiziert wurde.⁵⁴

F Die Kollision von völkerrechtlichen Verträgen

Wie bei der Kollision von Völkerrecht im allgemeinen⁵⁵ gibt es - abgesehen vom Vorrang des *ius cogens* - keine eigentliche Hierarchie der Völkerrechtsquellen, weshalb die völkerrechtlichen Verträge an sich auf gleicher Stufe wie das Gewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze stehen. Allerdings bilden die Verträge in vielen Fällen *leges speciales* gegenüber anderen Völkerrechtsquellen⁵⁶ und gehen dadurch den anderen Rechtsquellen oft vor. Es gibt aber auch den umgekehrten Fall, dass Völkergewohnheitsrecht die *lex specialis* bildet gegenüber Vertragsrecht, so, wenn sich bilaterales Völkergewohnheitsrecht bildet, der kollidierende Vertrag aber mehrseitiger Natur ist. Ausserdem gilt die *lex posterior*-Regel, wenn beide Regeln den gleichen Geltungsbereich aufweisen, womit das spätere Recht dem früheren vorgeht, egal, welcher Art von Völkerrechtsquelle es entspringt.

53 Vgl. RENSMANN, Art. 46 VRK, Rz. 37 ff., S. 851 ff.; VERDROSS / SIMMA, S. 447 f

54 Vgl. VERDROSS, Quellen, S. 24

55 Siehe Teil 1 Kap. 1 II, S. 13

56 Vgl. auch Ausführungen und Verweise in Teil 1 Kap. 1 II, S. 13

Etwas spezielle Regeln gelten bei der Kollision zweier verschiedener völkerrechtlicher Verträge. Eigens auf diesen Fall bezieht sich Art. 30 VRK. Zunächst ist folgende Eigenheit des Völkerrechts in Erinnerung zu rufen: Völkerrechtliche Normen beinhalten regelmässig eine Pflicht von Staaten gegenüber Staaten.⁵⁷ Kollidieren verschiedene völkerrechtliche Verpflichtungen eines Staates in der Weise, dass dieser durch die Erfüllung der Pflicht gegenüber einem Staat die Pflicht gegenüber anderen Staaten verletzt, so kann er sich nicht von der einen Pflicht unter Berufung auf die andere befreien, sondern er wird aus der Verletzung der zweiten Pflicht gegenüber dem verletzten Staat völkerrechtlich verantwortlich.⁵⁸

Anders steht es, wenn zwei kollidierende Verträge zur Diskussion stehen, die zwischen den gleichen Vertragspartnern gelten. Hier muss der anwendbare Vertrag nach den Regeln *lex posterior derogat legi priori* und *lex specialis derogat legi generali* bestimmt werden. Sogenannte Vorrangklauseln können diese Regeln allerdings durchbrechen. Das prominenteste Beispiel findet sich in Art. 103 der UN-Charta, wonach die Verpflichtungen der Staaten aus ihrer Mitgliedschaft bei den Vereinten Nationen gegenüber anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen Vorrang haben. Diese Regel kann sich aber nur deshalb effektiv durchsetzen, weil praktisch alle Staaten der Welt die UNO-Charta unterzeichnet haben, und sich damit *gegenseitig* verpflichtet haben, Verträge nicht anzuwenden, die mit Pflichten aus der UNO-Charta kollidieren.

IV Gewohnheitsrecht

Da ein zentrales Rechtsetzungsorgan im Völkerrecht fehlt, hat das Gewohnheitsrecht eine besonders wichtige Bedeutung. Art. 38 Abs. 1 lit. b des ICJ-Statuts definiert das Völkergewohnheitsrecht (VGR) knapp als «(...) *Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung*». Dieser kurze Satz nennt bereits die beiden wesentlichen Elemente, die eine Regel zu Gewohnheitsrecht machen. Einerseits muss die Norm in der allgemeinen Praxis der Staaten Anwendung finden, und andererseits muss diese Übung

57 So verpflichtet sich ein Staat beispielsweise auch bei Verträgen, welche dem Schutz von Menschenrechten dienen, nicht etwa gegenüber den von Menschenrechtsverletzungen bedrohten Individuen, sondern gegenüber den anderen Vertragspartnern, also gegenüber den Völkerrechtssubjekten, in seinem Machtbereich die Menschenrechte zu achten. Verletzt nun ein solcher Staat die Menschenrechte, so macht sich der Staat nicht etwa primär gegenüber dem verletzten Individuum, sondern gegenüber dem anderen Staat schuldig.

58 Auf diesen Fall der Begründung völkerrechtlicher Verantwortlichkeit bezieht sich Art. 40 Abs. 5 in fine VRK: «(...) *aller Fragen der Verantwortlichkeit, die sich für einen Staat aus Abschluss oder Anwendung eines Vertrags ergeben können, dessen Bestimmungen mit seinen Pflichten gegenüber einem anderen Staat auf Grund eines anderen Vertrags unvereinbar sind.*»

Zur grundsätzlichen Relativität der völkerrechtlichen Pflichten - also der Tatsache, dass Völkerrecht im Grundsatz nicht schlechthin gilt, sondern immer nur Pflichten eines Staates gegenüber einem bestimmten anderen Staat hervorruft - vgl. VERDROSS / SIMMA, S. 40

Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. Teil 1 Kap. 2 III B, S. 47

von einer Rechtsüberzeugung getragen sein. Konkretisiert wurden diese beiden Voraussetzungen der Entstehung von Gewohnheitsrecht durch die Rechtsprechung des ICJ in einer ganzen Reihe von Entscheiden.⁵⁹

Zur «*allgemeinen Praxis*» ist zunächst zu bemerken, dass die in Frage stehende Regel nicht notwendigerweise im direkten Verhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten praktiziert werden muss, damit sie zwischen diesen Rechtssubjekten bei einem konkreten Anwendungsfall massgebend ist. Es genügt, wenn sich die Regel in der Praxis der Staaten allgemein durchgesetzt hat und Abweichungen von dieser Regel als Rechtsverletzungen behandelt werden. Diese Übung kann sich durch eine lange Dauer auszeichnen, was aber nicht notwendig ist, wenn sie einheitlich und intensiv ist.⁶⁰ Es ist auch nicht notwendig, dass sich alle Staaten einmal direkt an dieser Übung beteiligt haben. Eine weite und repräsentative Beteiligung - durch Handlung oder Duldung⁶¹ - genügt. Immerhin kann ein Staat aber verhindern, dass er an VGR gebunden wird ohne dies zu wollen. Dazu muss er sich aber von Beginn weg der entstehenden Staatenpraxis beharrlich widersetzen.

Eine Staatenpraxis kann nur dann den verbindlichen Charakter von VGR annehmen, wenn die betreffenden Handlungen von den Staaten nicht etwa freiwillig vorgenommen werden, sondern auf der Überzeugung beruhen, dass ihre Vornahme auf einer rechtlichen Pflicht und ihre Inanspruchnahme auf einem rechtlichen Anspruch beruhte.⁶² Eine Handlung, die zwar einer konstanten und repräsentativ verbreiteten Übung entspricht, aber nicht auf Rechtsüberzeugung beruht, sondern etwa auf zwischenstaatlicher Courtoisie, kann hingegen kein VGR begründen.⁶³

V Allgemeine Rechtsgrundsätze

Als dritte Völkerrechtsquelle nennt das ICJ-Statut in Art. 38 Abs. 1 lit. c «*die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze*». Zu dieser Formulierung ist zunächst anzumerken, dass heute kaum mehr gewisse Nationen *nicht* zu den Kulturvölkern zu zählen wären. Die Formulierung wurde vom Statut des ständigen internationalen Gerichtshofs des Völkerbundes übernommen und stammt damit aus einer Zeit, in der es

59 Als Fälle vgl. insbesondere Colombian-Peruvian asylum case vom 20. November 1950, ICJ Reports 1950, S. 266 ff., namentlich S. 277; North Sea Continental Shelf Judgement vom 20. Februar 1969, ICJ Reports 1969, S. 3 ff., namentlich Rz. 75 ff., S. 43 ff.; Nicaragua v. United States of America, Judgment vom 27. Juni 1986, ICJ Reports 1986, S. 14 ff., namentlich Rz. 183 ff., S. 97 ff.; Costa Rica v. Nicaragua, Judgment, ICJ Reports 2009, S. 213 ff., namentlich Rz. 141 ff., S. 265 f.

60 Kritisch zur teilweise vertretenen Auffassung, dass Völkergewohnheitsrecht auch aus spontanen und sogar einmaligen Handlungen erwachsen kann HOBE, S. 211

61 Vgl. HOBE, S. 212 f.

62 Vgl. HOBE, S. 211 f.

63 Zur Anerkennung von VGR durch den IGH vgl. insbesondere SKUBISZEWSKI, passim, BLECKMANN, VGR, S. 504 ff. Nachweise auf Fälle und Literatur auch bei VERDROSS / SIMMA, S. 349

noch Völker gab, die sich nicht nur hinter vorgehaltener Hand für kultivierter hielten als andere. Für die Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze (aRG) sind deshalb schlicht alle Völker zu berücksichtigen.⁶⁴

Ins ICJ-Statut - und ursprünglich auch ins Statut des Völkerbundsgerichtshofs - wurden die aRG aufgenommen, um damit Lücken zu füllen, die sich aus der Beschränkung des Gerichtshofs auf Vertrags- und Gewohnheitsrecht ergeben hätten.⁶⁵ Heute ist die praktische Bedeutung der aRG aber gering, da die meisten ihrer Regeln heute auch ins VGR oder ins Vertragsrecht Eingang gefunden haben.⁶⁶

Die Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze im Völkerrecht bedarf keiner vorangehenden zwischenstaatlichen Praxis. Vielmehr handelt es sich um Grundsätze, die sich in den innerstaatlichen Rechtssystemen entwickelt haben.⁶⁷ Lässt sich die Anerkennung übereinstimmender Rechtsgrundsätze bei den innerstaatlichen Systemen der Staaten nachweisen, so können sie auch für zwischenstaatliche Rechtsbeziehungen herangezogen werden. Dabei kann es sich aber nicht um Detailregelungen handeln, sondern es kommen immer nur Prinzipien grundsätzlicher Natur in Frage.

Beispiele von aRG, die aus dem innerstaatlichen Rechtsbereich stammen, sind beispielsweise die Regeln «*lex posterior derogat legi priori*», «*pacta sunt servanda*» oder materielle Regeln wie etwa das Gebot von Treu und Glauben und damit das Verbot des Rechtsmissbrauchs. Diese Beispiele sind jedoch in den meisten Fällen mittlerweile ebenfalls durch Gewohnheits- und Vertragsrecht abgedeckt (vgl. die Art. 26 und 30 VRK oder Art. 2 Ziff. 2 VRK). Die Meinungen über die Existenz weiterer aRG gehen in der Literatur indes weit auseinander.⁶⁸

VI Einseitige Erklärungen

Es kommt vor, dass Staaten von sich aus erklären, fortan eine Leistung zu erbringen. Üblicherweise besteht diese in einer Unterlassung oder einer Duldung.⁶⁹ Beispielsweise haben Staaten erklärt, künftig keine Atomtests

64 Vgl. HOBE, S. 216

65 Vgl. HOBE, S. 217 f., GEIGER, S. 83 f.

66 GEIGER, S. 83 f.

67 Vgl. PETERSEN, S. 67. Gemäss VERDROSS / SIMMA (S. 386 f.) können allgemeine Rechtsgrundsätze aber nicht über die Rezeption aus innerstaatlichen Rechtssystemen entstehen. Es komme auch vor, dass die Staaten durch übereinstimmende einseitige Erklärungen oder durch unmittelbaren formlosen Konsens sich zu neuen rein zwischenstaatlichen Rechtsgrundsätzen bekennen.

68 Für eine Übersicht siehe MARRO, S. 7 ff. und S. 430 f.

69 Eine Typologie der einseitigen juristischen Akte vergleiche Besson, Rz. 1261 ff., S. 383 ff.

mehr durchzuführen.⁷⁰ Es stellt sich aber die Frage, ob aus solchen Erklärungen den Staaten eine Pflicht erwächst, oder ob es sich bloss um unverbindliche Absichtsbekundungen handelt.

Darüber, dass von solchen Erklärungen durchaus rechtliche Wirkungen ausgehen ist sich die Lehre einig, und auch der ICJ hat sich klar dazu bekannt.⁷¹ Umstritten ist allerdings die Frage, ob die einseitigen Erklärungen eine eigene formelle Rechtsquelle darstellen, oder ob sich ihre Rechtswirkungen aus anderen Rechtsgrundsätzen ableiten. Als solcher Rechtsgrundsatz kommt insbesondere das aus dem Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben abgeleitete Estoppel-Prinzip in Betracht, wonach ein Staat an die Erwartungen gebunden ist, die er durch sein eigenes Verhalten geweckt hat und auf das ein anderer Staat gutgläubig vertrauen konnte.⁷²

Zu den wichtigsten einseitigen Erklärungen gehören die Anerkennung, der Protest und der Verzicht. Durch die Anerkennung drückt ein Staat seinen Willen aus, einen gewissen Zustand wie etwa eine Grenzlinie oder einen neu entstandenen Staat als rechtmässig zu betrachten. Der Protest beinhaltet genau das Gegenteil. Dadurch erklärt ein Staat ausdrücklich, mit einem Zustand nicht einverstanden zu sein und vermeidet damit, dass sein Schweigen als Anerkennung gedeutet wird. Ein einseitiger Verzicht liegt dann vor, wenn ein Staat von sich aus und ohne damit einen anderen Staat direkt zu begünstigen auf ein eigenes Recht oder auf das Recht seiner Staatsangehörigen verzichtet.

VII **Beschlüsse internationaler Organisationen**

A *Primäre und sekundäre Rechtsquellen*

Die im ICJ-Statut⁷³ genannten Rechtsquellen kategorisieren die sogenannten primären Rechtsquellen. Es kann nun aber vorkommen, dass in einer primären Rechtsquelle nicht alle Rechte und Pflichten, die einem Staat daraus erwachsen, bereits genau definiert sind, sondern dass die primäre Rechtsquelle nur bestimmt, wie diese Rechte und Pflichten entstehen können. Insbesondere kann ein völkerrechtlicher Vertrag über die Gründung einer internationalen Organisation einen Rahmen setzen,

70 Vgl. Berichte und Verweise z. B.
 <https://www.armscontrol.org/factsheets/NuclearTestingTimeline> oder Kurzmeldung der
 Neuen Züricher Zeitung vom 19. August 1986 (Frontseite) über die Verlängerung des
 sowjetischen einseitigen Testmoratoriums.

71 Vgl. dazu insbesondere den Nukeartest-Fall Australien v. Frankreich, ICJ Reports 1974,
 S. 267. Weitere (kommentierte) Nachweise bei VERDROSS / SIMMA, S. 429 f.

72 Gemäss SAGANEK, S. 387 ff., sind einseitige Erklärungen dann verbindlich, wenn sie den
 Willen ausdrücken, gebunden zu sein und der Wortlaut und Kontext der Erklärung
 vernünftigerweise diese Erwartung wecken und daher Dritte in guten Treuen auf die
 Einhaltung des Versprechens vertrauen durften.

73 Art. 38 Abs. 1 lit. a-c, zitiert in Teil 1 Kap. 1 I S. 11

innerhalb dessen ihre Organe unter Einhaltung eines bestimmten Verfahrens den Mitgliedstaaten der Organisation neue völkerrechtliche Pflichten auferlegen können - ohne dass dafür die Revision des völkerrechtlichen Vertrages notwendig wäre.

Für die Mitgliedstaaten können solche Beschlüsse selbst dann verbindlich werden, wenn sie selbst nicht ausdrücklich ihre Zustimmung abgegeben haben. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass sich die Mitgliedstaaten vorher in einem völkerrechtlichen Vertrag – typischerweise dem Gründungsvertrag der Organisation – verpflichtet haben, Beschlüsse dieser Art als verbindlich zu betrachten. Solche Beschlüsse sind also nicht für sich alleine betrachtet Quellen des Völkerrechts, sondern können ihre Verbindlichkeit nur von einer primären Quelle ableiten. Daher werden sie als sekundäre Rechtsquellen bezeichnet.⁷⁴

B *Rechtlich bindende Beschlüsse*

Die Fälle, in denen ein Organ einer internationalen Organisation deren Mitgliedstaaten durch einen Beschluss direkt binden kann, sind bis heute relativ selten. Charakteristisch sind sie für supranationale Organisationen, deren Organe durch Beschlüsse Mitgliedstaaten in die Pflicht nehmen können. Ein entscheidendes Erkennungsmerkmal der supranationalen Organisation ist es, dass eine Erweiterung der legislativen Kompetenzbereiche dieser Organe eine Änderung des Gründungsvertrags der Organisation bedingt, was nicht ohne die erneute Zustimmung jedes Mitglieds, das daran gebunden sein soll, geschehen kann. Das bekannteste

Beispiel einer supranationalen Organisation ist die europäische Union, der die Schweiz nicht angehört.⁷⁵

Doch auch der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen hat gemäss Art. 39 ff. der UN-Charta Elemente supranationaler Kompetenzen, indem die Mitgliedsstaaten anerkennen, dass der Sicherheitsrat sie in internationalen Sicherheitsangelegenheiten vertritt und sie seine Entscheide anerkennen und «*schnell und wirksam*» umsetzen.⁷⁶ Die Vereinten Nationen kennen aber keine eigenen Mechanismen zur

75 Künftige Übereinkommen zwischen der EU und der Schweiz könnten supranationale Elemente enthalten, vgl. BREITENMOSER / HIRSBRUNNER. Zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Textes fordert die EU von der Schweiz eine weitgehende dynamische Rechtsübernahme in den Regelungsbereichen der sektoriellen bilateralen Abkommen. Ansonsten ist die EU gemäss dem Bericht des Bundesrats «*Lagebeurteilung Beziehungen Schweiz–EU*» im Entwurf vom 9. Dezember 2022, S. 48, nicht bereit, mit der Schweiz neue Abkommen über die Erweiterung des gemeinsamen Binnenmarkts abzuschliessen oder bestehende Abkommen zu aktualisieren, wenn dies nicht in einem überwiegenden Interesse der EU liegt. Der letzte Entwurf des institutionellen Rahmenübereinkommens zwischen der Schweiz und der EU hätte gemäss der Vorstellung der EU solche dynamischen Rechtsübernahmen enthalten. Der Bundesrat hat am 26. Mai 2021 erklärt, dass aufgrund unlösbarer Differenzen die Verhandlungen nicht weitergeführt würden. Neue Regelungen innerhalb der EU hätten dynamisch in die bilateralen Verträge eingefügt werden sollen und wären so für die Schweiz verbindlich geworden. Gemäss der BV erforderliche Bestätigungen seitens des Parlaments oder des Stimmvolks im Falle eines Referendums hätten die Frist der Umsetzung etwas verlängert, aber den Grundsatz der Übernahme insofern nicht in Frage gestellt, als dass letztlich die Pflicht der Integration von EU-Regelungen durch den EuGH beurteilt worden wäre (so auch der Bericht des Bundesrats betreffend die Verhandlungen über ein institutionelles Abkommen zwischen der Schweiz und der EU vom 26. Mai 2021, S. 20 ff.). Und die Interpretation von Rechtsregeln, die das zwischenstaatliche Verhältnis regeln, wären in letzter Instanz durch Schiedsgerichte geregelt gewesen, aber wichtige Teile davon wären durch den EuGH beurteilt worden. Siehe den Entwurf zum «*Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union européenne et la Confédération suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe*», https://www.eda.admin.ch/dam/europa/fr/documents/abkommen/Accord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf, namentlich Art. 4, 5, 10 und 12 ff.

Die Assoziierungsabkommen zwischen der Schweiz und der EU zur Assoziierung an die Schengen- und Dublin-Übereinkommen (SR 0.362.31, namentlich Art. 1 und 3, und 0.142.392.68, namentlich Art. 2 und 7) verpflichten die Schweiz praktisch zu dynamischer Rechtsübernahme, das heisst, gewisse Rechtsakte, die von EU-Organen erlassen werden, treten automatisch für die Schweiz in Kraft. Zwar kann sich die Schweiz der Übernahme von neuen Bestimmungen auch verweigern, die Konsequenz ist aber so drastisch, indem die Dublin- bzw. Schengen – Assoziierung wegzufallen droht, so dass von einer autonomen Wahlmöglichkeit nicht gesprochen werden kann. Vgl. OESCH, Übernahme, S. 643 ff.

76 Art. 24 Abs. 1 UN-Charta. «[...] the Security Council acts on their behalf.» Art. 25: «The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter.» Und Art. 48 Abs. 1 und 2: «The action required to carry out the decisions of the Security Council [...] shall be taken [...] by the Members of the United Nations.» Wobei dies gemäss Art. 24 Abs. 1 «prompt and effective» zu geschehen hat.

Durchsetzung der Beschlüsse des Sicherheitsrats gegenüber Mitgliedstaaten.⁷⁷

Am augenfälligsten ist der spezielle Charakter supranationaler Beschlüsse, wenn ein Organ ohne Einstimmigkeit aller in ihm vertretenen Staaten - also z. B. durch Mehrheitsbeschluss - Mitgliedstaaten selbst dann binden kann, wenn diese sich durch ihren Vertreter gegen den Beschluss ausgesprochen hatten. Aber auch wenn ein Organ einer internationalen Organisation nur mit der Zustimmung der Vertreter sämtlicher Mitgliedstaaten einen solchen verbindlichen Beschluss fassen kann, unterscheiden sich diese Beschlüsse grundlegend von den völkerrechtlichen Verträgen. Denn während bei den völkerrechtlichen Verträgen das innerstaatliche Recht jedes einzelnen Staates die Anforderungen (bis hin zum Referendum) selbst frei festlegt, unter denen sich der Staat an einen Vertrag binden kann, so sind bei Organen von internationalen Organisationen die Staatsvertreter an die Beschlussfassungsregeln der Organisation gebunden.⁷⁸ Ähnlich verhält es sich auch mit den bilateralen Verträgen zwischen der EU und der Schweiz. Gemischte Ausschüsse sind dafür zuständig, laufend die Übernahme des sich ändernden Rechts in den Anhängen zu den Verträgen nachzuführen. Insofern ändert sich der Rechtsgehalt dieser Abkommen, ohne dass dafür erneut die

77 Auch wenn der Sicherheitsrat ein gewisses Verhalten anordnet, können heikle Situationen entstehen und Staaten in Situationen gebracht werden, in denen sie allenfalls anderes Völkerrecht verletzen. So liegt gemäss EGMR die Einhaltung der Verfahrensgarantien der EMRK in der Verantwortung der EMRK -Unterzeichnerstaaten, auch wenn diese die Sicherheitsratsbeschlüsse umsetzen. Im Urteil 5809/08 des EGMR vom 26. November 2013 (Al-Dulimi und Montana Management Inc. gegen die Schweiz) hatte die Schweiz gemäss des EGMR durch die Einfrierung eines Vermögens eines Irakers in Umsetzung der Sanktionsliste des Sicherheitsrats gegen Art. 6 § 1 der EMRK verstossen. Das Urteil wurde allerdings kontrovers diskutiert, auch mit Blick auf Widersprüche in der EGMR-Rechtsprechung. Siehe Verweise bei <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/egmr/ch-faelle-dok/egmr-urteil-al-dulimi-emrk-vorrang-gegenueber-resolutionen-uno-sicherheitsrats>.

78 Vgl. Teil 1 Kap. 1 III B S. 16

Zum Charakter der bindenden Beschlüsse von Organen internationaler Organisationen vgl. GEIGER, S. 87 f. Obwohl hier nicht direkt von Interesse sei der Vollständigkeit halber noch bemerkt: Es gibt auch organisationsinterne Regelungen, zu deren Erlass die internationalen Organisationen in jedem Fall befugt sind, selbst wenn im Gründungsvertrag eine ausdrückliche Ermächtigung fehlt. Diese Regelungen auferlegen den Mitgliedstaaten aber keine direkten völkerrechtlichen Pflichten. Vgl. dazu GEIGER, S. 85

Bundesversammlung gemäss Art 166 BV oder gar das Stimmvolk gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV konsultiert würden.⁷⁹

Grundsätzlich keine rechtliche Verbindlichkeit erlangen hingegen Beschlüsse sogenannter «*Expert Treaty Bodies*», welche typischerweise die Umsetzung von multilateralen Verträgen überwachen. Ihre Stellungnahmen bleiben aber Empfehlungen, die selbstverständlich einen gewissen politischen Druck erzeugen können, aber deren Nichtbeachtung keine völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht.⁸⁰

C Gemischte Vertragsschlussverfahren

Bei diesem neueren Verfahren des Vertragsschlusses zwischen Mitgliedern einer internationalen Organisation erarbeitet diese die vorgesehenen Regelungen durch die dazu bestimmten Organe, während sich der Abschluss des Vertrags dann an die Vertragsschlussregeln anlehnt.

In der ersten Phase ähnelt das Verfahren jenem der verbindlichen Beschlüssen internationaler Organisationen. Die Organe haben aber in dem Fall nicht die Kompetenz, die Regelungen selbst in Kraft zu setzen. Die Organisation muss den von ihr entworfenen Regelungsvorschlag den Staaten unterbreiten, welche dann ähnlich wie im Vertragsschlussverfahren nach einem innerstaatlichen Verfahren entscheiden können, ob sie dem Vorschlag zustimmen und ihn als verbindlich betrachten wollen.

In solchen Organisationen haben sich die Mitgliedstaaten nicht bereits im Gründungsvertrag dazu verpflichtet, eine ihnen noch nicht bekannte Regelung für sich gelten zu lassen. Sie sind frei, die neue Regelung abzulehnen, um so nicht an sie gebunden zu werden. Dieses Verfahren ist also zunächst nichts weiter als ein Spezialfall des völkerrechtlichen Vertragsschlusses.

79 Als Beispiel: Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, SR 0.740.72, setzt in Art. 51 einen gemischten Ausschuss ein und überträgt ihm in Art. 52 Abs. 4 1. Aufzählungspunkt unter dem Titel «*Entwicklung des Rechts*» die Befugnis, die Anhänge 1, 3, 4 und 7 ohne weitere innerstaatliche Verfahren an die Rechtsentwicklungen anzupassen. Das bedeutet im Regelfall, dass der Vertrag laufend auf neue bzw. geänderte EU-Richtlinien verweist und ihr (neuer) Gehalt für die Schweiz völkerrechtlich verbindlich wird. Zwar muss die Schweiz dafür durch ihre Vertreter im gemischten Ausschuss zustimmen, aber das normalerweise anwendbare Verfahren für den Abschluss oder die Änderung von völkerrechtlichen Verträgen kommt nicht zur Anwendung. Vgl. auch FN 170. Vgl. OESCH, Übernahme, S. 639 ff.

80 Vgl. zum Kinderrechtskomitee aufgrund der KRK Teil 3 Kap. 4 II B 2, S. 243. Eine Übersicht über solche Ausschüsse bzw. Kommissionen geben Kälin / Künzli, Rz. 7.3, S. 250 f. Die Tabelle zeigt auf, welche Ausschüsse «nur» ein Berichtsverfahren kennen, und welche auch Beschwerden von Staaten oder Individuen prüfen, oder ein Untersuchungs- oder Präventionsverfahren kennen. Sie weisen (in Rz. 7.5, S. 253) darauf hin, dass solche Gremien im Falle von Individualbeschwerden eine inhaltlich gerichtsähnliche Funktion wahrnehmen, was auch ihr politisches Gewicht erhöht.

Es kommt aber vor, dass sich diese Art der Rechtsetzung doch stark von jener des völkerrechtlichen Vertragsschlusses unterscheidet, indem ein Verfahren angewendet wird, das die Möglichkeit der eigenen gesetzgebenden Organe der Mitgliedstaaten stark einschränkt, den Vertragsinhalt effektiv zu beeinflussen.⁸¹ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Wortlaut der Regelung definitiv von der Organisation selbst erarbeitet wird und den Mitgliedstaaten nur noch die Möglichkeit gelassen wird, die Regelung als solche anzunehmen bzw. zu ratifizieren oder abzulehnen, wobei von den internationalen Organisationen ein starker politischer Druck auf die Mitgliedstaaten ausgeht, die Regelungen anzunehmen.⁸² Manchmal wird für eine Bindung des Mitgliedstaates nicht einmal mehr seine Zustimmung gefordert, sondern der Beschluss der Organisation tritt für ihn ohne weiteres in Kraft, wenn er nicht binnen einer Frist ausdrücklich seine Ablehnung erklärt.⁸³

Ob diese zwischen dem Vertrag und dem Beschluss stehenden Erlasse zu den primären oder den sekundären Rechtsquellen gehören, lässt sich nicht generell beantworten. Dies hängt sowohl von den Erlassen selbst als auch von der Satzung der jeweiligen Organisation ab. Hängt ihre Bindungswirkung direkt von der Satzung der Organisation ab, so sind die Erlasse zu den sekundären Rechtsquellen zu zählen. Meistens ist es aber nur das Verfahren, das durch die Organisationssatzung geprägt ist, und die Bindungswirkung nach Entstehung der Erlasse hängt nicht mehr von der Satzung ab. Damit sind diese Beschlüsse formell betrachtet Verträge, gehören zu den primären Rechtsquellen und gelten auch nach einer Auflösung der Organisation mit ihrer Satzung weiter.

D Soft Law

Eine besondere Art von Völkerrechtsquellen bilden jene Beschlüsse von Organen internationaler Organisationen, deren Befolgung in rechtlichem Sinne für die Mitgliedstaaten *nicht* zwingend ist. Zwar gibt es ein Organ, das gemäss der Satzung einen Beschluss fassen kann, aber es verfügt nicht über die Kompetenz, im betreffenden Bereich die Mitgliedstaaten an seine Entscheide zu binden. In formeller Hinsicht haben solche Beschlüsse zunächst nur den Charakter von Empfehlungen. Politischer Druck bewegt aber die Mitgliedstaaten oft dazu, solchen Beschlüssen Folge zu leisten. Wollen sie das nicht tun, so sind sie durch das Gebot von Treu und Glauben gegenüber der Organisation und ihren Mitgliedern zumindest gehalten, die Beschlüsse ernsthaft zu prüfen und über die Gründe ihrer Nichtbefolgung

81 So GEIGER, S. 87

82 VERDROSS / SIMMA, S. 436 f. mit Beispielen von Satzungen von Sonderorganisationen der UNO, welche ein gemischtes Vertragsschlussverfahren vorsehen.

83 So hat die Gesundheitsversammlung der Weltgesundheitsorganisation gemäss Art. 22 f. ihrer Satzung (SR 0.810.1) solche Befugnisse: «*Regulations adopted pursuant to Article 21 shall come into force for all Members after due notice has been given of their adoption by the Health Assembly except for such Members as may notify the Director-General of rejection or reservations within the period stated in the notice.*»

Rechenschaft abzulegen.⁸⁴ Die bekanntesten Beispiele für solche Beschlüsse sind die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen, die nicht verbindlich sind, weil die Generalversammlung nur die Befugnis hat, Empfehlungen abzugeben (Art. 10 ff. UN-Charta).⁸⁵

Obwohl diese Beschlüsse *nicht* zu den Rechtsquellen im formellen Sinne gehören, weil aus ihnen keine rechtlichen Verpflichtungen hervorgehen,⁸⁶ haben sie dennoch für das Völkerrecht eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, weshalb sie mitunter auch als «*Soft Law*» bezeichnet werden. Da sich die Mitgliedstaaten einer Organisation in der Regel an deren Resolutionen halten oder zumindest nicht ausdrücklich dagegen opponieren – sofern nicht wirklich triftige Gründe dagegen sprechen – haben die Resolutionen einen grossen Einfluss sowohl auf die Praxis als auch auf das Rechtsempfinden der Staatengemeinschaft. Sie können auch den Beginn der Entwicklung von Völkergewohnheitsrecht markieren, oder bereits im Entstehen begriffene Regeln verstärken. In diesem Sinne können diese nichtbindenden Beschlüsse als Rechtsquellen im materiellen Sinne betrachtet werden.⁸⁷

VIII **Ergänzung: Völkerrechtliches *ius cogens***

Das völkerrechtliche *ius cogens*, das zwingende Völkerrecht, ist die Ausnahme zur Regel, dass das Wesen des Völkerrechts keine Rangordnung unter den Völkerrechtsquellen zulässt. Vorweg zu nehmen ist, dass es sich beim *ius cogens* nicht um eine eigenständige Völkerrechtsquelle handelt.⁸⁸ Die zwingende Eigenschaft haftet gewissen bestehenden völkerrechtlichen

84 So GEIGER, S. 86

85 GIERSCHE, S. 45 ff. Er geht auch auf die Wahl der Bezeichnungen solcher Beschlüsse der Generalversammlung ein, nämlich neben Resolution auch die «*Deklaration*» oder «*Charta*».

86 Es gibt allerdings eine Reihe von Autoren und Staaten, welche den Resolutionen der Generalversammlung verbindlichen Charakter zusprechen möchten. Dies würde aber eine Abänderung der UN-Charta voraussetzen, welche aber bis jetzt weder auf formellem Weg erfolgt ist (Voraussetzungen dazu in Art. 108 f. UN-Charta) noch über die Entstehung von VGR. Vgl. dazu VERDROSS / SIMMA, S. 407 ff. mit diversen Verweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen.

87 So GIERSCHE, S. 159 f.; GEIGER, S. 86; VERDROSS / SIMMA, S. 409 f. Zu den Lehrmeinungen, dass Resolutionen (und ähnliche «*Entschliessungen*») der UNO die Basis spontan entstehenden Völkergewohnheitsrechts sein können siehe GIERSCHE, S. 157 ff.⁸⁸ Zum Ganzen: CARONI / TAYLAN, S. 55 ff.

88 Zum Ganzen: CARONI / TAYLAN, S. 55 ff.

Regeln an, die aus verschiedenen Quellen stammen können.⁸⁹ Aber nicht nur mit Bezug auf die Rangordnung unter Völkerrechtsquellen hat das zwingende Völkerrecht eine Sonderstellung, sondern auch mit Bezug auf innerstaatliches Recht beansprucht es unbedingten Vorrang und gilt als materielle Schranke der Verfassungsrevision.⁹⁰

Die Idee unveränderlicher, notwendiger und vom positiven Recht unabhängiger Rechtsgrundsätze entstammt ursprünglich der naturrechtlichen Schule und war bis ins vorletzte Jahrhundert unbestritten.⁹¹ Deren Gegenbewegung, der Rechtspositivismus, der die Jahrhundertwende prägte, negierte die Idee vorrechtlicher Grundsätze, vermochte deren Vertreter aber nie ganz zum Verschwinden zu bringen.⁹² Nachdem die beiden Weltkriege gezeigt hatten, welchen Auswüchsen der (radikale) Rechtspositivismus Komplizenschaft leisten kann, hat die herrschende Völkerrechtslehre die Wichtigkeit unabänderlicher, zwingender und letztlich ethisch begründeter Rechtsgrundsätze wiedererkannt.⁹³ 1969 kodifizierte die ILC mit der VRK das Völkervertragsrecht und anerkannte darin auch das durch völkerrechtliche Verträge nicht abänderbare *ius cogens*. Seither wird in grundsätzlicher Hinsicht die Existenz gewisser zwingender Rechtsgrundsätze kaum mehr bestritten.⁹⁴

Umso mehr wird hingegen darüber diskutiert, welche Regeln zum zwingenden Völkerrecht gehören. Gemäss der VRK gehört eine Norm dann zum *ius cogens*, wenn sie «*von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf*» (Art. 53). Auf globaler Ebene haben bis jetzt wohl kaum andere Regeln als jene des Gewaltverbots und der

89 Dass die Form unerheblich ist, gilt auch umgekehrt, indem der in einem Vertrag geäusserte Wille, keine Ausnahmen davon zuzulassen, für sich alleine auch für die Vertragsparteien noch kein zwingendes Recht zu begründen vermag, wie die ILC zu Art. 53 VRK (damals noch als Entwurf) kommentierte: «*It is not the form of a general rule of international law but the particular nature of the subject-matter with which it deals that may, in the opinion of the Commission, give it the character of ius cogens.*» Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, Rz. 2, S. 248

90 Vgl. BAUMANN, Umsetzung, S. 245 f. Siehe auch Teil 1 Kap. 2 III C 2, S. 53

91 VERDROSS / SIMMA, S. 328 ff.

92 So vertrat z. B. GEORG JELLINEK die Idee vorrechtlicher Grundsätze: «*[Es...] folgen aus der Natur des rechtschaffenen Willens die Umstände, unter denen allein von einem Zustandekommen eines Vertrages gesprochen werden kann. Wollen kann man nur das Mögliche, und zwar das physisch Mögliche; wollen darf man nur das rechtlich und sittlich Mögliche.*» JELLINEK, S. 59

93 Etliche Nachweise über die das *ius cogens* bejahende Völkerrechtslehre nach dem zweiten Weltkrieg bei VERDROSS / SIMMA, S. 330

94 Ein jüngerer Vertreter der Auffassung, dass ein völkerrechtlicher Vertrag jeden beliebigen Inhalt haben könne, war GUGGENHEIM, Traité, S. 127 ff. Er billigt zwar grundsätzlich die Existenz von *ius cogens*, befindet aber, dass vertragliche Vereinbarungen zwischen Völkerrechtssubjekten in ihrem zwischenstaatlichen Verhältnis ungeachtet von widersprechendem *ius cogens* verbindlich seien. Weitere Nachweise über bejahende und Kritische Stimmen aus der Lehre bei SALADIN, *ius cogens*, S. 68

Friedenssicherungspflicht aus Art. 2 der UN-Charta diese breite übereinstimmende Anerkennung der «*Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit*» gefunden. Die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen betrachtet darüber hinaus weitere Grundsätze als dem völkerrechtlichen *ius cogens* zugehörig. Als grundlegende Menschenrechte, die dem *ius cogens* zuzuordnen gelten etwas das Verbot von Sklaverei, Genozid, Rassendiskriminierung, Apartheid und Folter.⁹⁵ Auch dazu gehören Grundsätze des humanitären Völkerrechts und weitere grundlegende Regeln des Völkerrechts wie beispielsweise das Selbstbestimmungsrecht der Völker.⁹⁶ Die Anerkennung weiterer Regeln als Teil des *ius cogens* (erfreulicherweise) bis hin zu grundsätzlichen Standards des Umweltschutzes wird in der Literatur intensiv diskutiert.⁹⁷

Etwas einfacher erreichbar aber nicht unbestritten ist Möglichkeit, dass gewisse Regeln auf regionaler Ebene zwingenden Charakter gewinnen können, so insbesondere die Beachtung gewisser Grundrechte im westeuropäischen Raum.⁹⁸ Zwar bezieht sich die VRK ausdrücklich nur auf jenes Recht, das von der «*Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit*» als *ius cogens* anerkannt wird. Dies schliesst aber nicht aus, dass in gewissen Regionen dieser Mindeststandard des universellen Völkerrechts überboten wird.⁹⁹ Erwähnt wird als Beispiel das Verbot der Todesstrafe als regionales *ius cogens* in Europa.¹⁰⁰

IX Die Auslegung von Völkerrecht

A Die Auslegung hinsichtlich der innerstaatlichen Umsetzung

In der Schweiz gilt das Völkerrecht grundsätzlich unmittelbar und geht dem innerstaatlichen Recht zumindest in der Regel vor.¹⁰¹ Je nach völkerrechtlicher Regel ist es auch direkt im innerstaatlichen Bereich anwendbar.¹⁰² Deshalb muss Völkerrecht mit Blick auf seine innerstaatliche Umsetzung auch durch nationale Gerichte interpretiert werden.

Bis völkerrechtliche Verträge angenommen werden und in Kraft treten, durchlaufen sie einen vergleichbaren Prozess wie Erlasse der

95 Vgl. KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 2.114 ff., S. 76 f.

96 UN-Doc A/CN.4/L.702, 18. Juli 2006, N. 33, S. 21

97 Vgl. VERNET / JARIA, S. 531 ff sowie CARONI / TAYLAN, S. 58 ff.

98 Z. B. für HOBE, S. 219, ist *ius cogens* stets universelles Völkerrecht.

99 So VERDROSS / SIMMA, S. 334. Vgl. auch CARONI / TAYLAN S. 59

100 So CARONI / TAYLAN, S. 64. Veranschaulicht wurde dies durch die Reaktionen der europäischen Regierungen auf die Diskussionen in der Türkei, die Todesstrafe wieder einzuführen, ebenso wie die entsprechende Zurechtweisung durch den EU-Rat für auswärtige Angelegenheiten: <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/07/18-fac-turkey-conclusions/>.

101 Siehe Teil 1 Kap. 2 , S. 39 sowie die folgenden Kapitel.

102 Siehe Teil 1 Kap. 2 IV , S. 71

Bundesgesetzgebung. Davon ausgehend, könnte angenommen werden, dass auch die Interpretation den gleichen Prinzipien zu folgen hat wie im Falle von Bundesrecht.¹⁰³ Das stimmt jedoch nur teilweise. Zunächst ist die Schweiz als Subjekt des Völkerrechts gegenüber den anderen Völkerrechtssubjekten an jene Interpretation gebunden, die sich aus den zwischenstaatlichen Rechtsverhältnissen ergibt. Sie kann durch ihre innerstaatliche Interpretation dieser Anwendung der völkerrechtlichen Verpflichtung nicht ausweichen. Die innerstaatliche Anwendung der völkerrechtlichen Normen ist ja in manchen Fällen gerade der zentrale Zweck der völkerrechtlichen Abkommen, insbesondere auch der Menschenrechtsabkommen, zu denen die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte der Kinder KRK gehört.

Das bedeutet nun aber freilich nicht, dass eine innerstaatliche Interpretation des Völkerrechts gänzlich ausgeschlossen ist. Betrachten wir den Fall eines völkerrechtlichen Vertrages, müssen wir bedenken, dass der innerstaatliche Gesetzgeber mit der Annahme des Vertrages einen bestimmten Willen verfolgt hat. Dieser Wille beinhaltet zwei Elemente. Der Gesetzgeber will einerseits, dass die Schweiz als Völkerrechtssubjekt bestimmte Rechte und Pflichten gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten erwirbt, und andererseits, dass der Vertrag im Inneren des Landes wie ein Gesetz gilt. Bei der Interpretation des Völkerrechts im Hinblick auf seine innerstaatliche Umsetzung sind beide Perspektiven zu berücksichtigen, jene der völkerrechtlichen Verpflichtung und jene der innerstaatlichen Anwendung. Ergeben sich aber aus diesen zwei Perspektiven unterschiedliche Interpretationsergebnisse, die sich nicht vereinbaren lassen, so muss die völkerrechtliche Verpflichtung vorgehen.¹⁰⁴ Dies ergibt sich also nicht nur direkt aus dem Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts, sondern auch aus der Tatsache, dass es dem Willen des innerstaatlichen Gesetzgebers, der den völkerrechtlichen Vertrag legitimiert, entspricht, dass die Schweiz völkerrechtlich daran gebunden ist und ihre sich daraus ergebenden Pflichten und Rechte wahrnimmt. Diese Regel kennt aber je nach Lehre Ausnahmen.¹⁰⁵

Der innerstaatlichen Interpretation kommt immerhin ergänzende Bedeutung zu. Zu denken ist hier insbesondere an jene Fälle, in denen die innerstaatliche Interpretation zwar anders ausfällt als die völkerrechtliche Verpflichtung, dieser aber nicht widerspricht. Das kann typischerweise bei Menschenrechtsabkommen der Fall sein, da diese einen Mindeststandard an Rechten festschreiben. Es bleibt aber den Staaten überlassen, den Personen auf ihrem Staatsgebiet darüber hinausgehende Rechte zu garantieren. Ergibt nun die innerstaatliche Interpretation eines Menschenrechtsabkommens mehr oder weitergehende Rechte, als es

103 Der Grund für die Notwendigkeit der Interpretation ist wie im innerstaatlichen Recht die Tatsache, dass Texte stets unterschiedlich verstanden werden können und es daher Regeln bedarf, um den Sinn einer Regel zu eruieren (Dörr, Art. 31 VRK, Rz. 1 f., S 560 sowie Rz. 14, S. 567 f.).

104 HOBE, S. 202 ff.

105 Im Einzelnen unter Teil 1 Kap. 2 III C 4 , S. 57 ff.

gemäss der völkerrechtlichen Interpretation der zwischenstaatlichen Verpflichtung entspricht, so wird die innerstaatlich vollziehende Behörde beiden Interpretationen gerecht werden, indem sie die innerstaatliche Interpretation ihrem Entscheid zugrunde legt.¹⁰⁶

B Die Auslegung bezüglich der völkerrechtlichen Verpflichtung

Für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge stellt die VRK einige generelle Regeln auf.¹⁰⁷ Art. 31 Ziff. 1 VRK verweist zunächst auf den Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben.¹⁰⁸ Für die Auslegung von Verträgen bedeutet es beispielsweise, dass ein Vertragspartner sich nicht auf eine für ihn vorteilhafte Auslegung berufen darf, wenn er sich bewusst ist, dass diese nicht dem eigentlichen Sinn des Vertrages entspricht, so wie er ursprünglich von beiden Vertragsparteien verstanden worden war.¹⁰⁹

Bei der Auslegung haben sich die Vertragsparteien gemäss Art. 31 Ziff. 1 VRK vom Wortlaut der Bestimmungen und dem Ziel und Zweck des Vertrags leiten zu lassen. Bei der Interpretation der Begriffe ist der gewöhnliche Sprachgebrauch¹¹⁰ ausschlaggebend. Gemäss der Praxis des IGH sowie der herrschenden völkerrechtlichen Lehre¹¹¹ wie auch gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist diese Auslegungsregel sehr strikt zu verstehen, und es darf nur davon abgewichen werden, wenn das Verständnis nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu einem Ergebnis führt, das dem ursprünglichen Zweck des Abkommens «mit Sicherheit» widerspricht.¹¹²

106 Vgl. z. B. BGE 137 I 284, E. 2.2., S. 289

107 Dass nur die ganz grundsätzlichen Regeln in der VRK festgehalten wurden, begründet die ILC zusammenfassend so: «[...] recourse to many of these principles is discretionary rather than obligatory and the interpretation of documents is to some extent an art, not an exact science. [...] Any attempt to codify the conditions of the application of those principles of interpretation whose appropriateness in any given case depends on the particular context and on a subjective appreciation of varying circumstances would clearly be inadvisable.» Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, Rz. 4 f., S. 218 im Kommentar zu Art. 27 des Entwurfs der VRK.

108 Welche Grundsätze der Auslegung bereits vor der Kodifizierung des Vertragsrechts durch die VRK als Gewohnheitsrecht galten, war offenbar nicht ganz unumstritten, wie dem ausführlichen Kommentar der ILC zu Art. 27 des Vertragsentwurfs zu entnehmen ist. Dass die Auslegung nach Treu und Glauben zu erfolgen habe, stützt die ILC direkt auf den Grundsatz «*Pacta sunt servanda*», und den ganzen Abs. 1 auf die gefestigte Rechtsprechung des IGH. Yearbook of the International Law Commission, 1966, Vol. II, Rz. 12, S. 221.

109 Vgl. BGE 96 I 737, S. 750, E. 3 zur Auslegung von Art. XVI des schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommens gemäss AS 1952 645 f.

110 Die deutsche Fassung ist eine Übersetzung, authentische Formulierungen sind u. a. folgende: Französisch: «*sens ordinaire*». Spanisch: «*sentido corriente*». Englisch: «*ordinary meaning*».

111 JACOBS, S. 326., MBENGUE, S. 399 ff. mit Verweisen auf die völkerrechtliche Rechtsprechung

112 So namentlich BGE 125 V 503, S. 507, E. 4 b, m. w. V. auf die frühere Rechtsprechung

Eine andere Bedeutung als jene, die dem Wortlaut nach dem üblichen Sprachverständnis entspricht, darf einer Vertragsbestimmung also nur zugemessen werden, wenn feststeht, dass die Parteien bei Vertragsschluss diese Bedeutung verstanden und gewollt haben. So hält es Art. 31 Ziff. 4 VRK fest. Eine Hilfe bei der Feststellung des Sinnes, den die Vertragsparteien einem Vertrag zumessen, kann zudem eine spätere Übung der Vertragsparteien oder eine Übereinkunft über die Auslegung des Vertrages sein (Art. 31 Ziff. 2 lit. a und b VRK). Ansonsten wird auf den gewöhnlichen Sinn des Wortlautes abgestellt (Ziff. 1), und das ist in der Regel jener, den die Staatenpraxis einem Wortlaut dieser Art regelmässig zumisst. Da sich ein vom üblichen Sinn der Wörter abweichender ursprünglicher bzw. historischer und übereinstimmender Wille der Parteien selten eindeutig feststellen lassen dürfte, ist die objektive, geltungszeitliche Auslegung also der Regelfall.¹¹³

Ein Vertrag ist immer als ganzer auszulegen. Eine Bestimmung soll immer in ihrem Zusammenhang betrachtet werden. Der normale Wortlaut einer Norm kann nur im Lichte des Ziels und Zwecks des ganzen Vertrages verstanden werden (teleologische Auslegung, Art. 31 Ziff. 1 VRK). Und um das Verständnis des Wortlauts zu klären, müssen unter Umständen auch andere Verträge, Völkerrechtsregeln oder Übungen herangezogen werden, die im funktionellen Umfeld des zu interpretierenden Vertrags liegen und zwischen den Vertragsparteien Gültigkeit haben, und zwar namentlich auch solche, die sich in der Zeit zwischen dem Vertragsschluss und der infragestehenden Anwendung des Vertrags ergeben haben.¹¹⁴

Art. 32 VRK präzisiert, dass Materialien, so namentlich historische aus der Zeit des Vertragsabschlusses, keine massgebliche Rolle spielen, es sei denn, die Auslegung nach Art. 31 führe zu keinem oder zu einem sinnwidrigen Ergebnis. Daraus folgert, dass die Auslegung in erster Linie (teleologisch) nach dem Sinn und Zweck der Norm zu suchen hat, und wenn dies zum Ziel führt, sich dafür auf den geltungszeitlichen und objektiven Wortsinn stützt.¹¹⁵ Dies entspricht, zwar aus anderen Gründen aber mit ähnlichem Ergebnis, der Auslegungsmethode, der in dieser Studie

113 Auch HOBE, S. 202, sucht nach dem «verobjektivierten Willen der Vertragspartner» und benutzt dafür die teleologische Auslegung und berücksichtigt (systematisch) namentlich z. B. die Präambel und verwandtes Vertragsrecht. BESSON, Rz. 1112, S. 343, bestätigt, dass die historische Auslegung kaum angewendet wird. Für ZOLLER, Rz. 257 ff., S. 238 ff., ergibt es sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben, dass sich die staatsvertraglichen Verpflichtungen geänderten Gegebenheiten anpassen.

114 Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c KRK: «Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.» Vgl. zur Bedeutung anderer Völkerrechtsquellen gemäss der aktuellen Völkerrechtspraxis ILC, Fragmentation, RZ 17 ff.

115 Differenziert zur Frage der zeitlichen Perspektive, LINDERFALK, Right Thing, passim und namentlich insb. S. 128 ff. Er plädiert für eine je nach Fall und Ziel unterschiedliche zeitliche Perspektive hinsichtlich der Interpretation von Wörtern in Staatsverträgen.

auch für die Interpretation der Bundesverfassung der Vorzug gegeben wird.¹¹⁶

Zusätzlich zu den sehr allgemeinen Regeln in der VRK hat die Praxis der internationalen Gerichte und Schiedsgerichte weitere Orientierungshilfen für die Auslegung von Verträgen entwickelt.¹¹⁷ Diese Prinzipien gehören aber nicht dem allgemeinen Völkerrecht an, weshalb ihre Anwendung durch den Willen der Vertragsstaaten gedeckt sein muss.

- Unklare Formulierungen werden zu Lasten jener Partei ausgelegt, die sie vorgeschlagen hat.
- Einschränkungen der staatlichen Freiheit werden restriktiv ausgelegt.
- Die Auslegung darf einem Vertrag nicht seine Wirksamkeit nehmen.
- Im Zweifel ist die Interpretation einer Vertragsbestimmung am allgemeinen Völkerrecht auszurichten.
- Die Interpretation von Gründungsverträgen internationaler Organisationen hat sich an deren Zielen auszurichten.

Zur Frage, welches Organ zur verbindlichen Auslegung der Verträge befugt ist, stellt die VRK keine Regeln auf. Zunächst ist es den Vertragsparteien selbst überlassen, den Vertrag nach den erwähnten Grundsätzen auszulegen, um so die innerstaatliche Umsetzung zu ermöglichen. Für Menschenrechtsabkommen, wie die nachfolgend eingehender behandelte Kinderrechtskonvention, heisst dies, dass die Interpretation der Vertragsnormen bis zu einem gewissen Grad von den sozioökonomischen, rechtlichen und kulturellen Voraussetzungen im einzelnen Staat abhängig ist. Der Umfang und der Charakter der Menschenrechte ist also nicht unbedingt in jedem Staat derselbe.¹¹⁸ Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Ermessensspielraum bei der Auslegung der Vertragsnormen. Dieser Ermessensspielraum ist aber durch die Menschenrechtsabkommen und das Prinzip von Treu und Glauben begrenzt, aus dem sich genannten Auslegungsgrundsätze letztlich herleiten.¹¹⁹

Kommt es bei der Anwendung eines Vertrags zum Streit, so besteht die Möglichkeit, dass die Vertragsparteien entweder im ursprünglichen Vertrag selbst oder zu einem späteren Zeitpunkt eine Instanz bestimmen, die für die Interpretation zuständig ist. Typischerweise ist dies entweder der Internationale Gerichtshof ICJ gemäss Art. 92 ff. der

116 Siehe Teil 1 Kap. 3 I, S. 77

117 Details und Verweise auf Entscheide bei VERDROSS / SIMMA, A. 493 ff.

118 Sehr determiniert macht TUNKIN die Menschenrechte von den innerstaatlichen Verhältnissen abhängig. TUNKIN, S. 107 ff.

119 Vgl. ZOLLER, RZ. 248 ff., S. 229 ff.

UN-Charta oder ein Schiedsgericht.¹²⁰ Weiter gibt es internationale Verträge, die Organe einsetzen, um die Umsetzung des Vertrags in den Unterzeichnerstaaten zu gewährleisten.

Durch den Vertrag selbst geschaffene Organe werden auch ohne einen Konflikt zwischen Völkerrechtssubjekten aktiv. Beispiele solcher Organe finden sich namentlich im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPWSKR) oder im Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention, KRK). Typischerweise handelt es sich um Verträge, bei denen die Erfüllung der zentralen Vertragsleistung durch einen Unterzeichnerstaat nicht im direkten Interesse eines anderen Vertragspartners liegt. Die angesprochenen Konventionen garantieren vielmehr den innerstaatlichen Rechtssubjekten – in diesem Falle den natürlichen Personen – konkrete Rechte, und es ist kein anderes Völkerrechtssubjekt direkt daran interessiert, die Erfüllung dieser Vertragsverpflichtungen durch die anderen Vertragspartner zu überprüfen. Um der Umsetzungspflicht auch ohne Interesse oder Druck durch einen anderen Unterzeichnerstaat institutionellen Nachdruck zu verschaffen, werden solche «*Expert Treaty Bodies*» eingesetzt, denen gegenüber die Unterzeichnerstaaten Rechenschaft über die Umsetzung der Verpflichtungen ablegen.

Im IPWSKR wird diese Aufsichtsfunktion dem Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen anvertraut, der durch Kapitel X der UN-Charta konstituiert ist (Art. 61 ff.). Mit der KRK hingegen ist eine neue, speziell für die Umsetzung der Kinderrechte verantwortliche Instanz ins Leben gerufen worden, der Ausschuss für die Rechte des Kindes gemäss Kapitel II (Art. 43 ff.). Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, dem Ausschuss Berichte abzuliefern, und der Ausschuss hat verschiedene Mittel in der Hand, um diese Berichte zu überprüfen und nötigenfalls Druck auf die Vertragsstaaten auszuüben, um die Umsetzung zu beschleunigen. Zudem können im Mitteilungsverfahren, das in einem Fakultativprotokoll geregelt ist, dem auch die Schweiz beigetreten ist, dem Ausschuss Rechtsverletzungen gegenüber Einzelpersonen zur Untersuchung unterbreitet werden.¹²¹

Nach gewissen Lehrmeinungen können durch Staatsverträge eingesetzte Instanzen, welche die Umsetzung von Vertragsnormen zu überprüfen haben, die Vertragsnormen in verbindlicher Weise interpretieren und damit deren Tragweite und Charakter definieren und konkretisieren. Zwar ist diese Interpretationshoheit der Organe nicht explizit in den erwähnten Verträgen niedergeschrieben, sie ergibt sich gemäss dieser

120 So z. B. geschehen Schiedsgerichtsurteil *Island of Palmas case* der Niederlande gegen die Vereinigten Staaten von Amerika vom 4. April 1928, in *Reports of the International Arbitral Awards*, Volume II, S. 829 ff., namentlich S. 846 ff. hinsichtlich der Auslegung des Vertrags von Münster vom 30. Januar 1648.

121 Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011, für die Schweiz in Kraft seit dem 24. Juli 2017, SR 0.107.3

Auffassung aber aus der Tatsache, dass solche Organe durch die Verträge geschaffen werden und dass sich die einzelnen Staaten mit ihrer Unterschrift auch verpflichten, diesen Organen gegenüber Rechenschaft abzulegen.¹²² So betrachtet bedeutet die Auslegung durch *Expert Treaty Bodies* keinen Eingriff in die inneren Angelegenheiten eines Staates, da sich die Unterzeichnerstaaten durch die Unterzeichnung der Konvention ja damit einverstanden erklärt haben, dass die in der Konvention geregelten Gegenstände zum Bereich des Völkerrechts gehören. Zu argumentieren, sie seien rein innere Angelegenheiten, wäre ein Widerspruch zur verbindlichen staatsvertraglichen Willenserklärung.¹²³ Die ILC hat jedoch 2018 nach einer Untersuchung der langjährigen Staatenpraxis festgestellt, dass die Interpretation durch *Expert Treaty Bodies* nicht als «*Subsequent Practice*» i. S. von Art. 31 VRK zu werten sei, womit diese Auslegungen auch nicht verbindlich sind.¹²⁴

Kap. 2 Völkerrecht auf Bundesebene

Die BV macht an verschiedener Stelle deutlich, dass sich die Eidgenossenschaft als integrierten Teil der internationalen Gemeinschaft der Staaten und der Völker versteht. Das beginnt schon in der Präambel, wo die «*Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt*» als Bestreben des «*Schweizervolks und der Kantone*» genannt ist, und geht weiter in Art. 2, wo – freilich erst am Schluss des Abs. 4 – der Einsatz der Eidgenossenschaft für eine «*friedliche und gerechte internationale Ordnung*» als Ziel der Eidgenossenschaft festgeschrieben ist. In Art. 5 Abs. 4 BV ist dann auf einer formelleren Ebene klargestellt, dass die «*Beachtung*» des Völkerrechts durch Bund und Kantone zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen gehört. Selbstverständlich mutet indessen an, dass gemäss Art. 8 Abs. 1 BV «*alle Menschen*» vor dem Gesetze gleich sind. Bis 1999 galt das zwar ebenfalls gemäss der unwidersprochenen Rechtsprechung, die bis dahin geltende Verfassung von 1974 sprach aber noch von «*allen Schweizern*». Mit dem ausdrücklich niedergelegten Diskriminierungsverbot schützt die neue Verfassung denn auch vor Diskriminierung wegen der «*Herkunft*», und zwar als erstes verpöntes Kriterium in Art. 8 Abs. 2 BV, aber auch namentlich wegen religiösen Überzeugungen. Weltoffen geht es in Art. 54 ff. BV weiter. Der Bund soll mit seiner Aussenpolitik nicht nur die Unabhängigkeit der Schweiz wahren, sondern etwa auch zur Linderung von Armut in der Welt, zum Weltfrieden und zum Umweltschutz beitragen. Von bedauernswerten

122 ALSTON / QUINN, S. 163

123 ROBERTSON, S. 332 f. Selten verweist auch das Bundesgericht auf solche Organe: Vgl. z. B. BGE 125 I 21, E. 4 a, S. 31 oder BGE 122 II 433, E. 3 c aa, S. 443 f.

124 Näheres zur Bedeutung dieser *Expert Treaty Bodies* für die Auslegung der multilateralen Menschenrechtsabkommen unter Teil 3 Kap. 4 II B 2, S. 243

Ausnahmen¹²⁵ abgesehen vermittelt die Bundesverfassung also den Eindruck einer weltoffenen, integrativen Schweiz, die sich international engagiert, die andere Völker achtet und damit auch das Völkerrecht respektiert.¹²⁶ Allerdings stösst diese Offenheit auch an Grenzen, wie im Folgenden aufzuzeigen ist.

I Möglichkeiten der innerstaatlichen Umsetzung des Völkerrechts

Grundsätzlich ist es Sache des innerstaatlichen Verfassungsrechts, das bestimmt, ob und wie seine rechtsanwendenden Behörden und Richter Regeln des Völkerrechts anwenden, insbesondere wenn diese dem innerstaatlichen Recht widersprechen.¹²⁷ Die Verfassungen verschiedener Staaten werden in Bezug auf ihre Haltung zum Völkerrecht in zwei Typen eingeteilt, einen dualistischen und einen monistischen.¹²⁸

A Das dualistische System

Verfassungen, die hinsichtlich des Verhältnisses von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht der dualistischen Konzeption folgen, lassen dem Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich grundsätzlich keine direkte Rechtskraft zukommen. Innerhalb solcher Staaten können nur Rechtsregeln Rechtskraft erlangen, die in der Form eines innerstaatlichen Gesetzes erlassen werden. Regeln des Völkerrechts können die Rechtsverhältnisse im Inneren des Staates nicht direkt beeinflussen. Es liegt in der Verantwortung

125 So Art 10a (Verhüllungsverbot) oder Art. 72 Abs. 3 BV (Minarettverbot). Diese Artikel betreffen zwar nicht direkt die Aussenpolitik oder das Völkerrecht, von den internationalen Verpflichtungen zur Achtung der Religionsfreiheit abgesehen. Aber sie zeigen, dass der eidgenössische Verfassungsgeber heterogen ist und auch Gegenteilstendenzen zur Weltoffenheit vorhanden sind, welche die Bundesverfassung eigentlich zum Ausdruck bringt. Illustrativ verbietet der über eine Volksinitiative eingeführte Art. 10a BV das Verhüllen des Gesichts, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen darf, wenn sie «*einheimischem Brauchtum*» entspringen. Ausnahmen aufgrund religiöser oder nicht-schweizerischer kultureller Motive sind hingegen nicht erlaubt. Als Ausnahme gemeint ist vorderhand die Fasnacht. Der erläuternde Bericht des Bundesamtes für Justiz zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Umsetzung des Verbots zur Gesichtsverhüllung (Art. 10a BV) im Strafrecht vom 20. Oktober 2021 übt sich denn auch in athletischen Auslegungsspagaten, um in den eigentlich sehr eindeutig formulierten Wortlaut von Art. 10a BV hineinzuzinterpretieren, dass Werbemaskottchen erlaubt sind und Halloweenmasken auch quasi als eingebürgertes Brauchtum straflos bleiben sollen. Wiederholt unterstreicht der Bericht, dass die Schweiz ja in Europa nicht alleine sei mit solchen Vorschriften, quasi als moralische Rechtfertigung für diese fremdenfeindlichen Grundmotiven entspringende Verfassungsbestimmung.

126 Zum Ganzen EPINEY, Kern, passim

127 LUNDY, KILKELLY, BYRNE, S. 308; GEIGER, S. 158; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 653. SCHACHTER, S. 312 ff.

128 EGAN, Rz. 1.15, S. 10 f.

des Gesetzgebers, das nationale Recht den Anforderungen des Völkerrechts anzupassen, damit seine Anwendung den Staat nicht in Konflikt mit seinen völkerrechtlichen Pflichten bringt. In einem solchen System kann sich ein Rechtssubjekt des Staates innerstaatlichen Gerichten und Behörden gegenüber grundsätzlich nicht auf Völkerrecht berufen.

Der Erlass innerstaatlicher Gesetze gemäss den völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates wird als Transformation bezeichnet. So verleiht der Gesetzgeber Regeln, deren Inhalt aus dem Völkerrecht stammt, einen innerstaatlichen Geltungsgrund. Sie werden so auf die Rechtssubjekte des nationalen Rechts anwendbar.¹²⁹ Die Transformationsakte können entweder die Rechtsregeln gleich formuliert nochmals wiederholen, sie sinngemäss umformulieren, oder aber einfach auf den Text der Völkerrechtsquelle verweisen und bestimmen, dass deren Wortlaut in die nationale Gesetzgebung übernommen sei.¹³⁰

Der Dualismus gründet auf der Auffassung, dass Völkerrecht und Landesrecht zwei völlig getrennte Bereiche sind, die sich nicht überschneiden. Auf den ersten Blick erscheint diese Sichtweise sinnvoll, da sich die beiden Rechtskreise in wesentlichen Aspekten grundsätzlich unterscheiden:

Die *Rechtssubjekte* des innerstaatlichen Rechts sind einzelne Menschen oder juristische Personen, wogegen die Subjekte des Völkerrechts in erster Linie Staaten sind, sowie - mit beschränkter Völkerrechtsfähigkeit - auch andere Gebilde wie namentlich internationale Organisationen. Damit erwachsen den Einzelnen grundsätzlich keine Rechte oder Pflichten aus dem Völkerrecht.¹³¹

Weiter unterscheiden sich die *Rechtsquellen* des Völkerrechts von jenen des Landesrechts: Völkerrecht beruht letztlich auf dem Konsens seiner Rechtssubjekte, und seine Verbindlichkeit beruht auf der gegenseitigen Verpflichtung. Innerstaatliche objektive Gesetze hingegen leiten ihre Verpflichtungswirkung gegenüber den Rechtssubjekten aus der staatlichen Verfassungsordnung ab.

Der letzte Grund für die Trennung ist der unterschiedliche *Regelungsgegenstand*. Während das Landesrecht innerstaatliche Verhältnisse regelt, und zwar entweder zwischen Privaten unter sich oder mit staatlichen Behörden, bezieht sich das Völkerrecht auf Rechtsverhältnisse zwischen Staaten.

Diese klaren Grenzlinien werden aber im modernen Recht zunehmend verwischt. So gibt es beispielsweise diverse völkerrechtliche Verträge, welche darauf abzielen, Individuen zu schützen oder das innerstaatliche Recht der einzelnen Staaten zu koordinieren. Klassisch sind

129 GEIGER, S. 159

130 Vgl. VERDROSS / SIMMA, S. 545 und S. 53 ff.

131 Zur Mediatisierung des Menschen und ihrer Auflockerung vgl. VERDROSS / SIMMA, S. 39

in dieser Hinsicht die Menschenrechtsverträge. Die EMRK¹³² sieht namentlich ein völkerrechtliches Verfahren vor, das es dem Individuum ermöglicht, seine völkerrechtlichen Rechte vor einem dem Staat übergeordneten Gericht gegenüber einem Staat einzufordern. Durch solche Verträge werden nicht nur Staaten verpflichtet, sondern eben auch Menschen direkt aus dem Völkerrecht berechtigt, was nicht dadurch gehindert werden kann, dass der Staat die Transformation (noch) nicht vorgenommen hat.¹³³

Auch durch sogenannte Investitionsschutzabkommen (*international investment agreements*, IIAs) können innerstaatliche Rechtssubjekte Staaten vor Schiedsgerichten verklagen. Es sind Instrumente, durch deren Unterzeichnung Staaten, oft Entwicklungsländer, für Unternehmen, die im Land investieren, die Rechtssicherheit verbessern wollen. Bis Dezember 2022 sind 1229 Klagen von Firmen gegen Staaten bekannt geworden, und in 240 dieser Fälle wurde der Staat gegenüber einem Investor für entschädigungspflichtig befunden.¹³⁴ Es könnten aber auch wesentlich mehr sein, denn gewisse IIAs sehen die absolute Vertraulichkeit der Verfahren vor, was angesichts der politischen Brisanz solcher Klagen wahrscheinlich auch genutzt wird.¹³⁵ Man stelle sich etwa den Fall vor, dass Entwicklungsländer ihre Steuergelder anstatt für

132 Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 (von der Schweiz ratifiziert und für die Schweiz in Kraft seit dem 28. November 1974. SR 0.101).

133 Individuen können auch direkt verpflichtet werden durch das Völkerrecht. So sieht zum Beispiel das am 17. Juli 1998 in Rom angenommene Statut für einen internationalen Strafgerichtshof vor, dass dieses internationale Gericht Kriegsverbrecher bestrafen soll aufgrund von Völkerrecht. So sagt Art. 21 Abs. 1 über das anwendbare Recht:

«*The Court shall apply:*

(a) *In the first place, this Statute, Elements of Crimes and its Rules of Procedure and Evidence;*

(b) *In the second place, where appropriate, applicable treaties and the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict;*

(c) *Failing that, general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems [...].»*

134 Siehe Investment Dispute Settlement Navigator der United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>. Bis 2019 waren 117 Staaten von der Entschädigungspflicht ein- oder mehrmals betroffen (Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018, UNCTAD, Genf 2018).

135 Für die schweizerische Politik und die Beteiligung an Investitionsschutzabkommen siehe den Bericht der Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Verhandlungsgrundlagen für Investitionsschutzabkommen (ISA) des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 7. März 2016.

innerstaatliche Projekte dafür verwenden, Entschädigungen an Erdölmultis auszubezahlen.¹³⁶

Die Vorstellung, dass innerstaatliche Rechtssubjekte und Völkerrechtssubjekte völlig voneinander getrennt sind, wird also immer häufiger relativiert. Ein weiteres Paradox des Dualismus besteht darin, dass ein Staat als ganzer zwar durch das Völkerrecht verpflichtet ist, seine Rechtsordnung und seine Rechtssubjekte aber nicht - als würde der Staat nicht genau aus den Rechtssubjekten und der sie verbindenden Rechtsordnung bestehen.¹³⁷

Und eine weitere Kritik am dualistischen Transformationssystem betrifft seine Praktikabilität. Denn es kann nur bezüglich des nicht zwingenden, staatsvertraglichen Völkerrechts konsequent durchgeführt werden, indem für jeden Staatsvertrag ein staatlicher Transformationsakt erlassen wird. Dagegen ist es kaum möglich, für jede Regel des Gewohnheitsrechts einen eigenen Transformationsakt zu erlassen, zumal sich diese Regeln fortlaufend ändern. Will ein dualistischer Staat nicht konstant dem Risiko ausgesetzt sein, ohne es zu realisieren mit dem Völkerrecht im Konflikt zu stehen, muss er das Völkergewohnheitsrecht generell transformieren.¹³⁸ Auch bezüglich des zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*) kann das dualistische System nicht konsequent durchgeführt werden, da die innerstaatliche Anwendung des *ius cogens* nicht vom

136 So beispielsweise im (öffentlich bekannten) Falle Chevron and TexPet v. Ecuador (II): Basierend auf einem Staatsvertrag zwischen den USA und Ecuador aus dem Jahre 1993 klagten die US-amerikanischen Ölkonzerne Chevron Corporation und Texaco Petroleum Company 2009 gegen die Republik Ecuador, weil ecuadorianische Gerichte die Ölfirmen zu Schadenersatz für Umweltschäden im ecuadorianischen Amazonasgebiet, wo das Öl gefördert worden war, verurteilt hatten – was aus Sicht der Ölfirmen dem erwähnten Staatsvertrag widerspricht. Das Verfahren vor Schiedsgericht ist noch nicht abgeschlossen. Siehe <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/341/chevron-and-texpet-v-ecuador-ii->

137 Weitere Kritik am Dualismus und die Erklärung seiner Ungeeignetheit für die Schweiz bei HANGARTNER, Verhältnis, S. 206 f.

138 Zu diesem Zweck sieht Art. 25 des deutschen Grundgesetzes vor: «Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.». Dieser Artikel soll nur gelten für die «allgemeinen Regeln» des Völkerrechts, welche den deutschen Gesetzen vorgehen. Da nach deutscher Auffassung für die Geltung der völkerrechtlichen Verträge Art. 59 Abs. 2 als *lex specialis* Art. 25 vorgeht, gilt letzterer nicht für die vertraglichen Regeln, sondern nur für das Völkergewohnheitsrecht. Diese Regeln genießen Vorrang gegenüber deutschen Gesetzen, wogegen die völkerrechtlichen Verträge, denen der Gesetzgeber zustimmen muss gemäss Art. 59 Abs. 2 GG, nur jenen Rang einnehmen, der dem Zustimmungsgesetz zukommt (vgl. FN 94, S. 24). Aber auch jene untergeordneten Verträge, für welche die Zustimmung des Gesetzgebers nicht notwendig ist, also insbesondere Verwaltungsabkommen, sollen (nur) Gesetzesrang einnehmen, obwohl sie dem Wortlaut nach nicht unter Art. 59 Abs. 2 fallen, weil sie sonst nach Art. 25 paradoxerweise höherrangig wären als die wichtigen Verträge. Vgl. dazu GEIGER, S. 163 f. Vgl. HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 653; VERDROSS / SIMMA, S. 541 f.

Umsetzungswillen der Staaten abhängt. Das zwingende Völkerrecht verlangt vielmehr seine unmittelbare und unbedingte Anwendung.¹³⁹ Auch die Interpretation des zwingenden Völkerrechts ist nicht den Staaten überlassen. Die Staaten können aber auch bezüglich des nicht zwingenden Völkervertragsrechts vereinbaren, dass dieses direkt anzuwenden sei, wie dies die EU-Staaten durch die Gründung der Europäischen Gemeinschaften getan haben.¹⁴⁰

B Das monistische System

In der monistischen Betrachtungsweise gibt es nur einen einzigen Rechtskreis, der sowohl das staatliche als auch das zwischenstaatliche Recht umfasst. Das Konzept, dass etwas *für* einen Staat Recht oder Pflicht ist, *in* diesem Staat aber nicht gilt, ist den monistischen Verfassungen fremd. Für den Monismus ist es daher selbstverständlich, dass die innerstaatlichen Behörden Völkerrecht direkt anwenden, wenn dieses für ihren Staat verbindlich ist und Regeln enthält, die innerstaatlich auch umsetzbar sind. Es wird in diesem Zusammenhang von Adoption oder Inkorporation des Völkerrechts gesprochen.¹⁴¹

Eine Art Zwischenform zwischen Transformationstheorie (im Dualismus) und Adoptionstheorie (im Monismus) bildet die Vollzugstheorie. Wie im Monismus gilt hier das Völkerrecht als solches auch innerstaatlich, und es bedarf zu seiner Anwendung keines staatlichen Spiegelbildes. Dennoch ist aber das Völkerrecht *im* Staat nicht allein wegen seiner Verbindlichkeit *für* den Staat anwendbar. Vielmehr bedarf es eines staatlichen Aktes, welcher aber nicht eine innerstaatliche Rechtsquelle darstellt, sondern nur die Funktion eines Vollzugsbefehls oder einer Geltungsanordnung hat.¹⁴² Ähnlich der dualistischen Transformationslehre müssen Staaten dieses Systems zumindest für das Völkergewohnheitsrecht

139 Siehe Teil 1 Kap. 1 VIII S. 31

140 Gemäss der Rechtsprechung des EuGH. Der erste Entscheid, der dies festhielt war Urteil des Gerichtshofes vom 5. Februar 1963 i. S. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos gegen Niederländische Finanzverwaltung, Rechtssache 26-62. Vgl. weiter HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 653 f.

141 GEIGER, S. 159; VERDROSS / SIMMA, S. 546

142 Beispielsweise in Deutschland geht die h. L. davon aus, dass völkerrechtliche Verträge also solche gelten, im inneren Deutschland aber nur Kraft eines Vollzugsbefehls angewandt werden können. Nach dieser Lehre hat das nach Art. 59 Abs. 2 GG erlassene Zustimmungsgesetz zu einem Staatsvertrag durch den zuständigen Gesetzgeber (Bundestag und eventuell Bundesrat - vgl. dazu STURNY, S. 173 f.) eine Doppelfunktion: Einerseits wird die Regierung ermächtigt, den Vertrag zu ratifizieren, und andererseits wird der Vertrag für innerstaatlich anwendbar erklärt. Eine andere Meinung geht davon aus, dass das Gesetz von Art. 59 Abs. 2 GG einen Transformationsakt darstellt. Vgl. FLEINER-GERSTER, Völkerrecht-Landesrecht, S. 695 f.; GEIGER, S. 159 f.; VERDROSS / SIMMA, S. 546

einen generellen Anwendungsbefehl vorsehen,¹⁴³ und auch hier verlangt das zwingende Völkerrecht seine direkte Anwendung.

II Der Monismus der schweizerischen Bundesverfassung

Die schweizerische Verfassungslehre und -praxis folgt im Grundsatz einhellig dem Monismus.¹⁴⁴ Damit gilt Völkerrecht in der Schweiz unmittelbar. Welchen Rang das Völkerrecht einnimmt, ist damit allerdings noch nicht bestimmt, und auch die Frage, ob das Völkerrecht direkt auf innerstaatliche Rechtsfragen Anwendung findet, unterliegt zusätzlichen Bedingungen.¹⁴⁵

Seit der Revision der Bundesverfassung von 1998 hat der Monismus eine ausdrückliche Verankerung in Art. 5 Abs. 4 BV gefunden: *«Bund und Kantone beachten das Völkerrecht»*.¹⁴⁶ Der Wortlaut dieses Absatzes alleine könnte zwar auch als eine allgemeine Anweisung an die Gesetzgeber von Bund und Kantonen verstanden werden, Völkerrecht umzusetzen, indem sie es in dualistischem Sinne zu transformieren. Weiter könnte die nicht sehr präzise Formulierung dazu verleiten, den Absatz mehr als Programmartikel denn als verbindliche Anweisung an die Behörden zu verstehen. Der Absatz ist aber untergebracht in Art 5, der den Titel *«Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns»* trägt, und der die wichtigsten Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips ausdrücklich verankert. Aus diesem systematischen Zusammenhang des Absatzes ergibt sich, dass er sich wie die anderen Absätze desselben Artikels in verbindlicher Weise an die Behörden wendet. Der Absatz schreibt darum allen Behörden von Bund und Kantonen die direkte Anwendung des Völkerrechts vor, ebenso wie die vorangehenden Absätze die Behörden an das Gesetz, an Treu und Glauben, an das öffentliche Interesse und an die Verhältnismässigkeit binden. Art. 5 Abs. 4 BV gebietet die direkte innerstaatliche Anwendung des Völkerrechts, und die Voraussetzung für ein solches Anwendungsgebot ist der Monismus.¹⁴⁷

Die BV 1874 enthielt noch keinen ausdrücklichen Hinweis auf den Monismus, trug aber unverkennbar monistische Züge.¹⁴⁸ Dementsprechend waren sich Lehre und Praxis einig über die monistische Geltung des

143 Art. 25 GG wird, je nach Doktrin, von der deutschen Lehre und Rechtsprechung interpretiert als generellen Anwendungsbefehl oder generellen Transformationsakt.

144 Vgl. anstatt vieler KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 54 m. w. H. sowie DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, Rz. 11 ff., S. 272 ff.

145 So muss eine Norm namentlich *«hinreichend bestimmt»* sein, Rechte oder Pflichten für innerstaatliche Rechtssubjekte enthalten und sich an die Behörden wenden. Vgl. Teil 1 Kap. 2 IV S. 71

146 Vgl. Botschaft VE 96, S. 134

147 HANGARTNER, Art. 5, S. 51 f., Rz. 7

148 KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 55 f.

Völkerrechts in der Schweiz.¹⁴⁹ Diese wurde insbesondere aus Art. 113 Abs. 3 aBV abgeleitet, wonach das Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend war. Weiter konnte aus der Tatsache, dass gemäss Art. 89 aBV gewisse völkerrechtliche Verträge dem obligatorischen oder fakultativen Volksreferendum unterstanden, ebenfalls geschlossen werden, dass sie ebenso wie die teilweise in gleicher Weise referendumspflichtigen Bundesgesetze Geltung haben mussten.¹⁵⁰ Denn die demokratische Legitimation dieser Staatsverträge durch ein Referendum hätte wenig Sinn, wenn die Verträge, um zu innerstaatlicher Anwendbarkeit zu gelangen, eines Transformationsgesetzes bedurft hätten, welches seinerseits als Bundesgesetz oder allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss nochmals einem Referendum unterstanden hätte.¹⁵¹ Und zu guter Letzt fehlte in der Bundesverfassung jeglicher Hinweis auf ein Verfahren zur Transformation von Staatsverträgen, was ebenfalls auf eine direkte Anwendbarkeit der letzteren schliessen liess.¹⁵²

III Rang des Völkerrechts im Verhältnis zum Landesrecht

A Der Rang in monistischen und dualistischen Systemen

Kommt es zu Widersprüchen zwischen innerstaatlichem Gesetzesrecht und verbindlichen Regeln, die dem Völkerrecht entstammen, so stellt sich die Frage, welche der sich widersprechenden Rechtsregeln vorgeht. In dualistischen Systemen ist die Antwort schnell gefunden, da alle dem Völkerrecht entstammenden Regeln in ein innerstaatliches Gesetz gegossen werden, und im Inneren dieses Staates nur noch auf dieses Gesetz Bezug genommen wird. Es ist dann Sache der nationalen Verfassung, festzulegen, was für einen Rang in der Gesetzeshierarchie dem Transformationsgesetz

149 Vgl. ausführlich zur Geschichte der Haltung des Bundesgerichts gegenüber der direkten Anwendbarkeit des Völkerrechts und zu seinen Ausrutschern: JACOT-GUILLARMOD, *applicabilité*, S. 129 ff.

150 Insbesondere dieses Argument steht jener selten geäusserten Ansicht entgegen, gemäss derer das Völkerrecht nicht direkt und unmittelbar gelte, sondern nur aufgrund von «staatlichen Rechtsanwendungsbefehlen» in Art. 113 Abs. 3 und 114 Abs. 3 aBV (so KOLLER, *unmittelbare Anwendbarkeit*, S. 8).

151 Vgl. aus der umfangreichen Literatur insbesondere AUBERT, N. 1325 f. mit diversen Hinweisen; HANGARTNER, *Verhältnis*, S. 204; HANGARTNER, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 654; *Gemeinsame Stellungnahme*, S. 403

152 KÄLIN, *Völkerrecht bricht Landesrecht*, S. 55

zukommt.¹⁵³ Denkbar wäre auch, dass der Rang des Erlasses von Art, Form, Quelle oder Wichtigkeit des zugrundeliegenden Völkerrechts abhängt. Ist das innerstaatliche Transformationsgesetz aber erst einmal in Kraft, so ist sein Rang bestimmt und damit auch jener der darin enthaltenen Regeln bzw. jener staatsvertraglichen Regeln, auf die das Gesetz verweist. Das Transformationsgesetz bricht tieferes Recht, kann aber höherrangiges anderslautendes Recht nicht derogieren.

In monistischen Systemen wie dem der Schweiz ist die Antwort weniger eindeutig. Hier gilt das Völkerrecht, ohne dass es durch einen speziellen Akt in die innerstaatliche Rechtsordnung und -hierarchie eingebettet wird. Das Modell des Monismus gibt selbst keine Antwort darauf, welcher Norm der Vorrang gebührt, wenn es zu einem Normenkonflikt zwischen einer Völkerrechtsregel und einem innerstaatlichen Erlass kommt.¹⁵⁴ Der Monismus bewirkt nur die unmittelbare Geltung des Völkerrechts als Recht auch im Inneren des Staates, beantwortet aber nicht die Frage nach dem Rang, der dem Völkerrecht in der innerstaatlichen Gesetzeshierarchie zukommt.

B *Entscheid des innerstaatlichen Verfassungsrechts*

Aus internationaler Perspektive ist klar, dass das Völkerrecht dazu da ist, um von den Staaten eingehalten zu werden. Das bedeutet, dass die Staaten gegenseitig verpflichtet sind, ihr innerstaatliches Recht so zu gestalten, dass durch seine Anwendung das Völkerrecht nicht gebrochen wird.¹⁵⁵ Für das Staatsvertragsrecht schreibt Art. 27 VRK¹⁵⁶ ausdrücklich vor, dass die Berufung auf widersprechendes innerstaatliches Recht eine Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht nicht rechtfertigen kann. Sinngemäss gilt dieser Grundsatz auch für Völkerrecht aus anderen Quellen als Verträgen, namentlich für das Völkergewohnheitsrecht. Entscheidet deshalb ein internationales Gericht, so insbesondere der ICJ, über eine völkerrechtliche Streitigkeit, so nimmt es keine Rücksicht auf innerstaatliches Recht, sondern es stützt sich für seinen Entscheid allein auf das Völkerrecht.¹⁵⁷

Dennoch gibt es im allgemeinen Völkerrecht grundsätzlich keine Instanz, welche die Staaten daran hindern könnte, Völkerrecht zu

153 So z. B. in England durch die «Bill», mit der das Parlament völkerrechtliche Regeln ins Landesrecht integriert. Ähnlich auch in Deutschland: Hier wird der Rang völkerrechtlicher Regeln (oder transformierter Regeln je nach Lehre) abgeleitet aus dem Rang des Zustimmungsgesetzes (Art. 9 Abs. 2 GG). Vgl. dazu FLEINER-GERSTER, Völkerrecht-Landesrecht, S. 695 f. Vgl. zum dualistischen System Teil 1 Kap. 2 I A, S. 40.

154 AUBERT, N. 1325; EPINEY, Primat, S. 542; HANGARTNER, Verhältnis, S. 204. In der gemeinsamen Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht (S. 400) wird jedoch der Standpunkt vertreten, dass der Monismus den Vorrang des Völkerrechts zwingend nach sich ziehe.

155 PETERS / PAGOTTO, S. 56

156 SR 0.111

157 Art. 38 IGH-Statut

verletzen.¹⁵⁸ Als Folge des Grundsatzes der Souveränität der Staaten¹⁵⁹ ist davon auszugehen, dass Völkerrecht verletzt werden *kann*,¹⁶⁰ soweit nicht eine Norm des zwingenden Völkerrechts betroffen ist.¹⁶¹ Aber eine Verletzung völkerrechtlicher Pflicht, auch einer nicht zwingenden, durch einen Staat setzt diese Pflicht nicht einfach ausser Kraft. Die Verletzung zieht vielmehr die völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach sich, und es entstehen Schadenersatz- und Wiedergutmachungsansprüche für die von der Verletzung betroffenen Völkerrechtssubjekte.

Diese im Völkergewohnheitsrecht verankerten Grundsätze wurden durch die ILC in den *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* in Worte gefasst.¹⁶² Gemäss ILC bedeutet völkerrechtliche Verantwortlichkeit die Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, oder aber zur Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung. Die Voraussetzungen dafür sind die Völkerrechtssubjektivität der verantwortlichen Partei, die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht, Verschulden und das Fehlen einer Rechtfertigung. Die Staaten verlieren also durch das Völkerrecht nicht ihre Souveränität, und sie können völkerrechtlichen Pflichten auch verletzen. In diesem Falle müssen sie aber die Folgen der Verantwortlichkeit in Kauf nehmen. Auch hier sei nochmals daran erinnert, dass diese Souveränität im Sinne der Wahlfreiheit nicht für das zwingende *ius cogens* gilt. Es ist Sache jedes einzelnen Staates, in seiner Verfassung festzulegen, ob (nicht zwingendes) Völkerrecht gebrochen werden kann, und wenn ja, in welchen Fällen, und welches Organ darüber zu entscheiden hat.

Es ist also bezüglich des nicht zwingenden Völkerrechtes – und dieses macht die grosse Masse der völkerrechtlichen Verpflichtungen aus – eine innerstaatliche Entscheidung, welchen Rang dem Völkerrecht bei einer Kollision mit innerstaatlichem Recht zugemessen wird.¹⁶³ Wird dem innerstaatlichen Recht der Vorzug gegeben, so muss der Staat die Konsequenzen der Nichterfüllung völkerrechtlicher Pflichten tragen, also

158 Wobei an dieser Stelle nicht auf Sonderfälle Bezug genommen wird, in denen Staaten gewissen Gremien, die wiederum aus internationalen bzw. multinationalen Verträgen hervorgehen, bestimmte besondere Machtbefugnisse zugestehen, wie das innerhalb der EU sowie beim UNO-Sicherheitsrat der Fall ist.

159 Vgl. Teil 1 Kap. 1 I, S. 11. Vgl. HANGARTNER, Staatsrecht I, S. 199

160 HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 663 f.

161 EPINEY, Primat, S. 543; HANGARTNER, Verhältnis, S. 202; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 675 f.; SIEGENTHALER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 209. Vgl. grundsätzlich zum *ius cogens* Teil 1 Kap. 1 VIII, S. 31

162 ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, S. 31 ff.

163 KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 53; GEIGER, S. 158; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 664; SIEGENTHALER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 209. Demgegenüber findet JACOT-GUILLARMOD, fondements, S. 231 ff., das rechtliche Fundament des innerstaatlichen Vorrangs des Völkerrechts sowohl im Völkerrecht als auch im Verfassungsrecht.

zunächst die völkerrechtliche Verantwortlichkeit.¹⁶⁴ Politisch bedenklicher kann zudem der Nebeneffekt sein, dass der Staat im zwischenstaatlichen Verkehr seine Glaubwürdigkeit als verlässlicher Vertragspartner einbüßen kann.

C Rang des Völkerrechts in der Schweiz

In der Schweiz gibt es keine Bestimmung, die den Fall einer Kollision von Gesetzes- und Staatsvertragsrecht ausdrücklich regelt. Auch in der neuen Bundesverfassung wurde es bewusst Lehre und Praxis überlassen, dies aus der Verfassung herzuleiten, indem Art. 5 Abs. 4 zwar das monistische System der Geltung des Völkerrechts vorschreibt,¹⁶⁵ aber nichts darüber aussagt, welchen Rang das Völkerrecht innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung einnimmt.¹⁶⁶ Lehre und Praxis haben zu einigen Meinungsverschiedenheiten Anlass gegeben.¹⁶⁷ Der Grund für das grosse Interesse und die Scheu des Verfassungsgebers, die Frage abschliessend zu regeln, liegt in der politischen Brisanz der Frage, ob das innerstaatliche Recht sich dem Völkerrecht zu beugen hat. Die Aussage, dass sich der schweizerische Souverän angeblich «fremdem» Recht unterzuordnen habe, wird von einigen Akteuren immer wieder für politische Zwecke verwendet, so anlässlich der Volksabstimmung über die Volksinitiative «*Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)*» vom 25. November 2018.¹⁶⁸

Bei dieser politischen Diskussion wird regelmässig ausgeblendet, dass die Schweiz die wichtigsten Teile des Völkerrechts aus freien Stücken als für sich verbindlich anerkannt hat, und dass für diesen Entscheid in der

164 Vgl. AUBERT, N. 1326

165 Vgl. Teil 1 Kap. 2 II, S. 45

166 Vgl. Botschaft VE 96 zu Art. 4 Abs. 4, S. 134

Anders zum Beispiel die französische Verfassung: Constitution de la République française du 4 octobre 1958: Article 55: «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.*» Es ist anerkannt, dass Staatsverträge auf jeden Fall dem innerstaatlichen Recht vorgehen, egal, ob ein ggf. widersprechendes innerstaatliches Gesetz zeitlich vor- oder nach dem Staatsvertrag erlassen wurde. Vgl. MASTOR, S. 9.

167 Vgl. z. B. die Diskussion in folgenden Aufsätzen - alle SEILER, Völkerrechtswidriges Bundesgesetz, passim; EPINEY, Primat, passim; SEILER, Noch einmal, passim. Mit Blick auf einen allfälligen Beitritt der Schweiz zum EWR oder zur (damaligen) EG EPINEY, EG - Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 267 ff.

168 Die Volksinitiative wollte in der Verfassung verankern, dass Landesrecht und namentlich die Bundesverfassung dem Völkerrecht stets vorgehen (mit Ausnahme des *ius cogens*). Sie wurde am 25. November 2018 mit 66,2 % Mehrheit an der Urne verworfen. Initiativtext: 2018, S. 3497 ff. oder <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis460t.html>. Abstimmungsergebnisse: <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/abstimmungen/selbstbestimmungsinitiative.html>

Regel sehr ähnliche, demokratisch ebenso legitimierende Verfahren zur Anwendung gelangen wie für den Entscheid über innerstaatliches Recht mit vergleichbarer Tragweite für die einzelnen Rechtssubjekte der Schweiz.¹⁶⁹ Beschlüsse internationaler Organisationen, die für die Schweiz verbindliches Völkerrecht setzten, ohne dass die Schweiz es ablehnen könnte, sind bisher selten anzutreffen und werden selten bleiben, wenigstens solange die Schweiz nicht einer supranationalen Organisation wie der EU beitrifft oder sich vertraglich stärker an die Rechtsentwicklung innerhalb der EU bindet.¹⁷⁰

1 Die demokratische Legitimation des Völkerrechts und der Bundesgesetze

Um das Verhältnis von Bundesrecht und Völkerrecht zu klären und um das Völkerrecht in seiner Funktion als innerstaatliche Rechtsquelle einzuschätzen, stellt die innerstaatliche Legitimation dieser Rechtsquellen eine wichtige Beurteilungsgrundlage dar. Diese Legitimation ergibt sich aus den demokratischen Verfahren, die den Rechtsquellen im Innern des Staats Rechtskraft verleihen.¹⁷¹

Für den Erlass von formellen Bundesgesetzen ist das Parlament zuständig (Art. 164 f. BV), und diese Bundesgesetze unterliegen dem fakultativen Volksreferendum (Art. 141 Abs. 1 lit. a-c BV). Die «*Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht und das Verhältnis zum europäischen Recht*» müssen gemäss Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG in den Botschaften des Bundesrats zur Gesetzgebung immer untersucht werden, wobei das Völkerrecht im Vordergrund steht.¹⁷²

Der innerstaatliche Wille, einem Staatsvertrag beizutreten, bildet sich in vergleichbarer Weise wie bei Bundesgesetzen: Der Beitritt zu einem Vertrag muss durch das Parlament genehmigt werden, es sei denn, ein Gesetz oder ein Staatsvertrag delegiere den Vertragsabschluss an den Bundesrat (Art. 166 Abs. 2 BV), wobei diese Delegationsnormen wiederum durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassen bzw. genehmigt worden ist (Art. 7a Abs. 1 RVOG). Nur für Gegenstände von geringer Tragweite kann der Bundesrat selbständig Staatsverträge vereinbaren (Art. 7a Abs. 2 RVOG), so namentlich für den Vollzug von Staatsverträgen

169 Vgl. auch Teil 1 Kap. 3 VI B, S. 122

«*Unsere Freiheit ist ein kostbares Gut.*» So lautete beispielsweise der einleitende Satz jener politischen Partei, die innerhalb des Initiativkomitees namens «*Komitee Schweizer Recht statt fremde Richter*» die Kampagne für die erwähnte «*Selbstbestimmungsinitiative*» anführte, siehe <https://www.svp.ch/kampagnen/uebersicht/selbstbestimmungsinitiative/> Der Satz blendet in suggestiver Weise aus, dass der Schweizer Gesetz- und Verfassungsgeber, also das Parlament und bei Referenden das Volk und teilweise die Kantone, beim Zustandekommen völkerrechtlicher Pflichten aus Verträgen ebenso das letzte Wort hat wie beim Erlass von Landesrecht.

170 Vgl. zu den Rechtsangleichungsmechanismen in den sogenannten sektoriellen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz FN 75

171 BAUMANN, Kohärenz, S. 17 f.

172 PETERS / PAGOTTO, S. 57

oder administrative Regelungen (Art. 7a Abs. 3 RVOG).¹⁷³ Die wichtigeren Verträge unterliegen ausserdem dem fakultativen Referendum. Gemäss Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV sind dies Verträge, die

1. *unbefristet und unkündbar sind;*
2. *den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen;*
3. *wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.* Ob die rechtsetzenden Bestimmungen im Sinne von Abs. 3 «*wichtig*» sind, bestimmt sich nach den gleichen Kriterien wie die Frage, ob eine «*wichtige*» innerstaatliche Regelung auf Bundesebene eines formellen (dem fakultativen Referendum unterliegenden) Bundesgesetzes bedarf.¹⁷⁴ Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV ist das der Fall für grundlegende Bestimmungen über:
 - a. *die Ausübung der politischen Rechte;*
 - b. *die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;*
 - c. *die Rechte und Pflichten von Personen;*
 - d. *den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;*
 - e. *die Aufgaben und die Leistungen des Bundes;*
 - f. *die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;*
 - g. *die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.*

Auf den ersten Blick scheinen also die in der Schweiz direkt als Recht geltenden Staatsverträge in äquivalenter Weise demokratisch

173 Diese Abkommen mögen zwar von «*geringer Tragweite*» sein, zählt man aber die Anzahl einzelner Verträge, ohne ihren Inhalt zu gewichten, sind rund 90% der Verträge vom Bundesrat in diesem vereinfachten Verfahren abgeschlossen und werden der Bundesversammlung nicht vorgelegt. THÜRER / DIGGELMANN, 141 d, Rz. 25, S. 2523

174 Auch eine Studie des Bundesamtes für Justiz vom 11. Januar 2005 (VPB 69.75) kommt zum Schluss, dass Staatsverträge mit «*wichtigen*» rechtsetzenden Bestimmungen jene sind, die als (dem fakultativen Referendum unterliegenden) formelle Bundesgesetze erlassen werden müssten, wollte man dieselbe Regelung auf innerstaatlicher Ebene treffen: «*[...] als wichtig sollten sie insofern gelten als sie, wenn sie auf nationaler Ebene erlassen würden, auf Grund von Art. 164 Abs. 1 BV in einem Gesetz im formellen Sinn erlassen werden müssten. [...]*» Vgl. auch THÜRER / DIGGELMANN, 141 d, Rz. 32 ff., S. 2525 f.

legitimiert wie die innerstaatlichen Gesetze.¹⁷⁵ Es muss aber eingeräumt werden, dass bei näherer Betrachtung die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten der demokratisch legitimierten gesetzgebenden Organe beim Völkerrecht sehr viel schwächer ausfallen als beim Bundesrecht.¹⁷⁶ Und im Falle jener Staatsverträge, die der Bundesrat selbständig abschliessen kann, gibt es aber Konstellationen, in denen die Staatsverträge die schweizerische Rechtsordnung mitgestalten, bei ihrem Erlass aber weniger strenge demokratische Hürden überwinden als entsprechende innerstaatliche Normen.

Zwar sind für solche vom Bundesrat bis zur Gültigkeit selbständig abgeschlossenen Staatsverträge ähnliche Delegationsnormen erforderlich bzw. Einschränkungen vorhanden wie für die bundesrätlichen Verordnungen. Das Bundesgericht kann aber bei der Beurteilung von Entscheiden von Bundesbehörden entscheiden, diese Verordnungen nicht anzuwenden, wenn es zum Schluss kommt, dass der Bundesrat die Verordnungskompetenz überschritten hat oder dass die Verordnung der Verfassung widerspricht.¹⁷⁷ Demgegenüber werden die durch den Bundesrat abgeschlossenen Staatsverträge für die Schweiz verbindlich. Sie können nicht einfach aufgehoben werden, und ihnen wird grundsätzlich sogar das Primat des Völkerrechts gegenüber Landesrecht zuteil.¹⁷⁸ Sie können auch nicht wie innerstaatliche Gesetze aufgehoben werden durch den Gesetzgeber. Die Schweiz «darf» die Verträge aufgrund der Souveränität der Staaten auch aus völkerrechtlicher Sicht zwar verletzen, sie muss dann aber die Konsequenzen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit tragen.¹⁷⁹

175 DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, Rz. 11 ff., S. 272 ff., spricht von «*partieller Parallelität*» bei den demokratisch legitimierenden Verfahren und weist zurecht auf die wichtigen Unterschiede hin, die namentlich dem Parlament wesentlich weniger Gestaltungsmöglichkeit geben bei der Entstehung von Völkerrecht. Der Vergleich zwischen der Legitimation von Bundesrecht und Völkerrecht macht dennoch Sinn, auch wenn er nicht perfekt ist, indem sich der Entstehungsprozess des Erlasses bis zum fakultativen Referendum stark unterscheidet. Der Unterschied ist namentlich im Falle von «*Package Deals*» frappant. So zum Beispiel beim ersten Paket bilateraler Verträge zwischen der Schweiz und der EU («*Bilateralen I*»), der es unmöglich machte, namentlich das Gebot der Einheit der Materie für Referendumsvorlagen in gleicher Weise einzuhalten, wie es für innerstaatliche Referendumsvorlagen anzustreben ist, was wiederum die demokratische Legitimität beeinflusst. Vgl. THÜRER / DIGGELMANN, 141 d, Rz. 23, S. 2523, m. w. V. Zu den «*Bilateralen I*» vgl. Botschaft Sektorielle Abkommen, S. 6133 und 6435, wo die Einheit der Materie erwähnt, aber nicht begründet wird, inwiefern das Paket diese auch respektiert.

176 Zum Ganzen: DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, Rz. 11 ff., S. 272 ff.

177 Gemäss Art. 82 Abs. 1 lit. a BBG, sog. inzidente Normenkontrolle, vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_464/2010 vom 27. Mai 2010 und 2C_18/2013 vom 9. Januar 2013

178 Vgl. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 31 ff.

179 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III B, S. 47

2 Grundsätzliches Primat des Völkerrechts in der Schweiz

Über die wesentlichsten und praktisch wohl häufigsten Konstellationen eines Widerspruchs zwischen schweizerischem Recht und Völkerrecht besteht in der Schweizer Doktrin und Rechtsprechung Einigkeit.¹⁸⁰ Völkerrecht geht dem kantonalen Recht, dem tieferangigen Bundesrecht (insbesondere den Bundesratsverordnungen) und den älteren Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen stets vor. Die entsprechende Normenkollision führt zur Nichtigkeit der schwächeren Norm, womit diese ohne weiteres nicht mehr angewandt wird.¹⁸¹ Dies gilt sowohl für schwächeres Bundesrecht, als selbstverständlich auch für kantonales Recht, da Völkerrecht ebenso wie Bundesgesetze diesen Rechtsquellen vorgeht, was sich aus Art. 49 Abs. 1, Art. 190 und Art. 5 Abs. 4 BV ergibt.¹⁸² Weiter geht das Völkerrecht grundsätzlich dem entgegenstehenden Verfassungsrecht vor.¹⁸³ Dies ergibt sich direkt aus Art. 190 BV,¹⁸⁴ welcher Bundesgesetze und Völkerrecht auch gegenüber anders lautendem Verfassungsrecht für massgebend erklärt, und zwar für alle rechtsanwendenden Behörden und insbesondere für das Bundesgericht.¹⁸⁵

Der generelle Vorrang des Völkerrechts ist nicht in erster Linie durch das völkerrechtliche Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts begründet, denn dieses steht der Überprüfung von Völkerrecht auf die Verfassungsmässigkeit innerhalb der Staaten nicht grundsätzlich entgegen.¹⁸⁶ Vielmehr ergibt sich das Anwendungsgebot zugunsten des Völkerrechts genauso wie jenes zugunsten der Bundesgesetze vor allem aus dem für die Schweiz typischen Verständnis der konsequenten Verwirklichung des Gewaltenteilungsprinzips: Völkerrechtliche Verträge sind auf innerstaatlicher Ebene durch die Entscheide von Parlament und Stimmvolk demokratisch legitimiert. Sie sollen daher nicht durch einen

180 Vgl. KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 54 f.; SEILER, Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz, S. 377 f.; THÜRER, Bundesverfassung und Völkerrecht, N. 14; Gemeinsame Stellungnahme, S. 403 ff.; HANGARTNER, Verhältnis, S. 204 f.; EPINEY, Primat, S. 543; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 661; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1917 ff.

181 HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 662; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 2088, 2091 und 1925 ff., HANGARTNER, Staatsrecht, S. 197 und 199 f.

182 HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 663; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, N. 1928., KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 32.

183 Vgl. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 30.

184 Zu Art. 190 BV (bzw. Art. 113 Abs. 3 aBV, bzw. 191 BV Fassung 2000) vgl. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 11 ff.

185 HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 664 ff.

186 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III B, S. 47

Richter in Frage gestellt werden - genauso wenig wie die Bundesgesetze.¹⁸⁷ Allerdings gilt der Vorrang des Völkerrechts auch für staatsrechtliche Verträge, die nicht von der Bundesversammlung genehmigt worden sind, sondern vom Bundesrat gemäss Art. 166 Abs. 2 selbständig abgeschlossen wurden. Aber auch solche Verträge kann der Bundesrat nur aufgrund einer Delegation in einem referendumspflichtigen Gesetz oder Staatsvertrag abschliessen.¹⁸⁸

Ein spezieller Rang kommt dem völkerrechtlichen *ius cogens* zugute.¹⁸⁹ Dieses ist gemäss unwidersprochener Lehre und Praxis in jedem Fall anzuwenden, denn dessen innerstaatliche Geltung hängt nicht von staatlichen Regeln ab. Gemäss Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV ist zwingendes Völkerrecht eine Schranke der Total- und Teilrevision der Bundesverfassung, und Art. 139 Abs. 3 BV unterstreicht dies, indem die Bundesversammlung verpflichtet wird, Volksinitiativen für ungültig zu erklären, wenn ihre Annahme dazu führen würde, dass die Bundesverfassung zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts widersprechen würde.¹⁹⁰

Dabei ist bisher unklar, ob sich diese Schranken der Verfassungsrevision nur aus dem international anerkannten *ius cogens* ergeben, oder ob in der Bundesverfassung der Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts ein weiteres Spektrum von völkerrechtlichen Verpflichtungen miteinbezieht. Ein erster Hinweis für die Beantwortung dieser Frage ergeht aus einem in den parlamentarischen Diskussionen nicht kritisierten Teil der Botschaft des Bundesrats. Dort wurden die zwingenden Normen zwar zunächst umschreiben als jene, die «als solche von der Staatengemeinschaft anerkannt» sind. Gleich darauf folgt aber die beispielhafte Aufzählung von Normen jenes *ius cogens*, das

187 Vgl. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 31. Anders JACOT-GUILLARMOD, *primauté*, S. 400 ff., der davon ausgeht, dass der Vorrang des Völkerrechts dem verfassungsmässigen Prinzip der Gewaltentrennung vorgeht, dies Kraft des Rechtsstaatsprinzips, und dass deshalb alle Behörden «*solidarisch*» für die Einhaltung des Völkerrechts verantwortlich sind.

188 Zur nicht zu unterschätzenden praktischen Bedeutung dieser Verträge von «*geringer Tragweite*» vgl. Teil 1 Kap. 2 III C 1, S. 50 und namentlich FN 173

189 Siehe Teil 1 Kap. 1 VIII, S. 31

190 In der alten BV gab es zwar keine entsprechende Bestimmung, zwingendes Völkerrecht war aber schon vorher durch Lehre und Praxis als Schranke der Verfassungsrevision anerkannt gewesen. In der Praxis hat das Parlament eine gültig zustande gekommene Volksinitiative für ungültig erklärt wegen des Verstosses gegen zwingendes Völkerrecht (BBl 1996 I 1355 f.: Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für eine vernünftige Asylpolitik»). Die Durchführung der neuen Verfassungsbestimmung hätte möglicherweise eine Verletzung des völkerrechtlich zwingenden Gebots des «*non refoulement*» zur Folge gehabt. Dieses wurde sowohl in der Botschaft des Bundesrates (BBl 1994 III 1486) als auch in den anschliessenden Diskussionen in den Räten (Amtl. Bull. 1995 II 334, 1996 I 303 und 1996 I 328) als Teil des völkerrechtlichen *ius cogens* bezeichnet.

Vgl. dazu HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1756; HANGARTNER, Verhältnis, S. 202 f.

Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1922.; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 675

die Verfassungsgebung einschränkt, und an dieser Stelle werden auch die «notstandsfesten Garantien der EMRK» genannt.¹⁹¹ Diese gehören aber nicht zum international anerkannten *ius cogens*. Daraus kann geschlossen werden, dass nicht nur das aus völkerrechtlicher Perspektive anerkannte *ius cogens* die Verfassungsgebung einschränken soll.

In verschiedenen darauffolgenden Botschaften und Berichten hat der Bundesrat diese für die verfassungsrechtliche Perspektive erweiterte Interpretation des Begriffs des zwingenden Völkerrechts bestätigt.¹⁹² Aus politischen Kreisen, die den Einfluss des Völkerrechts zu limitieren suchen, entstand dann eine Gegenbewegung. 2009 wurde darum im Nationalrat gefordert, dass nur eine abschliessende Anzahl von Gründen zur Ungültigkeit von Volksinitiativen gemäss Art. 139 Abs. 3 BV führen dürfe.¹⁹³ Ähnliche Ziele verfolgte auch die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)», die den Vorrang des Völkerrechts schwächen wollte, aber immerhin den Vorrang des zwingenden Völkerrechts nicht in Frage stellte.¹⁹⁴ 2015 hat der Bundesrat in seinem ausführlichen Bericht zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht nochmals bekräftigt, dass zu den materiellen Schranken der Verfassungsrevision auch die «notstandsfesten Garantien der EMRK» sowie «(punktuell) notstandsfesten Garantien des UNO-Pakts II» gehören. Damit hat er die Auffassung bekräftigt, dass der Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» im Sinne von Art. 139 Abs. 3 BV auch Regeln umfasst, die aufgrund der innerstaatlichen Interpretation dazu gehören.¹⁹⁵

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass sich aus der schweizerischen Bundesverfassung klar der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts ergibt. Aus den verschiedenen Bestimmungen, die diesen Vorrang begründen, muss geschlossen werden, dass das Völkerrecht zumindest auf gleicher Ebene steht wie die Bundesgesetze.¹⁹⁶

3 Die völkerrechtskonforme Auslegung der Bundesgesetze

Scheinen sich Völker- und Bundesrecht zu widersprechen, so ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung zunächst zu prüfen, ob das

191 Botschaft VE 96, S. 446

192 Vgl. CARONI / TAYLAN, S. 63 ff. mit weiteren Verweisen

193 Amtl. Bull. NR 2010, 1544 ff.

194 Sie wurde an der Urne klar verworfen. Vgl. FN 168

195 Bericht Völkerrecht, S. 13. Eine einleuchtende Erklärung, wieso der Begriff des zwingenden Völkerrechts aus innerstaatlicher Sicht im vorliegenden Zusammenhang mehr umfassen kann als der völkerrechtliche Begriff des *ius cogens*, liefern EHRENZELLER / NOBS / GERTSCH, Art. 139, Rz. 45, S. 2479 f. Der Begriff hat an dieser Stelle ihnen gemäss nicht in erster Linie den Sinn, eine völkerrechtliche Definition in der Bundesverfassung zu verankern, sondern jenen, zu verhindern, dass Stimmbürgern eine Wahlmöglichkeit vorgegaukelt wird, wenn eine der Wahlmöglichkeiten gar nicht umgesetzt würde.

196 Vgl. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 34 f.

Bundesrecht völkerrechtskonform auszulegen ist.¹⁹⁷ Dies geschieht nicht in erster Linie aufgrund einer grundsätzlichen Anerkennung des Primats des Völkerrechts. Denn Ziel jeder Auslegung ist es, Recht anzuwenden in dem Sinne, der dem Willen des Rechtsgebers entspricht – in diesem Falle namentlich des Bundesgesetzgebers.¹⁹⁸ Dabei kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass es nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegt, Völkerrecht zu brechen und damit die Schweiz der völkerrechtlichen Verantwortung mit allen - auch den nicht juristischen - Konsequenzen auszusetzen. Darum wird ein Gesetz nach Möglichkeit so interpretiert, dass seine Anwendung keinen Völkerrechtsbruch herbeiführt. Um zur gegenteiligen Annahme zu gelangen, dass es der Absicht des Gesetzgebers entspricht, mit seinem Erlass einen Verstoss gegen Völkerrecht herbeizuführen oder in Kauf zu nehmen, müssen handfeste und im Gesetz selbst erkennbare Gründe vorliegen. Erst dann kann ein Gericht in Betracht ziehen, das Gesetz in einer dem Völkerrecht widersprechenden Weise zu interpretieren, wobei diese Möglichkeit in der Doktrin immer wieder diskutiert wird.¹⁹⁹

Demgegenüber kann das Völkerrecht grundsätzlich nicht durch Auslegung an das Landesrecht angepasst werden.²⁰⁰ Die Regeln des Völkerrechts sollen für alle durch sie verpflichteten oder berechtigten Völkerrechtssubjekte die gleiche Bedeutung haben, weshalb die Interpretation der völkerrechtlichen Normen nicht in jedem Staat unterschiedlich an den innerstaatlichen Normen ausgerichtet werden kann.²⁰¹ Die Auslegung von völkerrechtlichen Normen hat deshalb nach völkerrechtlichen Grundsätzen zu geschehen.²⁰²

Zu beachten ist, dass sich der Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung von Bundesrecht nicht aus einer Anerkennung eines unausgesprochenen Vorrangs des Völkerrechts ableitet. Das Landesrecht wird nicht deshalb völkerrechtskonform ausgelegt, weil

197 Zur Lehre vgl. u. a.: SEILER, Völkerrechtswidriges Bundesgesetz, S. 378; AUBERT, N. 1326, HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 670 f. PETERS / PAGOTTO, S. 57. Zur Praxis des Bundesgerichts vgl. das Schulbeispiel «Frigerio», BGE 94 I 669, S. 678 f., E. 6 a) und b). Vgl. ausserdem BGE 115 II 129, S. 132, R. 6; BGE 117 IA 472, S. 477, E. 3; BGE 117 IB 367, S. 373, E. f); BGE 117 IB 387, S. 391 f., E. 3; BGE 122 IV 344, S. 349, E. 4.; BGE 123 IV 236, S. 248, E. cc); BGE 123 II 241, S. 245 f., E. g).

198 Zur Auslegung vgl. Teil 1 Kap. 3 I, S. 77

199 Siehe Teil 1 Kap. 2 III C 4, S. 57 ff.

200 Klar dazu BGE 142 II 35, S. 38 f., E. 3.2. Nur in Ausnahmefällen wird Völkerrecht verfassungskonform dennoch ausgelegt: KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 33 f., beschreibt den Fall, in welchem das Bundesgericht völkerrechtliche Normen verfassungsgemäss auslegt, wenn die Verfassung Grundrechte weitergehend schützt als es das Völkerrecht tut, und dieses Völkerrecht nicht nur einen Mindeststandard vorschreibt, sondern einen weitergehenden Grundrechtsschutz ausschliessen will.

201 Für die Relativierung bei Menschenrechtsabkommen siehe Teil 1 Kap. 1 IX B, S. 35

202 Für die völkerrechtlichen Verträge ist ein Teil der anerkannten Auslegungsregeln festgehalten in Art. 31 VRK. Vgl. dazu Teil 1 Kap. 1 IX B S. 35

das Völkerrecht höherrangig ist.²⁰³ Vielmehr wird nur die Norm des Bundesrechts selbst interpretiert und der Sinn ermittelt, den ihr der Gesetzgeber zumisst. Dabei wird davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich das Völkerrecht einhalten wollte und will, solange er nicht klar das Gegenteil zum Ausdruck bringt.

In der Praxis besteht die völkerrechtskonforme Auslegung einer scheinbar dem Völkerrecht widersprechenden Norm des Bundesrechts meist darin, dass der Staatsvertrag im Verhältnis zum scheinbar widersprechenden Bundesgesetz als *lex specialis* angesehen wird.²⁰⁴ Es wird davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Bundesgesetzes nicht auf jene Fälle erstrecken will, in dem seine Anwendung einen Völkerrechtsbruch nach sich ziehen würde.²⁰⁵

4 Der Streitfall

Neben diesen geklärten Konstellationen bleibt nur noch eine kleine Gruppe von seltenen Fällen übrig.²⁰⁶ Würde durch die Anwendung eines jüngeren Bundesgesetzes älteres Völkerrecht verletzt und ergibt die Auslegung, dass sich der Bundesgesetzgeber der Völkerrechtswidrigkeit seines Bundesgesetzes bewusst ist, würde eine völkerrechtskonforme Auslegung des Bundesgesetzes dem Willen des Gesetzgebers widersprechen. In diesem Falle stellt sich die Frage, ob die rechtsanwendenden Behörden dem Willen von Volk und Parlament folgend Völkerrecht verletzen sollen, oder ob sie einem jüngeren Bundesgesetz die Anwendung versagen können, weil es den völkerrechtlichen Normen widerspricht, welche in diesem Falle als übergeordnet gewertet würden.²⁰⁷

203 In diesem Punkt anderer Ansicht ist ASTRID EPINEY (EPINEY, *Primat*, S. 557): Sie geht davon aus, dass das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts die Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechts voraussetzt. Dieselbe Auffassung wird in der gemeinsamen Stellungnahme, S. 412, geteilt.

204 Dasselbe gilt auch für internationale Verträge zum Schutz der Menschenrechte, also insbesondere der EMRK, aber auch z. B. für den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte der UNO. Diese Verträge haben aus innerstaatlicher Sicht nicht einen Rang oberhalb der Gesetzgebung oder einen Quasi-Verfassungsrang. Sondern sie gehen den kantonalen Gesetzen vor, weil sie teilhaben an der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, und den Bundesgesetzen, weil sie entweder jünger sind oder aber gegenüber jüngeren Gesetzen meistens als *leges speciales* betrachtet werden müssen. Vgl. HANGARTNER, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 677 ff.; HANGARTNER, *Verhältnis*, S. 202

205 Vgl. HANGARTNER, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 670 f. und 674; HANGARTNER, *Verhältnis*, S. 202

206 HANGARTNER, *Völkerrecht und Landesrecht*, S. 675

207 Dieser Vorbehalt im Bundesgesetz der *lex specialis* in Form von Völkerrecht ergibt sich bei den meisten Bundesgesetzen aus der Interpretation und ist ungeschrieben. Einige Gesetze enthalten diesen Vorbehalt aber auch ausdrücklich. So beginnt z. B. das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG, SR 351.1.) in Art. 1 Abs. 1 mit den Worten: «Dieses Gesetz regelt, soweit internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen [...]»

a Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Am 2. März 1973 wandte das Bundesgericht im oft zitierten Urteil «Schubert» einen Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken auf Schweizer Boden durch Personen im Ausland an, obwohl damit ein völkerrechtlicher Vertrag verletzt wurde.²⁰⁸ Das Bundesgericht entschied, die Frage der Vereinbarkeit des Bundesbeschlusses mit dem Völkerrecht nicht zu prüfen, da es dem Parlament beim Erlass des Beschlusses bewusst gewesen sei, dass seine Anwendung Völkerrecht verletzen könnte: *«Essendo pacifico che l'Assemblea federale era cosciente dell'eventuale rilevanza sotto il profilo del diritto internazionale della regolamentazione da essa posta in essere, non incombe al Tribunale federale d'analizzare tale aspetto. Poichè, per i motivi illustrati, [...] il Tribunale federale è tenuto ad applicare tale decreto federale ai sensi dell'art. 113 cpv. 3 CF.»*²⁰⁹ In der Folge hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung mehrmals bestätigt²¹⁰ und damit eine Kontroverse zwischen «radikalen» und «gemässigten» Monisten ausgelöst.²¹¹

Die Begründung, dass das Gebot zur Befolgung des neueren Bundesgesetzes aus Art. 190 BV bzw. Art. 113 Abs. 3 aBV herzuleiten sei, hat in der Lehre viel Kritik ausgelöst.²¹² Es wurde angeführt, dieser Artikel nenne neben den Bundesgesetzen auch die Staatsverträge, woraus

208 BGE 99 IB 39, E. 3 f., S. 43 ff. Bestätigt in diversen BGE, so jüngeren Datums etwa BGE 141 II 436, E. 4.1, S. 441. Mit der Schubert-Praxis hat das Bundesgericht nicht etwa einen weniger völkerrechtsfreundlichen Kurs eingenommen als es früher hatte. Das Bundesgericht hatte vorher vielmehr die Meinung vertreten, dass Staatsverträge und Bundesgesetze auf gleichem Rang stünden, weshalb (nur) die *lex posterior* - Regel ausschlaggebend sei: *«Au point de vue interne, en effet, les conventions internationales n'ont pas d'autre valeur qu'une loi quelconque régulièrement votée et promulguée. Si donc il y avait opposition entre une loi fédérale et une convention internationale [...], elle] devrait être résolue comme une opposition entre deux textes de loi contradictoires, en vertu de la maxime lex posterior derogat priori.»* (Fall «Steenworden», BGE 59 II 331, S. 337 f., E. 4.) Zur noch früheren Praxis des Bundesgerichts mit der kompromisslosen Haltung zum radikalen Monismus vgl. KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 57 f.

209 BGE 99 Ib 39, Erw. 4, S. 45. Übersetzt ins Deutsche in Praxis Nr. 62, S. 292
KELLER, S. 725, zeigt auf einer übersichtlichen Tabelle, in welchen Konstellationen gemäss der Schubert-Praxis der Vorrang des Völkerrechts bzw. des völkerrechtswidrigen Bundesrechts gilt.

210 So beispielsweise in BGE 112 II 1, S. 13, E. 8: *«Mit Bezug auf den BewB steht jedoch fest, dass sich der Bundesgesetzgeber der möglichen Verletzung von internationalem Recht bewusst war und diese in Kauf genommen hat. Das Bundesgericht ist daher nach Art. 113 Abs. 3 BV gehalten, diesen Erlass anzuwenden.»* Weiter Beispiele: BGE 116 IV 262, S. 268, E. cc); BGE 117 IV 124, S. 128, E. b) und BGE 117 IV 124, S. 128, E. b).

211 Der radikale Monismus geht von einem unbedingten Primat des Völkerrechts aus, während als gemässigter Monismus jene Haltung bezeichnet wird, die zwar das Völkerrecht unmittelbar im Staat gelten lässt, ihm aber nicht unbedingt den Vorrang einräumt, sondern es der staatlichen Rechtsordnung überlässt, welchen Rang innerhalb der Gesetzeshierarchie das Völkerrecht einnimmt. Vgl. dazu HANGARTNER, Verhältnis, S. 203 f.

212 Vgl. z. B. KÄLIN, staatsrechtliche Beschwerde, S. 36 f., JACOT-GUILLARMOD, primauté, S. 404 f.

geschlossen werden müsse, dass der Artikel den Konfliktfall zwischen einem Staatsvertrag und einem Bundesgesetz nicht löse, weil er das Bundesgericht an beide Rechtsquellen binde. Wenn sich das Bundesgericht mit einem Konflikt zwischen Völkerrecht und Bundesgesetz konfrontiert sehe, so könne es gar nicht urteilen, ohne Art. 190 BV zu verletzen, da es sowohl zur Anwendung des Staatsvertrags als auch des Bundesgesetzes gehalten sei. Art. 190 BV könne also nicht die Grundlage darstellen für den Entscheid, ob der Staatsvertrag oder das neuere Bundesgesetz vorgehe. Diese Frage müsse deshalb anhand einer anderen Regel der Verfassung gelöst werden, und dies bestehe im übergeordneten Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts.²¹³

M. E. geht diese Kritik jedoch nicht auf die dem Entscheid des Bundesgerichts zugrundeliegende Überlegung ein. Das Bundesgericht leitet aus Art. 113 Abs. 3 aBV nicht ab, die Bundesgesetze seien «*massgeblicher*» als Staatsverträge.²¹⁴ Vielmehr geht es um das Prinzip der Gewaltenteilung, indem es aus einer teleologischen Auslegung von Art. 113 Abs. 3 aBV folgert, dass es an den Willen des Bundesgesetzgebers gebunden ist, auch wenn dieser entscheidet, dass Völkerrecht zu brechen sei.²¹⁵ Dies geht unter anderem direkt aus der zentralen Formulierung im Entscheid Schubert hervor: «*[...] so steht es dem Bundesgericht nicht zu, diesen Gesichtspunkt zu prüfen.*» Der nicht überprüfbare Wille des Gesetzgebers manifestierte sich in den Fällen Schubert und seinen Bestätigungen jeweils in einem Bundesgesetz bzw. -beschluss.

Dieser Wille könnte aber ebenso gut beispielsweise aus einem anderen Staatsvertrag resultieren, den das Parlament im Wissen um die Verletzung eines früheren Staatsvertrags ratifiziert. Hier wäre das Bundesgericht ebenso an den Willen des Gesetzgebers bzw. des den Staatsvertrag ratifizierenden Organs gebunden, und es müsste den neueren Staatsvertrag anwenden, unter eventueller Verletzung anderer älterer völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz. Entscheidend ist dabei, dass nicht nur der materielle Inhalt des Gesetzes dem des älteren Staatsvertrages widerspricht, sondern dass drüber hinaus die Interpretation des Gesetzes ergibt, dass der Gesetzgeber wollte und will, dass durch die Anwendung dieses Gesetzes die gegenüberstehende staatsvertragliche Verpflichtung gegebenenfalls missachtet wird.

In einigen jüngeren Entscheidungen schien sich das Bundesgericht zwischenzeitlich zum uneingeschränkten Primat des Völkerrechts zu bekennen - ohne diesen Gesinnungswandel zu begründen:²¹⁶ So hiess es in BGE 122 II 485 ungewohnt deutlich:

213 So JACOT-GUILLARMOD, *primauté*, S. 403 ff.

214 So wurde es offenbar verstanden von KÄLIN, Schubert, S. 75. und ders., *Völkerrecht bricht Landesrecht*, S. 63

215 Ebenso PETERS / PAGOTTO, S. 60

216 Schon in BGE 122 II 234 erklärt das BGer einen Staatsvertrag für innerstaatlich verbindlich, ohne zu prüfen, ob ein jüngeres Bundesgesetz diesem Vertrag widerspreche. Vgl. zu diesem Entscheid HOFFMANN, *Völker- und Landesrecht*, S. 460

Le fait que l'Art. 37 EIMP soit entré en vigueur en 1983, soit postérieurement à l'entrée en vigueur pour la Suisse de la Convention (1967) et de l'accord bilatéral (1977) n'y change rien: le principe de la primauté du droit international sur le droit interne découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne, de sorte que l'argument tiré de la lex posterior est inapplicable.²¹⁷

In anderen Entscheiden, die zwar auch nach radikal monistischer Auffassung gefällt wurden, liess das Bundesgericht aber wieder offen, dass in anderen Fällen auch eine Rückkehr zur Schubert-Praxis in Betracht zu ziehen wäre. Besonders oft zitiert wird der sogenannte PKK-Entscheid aus dem Jahre 1999,²¹⁸ auf den sich anschliessend eine Reihe weiterer Entscheide stützte, die als PKK-Praxis bezeichnet werden.²¹⁹ Obwohl das Bundesgericht die Schubert-Praxis ausdrücklich vorbehielt, wurde der Entscheid oft als Einschränkung der Schubert-Praxis im Falle von Menschenrechtsübereinkommen gewertet.²²⁰ Das Bundesgericht führte aus:

Es ist ausgeschlossen, zwei sich widersprechende Normen - seien sie bundesgesetzlicher oder staatsvertraglicher Natur - zugleich anzuwenden. Der Konflikt ist vielmehr unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen [...], die für die Schweiz als Völkergewohnheitsrecht verbindlich sind und zugleich geltendes Staatsvertragsrecht darstellen. So ist die Eidgenossenschaft gemäss Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (VRK; SR 0.111) verpflichtet, die sie bindenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen («pacta sunt servanda»; [...]). Sie kann sich insbesondere nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 VRK; [...]). Diese völkerrechtlichen Prinzipien sind in der schweizerischen Rechtsordnung unmittelbar anwendbar (BGE 117 Ib 337 E. 2a S. 340) und binden nicht nur den Gesetzgeber, sondern sämtliche Staatsorgane [...]. Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht [...]. Dies hat zur Folge, dass eine völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden kann. Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient. Ob in anderen Fällen davon

217 BGE 122 II 485, S. 487, E. 3 a). Vgl. auch: 125 II 417, S. 425, E. 4 f) (wobei hier betont wird, der unbedingte Vorrang des Völkerrechts gelte insbesondere, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte diene, und andere Fälle seinen an in diesem Entscheid nicht zu prüfen, womit sich das Bundesgericht die Rückkehr zur Schubert-Praxis offenhält).

218 125 II 417, S. 425, E. 4 f)

219 Verweise siehe SCHÜRER, PKK-Rechtsprechung, S. 116 ff.

220 So zum Beispiel in OESCH, Globalisierung, Rz. 12, S. 144 f. Weitere Verweise: SCHÜRER, PKK-Rechtsprechung, S. 116 f.

abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen sind [...], ist vorliegend nicht zu prüfen.

Seither hat das Bundesgericht aber in diversen Fällen die Grundsätze der Schubert-Praxis wieder bekräftigt, wobei die Ausnahme im Falle von Menschenrechtsabkommen regelmässig bestätigt wurde.²²¹ Dass sich das Bundesgericht darüber im Klaren ist, dass die Rechtslage in Sachen Vorrang des Völkerrechts nicht unumstritten ist, bestätigt es aber gelegentlich auch selbst, etwa indem es, auf BGE 122 II 485 Bezug nehmend, schreibt:

*[...] die Erwähnung des Völkerrechtsvorrangs [ist] dennoch nicht völlig bedeutungslos, sondern zeigt an, wie das Bundesgericht den Konflikt zwischen Bundesgesetz und Völkerrecht dereinst zu lösen gewillt sein könnte, wenn er denn einmal einträte[...]. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.*²²²

Ebenfalls hatte das Bundesgericht Gelegenheit, einen Konflikt zwischen einer neuen Bestimmung der Bundesverfassung und der EMRK zu beurteilen. Die betreffende Bestimmung war aus einer angenommenen Volksinitiative hervorgegangen, bei der davon ausgegangen werden muss, dass sich der Gesetzgeber der potentiellen Verletzung von staatsvertraglich geschützten Grundrechten und insbesondere der EMRK bewusst war und diese in Kauf nahm. Das Bundesgericht befand, dass die EMRK anzuwenden war, allerdings stützte es seine Begründung stark auf die besonderen Durchsetzungsmechanismen mittels des EGMR ab.²²³ Ausserdem handelte es sich um eine mit dem Völkerrecht in Konflikt stehende Bestimmung in der Bundesverfassung, und das Anwendungsgebot von Art. 190 BV bezieht sich nur auf Bundesgesetze. Insofern unterschied sich dieser Fall von den vorangehend diskutierten Konstellationen.

b Die gespaltene Lehre

In der Lehre werden hauptsächlich zwei Meinungen vertreten. Gemäss der einen muss das Völkerrecht dem Landesrecht in jedem Fall vorgehen. Der Gesetzgeber hat gar nicht die Möglichkeit, gültige Gesetze zu erlassen, deren Anwendung Völkerrecht verletzen würde, da die rechtsanwendenden Organe und damit auch das Bundesgericht das Völkerrecht kompromisslos anwenden, ungeachtet anders lautender innerstaatlicher Regeln. Diese Ansicht wird von den sogenannten radikalen Monisten vertreten. Der andere Teil der Lehre dagegen vertritt die Auffassung, dass ein jüngeres Bundesgesetz älterem Völkerrecht dann vorgeht, wenn der Gesetzgeber

221 BGE 138 II 524, S. 532, E. 5.1, BGE 139 I 16, S. 28, E. 5.1. und S. 31 E. 5.3, BGE 142 II 35 S. 38 ff. E. 3.2, BGE 144 II 293 S. 311, E. 6.3., BGE 144 I 126 S. 129, E. 3, u. w. m. Vgl. ausführlich zur Entwicklung der bundesgerichtlichen Orientierung zwischen Schubert-Praxis und der Anerkennung eines Vorrangs von Völkerrecht gegenüber bewusst völkerrechtswidriger, neuerer Bundesgesetze BAUMANN, Kohärenz, S. 33 ff.

222 BGE 125 III 209 S. 218. E. 6 e)

223 BGE 139 I 16 S. 30, E. 5.2.3. Zu den (eben doch zu schwachen) Durchsetzungsmechanismen für die Urteile des EGMR vgl. KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 7.62 ff., S. 276 ff.

bewusst gegen das Völkerrecht verstossen wollte. Diese Auffassung wird an dieser Stelle als gemässigter Monismus bezeichnet.²²⁴

Zunächst stellt sich die Frage, ob im Falle von Normenkonflikten jüngere Verfassungsnormen oder Völkerrecht den Vorrang haben. Im Gegensatz zu Bundesgesetzen könnte eine jüngere Verfassungsbestimmung sowohl als *Lex-posterior* als auch als *Lex-specialis* gegenüber den Artikeln 5 Abs. 4 (Gebot zur Beachtung des Völkerrechts) und 190 BV (Anwendungsgebot zugunsten von Völkerrecht und Bundesgesetzen) betrachtet werden. Dies würde Bundesgericht und Behörden dazu verpflichten, diese Bestimmung umzusetzen, auch wenn sie Völkerrecht verletzen. Diese Auffassung scharft einige Befürworter um sich.²²⁵ M. E. wäre dafür aber zumindest vorauszusetzen, dass der Verfassungsgeber die Verletzung von Völkerrecht in Kauf nimmt und sich diese ausdrücklich im Text der entsprechenden Verfassungsnorm niederschlägt. Denn es ist davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber Art. 5 Abs. 4 und Art. 190 BV kennt und diese nicht abändern will, wenn er das nicht explizit zum Ausdruck bringt. Wollte er durch die Verfassungsrevision Völkerrecht verletzen, so steht nichts dagegen, dass er im Zuge der Revision diese Artikel ebenfalls anpasst und sie so formuliert, dass sie einer Verletzung von Völkerrecht nicht entgegenstehen. Wenigstens müsste in der neuen Verfassungsnorm ausdrücklich Bezug auf diese Bestimmungen genommen werden, dass gegebenenfalls die Verletzung von Völkerrecht in Kauf genommen wird. Bringt der Verfassungsgeber diesen Willen nicht deutlich zum Ausdruck, so lässt er klar verstehen, dass er mit seiner Verfassungsbestimmung diese grundlegenden Regeln nicht in fragestellen will.²²⁶ Die Frage bleibt aber theoretisch, da bisher potentiell völkerrechtswidrige Volksinitiativen zur Verfassungsrevision, die von der Bundesverfassung nicht für ungültig erklärt worden sind, an der Urne verworfen wurden.²²⁷

224 Zur Fragestellung vgl. PETERS / PAGOTTO, S. 60 ff.

225 Vergleiche mit weiteren Verweisen BAUMANN, Umsetzung, S. 260 f. Seiner Auffassung gemäss geht jüngeres Verfassungsrecht vor, und die Absicht des Verfassungsgebers hinsichtlich des Bruchs von Völkerrecht ist dabei sogar unerheblich. Seine Auffassung stützt er namentlich darauf, dass gemäss Art. 139 Abs. 3 BV nur Volksinitiativen, die zwingendem Völkerrecht widersprechen, ungültig sind, und dass die Bundesversammlung abschliessend darüber befindet, ob das der Fall ist – was vom Bundesgericht gemäss Art. 189 Abs. 4 BV nicht überprüft werden darf. Weitere Literatur zitierend kam auch der Bundesrat in seinem Bericht «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht» vom 5. März 2010 (BBJ 2010 2263) zur Auffassung, dass völkerrechtswidrige Verfassungsbestimmungen umzusetzen seien (S. 2309 f.).

226 Dies umso mehr, seit Volk und Stände die «Selbstbestimmungsinitiative», die der Bundesverfassung Vorrang gegenüber Völkerrecht geben wollte, sehr deutlich verworfen haben. Näheres dazu unter Teil 1 Kap. 2 III C, S. 49 und FN 168

227 So namentlich die «Durchsetzungsinitiative». Näheres unter Teil 1 Kap. 2 III C 5, S. 65 ff. sowie FN 259 und 260

i Die gemässigten Monisten

Ein Teil der Lehre schliesst sich der Schubert-Praxis an - zumindest im Ergebnis: Ein Bundesgesetz oder -beschluss soll angewandt werden, auch wenn dadurch Völkerrecht verletzt wird, unter den zwei Voraussetzungen, dass das Gesetz jünger ist als der betroffene völkerrechtliche Vertrag und dass das Gesetz vom Parlament erlassen wurde im Bewusstsein, damit möglicherweise Völkerrecht zu verletzen.

Regelmässig begründen diese gemässigten Monisten ihre Ansicht mit der Vorschrift von Art. 190 BV (bzw. Art. 113 Abs. 3 und 114 Abs. 4 aBV), welche dem Bundesgericht die Anwendung der Bundesgesetze und des Völkerrechts gebietet. Diese Lehre geht davon aus, dass das Bundesgesetz zunächst völkerrechtskonform auszulegen ist.²²⁸ Führt aber die Auslegung des Gesetzes zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber mit diesem Erlass einen Bruch des Völkerrechts beabsichtigt oder zumindest in Kauf nimmt, so ist eine völkerrechtskonforme Auslegung nicht möglich. Das Bundesgericht hat sich dann an den Entscheid des Gesetzgebers zu halten und das Bundesgesetz unter Verletzung des Völkerrechts anzuwenden.²²⁹ So betrachtet bindet Art. 190 das Bundesgericht nicht in erster Linie an die formellen Rechtsquellen Völkerrecht *und* Bundesgesetze, sondern er bindet das Bundesgericht an den Willen, den der Gesetzgeber durch den Erlass eines Bundesgesetzes oder durch die Genehmigung eines Staatsvertrags kundtut, und dieser Wille kann mit einbeziehen, dass ein Staatsvertrag einem Bundesgesetz vorgehen soll, aber eben auch, dass ein Bundesgesetz trotz anderslautendem Völkerrecht angewendet werden soll.

ii Die radikalen Monisten

Die Gegenlehre der radikalen Monisten geht davon aus, dass Völkerrecht das Landesrecht immer bricht, und dass auch die rechtsanwendenden Behörden das Völkerrecht anzuwenden haben, selbst wenn ein neueres Bundesgesetz den Bruch des Völkerrechts zum Zweck hat.²³⁰ Begründet wird diese Ansicht regelmässig mit der höheren Position des Völkerrechts in der Normenhierarchie, welche sich schon aus dem Völkerrecht ergibt.²³¹ Oft wird diese Meinung untermauert mit dem Argument, dass der völkerrechtliche Vorrang des Völkerrechts Kraft des Monismus auch in der Schweiz gelte. Allerdings beinhaltet das letzte Argument einen Zirkelschluss. Denn der innerstaatliche Rang des Völkerrechts ergibt sich aus dem Monismus, und

228 Anders noch AUBERT, Bundesstaatsrecht in der Fassung von 1967: Er plädierte (noch) für die Gleichbehandlung von Bundesgesetz und Staatsvertrag, was bedeutet, dass auch das Bundesgesetz eine *lex specialis* zum Staatsvertrag darstellen kann, und dass uneingeschränkt die *lex posterior*-Regel gilt.

229 Dieser Auffassung sind u. a.: SEILER, Völkerrechtswidriges Bundesgesetz, S. 379; HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 668 f.; derselbe, Verhältnis, S. 204 ff. Vgl. weitere Verweise auf die Literatur in BAUMANN, Kohärenz, S. 34 ff.

230 Diesen Standpunkt vertreten insbesondere das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht in ihrer gemeinsamen Stellungnahme, S. 417 ff., mit weiteren Verweisen.

231 Vgl. z. B. JACOT-GUILLARMOD, fondements, S. 233 ff.

dieser wird von der innerstaatlichen Verfassung definiert. Gemäss den Monisten soll aber gerade diese nun nicht mehr die Macht haben, den innerstaatlichen Rang des Völkerrechts zu definieren.

Eine andere, einleuchtendere Begründung geht davon aus, dass sich der prinzipielle Vorrang des Völkerrechts aus der Verfassung als ganzer ergibt, die darauf aufbaut, dass die schweizerische Rechtsordnung einen Teil der Völkerrechtsordnung darstellt, und dieser deshalb systematisch untergeordnet ist.²³² Dass die schweizerische Verfassung sich als Teil der Völkerrechtsordnung versteht, ergibt sich aus denselben Gründen, aus denen sich auch der Monismus ergibt.²³³ Ebenfalls zugunsten des radikalen Monismus argumentiert Jean-François Aubert besonders pragmatisch: «[...] die Treue zum ‚gegebenen Wort‘ wiegt mindestens ebenso schwer wie das Respektieren eines Volksabstimmungsergebnisses, [...]»²³⁴. Eine andere Argumentation beruft sich für den Vorrang des Völkerrechts auf das Legalitätsprinzip, da das Völkerrecht Teil der Rechtsordnung ist.²³⁵

Eine in sich bemerkenswert logische Begründung vertritt Astrid Epiney.²³⁶ Sie stützt das Primat des Völkerrechts allein auf das Rechtsstaatsprinzip, dessen wichtigste Ausprägungen in Art. 5 BV formuliert sind, und welches sich im Übrigen aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht ergibt. Schon unter der alten BV gehörte es zu den unumstrittenen ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen. Teil des Rechtsstaatsprinzips ist es, dass Gesetze nur in jenem Verfahren und durch die gleichen Organe aufgehoben werden können, in dem sie auch erlassen worden sind, da ansonsten nicht mehr gewährleistet wäre, dass das für die Gesetzgebung zuständige Organ auch tatsächlich die Kontrolle über das geltende Recht behält. In der Schweiz gilt das Völkerrecht als solches und nicht etwa in Form eines innerstaatlichen Gesetzes, das ein Spiegelbild des Völkerrechts verkörpert. Wendet man den erwähnten Aspekt des Rechtsstaatsprinzips konsequent auf das Völkerrecht an, so kann auch das Völkerrecht nur durch das Verfahren, das für seinen Erlass vorgeschrieben ist, abgeändert oder aufgehoben werden. Völkerrechtliche Verträge kommen immer in einem spezifischen völkerrechtlichen Verfahren zustande, in dem insbesondere der Konsens der Völkerrechtssubjekte

232 Sehr detailliert: JACOT-GUILLARMOD, *primauté*, S. 383 ff. Der Autor stellt das Prinzip des Vorrangs des Völkerrechts allen anderen staatstragenden Verfassungsprinzipien gegenüber und kommt zum Schluss, dass zwar die meisten in einem scheinbaren Widerspruch zur uneingeschränkten Anerkennung des Vorrangs des Völkerrechts stünden, bei näherer Betrachtung sich aber gerade als Stütze dieser Anerkennung entpuppten.

233 Vgl. S. 25.

234 AUBERT, N. 1326 (gemäss dem neubearbeiteten Nachtrag bis 1994). Aus ähnlichen Gründen findet KELLER, S. 729, dass die Nationalisierung von Völkerrecht grundsätzlich das kleinere Übel ist als die Nichtbeachtung des völkerrechtlicher Verpflichtungen. Sie bezeichnet das, was in der Schweiz als Schubert Praxis bekannt ist, nach ihrer Rechtsvergleichung als «qualifizierte *lex-posterior-Regel*» und beschreibt in Ermangelung vorbeugender Lösungen diesen Ansatz als das kleinste Übel.

235 Vgl. JACOT-GUILLARMOD, *primauté*, S. 397 ff.; Gemeinsame Stellungnahme, S. 418 f.

236 EPINEY, *Primat*, S. 553 ff.

erforderlich ist. Folglich kann auch das Völkerrecht nicht aufgehoben werden ohne diesen Konsens. Durch den Erlass eines neueren Bundesgesetzes kann deshalb die Gültigkeit und Anwendung eines Staatsvertrages nicht eingeschränkt werden.

5 Diskussion

Die Frage, ob das Bundesgericht jüngere Bundesgesetze, mit denen der Gesetzgeber willentlich eine Völkerrechtsverletzung in Kauf nimmt, anwenden soll oder nicht, bleibt in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Die verschiedenen Argumentationen basieren alle auf legitimen und vertretbaren Gründen und führen dennoch zu unterschiedlichen Ergebnissen. Dies zeigt, dass die Frage mit rein juristischen Überlegungen nicht eindeutig zu beantworten ist. Zudem ist sie von politischer Brisanz. Dass Richter diese Frage beantworten müssen, erscheint daher als unbefriedigend.²³⁷

Die Argumentation der radikalen Monisten ist in sich geschlossen und kohärent. Die Schweiz versteht sich als Rechtsstaat, und die Lehre bestätigt diesen Befund mit einigen kleinen Einschränkungen.²³⁸ Eine notwendige Folge des Rechtsstaatsprinzips²³⁹ ist, dass ein Rechtssatz nur in dem Verfahren aufgehoben werden kann, das auch für seinen Erlass anzuwenden ist - es sei denn, ein höherrangiger Rechtssatz derogiere ihn.²⁴⁰ Dieses Prinzip ist notwendig, damit nicht das Legalitäts- und das Gewaltenteilungsprinzip unterwandert werden können. Da ein Bundesgesetz nicht höherrangiger ist als ein Staatsvertrag, kann letzterer selbstverständlich nicht durch das Bundesgesetz aufgehoben werden, was aus völkerrechtlicher Perspektive namentlich in Art. 26 und 27 VRK festgehalten ist.²⁴¹

Das Rechtsstaatsprinzip wurde jedoch in seiner stringenten Formulierung mit Blick auf die innerstaatliche Rechtsordnung entwickelt. Es dient dazu, die Herrschaft des Rechts – den eigentlichen Kern des Rechtsstaatsprinzips – zu sicherzustellen, und damit schützt es insbesondere den Bürger vor willkürlicher, ungesetzlicher Staatsmacht.

Es wurde bereits festgestellt, dass sich die innerstaatlichen Verfahren zum Erlass von Bundesgesetzen und zur Genehmigung von Staatsverträgen ähnlich sind, soweit ihre innerstaatliche Tragweite vergleichbar ist.²⁴² Auch der Zweck beider Verfahren ist derselbe: Sie gewährleisten Demokratie, Föderalismus und Rechtsstaat. Beim Abschluss von Staatsverträgen kommen zum innerstaatlichen Verfahren noch Komponenten des zwischenstaatlichen Vertragsschlussverfahrens dazu, wie

237 Auch KELLER, S. 728, findet, dass sich «eine Abkehr vom Hierarchietopos aufdrängt.»

238 BREITENMOSER, Rechtsstaatlichkeit, S. 41 ff.; HANGARTNER, Staatsrecht I, S. 193 ff.

239 Zum Begriff des Rechtsstaats vgl.: KÖLZ, Rechtsstaat, S. 18 ff.; HOFMANN, Macht, S. 3 ff.; GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, S. 1 ff.

240 Zum Ganzen vgl. MÜLLER, Rechtssetzungsbefugnisse, S. 1 ff.

241 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III B, S. 47

242 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III C 1, S. 50

sie in Art. 6 VRK dargestellt sind, und wie sie weitgehend auch für Verträge, die nicht in den Anwendungsbereich der VRK fallen, kraft Völkergewohnheitsrecht gelten. Diese Verfahrensregeln haben jedoch einen anderen Zweck. Sie schützen nicht ein innerstaatliches Rechtssubjekt, sondern die anderen Vertragspartner bzw. Verhandlungspartner, indem sie für alle Vertragsparteien erkennbar machen, ab welchem Moment sie auf den zustande gekommenen Konsens und den verbindlichen Vertragsschluss vertrauen können.

Die Vorschriften über das Zustandekommen eines völkerrechtlichen Vertrages schützen also nur die internationalen Beziehungen, während das Rechtsstaatsprinzip den Bürger gegenüber der innerstaatlichen Macht schützt.²⁴³ Um einem völkerrechtlichen Vertrag auf der innerstaatlichen Ebene seine Rechtskraft zu entziehen, kann deshalb auf die zwischenstaatlichen Verfahrensregeln zur Aufhebung eines Staatsvertrages verzichtet werden, ohne dass dadurch das Schutzobjekt des Rechtsstaatsprinzips beeinträchtigt wird. Voraussetzung dafür ist, dass dem Staatsvertrag auf innerstaatlicher Ebene seine Wirkung entzogen wird in einem zumindest äquivalenten Verfahren, wie es für seine innerstaatliche Genehmigung vorgeschrieben ist. Der Erlass eines Bundesgesetzes erscheint deshalb geeignet, weil das Verfahren zu seinem Erlass vergleichbaren Verfahrensvorschriften unterliegt wie die Genehmigung eines Staatsvertrages.²⁴⁴ Zudem wird die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz nicht aufgehoben, indem sie innerstaatlich im Einzelfall nicht umgesetzt wird. Das Völkerrecht wird zwar verletzt, aber es gilt weiter. Die Schweiz als Rechtssubjekt des Völkerrechts hat in einem solchen Fall darum «*nur*» den Entscheid getroffen, die Konsequenzen aus der Völkerrechtsverletzung zu tragen.²⁴⁵

Aus innerstaatlicher Perspektive muss also die Frage, ob und wann Völkerrecht verletzt werde, und wer darüber entscheidet, durch die staatliche Verfassungsordnung entschieden werden. Das Völkerrecht selbst nimmt dazu konsequenterweise nicht Stellung, soweit nicht das zwingende Völkerrecht betroffen ist. Aber der Bundesverfassungsgeber zielt sich «*bewusst*»,²⁴⁶ diese Frage zu beantworten. Wenn aber die Verfassung diesen Entscheid nicht trifft, *wer* soll es dann tun?

Wenn andere Fragen des Verfassungsrechts, bei denen ein Konsens über die grundsätzlichen Linien herrscht, der richterlichen Rechtsfindung überlassen werden, so kann dies zu durchaus tragfähigen Lösungen führen, wie uns die kreative Interpretation von Art. 4 aBV durch das Bundesgericht illustriert hatte. Die Frage nach dem Rangverhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht ist aber offenbar umstritten und

243 Vgl. WASSERMANN, S. 9 ff. Für einen internationalen Begriff des Rechtsstaats plädiert JACOT-GUILLARMOD, *primauté*, S. 397 ff.

244 Siehe Teil 1 Kap. 2 III C 1, S. 50

245 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III B, S. 47

246 So Botschaft VE 96, S. 92. Gemäss der Botschaft S. 513 f. wird dem BGer die Möglichkeit (und damit auch die Qual der Wahl) gelassen, weiterhin gemäss der Schubert-Praxis zu entscheiden.

politisch brisant,²⁴⁷ weshalb es unzureichend erscheint, diese Frage einem Organ, das nicht politisch, sondern juristisch entscheiden sollte, nämlich dem Bundesgericht, zu überlassen.²⁴⁸ Die Schwankungen der bundesgerichtlichen Praxis zeigen denn auch deutlich seine Unsicherheit in diesem Bereich. Ein gerichtliches Organ ist nicht dafür aufgestellt, in einem politischen Spannungsfeld eine Lösung zu finden, wenn es dafür nicht klare Anweisungen im Recht findet.²⁴⁹

Obwohl der Bundesrat in der Botschaft unterstreicht, dass diese Frage wie in der aBV nicht geregelt werde, hat sich mit der Einführung der Bundesverfassung von 1999 die verfassungsrechtliche Situation dennoch verändert. Neu bestimmt nun Art. 5 Abs. 4 BV: «*Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.*»²⁵⁰ Die Auslegung dieses Satzes könnte - entgegen der Absichtserklärung des Bundesrates - zum Schluss führen, dass alle Organe sowohl der Kantone als auch des Bundes sich an das Völkerrecht zu halten haben, und zwar insbesondere auch der Gesetzgeber und die Gerichte, einschliesslich des Bundesgerichts. So betrachtet steht dieser Artikel in einem Spannungsverhältnis zu Art. 190 BV, der das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden an die Bundesgesetze und das Völkerrecht bindet, und dessen alleinige Interpretation ergibt, dass sich das Bundesgericht an den Entscheid des gesetzgebenden und staatsvertragsgenehmigenden Organs, also des Parlaments und des Volkes, zu halten hat. Das Bundesgericht könnte, seine Rechtsprechung entwickelnd, Art. 5 Abs. 4 BV als zusätzlichen Hinweis für die Auslegung von Art. 190 BV betrachten und darin eine Stütze für eine dem radikalen Monismus zugeneigte Praxis finden. Art. 5 Abs. 4 BV könnte

247 Vgl. etwa die Stellungnahmen in Gastbeiträgen von CHRISTOPH BLOCHER («*Politische Klärung tut not*») und DANIEL THÜRER («*Kein undifferenzierter Vorrang*») in der «Neuen Zürcher Zeitung», 29. September 2014, Nr. 225, S. 19 sowie die Stellungnahme von WALTER KÄLIN, «*Verträge können nicht einseitig abgeändert werden*», «Neue Zürcher Zeitung», 09. Oktober 2014, Nr. 234, S. 17.

248 DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, Rz. 16, S. 275, begrüsst hingegen diese «*Offenheit*» wegen der unvorhersehbaren Vielfalt möglicher Konstellationen, während KELLER, S. 16 f., m. E. zutreffenderweise feststellt, dass Richter «*[...] unfreiwillig zu Hütern der internationalen Ordnung gemacht*» werden. BAUMANN, Kohärenz, S. 40 f., stellt mit Blick auf das Ergebnis fest: «*Wie bei der Auslegung folgt das Bundesgericht auch bei den Konfliktregeln einem ergebnisorientierten, pragmatischen Methodenpluralismus, um eine im konkreten Einzelfall gerechte, vernünftige, praktikable und gesellschaftlich akzeptierte Lösung begründen zu können – wie es der Aufgabe eines Gerichts entspricht.*»

249 KÄLIN, Völkerrecht bricht Landesrecht, S. 63 f., schlägt vor, dass das Bundesgericht in jenen Fällen, da es zwischen einem älteren Staatsvertrag und einem widersprechenden jüngeren Bundesgesetz zu entscheiden hat, auf «*kaum überzeugende dogmatische Begründungen*» verzichten und stattdessen erklären solle, warum es die Frage nicht als Rechtsfrage, sondern als politischen Entscheid behandeln müsse.

250 Vgl. Teil 1 Kap. 2 II, S. 45

damit zur Basis für den ausnahmslosen Vorrang des Völkerrechts in der Schweiz werden.²⁵¹

Ein Gegenargument würde sich aber in jenen Passagen der Bundesverfassung finden, welche das zwingende Völkerrecht als Schranke der Verfassungsrevision bezeichnen: Art. 193 Abs. 4, Art. 194 Abs. 2 sowie Art. 139 Abs. 3 BV. Alle diese Artikel unterstreichen, dass das *ius cogens* auch durch den demokratischen Gesetz- und Verfassungsgeber nicht verletzt werden darf. So begründete es der Bundesrat:

*Bei bestimmten elementaren Ausprägungen der Rechtsstaatlichkeit freilich, wie sie sich namentlich in zwingenden Normen des Völkerrechts niedergeschlagen haben, hat das Demokratieprinzip anerkanntermassen zurückzutreten.*²⁵²

Heisst das *e contrario* nicht, dass im Falle der Verletzung nicht-zwingender völkerrechtlicher Normen der demokratische Wille des Gesetzgebers vorgeht? Da ja auch Völkerrecht innerstaatlich demokratisch legitimiert ist, bedeutet dieser Umkehrschluss bestimmt nicht, dass innerstaatliches Recht dem Völkerrecht vorgehe. Der Schweizer Souverän hat ja auch den Vorrang des Völkerrechts mit der Annahme von Art. 5 Abs. 4 BV grundsätzlich demokratisch anerkannt. Will der demokratische Gesetzgeber aber den Bruch von Völkerrecht zumindest in Kauf nehmen, ist das durch die Verfassung ausdrücklich verboten – aber nur mit Bezug auf *ius cogens*. So gesehen könnten den erwähnten Artikel der Bundesverfassung durch Umkehrschluss eine Bestätigung der Schubert-Praxis entnommen werden.

Doch aus dieser Interpretation abzuleiten, dass die Verfassung die Schubertpraxis vorschreibe, wäre zu weit hergeholt. Immerhin wurden im Zuge der Verfassungsgebung die Artikel zum Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht sehr bewusst formuliert, wovon der Verfassungstext und die Botschaft zeugen. Dass eine klare Regel über eine so wichtige Frage wie die Rangordnung zwischen nicht zwingendem Völkerrecht und Bundesgesetzen fehlt, kann also nichts anderes heissen, als dass der Verfassungsgeber bewusst keine Regel aufgestellt und die Frage der Rechtsprechung überlassen hat. Immerhin wird aus dem erwähnten Umkehrschluss aber klar, dass die Schubert-Praxis trotz der Regel, «*Bund und Kantone beachten das Völkerrecht*» (Art. 5 Abs. 4 BV) nicht ausgeschlossen ist.

Eine klare Anweisung der Verfassung fehlt also. Immerhin ist klar der Verfassung zu entnehmen, dass in der Schweiz das Völkerrecht dem Landesrecht grundsätzlich vorgeht, was zumindest solange gilt, als nicht ein jüngeres Bundesgesetz dem älteren, nicht zwingendem Völkerrecht widerspricht. Soviel ist den diversen Vorschriften, aus denen auch der

251 Anderer Ansicht: BAUMANN, Gewaltenteilung, N. 406, S. 320. Er sieht in dieser Bestimmung zwar einen Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns, aber nicht einen unumstösslichen. Ausführlichere weitere Verweise bei BAUMANN, Gewaltenteilung, FN 1489 ff. Er erkennt in der Bestimmung keine Konfliktregel, aber eine Anweisung an den Gesetzgeber, seine Erlasse völkerrechtskonform zu gestalten. BAUMANN, Kohärenz, S. 5 f.

252 Botschaft VE 96, S. 17. Vgl. ausserdem Botschaft VE 96, S. 360 f. und 446 f.

Monismus hervorgeht, klar zu entnehmen. Im Falle eines jüngeren, widersprechenden Bundesgesetzes muss aber die Frage gestellt werden, ob die Schweiz bzw. ihr Gesetzgeber wirklich den Willen haben kann, durch die Bundesgesetzgebung einen Völkerrechtsbruch herbeizuführen.

Angesichts der immer stärker werdenden internationalen Verflechtungen und Abhängigkeiten ist die Schweiz darauf angewiesen, dass andere Staaten ihre Verpflichtungen gegenüber der Schweiz einhalten. Sie kann dies aber nur dann erwarten, wenn sie sich selbst an den Grundsatz hält, dass abgeschlossene Verträge einzuhalten sind. Ausserdem ist es für die Interessen der Schweiz eminent wichtig, dass sie als verlässlicher Verhandlungs- und Vertragspartner ernst genommen wird, wie die Verhandlungen um die bilateralen Verträge mit den Staaten der EU immer wieder deutlich zeigen.

Aus diesen Gründen erscheint die Folgerung Auberts nach wie vor stichhaltig, dass die Treue zum (meistens durch den Gesetzgeber selbst) gegebenen Wort mindestens ebenso schwer wiegt, wie das Respektieren des Entscheides des innerstaatlichen Gesetzgebers,²⁵³ weil dieser wohl den gesamten Schaden, den er durch einen Völkerrechtsbruch der Schweiz verursachen kann, im Moment des Entscheids gar nicht ermisst.²⁵⁴

Auf der anderen Seite kann es nicht der Sinn einer souveränen Staatsverfassung sein, sich ohne Vorbehalte all jenem unterzuordnen, was sich irgendwann einmal zu geltendem Völkerrecht entwickeln könnte. Es kann durchaus sein, dass das Völkerrecht nicht nur seinen Inhalt ändert, sondern vielleicht auch die Erfordernisse seines Zustandekommens. Umgekehrt kann es auch sein, dass sich grundlegende gesellschaftliche Werte über die Zeit verändern und Bestimmungen alter Staatsverträge dazu im Widerspruch stehen. Geschieht dies, könnte die Schweiz an völkerrechtliche Regeln gebunden werden, die mit ihren Grundwerten als rechtsstaatlichem und demokratischem Verfassungsstaat unvereinbar sind.²⁵⁵ Auch wenn dieses Szenario aus heutiger Sicht unwahrscheinlich scheint, kann es nicht sein, dass sich die Schweiz durch ihre eigene Verfassung die Möglichkeit verbaut, ihren eigenen zentralen Grundwerten in jedem Fall treu zu bleiben.²⁵⁶ Das Verfassungsrecht der Schweiz muss

253 S. FN 234

254 So verkündete die EU umgehend nach der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (AS 2014 1391), die dem Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (SR 0.142.112.681) widersprach, auf die Zusammenarbeit mit der Schweiz im Rahmen des Erasmus-Programms für den Studentenaustausch. Ein Verlust für den Bildungsplatz Schweiz, den die Schweizer Universitäten auch durch bilaterale Abkommen mit anderen Universitäten nicht vollständig kompensieren konnten. Vgl. z. B. Bericht der «Schweiz am Sonntag» vom 2. März 2014 S. 9 oder vom 6. April 2014, S. 5

255 KELLER, S. 734, plädiert für eine Hierarchisierung des Völkerrechts, indem fundamentale Grundnormen des Völkerrechts Vorrang haben müssten.

256 Auch DIGGELMANN, Verfassung und Völkerrecht, Rz. 9, S. 270 f., plädiert dafür, «[...] dass in Ausnahmekonstellationen der Schutz des Eigenen, für die Identität Zentralen vorgehen kann.»

deshalb bestimmen, wann im Notfall vom Völkerrecht abgewichen werden soll, und welches Organ diesen Entscheid zu treffen und zu verantworten hat.

Art. 190 BV scheint uns immerhin einen Hinweis darauf zu geben, wer diesen Entscheid fällen soll. Er drückt den Willen des schweizerischen Verfassungsgebers aus, der dem Bundesgesetzgeber, also dem Parlament und dem Volk, das allerletzte Wort geben will, und diesen innerstaatlichen «*Souverän*» nicht von einem Gericht kontrolliert sehen will.²⁵⁷ In dieser Hinsicht scheint es verfassungsmässig, wenn auch m. E. nicht in genereller Weise wünschenswert, dass das Bundesgericht den Bundesgesetzgeber respektieren muss, wenn dieser den Entscheid fällt, Völkerrecht zu brechen.

Was aber in der Verfassung fehlt, sind klare Leitlinien, wann und aus welchen Gründen eine Verletzung des Völkerrechts in Frage kommt. Hier ist die Bemerkung des Bundesgerichts im Entscheid «PKK» entscheidend, indem es einen Unterschied zwischen völkerrechtlichen Normen macht, die Menschenrechte festlegen, und anderen völkerrechtlichen Bestimmungen, die zwar formell betrachtet ebenso verbindlich sind, aber den Schutz weniger hoch einzustufender Rechtsgüter bezwecken.²⁵⁸ Gesetzgebende Organe sind politische Organe, und diese reagieren stark auf momentane gesellschaftliche Tendenzen. Das gilt sowohl für das Parlament als auch für das referendumsberechtigende Volk. Es sollte nicht sein, dass der schwerwiegende Entscheid, Völkerrecht zu brechen, letztlich einer momentanen politischen Wetterlage entspringen kann und sich dann in Form eines Gesetzes niederschlägt, das diese Stimmungslage mit grosser Wahrscheinlichkeit überdauert.

Aus diesen Gründen würde es aus der Interpretation von Art. 190 BV letztlich dennoch richtig erscheinen, würde das Bundesgericht von sich aus Völkerrecht trotz entgegenstehendem neuerem Bundesrecht anwenden.

Diese Auffassung dürfte auch dadurch gestärkt werden, dass der Verfassungsgeber vor einigen Jahren zwei Volksinitiativen verworfen hat, welche die Verletzung von Völkerrecht durch die Anwendung von Bundesrecht nach sich gezogen hätten. Die erste bezweckte, straffällig gewordene Ausländerinnen und Ausländer des Landes zu verweisen, sogar wenn dieser Akt Völkerrecht verletzen sollte. Das Begehren ist am 28. Februar 2016 beim obligatorischen Referendum deutlich abgelehnt worden.²⁵⁹ Der vorgeschlagene Verfassungstext enthielt den Wortlaut: «*Die*

257 Oder wie es der Bundesrat in seiner Botschaft zum VE 96 ausdrückt: «*Damit sich die richterliche nicht über die gesetzgebende Gewalt erhebe, [...]*» (S. 428). Vgl. HANGARTNER, Völkerrecht und Landesrecht, S. 668 f., mit ähnlicher Begründung.

258 Vgl. 125 II 417, diskutiert unter Teil 1 Kap. 2 III C 4 a, S. 58

259 Durch den Bundesbeschluss über die Volksinitiative «*Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)*» vom 20. März 2015 (BBl 2015 2701) hatte das Parlament bereits den weiteren Absatz des Initiativtextes für ungültig erklärt, welcher gelautet hatte: «*Als zwingendes Völkerrecht gelten ausschliesslich das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in dem Tod oder Folter drohen.*»

Bestimmungen über die Landesverweisung und deren Vollzugsmodalitäten gehen dem nicht zwingenden Völkerrecht vor.» Das zweite, direkt auf den Bruch von Völkerrecht ausgerichtete Begehren hiess «*Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)*.» Der vorgeschlagene Verfassungstext hätte die Bundesverfassung ausdrücklich für anwendbar erklärt, auch wenn diese Anwendung Völkerrecht widersprochen hätte.²⁶⁰ Auch diese Initiative wurde an der Urne am 25. November 2018 sehr deutlich abgelehnt.

Durch die beiden Verfassungsinitiativen wurde jedoch vor allem der Fall tangiert, dass Bundesverfassungsrecht und Völkerrecht im Widerspruch stehen. Wäre dieses Bundesverfassungsrecht jüngeren Datums als Art. 190 BV (Anwendungsgebot von Bundesgesetzen), hätten die Anwendung der Lex-posterior- und der Lex-specialis-Regeln die Behörden und Gerichte tatsächlich zu einer Völkerrechtsverletzung zugunsten der Umsetzung der Verfassung veranlassen können. Beide Initiativen sind in der Volksabstimmung aber klar abgelehnt worden. Damit hat der Verfassungsgeber auch seinen Willen zum Ausdruck gebracht, die völkerrechtlichen Pflichten nicht durch anderslautendes Bundesverfassungsrecht zu verletzen. Da es sich um Ablehnungen von Initiativbegehren handelte, hat diese Willensbekundung leider keine ausdrückliche Erwähnung in der Verfassung gefunden. Dennoch sollte das Bundesgericht bei der Determinierung des Willens des Verfassungsgebers künftig diese klaren Abstimmungsergebnisse in seine Erwägungen miteinbeziehen.

Damit wäre es also gerechtfertigt, wenn das Bundesgericht zu seiner unterdessen scheinbar aufgegebenen radikal-monistischen Praxis zurückkehren würde. Das wäre jedenfalls solange der richtige Entscheid, als das Verfassungsrecht nicht ein Verfahren vorschreibt, das zweierlei regelt: Erstens muss es sicherstellen, dass die grundlegenden Werte der Schweizer Verfassung davor geschützt sind, durch Völkerrecht derogiert zu werden. Und zweitens muss es im Gegenzug dazu ebenfalls sicherstellen, dass sich Volk und Parlament nicht aus kurzfristigen Überlegungen über Völkerrecht hinwegsetzen können, ohne dass grundlegende Verfassungswerte in Gefahr gewesen wären.

IV Die direkte Anwendung völkerrechtlicher Normen

A Fragestellung

Wie bereits festgestellt, gilt das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich unmittelbar und zwar gleich, wie wenn es sich um Bundesrecht handeln würde. Rangmässig steht es über dem Landesrecht, und es bricht damit nicht nur kantonales Recht und frühere Bundesgesetze, sondern (je nach Doktrin von seltenen Spezialfällen abgesehen) auch später

erlassene Bundesgesetze oder gegebenenfalls sogar Bestimmungen der Bundesverfassung.

Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage, wie die völkerrechtlichen Normen konkret auf Fälle angewendet werden können. Wie festgestellt wurde, richtet sich Völkerrecht zwar eigentlich an Staaten, enthält aber oft auch Rechte für innerstaatliche Rechtssubjekte, dies vorab natürlich in den Menschenrechtsübereinkommen,²⁶¹ aber auch in Freihandelsabkommen oder Investitionsschutzabkommen²⁶² oder natürlich in den Verträgen der EU.²⁶³

Wie das Völkerrecht im innerstaatlichen Bereich umgesetzt wird, ist den daran gebundenen Staaten überlassen. Hat sich aber ein Staat für das monistische Modell des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht entschieden, so heisst das nicht automatisch, dass jede völkerrechtliche Regel für jedes innerstaatliche Rechtssubjekt direkt Rechtswirkungen entfaltet. Es kann sein, dass auch im monistischen System der Schweiz eine innerstaatliche Gesetzgebung notwendig ist, um den völkerrechtlichen Regeln Wirkung zu verleihen. Viele völkerrechtliche Verträge sind nicht genug detailliert ausgestaltet, um direkt von rechtsanwendenden Behörden in konkreten Fällen angewendet zu werden.

Ein Grund liegt in der politischen Natur von völkerrechtlichen Verträgen, die das Resultat von Verhandlungen und Kompromissen sind, in verschiedenen Rechtskulturen interpretierbar sein sollen und oft den Staaten etwas Spielraum überlassen müssen, um die völkerrechtlichen Verpflichtungen ihren eigenen innerstaatlichen Verhältnissen anpassen zu können. Ein anderer Grund ist, dass viele völkerrechtliche Regeln, im Gegensatz zu den meisten innerstaatlichen Gesetzen, gar nicht mit dem Ziel direkter Anwendung formuliert worden sind. Es gibt andererseits auch viele Staatsverträge, die genug eindeutig formuliert sind, um direkt angewendet zu werden. Man unterscheidet deshalb zwischen staatsvertraglichen Regeln, die entweder «*self executing*» oder «*non self executing*» sind. *Self executing* sind jene Bestimmungen, welche von den rechtsanwendenden Behörden direkt angewandt werden, *non self executing* jene Bestimmungen, welche zunächst einer Konkretisierung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber bedürfen, um im Innern des Staates rechtliche Wirkung entfalten zu können.

Diese gebräuchlichen englischen Begriffe lassen es vermuten, dass diese Unterscheidung nicht auf das schweizerische Recht begrenzt ist. Es gibt verschiedene Blickwinkel auf die Frage der direkten Anwendbarkeit. Zunächst kann es sein, dass das Völkerrecht selbst gar nicht direkt angewendet werden will, sondern die Staaten verpflichtet, konkretisierende innerstaatliche Normen zu erlassen. Ist dies der Sinn des Völkerrechts, so

261 Für die Mitgliedsstaaten des Europarats insbesondere in der EMRK, aber auch im IPWSKR oder im IPBPR.

262 So z. B. aus den Inländergleichbehandlungs- und Meistbegünstigungsklauseln von CETA Art. 8.6 und 8.7

263 So z. B. das Recht auf Freizügigkeit in Art. 45 Abs. 3 AEUV.

ergibt sich das aus den völkerrechtlichen Rechtsquellen.²⁶⁴ So richten sich typischerweise die Richtlinien der EU gemäss Art. 288 Abs 3 AEUV nur an Mitgliedsstaaten. Ist dies der Fall, so ist eine direkte Berufung auf die betreffende völkerrechtliche Quelle für eine natürliche Person (oder eine innerstaatliche juristische Person) nicht möglich, um daraus konkrete im innerstaatlichen Bereich anwendbare Rechte und Pflichten abzuleiten, da sich die Völkerrechtssubjekte gar nicht gegenseitig zur direkten Umsetzung der Normen verpflichtet haben. Direkt durch die jeweilige Völkerrechtsquelle gebunden sind daher nur die Völkerrechtssubjekte gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten. Wie sie diese Verpflichtung aber innerstaatlich umsetzen, ist, wie gesehen, ihnen überlassen.

Das erstaunt weiter nicht, denn jeder Staat kann sogar entscheiden, dass überhaupt keine völkerrechtlichen Regeln auf seinem Staatsgebiet direkt anwendbar sind. Das ist in Staaten mit einem dualistischen Verständnis vom Verhältnis zwischen dem Völker- und dem Landesrecht der Fall. Wenn die Staaten frei sind, auch gar keine völkerrechtlichen Regeln direkt anzuwenden, dann können sie auch entscheiden, nur bestimmte Regeln direkt anzuwenden und andere durch ihre eigene Rechtsetzung zu konkretisieren. Die Frage, ob eine staatsvertragliche Norm *«self executing»* sei, oder nicht, muss also in jedem Staat einzeln beantwortet werden. Dennoch finden sich auch in der völkerrechtlichen Literatur immer wieder Ausführungen zur Frage der direkten Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Normen, und die Abgrenzung zwischen der völkerrechtlichen und der innerstaatlichen Perspektive dieser Frage wird nicht immer klar vorgenommen.²⁶⁵ In der Folge ist vom schweizerischen innerstaatlichen Blickwinkel auf die Frage der direkten Anwendung die Rede.

B Die Lehre und Rechtsprechung

In der Schweiz wird das Kriterium der genügenden Bestimmtheit herangezogen, um die direkt anwendbaren Bestimmungen von jenen zu unterscheiden, die für ihre Umsetzung noch einen innerstaatlichen gesetzgeberischen Akt voraussetzen. Da das Völkerrecht aber grundsätzlich als gültiges und anwendbares Recht gilt, sind die rechtsanwendenden Behörden in jedem Fall daran gebunden und damit gehalten, zu prüfen, ob sie eine bestimmte völkerrechtliche Regel anwenden können und daher auch müssen, oder nicht. Das gilt auch dann, wenn ein innerstaatliches Gesetz zur gleichen Frage ebenfalls Stellung nimmt, und zwar unabhängig davon, ob das Gesetz in der Absicht erlassen wurde, den Staatsvertrag zu konkretisieren oder aber in einem anderen Zusammenhang. Der

264 ZIEGLER, Völkerrecht, Rz. 274 f., S. 117 f., mit Hinweis auf BGE 98 Ib 388, 100 Ib 226, 111 Ib 164, 118 Ia 112, 120 Ia 1 und 124 III 90. JAAG, Europarecht, Rz. 4020

265 Als Beispiel: ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 91: *«The right to be free from race, sex, etc. discrimination, as with all absolute rights, should be considered justiciable in every legal system.»* Dabei stützt er sich vor allem auf die Überlegung, dass sogenannte *«absolute Rights»* keinerlei Spielraum für richterliche Interessenabwägungen zulassen, womit der Richter nicht Gefahr laufe, politische Entscheide zu fällen, was nicht seine Rolle wäre.

Staatsvertrag geht dann im Falle des Normenkonflikts dem innerstaatlichen Recht in der Regel vor.²⁶⁶

Als rechtsanwendende Behörden sind die Gerichte häufig mit der Frage konfrontiert, ob eine bestimmte Bestimmung aus einem völkerrechtlichen Vertrag direkt angewandt werden kann oder nicht, und zwar immer dann, wenn eine prozessführende Partei sich auf eine Vertragsbestimmung stützt, ohne dass es ein Bundesgesetz gibt, welches diese Bestimmung übernimmt oder konkretisiert. In solchen Fällen prüft das Bundesgericht, ob die betreffende völkerrechtliche Regel *«inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden.»*²⁶⁷ In späteren Entscheiden wurde diese Formulierung noch weiter differenziert: *«Die Norm muss mithin justiziabel sein, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein.»*²⁶⁸

Räumt das Völkerrecht einzelnen innerstaatlichen Rechtssubjekten Rechte ein, so können diese sich in der Schweiz vor den rechtsanwendenden Behörden direkt auf dieses Völkerrecht berufen. Mit dieser Definition des schweizerischen Monismus ist auch bereits die erste Voraussetzung genannt, um Individualrechte direkt aus internationalen Rechtsquellen abzuleiten: die letzteren müssen sich ihrem Sinn nach nicht an den Gesetzgeber oder den Staat als internationaler Akteur, sondern auch an die einzelnen Rechtssubjekte des Staates richten. Anders formuliert, muss es dem Zweck der völkerrechtlichen Bestimmung entsprechen, dem innerstaatlichen Rechtssubjekt direkt durchsetzbare Rechte einzuräumen.

Ist eine völkerrechtliche Bestimmung nicht hinreichend bestimmt und klar, so wertet dies das Bundesgericht als Hinweis darauf, dass sich die Bestimmung gar nicht an den Gesetzesanwender, sondern an den Gesetzgeber richtet.²⁶⁹ Die Unbestimmtheit kann sich aber auch aus der unterschiedlichen Art der Entstehung der beiden Rechtsquellen ergeben, da die eine aus einem förmlichen Rechtsetzungsverfahren hervorgeht, die andere jedoch das Resultat zwischenstaatlicher Verhandlungen darstellt. Eine offene Formulierung kann auch unumgänglich sein, da Völkerrecht in verschiedenen Rechtskulturen verständlich und interpretierbar sein muss. Weiter sind die offenen Bestimmungen häufig das Resultat von

266 Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Ausnahme nur zulässig, wenn die Missachtung von Völkerrecht durch innerstaatliches Recht nötig ist, um besonders fundamentale Grundwerte der Schweiz zu erhalten. Teil 1 Kap. 2 III C 5 S. 65 ff.

267 Die Formel wird oft zitiert aus BGE 106 Ib 182 S. 187 E. 3., wo das Bundesgericht die direkte Anwendbarkeit von Art. 16 Ziff. 1 des EFTA-Übereinkommens prüft und feststellt, der Artikel sei *«[...] suffisamment précis pour être directement applicable comme tel par les autorités administratives et judiciaires, sans nouvelle intervention du législateur [...]»*

268 Z. B. BGE 118 Ia 112, S. 117, E. 2a; BGE 124 IV 23, S. 31, E. 4a.; BGE 124 III 90, S. 91, E. 3; BGE 140 II 185, S. 190, E. 4.1., BGE 145 I 308, E. 3.4.1., S. 313. Sehr ausführlich auch BVGE 2010/27 E 5.2.

269 So die Begründung in BGE 98 Ib 385, E. 2, S. 387, welcher die seither befolgte Rechtsprechung des BGer zum Erfordernis der hinreichenden Bestimmtheit begründet. Vgl. auch ausführlich dazu BAUMANN, Gewaltenteilung, Rz. 392 ff, S. 302 ff.

Kompromissen. Manche Formulierungen sind darum nicht sehr konkret und bestimmt, und das Bundesgericht folgert daraus oft, dass keine Rechte und Pflichten für Einzelpersonen daraus abgeleitet werden können.

C *Kritik an der Praxis der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit*

Dass Bestimmungen nur angewendet werden können, wenn sie auch klare Vorgaben machen, scheint aus praktischen Überlegungen zunächst einleuchtend und selbsterklärend. Allerdings muss die Frage gestellt werden, warum dieser Grundsatz nur für Völkerrecht gilt und nicht auch für Bundesgesetze. Immerhin ist ein Teil des Völkerrechts ebenso demokratisch legitimiert, wie es eine inhaltlich entsprechende Bestimmung im formellen Bundesrecht wäre, und für die Anerkennung der Geltung und Anwendbarkeit von Bundesrecht ist es zunächst unerheblich, wie detailliert diese formuliert ist.²⁷⁰

Ist ein Bundesgesetz so formuliert, dass sich in einem Einzelfall Zweifel darüber ergeben, wie der Richter zu entscheiden hat, so ist er dennoch gehalten, einen Entscheid zu fällen. Dafür kennt der Richter die Instrumente der Lückenfüllung. Letztlich geht es darum, dem Gesetz durch Auslegung einen allgemein-abstrakten Sinn zu geben, der nicht direkt dem Wortlaut selbst entspringt, aber dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers entspricht. Ergibt die Auslegung, dass der Gesetzgeber auch für diesen dem Richter vorliegenden Anwendungsfall eine Regel aufstellen wollte bzw. will, aber nicht klar ist, worin diese Regel besteht, so hat der Richter den Willen des Gesetzgebers, dass es für diesen Fall eine Regel geben soll, dennoch zu respektieren. Er muss also eine Regel finden, die den Wortlaut konkretisiert und ihm für den individuellen Fall einen sinnvollen Entscheid ermöglicht, und die in ähnlichen Fällen ebenso zu Ergebnissen führen würde, die dem durch die Auslegung ermittelten geltungszeitlichen Willen des Gesetzgebers entsprechen.²⁷¹

Dies ergibt sich aus dem Willen des Gesetzgebers, dass es eine Regel geben soll. Derselbe Gesetzgeber erlässt aber nicht nur Bundesgesetze. Sondern in einem ähnlich demokratisch legitimierenden Verfahren genehmigt er völkerrechtliche Verträge.²⁷² In den zitierten Urteilen verzichtet das Bundesgericht regelmässig auf die Begründung des Erfordernisses der genügenden Bestimmtheit, wie es dies getan hatte, als es zum ersten Mal wegen der ungenügenden Bestimmtheit eine Beschwerde abgelehnt hatte. Doch die Begründung ist entscheidend: Die ungenügende Bestimmtheit ist ein Hinweis darauf, dass sich eine völkerrechtliche Norm nicht an den Anwender der Gesetze sondern an den Gesetzgeber richtet. Es begründet also eine Vermutung. Stellt das BGer eine ungenügende Bestimmtheit fest, sucht es aber regelmässig nicht mehr weiter nach zusätzlichen Hinweisen darauf, ob der Gesetzgeber, welcher den

270 Siehe Teil 1 Kap. 2 III C 1 , S. 50

271 Siehe Teil 1 Kap. 3 I , S. 77 f.

272 Siehe Teil 1 Kap. 2 IV B S. 73

Staatsvertrag innerstaatlich legitimiert, diese Bestimmung wirklich als direkt nicht anwendbar betrachtet oder eben schon. Würde eine vertiefte Auslegung der Norm ergeben, dass sich diese an das Gericht als rechtsanwendende Behörde richtet, so würde das Gericht dem Willen jener Instanz, die den Vertrag legitimiert, nicht nachkommen. Diese Verweigerung erschiene problematisch, und zwar besonders dann, wenn Einzelnen Rechte oder gar Grundrechte verweigert werden.²⁷³ Es wäre dem Richter durchaus möglich, in derselben Weise wie z. B. bei Bundesgesetzen auf die Mittel der Auslegung und Lückenfüllung zurückzugreifen.²⁷⁴

Kap. 3 Völkerrecht und die Souveränität der Kantone

Die schweizerische Bundesverfassung bildet die juristische Grundlage des Schweizerischen Bundestaates.²⁷⁵ Die staatliche Struktur wird durch die Verfassung definiert, und die Ausübung staatlicher Macht wird dadurch legitimiert, dass sich die Befugnisse der Machtträger aus der Verfassung ableiten. Die Verfassung ist die höchste Quelle staatlichen Rechts, und aus ihr leiten sämtliche anderen Rechtsquellen ihre Geltung ab.

Auch die föderalistische Struktur unseres Bundesstaates findet ihre rechtliche Grundlage in der Bundesverfassung, indem diese die verschiedenen Befugnisse des Bundes und der Kantone voneinander abgrenzt, und indem sie definiert, in welcher Weise sich die Gemeinwesen der verschiedenen bundesstaatlichen Ebenen untereinander koordinieren und gegenseitig beeinflussen. In den folgenden Kapiteln wird auf die

273 So befand das BGer in BGE 124 II 361, S. 367, E. 3 b, dass Art. 9 und 10 KRK (Recht des Kindes, nicht gegen seinen Willen von den Eltern getrennt zu werden) nicht genügend bestimmt seien, um ein Recht auf Familienzusammenführung herzuleiten. Das erstaunt, sind doch die Artikel sehr ausführlich formuliert. Es ist daher meiner persönlichen Ansicht nach nicht auszuschliessen, dass ein politisches Motiv beim Gericht diese Auffassung zumindest beförderte, denn ein solches Recht gäbe wohl diversen Eltern und Kindern ein Recht auf Einreise in die Schweiz.

274 Siehe BAUMANN, Kohärenz, S. 44 zur Zulässigkeit der Lückenfüllung im Völkerrecht und S. 46 f. zur Legitimität der *«kohärenten Konkretisierung»* unbestimmter Normen. KELLER, S. 18 f., weist zurecht auf die Problematik des viel zu weiten Ermessensspielraums hin, der den Richter zugemutet wird, indem sie selbst über die Anwendbarkeit von Völkerrecht entscheiden müssen. BAUMANN, Gewaltenteilung, urteilt nach seiner ausführlichen, historischen Übersicht über die seiner Meinung nach wenig kohärente Rechtsprechung, dass *«das Bundesgericht in Bezug auf internationale Abkommen die Gewaltenteilung unverhältnismässig höher gewichtet als das Rechtsschutzinteresse der einzelnen Person.»* (S. 310, N. 399). Im Ergebnis spricht sich BAUMANN (S. 313 ff., N. 401) ebenfalls *«für eine Gleichbehandlung von Völker- und Landesrecht»* aus: Habe die Schweiz im betreffenden Abkommen keinen entsprechenden Vorbehalt angebracht, so *«[...] vergreift sich das Bundesgericht nicht an den Kompetenzen der Legislative, wenn es eine Norm unter Gebrauch der gängigen Auslegungstechniken kunstgerecht anwendet.»*

275 Vgl. anstatt vieler AUBERT, Rz. 245

verschiedenen Aspekte der Bundesstaatlichkeit eingegangen. Dabei wird besonders die rechtliche Stellung der Kantone als Staaten und als Glieder des schweizerischen Bundesstaates betrachtet unter den verschiedenen Gesichtspunkten, welche diese Stellung beeinflussen. Im Mittelpunkt stehen dabei die staatlichen Kompetenzen der Kantone und ihre Abgrenzung von den Bundeskompetenzen, das Subsidiaritätsprinzip als materielles Kriterium bei der Zuteilung und Ausübung der Kompetenzen, die kantonale Organisationsautonomie, der bundesstaatliche Finanzausgleich, die Mitwirkungsrechte der Kantone auf die Bundespolitik und die Bundestreue als Ausdruck des bundesstaatlichen Zusammenhalts.

I Die Auslegung der Bundesverfassung

Die Erkenntnis, dass kaum ein Text für jeden Leser die gleiche Bedeutung hat, ist nicht nur Juristen geläufig.²⁷⁶ Die Bedeutung eines Gesetzes- bzw. Verfassungstexts entwickelt aber normative Wirkung, und diese soll möglichst für jedermann dieselbe sein. Ein solcher Text sollte darum auch so weitgehend wie möglich von jedermann gleich verstanden werden. Dieser Anspruch ist schon im Begriff des Gesetzes enthalten, da es für eine unbestimmte Vielzahl von Personen und in einer unbestimmten Anzahl von Fällen die gleiche Regelungswirkung entfalten soll.²⁷⁷ Aus diesen Gründen hat die Rechtswissenschaft Grundsätze entwickelt, nach denen Rechtssätze interpretiert, also verstanden werden. Damit soll sichergestellt werden, dass alle mit dem Gesetz konfrontierten Subjekte demselben Rechtssatz eine zumindest ähnliche Bedeutung zumessen. Insbesondere soll eine Person oder Behörde, die ein Gesetz anzuwenden hat, unter Zuhilfenahme dieser Grundsätze jenen Sinn erkennen können, den der Gesetzgeber dem Gesetz geben will. An diesen Sinn ist die gesetzesanwendende Behörde auch gebunden.²⁷⁸

Eine Binsenwahrheit ist, dass Auslegung ein wertender Vorgang ist, und dass es kaum einen Fall gibt, in dem nur eine einzige Lösung der Auslegungsfrage möglich ist.²⁷⁹ Dennoch ist der Auslegende nicht frei bei der Suche nach der Bedeutung eines Rechtssatzes. Denn die rechtsanwendende Person oder Behörde hat danach zu suchen, sich an den Wertentscheidungen des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers auszurichten.²⁸⁰ Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das Gesetz in einer Weise angewandt würde, die dem Willen des Gesetzgebers widerspricht, und dass damit Rechtsregeln angewendet würden, denen nicht ein Entscheid des Gesetzgebers, sondern einer des Gesetzesanwenders zugrunde liegt. Eine

276 Vgl. aus der juristischen Literatur: HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 76; AUBERT, Rz. 288 (m. w. H.). Vgl. z. B. aus der Linguistik ADAMZIK, passim.

277 Art. 5 Abs. 2 GVG definiert: «Als rechtssetzend gelten alle generellen und abstrakten Normen [...]»

278 BAUMANN, Kohärenz, S. 15 ff.

279 Einen gerafften Überblick über die Lehrmeinungen verschafft WERNER, S. 118 f.

280 Vgl. HANGARTNER, Verfassungstheorie, S. 153 ff.; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 88

solche Situation würde aber dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen.²⁸¹

Die Gewaltenteilung ist einer der fundamentalen Faktoren, welche den modernen Rechtsstaat legitimieren.²⁸² Aus diesem Prinzip ergibt sich, dass die rechtsanwendende Behörde das Gesetz anzuwenden hat, wie es die gesetzgebende Behörde vorgibt. Das gilt besonders bei der Auslegung der Verfassung, welche die Machtverteilung grundsätzlich regelt.²⁸³ Die rechtsanwendende Behörde hat sich an jenem Willen auszurichten, den der Gesetzgeber durch das Gesetz selbst ausdrückt. Der Gesetzgeber legitimiert mithin das Gesetz und damit auch die Anwendung des Gesetzes.²⁸⁴

Wer aber ist dieser den Rechtssatz legitimierende Gesetzgeber? Am naheliegendsten erscheint zunächst der historische Gesetzgeber, der im Moment des Entscheides über das Inkrafttreten des Rechtsaktes eine bestimmte Vorstellung damit verband. Diese Antwort wäre aber nur vertretbar, wenn ein Gesetz nach seinem Erlass nicht mehr abgeändert oder aufgehoben werden könnte (oder wenn eine solche Änderung gegenüber dem ursprünglichen Erlass wesentlich schwieriger wäre). In diesem Falle wäre es tatsächlich der Wille des historischen Gesetzgebers, der dem Gesetz nach wie vor Geltung verschafft. Wenn ein Rechtssatz jedoch aufgehoben oder geändert werden kann und zwar im gleichen oder jedenfalls nicht aufwändigeren Verfahren, wie er ursprünglich entstanden ist, so ist die Situation anders, denn der Gesetzgeber, der den Rechtssatz heute aufheben oder ändern könnte, dies aber nicht tut, verhält sich so, weil er mit dem Rechtssatz in seiner aktuellen Formulierung einverstanden ist. Das ist er, weil er die Formulierung in einer gewissen Weise versteht und mit ihr eine bestimmte Vorstellung verbindet. Es muss also danach gesucht werden, wie der aktuelle Gesetzgeber den Rechtssatz versteht, denn das ist der Grund, warum er ihn nicht ändert oder aufhebt.²⁸⁵ Der Zeithorizont der Auslegungsmethode ist also ein geltungszeitlicher.²⁸⁶

281 Vgl. VALLENDER, S. 78 ff. zur Frage, ob eine objektive Auslegung grundsätzlich überhaupt möglich ist.

282 Vgl. anstatt vieler MAHLMANN, Schutz, Rz. 36 ff., S. 223 ff.

283 BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 37, S. 258

284 So auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 39 S. 258 f.

285 Für BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 28, S. 252 sind die Hürden der Verfassungsänderung aber sehr hoch, was die hier vertretene Auffassung relativieren könnte. Gleichzeitig weist er in Rz. 33, S. 255 aber auch auf die starke Wandlung der Verfassung und ihrer Bedeutung infolge der direktdemokratischen Instrumente hin. Mit dem (sinngebenden) «*demokratischen Entscheid*» bezieht er sich implizit auf den Entscheid des historischen Verfassungsgebers (Rz. 36, S. 257 f.) und trägt dem Umstand damit weniger Rechnung, dass der heutige Verfassungsgeber dadurch, dass er die betrachtete Bestimmung nicht ändert, ebenfalls einen demokratischen Entscheid trifft. Das korrigiert er jedoch wieder, indem er zwischenzeitlich erfolgte Geschehnisse in die Auslegung einbezieht (Rz. 40, S. 259).

286 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 65 und 67; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 114. Anderer Ansicht: AUBERT, Rz. 293; LÜCHINGER, S. 90 ff.

Wer dieser Gesetzgeber ist, hängt von der Staatsform ab. So ist namentlich in repräsentativen Demokratien der Gesetzgeber nicht derselbe, wie in einer halbdirekten Demokratie. Für andere Staatsformen entwickelten Interpretationsgrundsätze können darum nicht ohne Weiteres auf die Schweiz übertragen werden.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es darum unpräzise, die geltungszeitliche Auslegung als Teil der richterlichen Rechtsfortbildung zu sehen. Denn ändert sich der Sinn eines Gesetzes über die Zeit, so ist es nicht der Richter, der den Sinn eines gleich bleibenden Wortlauts verändert, sondern es ist der Wortlaut selbst, der aus der gegenwärtigen Perspektive einen anderen Sinn ergibt, und zwar nicht nur für den Richter, sondern auch (und insbesondere) für den heutigen Gesetz- oder Verfassungsgeber. Entscheidend ist nicht, dass der Richter den Rechtssatz heute anders versteht als zu seiner Entstehungszeit, sondern entscheidend ist, dass der Gesetzgeber ihm heute eine andere Bedeutung zuschreibt. Der geltungszeitliche Sinn des Wortlauts besteht schon, bevor der Richter ihn durch Auslegung ermittelt.

Die Frage, die wir uns stellen, lautet also: Was will der Gesetzgeber von diesem Gesetz, indem er es nicht abändert? Demgegenüber sind jene Ansichten, die Parlamentarier, Kommissionen, Bundesräte, Beamte, Volksinitianten oder die öffentliche Meinung im Zeitpunkt des Erlasses dem Text gegeben haben, nicht entscheidend. Immerhin aber können sie hilfreiche Indizien liefern, um der aktuellen Bedeutung auf die Spur zu kommen.

Hinsichtlich Materialien wie Parlamentsprotokollen oder Botschaften ist zu betonen, dass ihnen für die Interpretation eines direktdemokratisch legitimierten Gesetzes besonders dann unterstützende Bedeutung zukommt, wenn sie noch relativ neu sind. Das ist der Fall, wenn das Gesetz noch jung ist, oder wenn über das Gesetz in jüngerer Zeit zum Beispiel im Parlament diskutiert wurde. Doch ist zu beachten, dass es nicht die mit der Ausarbeitung des Textes betrauten Personen sind, die letztlich als Gesetzgeber die Gültigkeit des Erlasses legitimieren. Schweizerische Bundesgesetze und Verfassungsbestimmungen werden regelmässig von der Verfassung als Entwürfe vorformuliert, und dann entscheidet zunächst das Parlament darüber. Das letzte Wort aber hat das Stimmvolk, bei Verfassungsbestimmungen auch unter Mitberücksichtigung des Ständemehrs.²⁸⁷ Letzten Endes ist es also das Volk, das jedes Gesetz legitimiert. Das gilt ganz besonders bei Verfassungsbestimmungen, denn «*die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden*» (Art. 192 Abs. 1 BV). Änderungen der Bundesverfassung werden

in jedem Fall dem Volk und den Ständen zur Annahme vorgelegt, und das Volk selbst kann sie mittels einer Volksinitiative abändern.²⁸⁸

Den tatsächlichen Willen des – aktuellen oder auch historischen – Stimmvolkes verlässlich festzustellen, wäre aber schon aus praktischen Erwägungen sehr aufwändig und für eine simple Rechtsfrage kaum praktikabel.²⁸⁹ Um den Willen festzustellen, den der Gesetzgeber mit der Norm ausdrückt, ist es darum am naheliegendsten, nach dem objektiven Wortsinn einer Norm zu suchen. Der objektive Sinn ist jener, den – bildlich ausgedrückt – ein vernünftiger durchschnittlicher Zeitgenosse einer Formulierung zumisst. Jede andere Interpretation wäre letztlich undemokratisch,²⁹⁰ bzw. würde, wie oben dargestellt wurde, dem rechtsstaatlichen Prinzip der Gewaltentrennung widersprechen. Für die Interpretation heisst das, dass nicht die subjektive Betrachtungsweise der Mütter und Väter des Rechtssatzes ausschlaggebend ist, sondern der Sinn, welcher einem Gesetzestext objektiv betrachtet zukommt. Massgebend ist das «normale» heutige Verständnis des Wortlauts, der als Rechtssatz angewendet werden soll.

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Interpretation ein wertender Vorgang ist, und dass hier nicht behauptet wird, der objektive Sinn einer Norm sei allgemeingültig feststellbar.²⁹¹ Die objektive Methode besagt nur, dass nach dem Sinn gesucht werden muss, den die «Allgemeinheit» einem Wortlaut zumisst, und nicht etwa nach den subjektiven Absichten der historischen Schöpfer des Gesetzestextes. Deshalb werden im Folgenden die

288 Die hier vertretene Meinung zur Methode der Verfassungsauslegung weicht von der Bundesgerichtspraxis und der herrschenden Lehre ab. Die mit «*Methodenpluralismus*» bezeichnete konstante Bundesgerichtspraxis ist z. B. in BGE 141 III 84, E. 2., S. 87 wiedergegeben. Die mehrheitliche Lehre weicht kaum davon ab (vgl. anstatt vieler RHINOW / SCHEFER / UEBERSAX, Rz. 497 ff. und spezifisch zur Kompetenznormen Rz. 718 sowie TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 1). An dieser Stelle wird hingegen davon ausgegangen, dass die Revidierbarkeit der Bundesverfassung und insb. die (im Zuge von Bevölkerungszuwachs und Digitalisierung) praktisch enorm einfacher werdende Möglichkeit der Volksinitiative auf Verfassungsrevision den Gesetzesanwendenden dazu zwingt, dem objektiv-geltungszeitlichen Sinn der Verfassungsnormen zu folgen, da eine subjektiv-historisch dominierte Interpretation letztlich undemokratisch wäre und dem Prinzip der Gewaltenteilung zuwiderliefe. Ebenso dazu auch in THALMANN, Verfassungsrecht, S. 57 ff. Im Ergebnis ist dieser Ansatz sehr ähnlich wie die Anerkennung eines (natürlich vom geltungszeitlichen Umfeld abhängigen) «*Vorverständnisses*», welches die Interpretation determiniert und nicht nur legitim und unvermeidlich, sondern sogar wünschbar ist. Vgl. dazu auch BAUMANN, Transparenz, S. 15 f. Entscheidend ist für TRACHSEL, S. 59 ff., dass das Vorverständnis transparent gemacht wird, um den Eindruck abzuwenden, «*das Gericht kenne jeweils bereits den wahren Sinn der Norm und versuche nur durch Beizug der jeweils geeigneten Methode ihn nachträglich plausibel zu machen.*» (S. 63).

289 WERNER, S. 120 ff.

290 Vgl. FLEINER, Verwaltungsrecht, S. 101, mit ähnlicher Begründung

291 Vgl. zur Kritik an der objektiven Auslegung FN 281

Verfassungsbestimmungen aus einer objektiv-geltungszeitlichen Optik betrachtet.

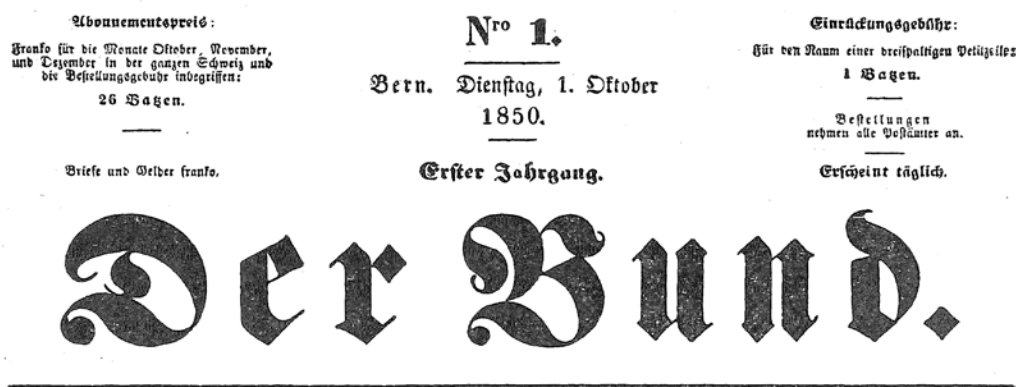
Die objektiv-geltungszeitliche Auslegungsmethode wird ergänzt durch eine Reihe von Interpretationshilfen, den Auslegungsmitteln. Diese entscheiden nicht zwischen den möglichen Perspektiven, aus denen ein Gesetz betrachtet werden kann, sondern sollen helfen, den Sinn des Gesetzes aus der objektiv-geltungszeitlichen Betrachtungsweise zu erkennen. In Betracht kommen die bekannten Mittel der syntaktischen, systematischen, historischen, teleologischen und verfassungs- bzw. völkerrechtskonformen²⁹² Auslegung.²⁹³ Die Feststellung der subjektiven und historischen Hintergründe einer Norm sind somit zwar nicht das Ziel der Interpretation, sie können aber bei der Suche nach dem objektiv-geltungszeitlichen Sinn einer Norm als Auslegungsmittel eine wertvolle Hilfe darstellen.²⁹⁴

292 Siehe Teil 1 Kap. 2 III C 3 , S. 55

293 Zu den verschiedenen Auslegungsmitteln vgl. anstatt vieler HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 90 ff.

294 BAUMANN, Kohärenz, S. 15 ff., sieht im Methodenpluralismus zwar einen pragmatischen Weg, damit die Gerichte ihre Aufgabe, im Rechtssystem für eine möglichst weitgehende Kohärenz zu sorgen, wahrnehmen können. Dabei ist für ihn die sog. grammatikalische Auslegung, also jene, die sich am Wortlaut orientiert, der Ausgangspunkt, was in Ergebnis und Argumentation sehr weitgehend der hier vertretenen Auffassung entspricht.

II Die Staatlichkeit der Kantone als Grenze der Kompetenzverteilung



Frontseite der ersten Ausgabe der Tageszeitung «Der Bund» vom 1. Oktober 1850. Der erste Abschnitt lautet: «Die Klagen der Freiburger Petenten laufen auf die eine große hinaus: das Volk von Freiburg sei seiner Souveränität beraubt, und sie schließen alle mit dem Wunsche der Wiederherstellung derselben. Es ist leider nur zu wahr: die Thatsache läßt sich nicht läugnen, und man müßte nicht Republikaner, nicht Schweizer sein, wollte man die Begründetheit jenes Wunsches in Frage stellen.»

Ob Kantone staatliche Souveränität haben oder nicht kann mit theoretischen Erwägungen kaum abschliessend beantwortet werden. Jedenfalls wagt es kaum ein Staatsrechtler, den Kantonen ihre Staatlichkeit rundweg abzuspochen.²⁹⁵ Zu sehr würde sich dies in Widerspruch setzen zum allgemein angenommenen politischen Empfinden in der Eidgenossenschaft und zum Selbstverständnis der Kantone, das sich verschriftlicht namentlich in ihren Verfassungen niederschlägt.²⁹⁶ Dem materiellen Inhalt nach regeln die kantonalen Verfassungen alles, was von der Verfassung eines (im rechtlichen Sinne) vollständigen Staats gefordert wird, auch wenn bei Totalrevisionen neueren Datums teilweise darauf verzichtet wird, festzuhalten, was von Bundes wegen bereits gilt.²⁹⁷ Dieses Empfinden spiegelt denn auch direkt die historische Entwicklung des schweizerischen Bundesstaates, in der die Kantone nicht nur zeitlich vor dem Bund bestanden, sondern diesen auch gleichsam ins Leben gerufen haben. Die unterschiedlichen Auffassungen und Empfindungen hinsichtlich

295 Vgl. anstatt vieler FASSBENDER, plurale Verfassung, Rz. 13 ff., S. 195 ff. Eine der wenigen, prominenten Ausnahmen: FLEINER / GIACOMETTI, S. 44 f. Etwas nuancierter: GIACOMETTI, Kantone, S. 28 ff.

296 Vgl. zum Ganzen EICHENBERGER, Bedeutung, passim.

297 Sehr prägnant begründet BELSER, Föderalismuskonzeption, Rz. 19, S. 676 die Staatlichkeit der Kantone, indem sie die «Verteilung der Staatlichkeit auf mehrere Ebenen nicht als Nullsummenspiel» beschreibt.

der Staatlichkeit der föderalen Ebenen sind gleichzeitig Ursache dafür und Resultat davon, dass es keine gefestigte schweizerische Föderalismustheorie gibt. Während in älteren Werken zum Bundesstaatsrecht zu dieser Frage noch mit spürbarer Leidenschaft Stellung bezogen wird,²⁹⁸ beschreibt die neuere Lehre eher die Praxis und die Entwicklung des Zusammenspiels der staatlichen Ebenen und stellt die «Konzeptionsarmut» des Föderalismus schweizerischer Prägung fest.²⁹⁹ In diesem Lichte sind auch die nachfolgenden Ausführungen zu verstehen, die mehr eine persönliche Stellungnahme darstellen, als dass sie einen praktischen Nutzen suchen würden.

Die Staatlichkeit der Kantone ist eine schweizerische Selbstverständlichkeit, die gleichzeitig Basis und Ausfluss diverser gesellschaftlicher und juristischer Gegebenheiten ist. So hat das Bundesgericht entschieden, dass die Niederlassungsfreiheit nach Art. 24 BV für einen Notar eingeschränkt werden darf. Da dieser aber unter eigener Verantwortung freiberuflich arbeitet, hat sich das Bundesgericht nicht auf jene praktischen Kriterien zur Begründung des öffentlichen Interesses für den Grundrechtseingriff gestützt, die es bei öffentlich Angestellten anwendet, so namentlich die Notwendigkeit zur lokalen Verbundenheit (z. B. Lehrpersonen) oder der Disponibilität (z. B. Feuerwehrleute oder hohe Verantwortungsträger). Vielmehr führte das Gericht aus, für wichtige hoheitliche Tätigkeiten könne «*nicht ernsthaft bestritten werden [...], dass ein Gemeinwesen berechtigt ist, sie den eigenen Angehörigen vorzubehalten*» und stützte sein Urteil auf die Aussage: «*Im schweizerischen Bundesstaat kommt Staatlichkeit auch den Kantonen zu.*»³⁰⁰

Ein Staat konstituiert sich durch seine Staatsverfassung. Eine solche ist sie aber nur, wenn sie ihren Geltungsgrund aus sich selbst bzw. aus der staatlichen Souveränität ableitet³⁰¹ und nicht aus übergeordnetem Recht. Man könnte aufgrund von Art. 51 BV annehmen, die Kantone leiteten die Geltung ihrer Verfassungen aus der Bundesverfassung ab, da die

298 Eine Übersicht gibt KLEY, Föderalismus und Demokratie, Rz. 3 ff., S. 622 ff., und konkludiert: «*Der Föderalismus ist als blosser Anti-Zentralismus, den die Gegner des Bundesstaates prägten, nicht theoriefähig. Es handelt sich mehr um einen Kampfbegriff als um ein anerkanntes rechtswissenschaftliches Konzept.*» Demgegenüber stützen sich namentlich FLEINER / MISIC, Rz. 1 ff., S. 429 ff. für die Aussage, dass Föderalismus ein vorverfassungsrechtliches Ordnungsprinzip sei, nicht weniger auf die formelle Autonomie der Kantone, als auf den Schutz von kultureller Vielfalt, der (nur) durch die föderative Staatsordnung gesichert werden kann.

299 BELSER, Föderalismuskonzeption, Rz. 8 f., S. 670

300 BGE 128 I 280, S. 283, E. 4.3. Nota bene ging es um den Kanton Appenzell Innerrhoden, der mit 173 km² (zum Grossteil schwer bewohnbare Berglandschaft) der flächenmässig zweitkleinste und mit gut 16 Tausend Einwohnern der bevölkerungsärmste Kanton der Schweiz ist, dessen Kantonshauptort Appenzell in gut 20 Minuten von der nächsten grösseren Stadt Sankt Gallen aus erreichbar ist.

301 Vgl. GIACOMETTI, Kantone, S. 15 f.

Kantonsverfassungen vom Bund gewährleistet werden müssten.³⁰² Immerhin kann beobachtet werden, dass diverse Kantonsverfassungen (ebenso wie Art. 3 BV) ihre Kantone als souverän bezeichnen und präzisieren, dass ihre Staatsgewalt von ihrem eigenen Volk ausgeht. Das schliesst aus, dass die Staatsmacht vom Bund an den Kanton übertragen worden ist. Die Bundesversammlung hat diese kantonalen Verfassungsbestimmungen gewährleistet.³⁰³

Weiter wird argumentiert, die Kantone könnten deshalb nicht als Staaten in rechtlichem Sinne angesehen werden, weil sie nicht souverän seien, da der Bund gemäss Art. 3 BV ihre Kompetenzen auch ohne die Einwilligung jedes betroffenen Kantons unbeschränkt limitieren könne und sogar ohne eine Kompetenznorm der BV ein Bundesgesetz ins kantonale Recht eingreifen könne, und zwar wegen des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV) und des Anwendungsgebots von Bundesgesetzen (Art. 190 BV). Diese machen es möglich, dass auch der Bundesverfassung (und gegebenenfalls der verfassungsmässigen Kompetenzordnung) widersprechende (formelle) Bundesgesetze zur Anwendung gelangen.³⁰⁴

Beide Begründungen muten jedoch einseitig positivistisch an. Insbesondere greift die Argumentation, dass die Kantonsverfassungen ihre normative Geltung aus der Gewährleistung des Bundes ableiten, zu kurz. Denn Art. 51 Abs. 2 BV besagt lediglich, dass die Kantone um die Gewährleistung ihrer Verfassungen nachzusuchen hätten. Diese Gewährleistung bedeutet zunächst nur, dass der Bund die Verfassungen anerkennt und ihnen seinen Schutz gewährt. Damit ist nicht gesagt, dass die Verfassungen ihre normative Geltung nicht aus sich selbst ableiten und ihre Legitimation auf ihre innerkantonalen demokratischen Verfahren stützen. Die Gewährleistung des Bundes hat denn auch

302 So FLEINER / GIACOMETTI, S. 41 ff.: Ausgehend von der formell nicht eingeschränkten Möglichkeiten des Bundes, die kantonalen Kompetenzen einzuschränken, folgert er: «*Sind die Kantone nicht souverän, so stellen sie aber auch keine Staaten dar.*» Er sieht in ihnen zunächst nur dezentralisierte Selbstverwaltungskörper. Anschliessend findet er die «*[...] Rettung der Bundesstaatlichkeit [in der] Mitwirkung der innerstaatlichen Herrschaftsverbände an der Bildung des staatlichen Willens [...]*»; GIACOMETTI, Kantone, S. 23 ff.: An dieser Stelle bringt es der Autor aber nicht übers Herz, den Kantonen ihre Staatlichkeit vollends abzusprechen und bezeichnet sie als Staaten im (bloss) politischen Sinne, nicht aber im Rechtssinne (S. 28 ff). Vgl. auch FN 312

303 So als Beispiel § 1 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010:
 1 *Der Kanton Schwyz ist ein souveräner Stand der Schweizerischen Eidgenossenschaft.*
 2 *Er ist ein freiheitlicher, demokratischer und sozialer Rechtsstaat.*
 3 *Die Staatsgewalt beruht auf dem Volk und wird nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung ausgeübt.*

Diverse andere Kantone haben freilich den Ausdruck «souverän» durch «selbständig» ersetzt oder in jüngeren Verfassungsreformen auf die Bezeichnung «Staat» (ausser als Teil des Begriffs «Rechtsstaat») verzichtet (so der Kanton Freiburg 2019 und Luzern 2016).

304 Ausführlich dazu MARTI, Föderalismus-Rechtstaatlichkeit, Rz. 13 ff., S. 604 ff.

unbestrittenermassen nur deklaratorische Bedeutung; ihr Zweck ist es, festzuhalten, dass die Kantonsverfassungen nicht Bundesrecht verletzen.³⁰⁵

Weiter ist auch das Argument zu hinterfragen, die Kantone könnten wegen ihrer fehlenden Souveränität nicht als Staaten gelten. Sicher wäre es dann nicht sinnvoll, die Kantone als souveräne Staaten aufzufassen, wenn der Grundsatz, dass sie über eigene Kompetenzen verfügen, aufgehoben werden könnte, ohne dass ihr direktes Zutun notwendig wäre.

Das heisst umgekehrt, dass die Kantone dann als Staaten zu bezeichnen wären, wenn die Bundesverfassung dem Bund nicht die Macht erteilt, einem Kanton ohne seine eigene Einwilligung seine rechtliche und politische Relevanz zu entziehen. Genau das würde er aber tun, wenn er ohne die selbständige Einwilligung jedes betroffenen Kantons dessen Kompetenzen aufheben könnte. Zusammengefasst bedeutet das, dass die Kantone dann echte Staaten im Rechtssinne sind, wenn ohne ihre eigene Einwilligung ihre rechtliche und politische Relevanz (insbesondere gegenüber ihren eigenen Einwohnern) nicht abgeschafft werden kann. Das ist der Fall, wenn es einen Kerngehalt von Kompetenzen und Mitwirkungsbefugnissen gibt, der ihnen nicht ohne ihre eigene Einwilligung entzogen werden kann.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Bund gemäss Art. 53 BV «Bestand und Gebiet» garantiert. Eine Änderung daran bedarf der Zustimmung der Bevölkerung des betroffenen Kantons. Eine Entleerung der kantonalen Kompetenzen würde ihren Bestand letztlich aufheben. Dennoch können über den Weg der Bundesverfassungsreform einzelne Befugnisse von allen Kantonen auf den Bund übertragen werden, auch wenn nicht alle Kantone dem zustimmen. Würde es die Bundesverfassung erlauben, über den Weg der Bundesverfassungsreform den Kantonen entscheidende Kompetenzen in einem Ausmass zu entziehen, dass diese ihre Relevanz einbüßen, wären die Kantone keine souveränen Staaten. Umgekehrt sind sie das aber, wenn Reformen der Bundesverfassung es nicht erlauben, ihre Autonomie und Eigenständigkeit (Art. 47 BV) und Mitwirkungsbefugnisse grundsätzlich in Frage zu stellen.³⁰⁶

Inhaltliche Grenzen, die der Verfassungsgeber mittels einer Verfassungsrevision nicht überschreiten darf, werden als materielle Schranken der Verfassungsreform bezeichnet.³⁰⁷ Ob es solche gibt oder nicht, ist grundsätzlich umstritten, und für beide Auffassungen gibt es eine

305 Zum Frage der Gewährleistung der Kantonsverfassungen vgl. CEREGHETTI, S. 32 ff. und S. 41 ff.; PEROLINI, besonders S. 37 ff.

306 Ausgedrückt mit den Worten des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 34, 20): «Die Länder sind nur dann Staaten, wenn ihnen ein Kern eigener Aufgaben als <Hausgut> unentziehbar verbleibt.»

307 In der Literatur finden sich auch andere Begriffe wie «materiale» oder «inhaltliche» Schranken der Verfassungsrevision.

Reihe namhafter Vertreter und unterschiedliche Argumente.³⁰⁸ Dass die Bundesverfassung unbeschränkt abänderbar sei, lesen diejenigen, welche materielle Schranken der Verfassungsrevision ablehnen, vor allem aus dem Text von Art. 192 Abs. 1 BV:³⁰⁹ Nirgends stehe, dass gewisse Inhalte der Verfassung nicht durch den Verfassungsgeber abgeändert werden könnten.³¹⁰ Das würde auch für Art. 47 BV gelten.³¹¹

Aus dem Satz, die Verfassung des Bundes könne jederzeit «*ganz oder teilweise revidiert werden*» (Art. 192 Abs. 1 BV), zu schliessen, der Bund könne aufgehoben werden und – im gleichen Akt – seine Glieder abgeschafft und deren Bevölkerung in einen Zentralstaat Schweiz transferiert werden, geht nach der hier vertretenen Auffassung jedoch zu weit.

Der «*Bund*» ist sowohl seinem Namen und seiner Geschichte wie auch seiner heutigen Struktur nach ein Zusammenschluss von Staaten, die gewisse – wesentliche – staatliche Befugnisse den zentralen Bundesorganen übertragen haben.³¹² Verbrieft wird der Zusammenschluss in der Bundesverfassung. Und diese Bundesverfassung sagt in Grundsatzartikel 3 ausdrücklich, dass die Kantone «*souverän*» seien. Damit wird nicht einfach eine Empfindlichkeit der Kantone beschwichtigt.³¹³ Dass

- 308 Eine kompakte Übersicht über die verschiedenen Ansichten gibt WILDHABER, Rechtsfragen, S. 545. Als Fazit nimmt der Autor in Extremfällen die Möglichkeit materieller Schranken an. Zu den verschiedenen Ansichten und zum Thema der materiellen Schranken vgl. HANGARTNER / EHRENZELLER, Rz. 14, LUCHSINGER, passim, sowie SPEISER, S. 128 ff.
- 309 Art. 192 Abs. 1 BV: «*Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden*»
- 310 Vgl. z. B. AUBERT, Rz. 324 ff., insbesondere S. 328 unten: Er lehnt es ab, den Föderalismus als materielle Schranke der Verfassungsrevision anzuerkennen. Sein Argument: Da Kantonszusammenschlüsse erlaubt sein müssten, sei es möglich, dass eines Tages alle Kantone zu einem einzigen zusammengeschlossen würden und damit eine materielle Schranke, welche den Bundesstaat bewahren wollte, der Lächerlichkeit preisgegeben wäre. Dieses Argument muss in unserem Zusammenhang allerdings relativiert werden: Für einen solchen Zusammenschluss aller Kantone muss jeder einzelne davon zustimmen (Art. 53 Abs. 2 BV - unter der aBV wurde derselbe Grundsatz hergeleitet aus Art. 1 aBV und Art. 6 Abs. 2, wonach nur der Kanton selbst - in einem demokratischen Verfahren - die Verfassung revidieren kann - und so erst recht nur der Kanton seine Verfassung aufheben kann. Vgl. dazu SPEISER, S. 119 ff.) - ganz im Gegensatz zur Zentralisierung des der Schweiz aufgrund einer Verfassungsrevision, für die nur die Mehrheit der Stände zustimmen muss.
- 311 Entsprechender Auffassung ist EGLI, BV 47, Rz. 16 ff., S. 996 sowie noch prägnanter in EGLI, BV 46, Rz. 8, S. 982, «*dass nach schweizerischem Verständnis substantielle Kompetenzen der Kantone im Aufgabenbereich unentbehrlich bleiben.*»
- 312 Vgl. SCHWEIZER / MÜLLER, Art. 42-135, Rz. 1 sowie sehr überzeugt FLEINER / GIACOMETTI, S. 706: Als 1874 die Revisionsbestimmungen von Volk, Ständen und Bundesversammlung in die BV eingefügt worden seien, hätten diese kaum die Möglichkeit schaffen wollen, via diese Bestimmungen als verfassungsgebende Organe beseitigt zu werden. Deshalb seien die «*Verfassungsgesetzgebungsorgane*» insgesamt nicht abschaffbar. Die Stände und damit die föderalistische Struktur des Landes seien somit ebenfalls nicht antastbar. Vgl. auch FN 302.
- 313 Anderer Auffassung AUBERT, Rz. 589 oder offenbar auch JAAG, Kantone, Rz. 13.

Art. 47 BV dem Bund grundsätzliche Handlungsanweisungen gibt, wie er die «Eigenständigkeit» der Kantone zu respektieren habe, schwächt den Grundsatzartikel, der die «Souveränität» der Kantone schützt, nicht ab, sondern konkretisiert ihre Organisationsautonomie. Auch die Auffassung, in Art. 3 BV, also dem zentralen Artikel des föderalen Staatsaufbaus schweizerischer Prägung, würde der Verfassungsgeber «Trostpflaster» verpacken und nicht eine verbindliche, regulatorische Absicht damit verfolgen, zollt dem demokratischen Souverän zu wenig Respekt.³¹⁴ Der Föderalismus ist, wie Waldmann zutreffend formuliert, mehr als nur «Symbolpolitik» - allerdings setzt der Föderalismus seiner Auffassung nach auch zusätzliche Durchsetzungsmechanismen voraus, die in der Bundesverfassung fehlen.³¹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung drückt Art. 3 nichts anderes aus, als dass die Kantone Staaten sind und Staaten bleiben sollen.³¹⁶

Eine Auflösung Bundes wäre zwar denkbar,³¹⁷ da damit die Kantone nicht abgeschafft, sondern vielmehr wieder als alleinige Staaten erscheinen würden. Eine Auflösung des Bundes ist aber von der Schaffung eines Zentralstaats Schweiz zu unterscheiden. Eine Vereinigung der Kantone zum Zentralstaat könnte erst in einem zweiten Schritt nach der Auflösung des Bundes geschehen.³¹⁸ Ist aber der Bund einmal aufgelöst, so bedarf es nach völkerrechtlichen Grundsätzen der Zustimmung jedes einzelnen Staates (also jedes heutigen Kantons) für den Zusammenschluss

314 So jedoch BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 3 BV, Rz. 3. Demgegenüber stützt SCHWEIZER die Auffassung, dass die Erwähnung der Souveränität in Art. 3 BV eine politische und normative Aussage sei (SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 8).

315 WALDMANN, Symbolik, S. 1336.

316 SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 43. Die Anknüpfung an das klassische Begriffsverständnis der «Souveränität» als «die dem Staat eigene höchste (unabgeleitete), unbeschränkte (absolute), zeitlich unbegrenzte (permanente), unteilbare Befehls- und Zwangsgewalt» (BIAGGINI, BV-Kommentar, Art. 3, Rz. 2) hilft wenig weiter, denn die BV selbst macht klar, dass sie nicht von diesem unteilbaren Verständnis der Souveränität ausgeht, wenn in Art. 3 BV steht, «[...] soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist. [...]». Der kompromisslose Souveränitätsbegriff ist heute auch für Nationalstaaten nicht mehr zutreffend (SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 5). Die Tragweite des Begriffs «Souveränität» in der BV kann also nur durch die Auslegung der BV selbst geschehen und basiert nicht auf dem völkerrechtlichen Souveränitätsbegriff. «L'article 3, c'est le fédéralisme fondé sur la souveraineté des cantons », sagte Ständerat Pierre Aeby (Amtl. Bull. VE96 SR, S. 25), bevor der Ständerat den Artikel einstimmig verabschiedete. Innerhalb der Schweiz geht man von der geteilten Souveränität aus (SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 7), was auch bedeutet, dass die Kantone (ebenfalls) souverän sind.

317 Positivistisch begründet SPEISER (S. 150) die grundsätzliche Möglichkeit eines Staates, sich aufzuheben, indem die Autorin davon ausgeht, dass die Auflösung einer Verfassung genauso in der Macht des Verfassungsgebers steht wie jede Verfassungsrevision.

318 GREBER, S. 246, verwendet hier das Denkmuster der «logischen Sekunde» und setzt die Auflösung des «Statusvertrags» voraus, welcher er als Voraussetzung des Schweizer Bundesstaats betrachtet, und welcher «gütliche Einigung» und mithin das Einverständnis aller Glieder erfordert, und zwar aufgrund des Prinzips der Bundestreue.

zu einem (neuen) Zentralstaat Schweiz. Diese Zustimmung haben die Kantone mit ihrem Zusammenschluss zu einem Bundesstaat nicht antizipiert.³¹⁹ Denn nirgends in unserer Bundesverfassung wird auch nur angetönt, dass sich die Kantone – in ihrer Eigenschaft als Staaten – auch bereit erklärt hätten, sich von diesem (gegen ihren Willen) aufheben zu lassen. Im Gegenteil ist naheliegender, dass der Zusammenschluss zum Bundesstaat vor allem den Zweck hat, die Unabhängigkeit der einzelnen Kantone zu sichern.³²⁰ Einfach anzunehmen, die Kantone hätten mit ihrem Bund auch der Möglichkeit ihrer Auflösung ohne ihre Einwilligung zugestimmt, erscheint nach diesen Erwägungen als vermessen. Sich für eine solche Annahme auf die Revisionsbestimmungen zu stützen, widerspricht wie dargelegt dem Zweck der Revisionsbestimmungen im Lichte der übrigen Verfassung und ist damit abzulehnen.

Die Revisionsbestimmungen sind unerlässlich und – notwendigerweise – offen formuliert, da dem Bund sonst die langfristig notwendige Flexibilität fehlen würde. Sie regeln aber die Revision der Verfassung des Bundes und nicht die Aufhebung der Verfassung des Bundes. Die Revisionsbestimmungen können den Bund also nicht dazu ermächtigen, den Bund (in seiner Eigenschaft als «Bund») oder seine Glieder aufzuheben³²¹ und deren Bevölkerungen ohne ihr Einverständnis in eine neue Staatsform (Zentralstaat statt «Bund») zu zwingen.³²²

Gewiss kann argumentiert werden, das sei eine realitätsfremde Auffassung.³²³ Denn je nach politischer Konstellationen ist es durchaus vorstellbar, dass künftig eine Bundesverfassungsrevision angenommen wird oder auch die schleichende Entwicklung weitergeht,³²⁴ welche die Staatlichkeit der Kantone abschaffen oder aushöhlen, z. B. indem die Kantone letztlich zu reinen Umsetzungsdistrikten für Bundesrecht gemacht würden. Dass solche Vorgänge denkbar sind, hat die Schweizer Geschichte selbst gezeigt: So haben nicht alle Kantone der Verfassung von 1848 zugestimmt – alle waren aber nachher Kantone eines neuen Bundesstaates,

319 Zum selben Resultat gelangt AUBERT, Rz. 541: Eine Vereinigung oder Aufteilung eines Kantons muss von einer Zustimmung der Bevölkerung des betroffenen Kantons begleitet sein.

320 Vgl. Teil 1 Kap. 3 V B, S. 121.

321 Ähnlich: FAVRE, Droit constitutionnel, S. 447 f.

322 Bei der Feststellung, die Bundesstaatlichkeit könne nicht durch eine Bundesverfassungsrevision abgeschafft werden, geht es aber genaugenommen nicht um eine Schranke der Verfassungsrevision, sondern darum, dass es sich überhaupt nicht um eine Revision der Verfassung handeln würde, wenn diese abgeschafft und eine völlig andersartige Verfassung (die keine *Bundesverfassung* ist) eingeführt würde. Deshalb könnte sich eine solche *Umwandlung* (nicht *Revision*) des schweizerischen Staates gar nicht auf die Revisionsbestimmungen stützen. Die Revision wird deshalb nicht unterdrückt, sondern es wird nur klargestellt, was noch eine Revision sein kann und was eindeutig etwas anderes darstellt.

323 So im Ergebnis KLEY, Föderalismus und Demokratie, Rz. 25, S. 634 ff.

324 Wovon z. B. BELSER, Föderalismuskonzeption, Rz. 6, S. 669 auszugehen scheint. Ihr folgend wären Volksinitiativen auch völlig rechtens, welche z. B. die Abschaffung der Kantone zum Inhalt hätten (Rz. 11, S. 671 f.)

egal ob mit oder gegen ihren Willen. Das Volk des Kantons Freiburg hat beispielsweise nie in seiner Geschichte einer Bundesverfassung zugestimmt. Aber der Bundesverfassung von 1848 ging ein Krieg voraus, und was dann geschah, war die Schaffung eines neuen Staates aufgrund der militärischen Machtverhältnisse, und nicht eine Verfassungsrevision. Die «Einführung» eines Zentralstaates in der Schweiz hätte darum auf jeden Fall den Charakter einer Revolution: Sogar wenn die Verfassung formell betrachtet dieselbe bleibt, wäre es eine revolutionäre Machtverschiebung.³²⁵

Innerhalb der schweizerischen Bundesverfassung bildet die Bundesstaatlichkeit also eine ungeschriebene materielle Schranke der Bundesverfassungsreform.³²⁶ Dies führt zum Schluss, dass die Kantone Staaten sind, weil im Verfahren der Verfassungsreform die Bundesstaatlichkeit nicht durch eine zentralstaatliche Staatsorganisation abgelöst werden kann, und damit den Kantonen als autonomem Bereich mindestens diejenigen staatlichen Hoheitsbefugnisse nicht rechtmässig entzogen werden können, welche sie zu Staaten machen.³²⁷ Daran ändert auch nichts, dass es der Bund ist, der bestimmt, welche Kompetenzen bei den Kantonen verbleiben und welche er selbst übernimmt. Dies ist nicht mehr als eine notwendige Folge der bundesstaatlichen Organisation³²⁸ und nicht Ausdruck davon, dass der Bund die Kantone auch «entmachten» könnte. Der Bund darf daher von seiner Kompetenzkompetenz nur soweit Gebrauch machen, als er damit die Bundesstaatlichkeit materiell und formell nicht grundsätzlich in Frage stellt.

325 «Here then, so to speak, are opened the very springs and fountains of revolution; and hence arise two sorts of changes in governments; the one affecting the constitution, when men seek to change from an existing form into some other, for example, from democracy into oligarchy, and from oligarchy into democracy, or from either of them into constitutional government or aristocracy, and conversely; the other not affecting the constitution, when, without disturbing the form of government, whether oligarchy, or monarchy, or any other, they try to get the administration into their own hands. » Aristoteles, Politics, Book Five, <http://classics.mit.edu/Aristotle/politics.5.five.html> (18. Juli 2015)

326 So insbesondere KÄGI, Rechtsfragen S.739a ff., insb. 838a f.; AUBERT, Rz. 541. Anders argumentiert SIEGENTHALER, S. 211ff. und 246 ff., für den der Föderalismus vor der Verfassungsrevision immun ist, weil die BV (in ihrem Text) eine solche nicht zulasse: Das Zusammenspiel von Art. 1 und Art. 5 aBV schützten die Kantone sowohl in ihrer Existenz, in ihrem Bestand als auch in ihren Kompetenzen. Weiterführende Literatur: SALADIN, Art. 3 aBV, N. 45 ff.; AUBERT, Rz. 589 und 611; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S.46 ff.; BRÜGGER, S. 77 ff.

327 Das deutsche Bundesverfassungsgericht bezeichnet diesen Mindestbestand als «Hausgut», vgl. FN 306.

328 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV A 1, S. 91.

III Die wesentlichen Merkmale der schweizerischen Bundesstaatlichkeit im Überblick

Der bundesstaatliche Aufbau der Schweiz wird zwar in keinem Bundesverfassungsartikel explizit festgehalten,³²⁹ er kommt aber in der ganzen Verfassung deutlich zum Ausdruck, namentlich in Art. 3 und 42 ff. BV und vor allem anderen natürlich in ihrem Titel, der verdeutlicht, dass es sich um die Verfassung eines Bundes handelt. Es wird denn auch nicht angezweifelt, dass die Bundesstaatlichkeit eines der Wesensmerkmale der Schweiz darstellt.³³⁰ Aus Art. 3 und Art. 42 ff. BV ergeben sich die Pfeiler, auf denen die schweizerische Bundesstaatlichkeit in rechtlicher Hinsicht aufgebaut ist:³³¹

- Die Gleichheit der Kantone - eine teilweise absolute und teilweise nach der Grösse des Kantons abgestufte Gleichheit.
- Die Aufgabenteilung (Art. 3, 42 und 43a Abs. 1 BV) und Aufgabenautonomie der Kantone (selbständige Bestimmung und Erfüllung der eigenen Aufgaben der Kantone nach Art. 43 BV, sowie deren Beteiligung an der Erfüllung von Bundesaufgaben; Art. 46 BV).
- Die Finanzautonomie der Kantone (Autonomie in Bestimmung, Erhebung und Verwendung der Einnahmen, wobei der Bund formelle Aspekte der kantonalen Steuern harmonisiert, Art. 129 BV, und einige Steuerobjekte sich selbst vorbehält, Art. 134 BV).
- Die Organisationsautonomie der Kantone (selbständige Bestimmung der Staatsorganisation sowie der politischen Verfahren).
- Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Willensbildung des Bundes (Art. 45 und 55 BV).³³²
- Die Bundestreue (Verpflichtung von Bund und Kantonen zum Zusammenwirken im Rahmen des Bundesstaates; Art. 44 BV).

329 Im Gegensatz zu den Verfassungen jüngerer Bundesstaaten wie Österreich (Art. 2 B-VG), Deutschland (Art. 20 GG) oder Belgien (Art. 1 kV), welche den bundesstaatlichen Aufbau explizit im Text festschreiben. Gewisse Verfassungsentwürfe der Schweiz weisen ebenfalls ausdrücklich auf die Bundesstaatlichkeit hin, so der Entwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung von 1977 (Bericht Bern 1977) in Art 1 und insbesondere VE 96, welcher die «Bundesstaatlichkeit» als Überschrift zu Art. 3 wählte. Diese Überschrift ist allerdings in der neuen BV wieder weggefallen.

330 Vgl. statt vieler SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 38 ff. und 76 ff.

331 Aufzählung in Anlehnung an SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 16; ders., Bund und Kantone, S. 449 ff. und TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 64-78 (mit detaillierten Erläuterungen zu den einzelnen Pfeilern). Vgl. auch SCHWEIZER, Föderalismus, Rz. 33 ff., S. 552 ff.

332 TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 73 ff.

IV Die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung

A System der Kompetenzzuteilung: Art. 3 und 42 BV

Art. 3 BV bildet die Grundnorm der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen. Ihm wird entnommen, wer die Kompetenzen verteilt, und in welcher Form dies zu geschehen hat. Unter der alten BV war der Art. 3 aBV schon beinahe identisch formuliert, und nahm die gleiche Funktion wahr. Seit der Revision der BV wird der Artikel nun ergänzt durch Art. 42 ff.

1 Kompetenzkompetenz des Bundes

Die sogenannte Kompetenzkompetenz im Bundesstaat hat, wer abschliessend festlegt, welche staatlichen Befugnisse auf welcher bundesstaatlichen Ebene (Bund oder Kantone) wahrgenommen werden.³³³

Art. 3 BV schreibt vor, dass dem Bund nur durch eine Revision der Bundesverfassung neue Kompetenzen zugewiesen oder entzogen werden können, was durch Art. 42 BV zusätzlich bekräftigt wird.

Für die Revision der Bundesverfassung sehen Art. 192 ff. grundsätzlich zwei verschiedene Verfahren vor, je nachdem, ob es sich um eine Partialrevision oder um eine Totalrevision der Verfassung handelt. Bei der Schaffung, Streichung oder Revision einer Kompetenznorm handelt es sich regelmässig um eine Partialrevision, da weder in formeller noch in inhaltlicher Hinsicht grundlegende Prinzipien unseres Staates zur Diskussion stehen. Die Partialrevision kann durch eine Volksinitiative in Gang gesetzt werden oder im Verfahren der einfachen Gesetzgebung vor sich gehen (Art. 192 Abs. 2). Bei den Funktionen, die sie dabei wahrnehmen, handeln sowohl das Volk als auch die Kantone als Organe des Bundes. In beiden Fällen liegen also Initiative, Ausarbeitung und Endentscheid bei Organen des Bundes.

Da also die Kompetenzen nur durch die Bundesverfassung auf Bund und Kantone verteilt werden können und die Bundesverfassung nur durch Organe des Bundes revidiert werden kann, liegt die Kompetenzkompetenz beim Bund.³³⁴ Die Festlegung der Kompetenzverteilung durch den Bund scheint sinnvoll, da es aus ordnungspolitischen Gründen schwer denkbar wäre, dass jeder Kanton selbst bestimmt, welche staatlichen Befugnisse er wahrnimmt und welche

333 Zur Terminologie: Hier wird Kompetenzkompetenz nur im Sinne der *allgemeinen* Kompetenzkompetenz verstanden, d. h. der Kompetenz, über die Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Gliedstaaten zu entscheiden. Vereinzelt wird diese von der *besonderen* Kompetenzkompetenz abgegrenzt, welche eine parallele Bundeskompetenz mit nachträglich derogierender Wirkung meint, von welcher der Bund nicht oder noch nicht Gebrauch gemacht hat, vgl. dazu unten, S. 67. So z. B. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 136 ff.

334 Vgl. anstatt vieler TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 96 oder SCHWEIZER, Verteilung, Rz. 1 ff., S. 691 ff.

er dem Bund überträgt, welche Bundesgesetze für ihn gelten sollen und welche nicht. Es leuchtet auch ein, dass der Bund nicht in jedem der 26 verschiedenen Kantone andere staatliche Kompetenzen ausüben kann. Eine solche Organisation würde sogar mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Auflösung des Bundesstaates führen.³³⁵ Ausserdem sind die Kantone geschützt gegen eine willkürliche Ausübung der Kompetenzkompetenz durch den Bund, indem Kompetenzübertragungen auf den Bund einer Verfassungsrevision bedürfen³³⁶ (Art. 3 und 42 BV), und an dieser wirken die Kantone substantiell mit, und zwar insbesondere durch das obligatorische Volks- und Ständereferendum (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV). Darüber hinaus darf auf dem Weg der Verfassungsrevision nicht unbeschränkt in die kantonalen Kompetenzen eingegriffen werden.³³⁷

2 Die subsidiäre Generalkompetenz zugunsten der Kantone und die Lückenlosigkeit der Kompetenzaufteilung

Art. 3 BV sorgt für eine lückenlose Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen durch eine subsidiäre Generalkompetenz, die jede Kompetenz, welche nicht durch die formelle Bundesverfassung speziell geregelt ist, den Kantonen zuweist. Es gibt somit keine staatlichen Aufgabenbereiche, für die kein Staatswesen zuständig ist; die Bundesverfassung regelt alle Kompetenzbereiche, wobei es allerdings Sache der Verfassungsauslegung bleibt, die Tragweite der einzelnen Kompetenznormen zu bestimmen.³³⁸

Der Vorteil dieser lückenlosen Regelung zeigt sich zunächst neu anfallenden Staatsaufgaben. Hätten sowohl der Bund als auch die Kantone nur dort Kompetenzen, wo die Verfassung ihnen solche ausdrücklich zuweist, so wäre bei Aufgaben, die neu anfallen, kein Gemeinwesen befugt oder verantwortlich, sich ihrer anzunehmen, bevor eine formelle Verfassungsänderung ihm die Kompetenz zuweist, was naheliegende praktische Probleme nach sich ziehen würde.

Aus der lückenlosen Kompetenzordnung nach Art. 3 BV lassen sich verschiedene Prinzipien ableiten: Jede Staatstätigkeit muss durch die Kompetenzordnung der Bundesverfassung abgedeckt sein. Zwar können in gewissen Sachbereichen sowohl der Bund als auch die Kantone Kompetenzen besitzen. Was es aber nicht gibt, sind sogenannte «freie Staatstätigkeiten», welche nach gewissen älteren Auffassungen von der Kompetenzordnung losgelöst jedem Staatswesen kraft seiner Staatlichkeit

335 Vgl. AUBERT, Rz. 425 ff.

336 Zur Wünschbarkeit des Erfordernisses der Verfassungsrevision: FRENKEL, Bundesstaat, Rz. 886.

337 Vgl. Teil 1 Kap. 3 II, S. 82.

338 Vgl. Teil 1 Kap. 3 I, S. 77. Denkbar, wenn auch kaum realistisch, bleibt allerdings der Fall einer Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit, siehe Teil 1 Kap. 3 IV D 2 b, S. 116.

(also sowohl dem Bund als auch den Kantonen) offenstehen sollen.³³⁹ Auch das privatrechtliche Handeln des Staates muss von der Kompetenzordnung abgedeckt sein. Selbst wenn man eine «freie Verwaltungstätigkeit» ohne gesetzliche Grundlage für zulässig erachten sollte, darf der Bund eine solche nur im Zusammenhang mit Kompetenzbereichen ausüben, für die er durch die BV für zuständig erklärt worden ist, insbesondere also zur Umsetzung seiner Gesetzgebungskompetenzen. Alle anderen Bereiche «freier Staatstätigkeit» sind den Kantonen aufgrund der subsidiären Generalkompetenz von Art. 3 BV vorbehalten.³⁴⁰

Auch Subventionsleistungen dürfen nur mit entsprechender Kompetenz erbracht werden.³⁴¹ Diese Feststellung ist aus föderalistischer Sicht besonders hervorzuheben, denn durch Subventionen könnte der Bund in den Kantonen oder sogar die Kantone in anderen Kantonen die Verhältnisse entscheidend beeinflussen. Werden Subventionen ohne Kompetenz erbracht, so können sie im Effekt die Kompetenzverteilung unterwandern.³⁴² Das heisst allerdings nicht, dass jede Kompetenznorm der Verfassung auch die Möglichkeit der Subventionen oder Förderungsmassnahmen ausdrücklich erwähnen muss, damit diese ausgerichtet werden können. Hat das Gemeinwesen eine Kompetenz in einem bestimmten Bereich staatlichen Handelns und ergibt sich aus der Verfassungsauslegung, dass ihm dabei die Wahl der Mittel freigestellt ist, so sind Subventionen ebenfalls zulässig.³⁴³

Es mag verwundern, wenn in der BV trotz der subsidiären Generalkompetenz zugunsten der Kantone dennoch Normen anzutreffen sind, die den Kantonen ausdrücklich Kompetenzen zuweisen. Diese Normen können verschiedene Gründe haben. In manchen Fällen soll den Kantonen ein bestimmter Teil des Regelungsbereichs, der von einer Bundeskompetenznorm umfasst wird, vorbehalten bleiben. Dies ist oft der Fall für den Vollzug in einem Bereich, in welchem dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zugewiesen wird. In einem solchen Fall spricht die Lehre von einem echten Vorbehalt zugunsten kantonalen Rechts.³⁴⁴ Daneben gibt es die unechten Vorbehalte, in denen den Kantonen in der Bundesverfassung ein Bereich ihrer Kompetenz zugesichert wird, für den aber die Bundesverfassung gar keine Bundeskompetenz vorsieht, der also gemäss der subsidiären Generalkompetenz von Art. 3 BV sowieso in die kantonale Kompetenz fällt. Solche unechten Vorbehalte haben

339 FLEINER / GIACOMETTI, S. 70; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 59. Verweise auf die ältere Lehre bei AUBERT, Rz. 614.

340 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 59: «Ob Bund oder Kantone öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich vorgehen, ist eine Frage des Mittels, aber nicht der Kompetenzausscheidung.» Vgl. auch FLEINER / GIACOMETTI S. 70 f.

341 Zur Kompetenz für die Medienförderung vgl. THALMANN, parallele Kompetenz, passim.

342 Vgl. AUBERT, Rz. 614.

343 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 59; AUBERT, Rz. 768. Zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Subventionen: FLEINER-GERSTER, Verwaltungsrecht, Rz. 18 und 32.

344 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 122 ff. und SCHWEIZER, Verteilung, Rz. 4, S. 695.

deklaratorischen Charakter. Sie können in Zweifelsfällen hilfreich sein, um den Umfang von Bundeskompetenzen zu interpretieren.³⁴⁵

3 Form der Kompetenzzuteilung

Nur durch die Bundesverfassung dürfen dem Bund Kompetenzen eingeräumt werden. Dies ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut des zweiten Teils von Art. 3 BV, welcher bloss bestimmt, dass der Bund nur Rechte ausüben dürfe, welche ihm «übertragen» seien. Zusammen mit dem ersten Teil des Satzes kann aber aus Art. 3 BV vernünftigerweise keine andere Bedeutung gewonnen werden.³⁴⁶ Ausserdem bestätigt Art. 42 diese Regel, indem er festhält, dass der Bund jene Aufgaben übernimmt, die ihm die Bundesverfassung zuweist.

Art. 3 BV und damit die Regel, dass Kompetenzen durch die Bundesverfassung zuzuweisen sind, ist zwingendes, objektives Recht. Daraus folgt auch, dass es unzulässig ist, Kompetenzen durch einfache Gesetze zu begründen. Dazu ist allerdings anzufügen, dass es natürlich zulässig ist, wenn die Bundesverfassung selbst die genaue Abgrenzung der Kompetenzen in einem gewissen Bereich der Gesetzgebung delegiert.

Wenn nun gilt, dass Kompetenzen nur durch die Verfassung verteilt werden dürfen, so muss weiter geklärt werden, was unter Verfassung zu verstehen ist. Zunächst ist davon auszugehen, dass Art. 3 BV als Teil der formellen Bundesverfassung auch formelles Verfassungsrecht meint, wenn von «Bundesverfassung» die Rede ist.³⁴⁷ Art. 3 BV schreibt damit vor, dass jede Kompetenzzuteilung an den Bund in der Bundesverfassung (im formellen Sinn) stehen muss, dass also jede Neuzuteilung oder Revision einer Bundeskompetenz nur im Verfahren der Verfassungsrevision nach Art. 192 ff. BV vorgenommen werden kann.³⁴⁸ Ob die Kompetenznormen auch materielles Verfassungsrecht darstellen, weil sie für den Staatsaufbau von grundlegender Wichtigkeit sind, braucht an

345 Vgl. HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1055; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S.121 f.

346 Art. 3 BV: «Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.» Zum Sinn des Teilsatzes 2 im Zusammenhang mit Teilsatz 1 vgl. FLEINER / GIACOMETTI S. 67.

347 Ob die Kompetenznormen zur Verfassung im materiellen Sinne gehören, ist Frage der Doktrin. So kann man davon ausgehen, dass sie immanente Wichtigkeit hätten für ein grundlegendes Wesensmerkmal der Schweiz - die Bundesstaatlichkeit. Damit gehörten sie zur Verfassung im materiellen Sinne; FLEINER / GIACOMETTI S. 21 f. Andererseits kann argumentiert werden, dass zwar der Grundsatz der Bundesstaatlichkeit Verfassung im materiellen Sinne sei, die einzelnen Kompetenznormen aber auf tieferer Ebene stehen würden und damit durchaus auch in einfachen Bundesgesetzen stehen könnten (so offenbar z. B. THOMAS FLEINER in *Föderalismus Hearings*, S. 1029: «Föderalismus ist eine Frage der Gesetzgebung. ... Föderalismus ist schliesslich viel eher ein staatlich organischer Lebens- und Entscheidungsprozess, als ein verfassungsrechtliches Dogma.»).

348 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 56.

dieser Stelle nicht beantwortet zu werden, da dieser Frage nur theoretische Bedeutung zukommt und sie am Verfahren für den Erlass von Kompetenznormen nichts ändert. Hingegen sei festgehalten, dass die Feststellung und Abgrenzung der Kompetenzbereiche Fragen der Verfassungsauslegung sind, und auch implizite respektive stillschweigende Bundeskompetenzen möglich sind.³⁴⁹

4 Revidierbarkeit von Art. 3 BV

Grundsätzlich ist jeder Artikel der formellen Bundesverfassung revidierbar, und zwar in einem der in Art. 192 ff. BV vorgesehenen Verfahren. Allerdings darf die Verfassungsrevision gewisse Grundnormen der Verfassung nicht antasten. Beispielsweise wird hier davon ausgegangen, dass es unzulässig wäre, auf dem Wege der Verfassungsrevision die Schweiz in einen Zentralstaat zu verwandeln.³⁵⁰ Geht es aber nicht darum, am Grundsatz der Bundesstaatlichkeit zu rütteln, sondern wird nur das formelle System der Kompetenzzuteilung geändert, wird keine wesentliche Grundentscheidung des schweizerischen Staates in Frage gestellt. Deshalb wäre es nicht von vornherein unzulässig, Art. 3 dahingehend zu revidieren, dass z. B. eine Kompetenzzuteilung an den Bund auch durch ein einfaches Bundesgesetz vorgenommen werden könnte. Es stellt sich aber die Frage, ob dies im Verfahren der Partialrevision nach Art. 194 BV geschehen könnte, oder ob das qualifizierte Verfahren der Totalrevision nach Art. 193 BV zum Zuge kommen müsste.

Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass auch die Revision eines einzigen Artikels der Bundesverfassung eine Totalrevision sein kann, wenn dabei (mindestens) ein Grundprinzip der schweizerischen Staatsform wesentlich verändert wird.³⁵¹ Nach welchen Kriterien eine echte Partialrevision von einer materiellen Totalrevision zu unterscheiden ist, ist aber letztlich eine reine Wertungsfrage. An dieser Stelle genügt es, festzustellen, dass die Verschiebung des Verfahrens der Kompetenzausscheidung von der Verfassungsgebung auf die einfache, dem fakultativen Referendum unterliegende Gesetzgebung kaum ein Grundprinzip unseres Staates in Frage stellen würde, blieben doch Föderalismus und auch Teile der Mitwirkung der Kantone (abgesehen vom fehlenden Ständemehr beim fakultativen Gesetzesreferendum) bei der Willensbildung im Bund im Grundsatz erhalten. Eine dahingehende Revision der Bundesverfassung könnte damit im Verfahren einer Partialrevision vollzogen werden.³⁵²

349 SCHWEIZER, Art. 3 BV, Rz. 11

350 Zur Frage einer solchen materiellen Schranke der Verfassungsrevision vgl. Teil 1 Kap. 3 II, S. 82

351 AUBERT, Rz. 354

352 Vgl. SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 67 f.

5 Zwingender Charakter der Kompetenzverteilung

Art. 3 BV ist wie erwähnt objektives öffentliches und damit zwingendes Recht.³⁵³ Die durch diesen Artikel festgelegte Kompetenzkompetenz des Bundes, das darin begründete Gebot der Festlegung der Bundeskompetenzen durch Einzelermächtigungen in der BV, sowie die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone können nicht durch diese abgeändert werden. Denn Kompetenzen sind nicht wie subjektive Rechte frei verfügbar und z. B. durch Vertrag zwischen den Gemeinwesen übertragbar. Es handelt sich vielmehr um öffentliches objektives Recht, welches das betroffene Gemeinwesen nicht nur zum Handeln berechtigt, sondern ihm auch die Pflicht gibt, seine Kompetenzen wahrzunehmen. Es wäre also genauer, den etwas schwer einzugrenzenden Begriff der «Kompetenzen» durch «Aufgaben» oder «Verantwortungen» zu ersetzen,³⁵⁴ da der mit einer Kompetenz betraute Staat nicht einfach ein Recht hat, das er beanspruchen darf, auf das er aber auch verzichten kann, sondern er wird mit einer staatlichen Verantwortung betraut, welche er wahrzunehmen hat. In Art. 42 BV wird dieses Verständnis von Kompetenzen dadurch bestätigt, dass der Artikel weder von Rechten noch von der Souveränität spricht, sondern vielmehr von Aufgaben.

Demzufolge darf der Entscheid des Verfassungsgebers, eine Kompetenz einem gewissen staatlichen Hoheitsträger zuzuordnen, nicht einfach durch anderslautende Vereinbarungen zwischen Organen dieser Gemeinwesen unterhöhlt werden. So ist es weder zulässig, dass der Bund Staatsaufgaben ohne verfassungsmässige Kompetenz wahrnimmt, indem er vorher bei allen Kantonsregierungen deren Einwilligung einholt,³⁵⁵ noch, dass der Bund seine verfassungsmässigen Kompetenzen den Kantonen quasi freiwillig zurückgibt.

6 Subsidiaritätsprinzip

Das Subsidiaritätsprinzip gemäss schweizerischem Bundesstaatsrecht liefert keine inhaltlichen Kriterien für die Zuteilung der Kompetenzen an

353 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 61; FLEINER / GIACOMETTI, S. 70 ff.

354 Selbst dort, wo die BV dem Bund durch eine «kann»-Formel dazu *ermächtigt*, eine Kompetenz wahrzunehmen oder nicht, ist ein Auftrag mitenthalten: Er darf nicht einfach nichts tun, sondern ist zumindest verpflichtet, regelmässig nachzuprüfen, ob ein Bedarf nach einer Bundesregelung besteht (vgl. SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 84). Dies ergibt sich auch aus Art. 43 f. BV. SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 79, ersetzt den Begriff der «Kompetenz» durch «Zuständigkeit», «Hoheit» oder «Aufgabe», u. a. um den in Art. 3 BV verwendeten Begriff der «Souveränität» nicht abzuwerten. Wenn im Folgenden von «Kompetenz» die Rede ist, so der Verständlichkeit halber, weil sich dieser Begriff eingebürgert hat. Er bezieht sich aber nur indirekt auf den in Art. 3 BV verwendeten Begriff der «Souveränität». Vielmehr sollen damit die «Rechte» (Art. 3 BV) und die «Aufgaben» (Art. 42 ff.) bezeichnet werden, welche die Kantone bzw. der Bund als eben jene in Teilsatz 1 bezeichneten «souveränen» Staaten ausüben. Jedenfalls soll der Begriff «Kompetenz» nicht denjenigen der «Souveränität» ersetzen; er bezieht sich *nicht* auf dasselbe (anderer Ansicht: AUBERT, Rz. 588)

355 FLEINER / GIACOMETTI, S. 71

verschiedene staatliche Ebenen, und es ist auch nicht im Sinne eines Rechtssatzes justiziabel.³⁵⁶ Trotzdem hat es sich – vielleicht gerade wegen seiner universellen Anwendbarkeit – als Programm durchgesetzt, um ungewollte Zentralisierungen zu vermeiden. So wurde es insbesondere im Recht der europäischen Union verankert und dem EuGH seine Beurteilung anvertraut.³⁵⁷ Als Grundprinzip findet es nun auch seinen Platz in der Bundesverfassung von 1999.³⁵⁸

Dem Subsidiaritätsprinzip liegt der Gedanke zugrunde, dass «die höhere organisatorische Einheit nur Aufgaben an sich ziehen [soll], welche die nachgeordnete Einheit nicht ebensogut oder besser erledigen kann».³⁵⁹ Es kann in zweifacher Hinsicht zum Tragen kommen, und zwar einerseits bei der Verteilung von Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, indem dem Bund nur Kompetenzen zugewiesen werden, soweit sie die Kantone nicht selbst wahrnehmen können.³⁶⁰ Andererseits können sie für den Bund auch ein Gebot zur zurückhaltenden Wahrnehmung seiner Kompetenzen sein.

In der Praxis der Bundesversammlung kommt die Frage, wann eine Kompetenz sinnvollerweise dem Bund zugeteilt werden soll, von Fall zu Fall zur Sprache. Vertiefte wissenschaftliche oder politische Auseinandersetzungen mit dieser Frage sind aber selten.³⁶¹ Möglicherweise

356 EPINEY, Subsidiarität, S. 32; SCHWEIZER / MÜLLER, Art. 43a, Rz. 8; FRENKEL, Bundesstaat, Rz. 959. BELSER, Föderalismuskonzeption Rz. 6, S. 669, gesteht ihm zusammen mit anderen verfassungsmässigen Prinzipien zur Stärkung des Föderalismus weitgehend nur symbolische und beschwörende Bedeutung zu.

357 Heute in Art. 5 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV): «Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschliessliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Massnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.» Weiter wird im Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit präzisiert, wie namentlich die Kommission, das Europäische Parlament, der Rat und die nationalen Parlamente zusammenarbeiten, um die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips (und der Verhältnismässigkeit) sicherzustellen. Und «Der Gerichtshof der Europäischen Union ist für Klagen wegen Verstosses eines Gesetzgebungsakts gegen das Subsidiaritätsprinzip zuständig [...]» (Art. 8 Abs. 1)

358 Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV

359 MAUNZ / ZIPPELIUS, S. 68

360 BBl 1997 I S. 209

361 Als Beispiel anstatt vieler vgl. die Botschaft zur Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)» (BBl 2014, S. 125 ff.): «Der zentrale Grund, der gegen eine Erbschaftssteuer des Bundes spricht, ist daher in dieser Kompetenzaufteilung und dem zu erwartenden Widerstand der Kantone gegen den Verlust dieser Kompetenz zu sehen.» (S. 145). Eine vertiefte Argumentation, warum dieses Objekt der Besteuerung bei den Kantonen besser aufgehoben ist als beim Bund, sucht man in der Botschaft aber vergeblich. Verschiedene vor allem ausländischen Ansätze zur Definition sinnvoller Kriterien zur Kompetenzverteilung finden sich bei FRENKEL, Bundesstaat, Rz. 911 ff.

ist das zunächst darauf zurückzuführen, dass politische Argumente bei der Verfassungsgebung wesentlich mehr Gewicht haben als juristische, und auch dass die Bundesverfassung von 1874 das Subsidiaritätsprinzip nicht ausdrücklich nannte. Wohl deshalb hat sich die Doktrin weitgehend damit begnügt, die formellen Anforderungen an die Kompetenzzuteilung zu beschreiben und überlässt die materielle Diskussion über den Sinn von Bundeskompetenzen der Politik und dem Stimmvolk.

Doch schon aus der Interpretation der alten Verfassung konnte die Pflicht zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen abgeleitet werden, und zwar aus dem programmatischen Teil der Bedeutung des Art. 3 aBV: Wird das Wort *«Souveränität»* ernst genommen, so kann das auch bedeuten, dass der Bund keine neuen Aufgaben an sich ziehen darf, welche auch von den Kantonen wahrgenommen werden können.³⁶² Auch kann man das Subsidiaritätsprinzip ganz allgemein als notwendigerweise der Verfassung zugrundeliegendes Prinzip verstehen, wenn man diese im Kontext mit dem Selbstverständnis und der Geschichte der Eidgenossenschaft betrachtet.³⁶³

Als Grundsatz bestimmt Art. 5a BV unter dem Titel *«Subsidiarität»*: *«Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten.»* Art. 42 BV hält dann weiter fest, dass die Bundeskompetenzen durch die Bundesverfassung begründet werden müssen: *«Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist.»* Im Anschluss daran präzisiert Art. 43a Abs. 1: *«Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.»* Art. 43a Abs. 1 ist eine Ergänzung von Art. 42 zur Konkretisierung von Art. 5a. Ihm können zweierlei Bedeutungen entnommen werden:

Einerseits sollen durch die Bundesverfassung nur jene Kompetenzen dem Bund zugeteilt werden, die wirklich einer einheitlichen Regelung bedürfen. Hier richtet sich die Verfassung also an den Verfassungsgeber mit der Botschaft, dem Bund keine Kompetenzen zu übertragen, wenn eine Regelung auf kantonaler Ebene ebenso gut oder besser zum Ziel führen würde. Mit anderen Worten: Bei der Verteilung von Kompetenzen an Bund und Kantone soll das Subsidiaritätsprinzip beachtet werden.³⁶⁴

362 Vgl. SALADIN, Art. 3 BV, Rz. 38 ff., insbesondere Rz. 69; EPINEY, Subsidiarität, S. 14. Eindrücklich zeugt die Botschaft des Bundesrates *«zur Einführung der Rechtseinheit»* vom 28. November 1896 (BBl 1896 IV S. 733 ff.) davon, wie wichtig das Argument des Subsidiaritätsprinzips bei der Einführung einer Bundeskompetenz war. Um eine Bundeskompetenz für das (materielle) Zivil- und Strafrecht zu schaffen, wurde auf rund 50 Seiten detailliert dargelegt, warum eine Bundesregelung sachlich sinnvoller und effektiver war, um die Ziele des Rechts zu verwirklichen, als kantonale Regelungen.

363 So FLEINER / GIACOMETTI, S. 67: *«Nach der Absicht des Bundesverfassungsgebers von 1848 und 1874 sollte die Eidgenossenschaft nur diejenigen Angelegenheiten besorgen, zu deren Wahrnehmung die Kantone nicht mehr in der Lage waren, [...]»*

364 SCHWEIZER / MÜLLER, Art. 5a, Rz. 17 ff.; THALMANN, Subsidiaritätsprinzip, S. 167.

Andrerseits enthalten Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 auch eine Anweisung an den Bund, wie er die ihm durch Art. 42 übertragenen Kompetenzen wahrzunehmen hat. Bei der Auslegung der Kompetenznormen im Hinblick auf deren Tragweite ist das Subsidiaritätsprinzip zu beachten. Hier richtet sich die Verfassung insbesondere an den Bundesgesetzgeber, aber auch an den Bundesrat und die Bundesverwaltung: Eine verfassungsmässige Bundeskompetenz soll nur soweit ausgeschöpft werden, als eine einheitliche Regelung notwendig ist, und die Bundesgesetze, die aufgrund der Kompetenznorm erlassen werden, sollen die kantonalen Regelungen nur soweit derogieren, als eine einheitliche Regelung erforderlich scheint.³⁶⁵

Untermauert werden die Regeln aus Art. 5a, Art. 42 und Art. 43a Abs. 1 durch Art. 46 Abs. 1 und 3 sowie Art. 47 Abs. 2 BV. Diese Absätze wiederholen die Pflicht des Bundes zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips speziell für die Umsetzung, indem zunächst die Kantone für grundsätzlich kompetent erklärt werden zur Umsetzung des Bundesrechts, und indem dem Bund vorgeschrieben wird, durch eigene Vollzugsregelungen vom kantonalen Vollzug so wenig wie möglich zu derogieren oder zu vereinheitlichen.³⁶⁶

B Die Kompetenzen und ihre Gliederung

Die Kategorisierung der Bundeskompetenzen ist von der Lehre entwickelt worden und dient dazu, die Tragweite der einzelnen Normen zu interpretieren, zu verstehen und vereinfacht zu umschreiben. Weiter zeigt sie die Möglichkeiten auf, die dem Verfassungsgeber zur Verfügung stehen, um die einzelnen Zuständigkeiten innerhalb von Kompetenzbereichen zu definieren. Dabei ist der Verfassungsgeber natürlich frei, Kompetenznormen zu erlassen, die Zwischenformen darstellen oder die in keine der Kategorien passen.³⁶⁷ Diese Kategorien haben auch sonst keine rechtliche Relevanz,³⁶⁸ sondern beschreiben die Erscheinungsformen der Kompetenznormen, wie sie sich aus der Interpretation der Verfassung ergeben.

1 Die Auslegung von Kompetenznormen

a Die Geltung der allgemeinen Auslegungsmethoden und – regeln

Die dargestellten Grundsätze der Gesetzes- und Verfassungsinterpretation³⁶⁹ finden auch für die Auslegung der Normen der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen Anwendung.

365 SCHWEIZER / MÜLLER, Art. 5a, Rz. 22 ff.; THALMANN, Subsidiaritätsprinzip, S. 164 f.

366 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV B 1 b, S. 100.

367 TSCHANNEN, Aufgabenteilung, S. 158.

368 SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 186 f.

369 Siehe Teil 1 Kap. 3 I, S. 77.

Grundsätzlich ist jede Kompetenznorm für sich auszulegen, und es gibt keine Norm in der Bundesverfassung, die generell eine restriktive oder eine extensive Auslegung vorschreibt. Auch Art. 3 BV schreibt hinsichtlich der Auslegung von Kompetenznormen nichts vor, denn er enthält keine Aussagen darüber, wie einzelne Kompetenznormen der Verfassung ausgelegt werden sollen, sondern nur eine subsidiäre Generalkompetenz zugunsten der Kantone.³⁷⁰

b Die Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips und der Systematik

Art. 5a und 43a Abs. 1 BV enthalten mit dem Gebot zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips³⁷¹ u. a. auch die Regel, dass der Bund seine Kompetenzen in jenem Umfang wahrnehmen soll, als eine einheitliche Regelung notwendig ist. Ein Anwendungsfall davon wurde mit der letzten Revision des Wortlauts³⁷² gleich hinzugefügt, nämlich der Fall, dass eine Aufgabe die Kraft der Kantone übersteigt. Der Bestimmung ist aber kein pauschales Gebot zur restriktiven Auslegung von Bundeskompetenzen zu entnehmen, und ebensowenig eine Vermutung zugunsten kantonaler Kompetenzen. Dafür enthält der Artikel ein materielles Kriterium, an dem sich die Auslegung der Kompetenznormen auszurichten hat. Gibt eine Kompetenznorm dem Bund (insbesondere dem Bundesgesetzgeber) den Spielraum, durch die Ausübung seiner Kompetenz mehr oder weniger tief in den kantonalen Bereich einzugreifen,³⁷³ so soll er genau - nur aber immerhin - soviel regeln, wie es für eine gute Aufgabenerfüllung notwendig ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn eine zentrale Regelung zu einer besseren Verwirklichung des Ziels der Kompetenznorm führt als eine Regelung durch die Kantone.

Die Bundesverfassung reiht die Kompetenznormen unter einem eigenen Kapitel ein.³⁷⁴ Hier sind denn auch primär die Bundeskompetenzen zu suchen, insbesondere wenn es sich um Kompetenzen in bestimmten Sachbereichen handelt. Dennoch kommen als Kompetenznormen auch

370 Demgegenüber wird auch die Ansicht geäussert, Art. 3 BV enthalte eine Vermutung zugunsten der kantonalen Kompetenz oder ein Gebot zur restriktiven Auslegung von Bundeskompetenzen, so namentlich in FLEINER / GIACOMETTI, S. 81; Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 68, mit Verweisen auf Autoren der verschiedenen Ansichten.

371 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV A 6, S. 96 ff.

372 Den vorherigen Art. 42 Abs. 2 ersetzend, in Kraft seit 1. Januar 2008.

373 Dies ist insbesondere der Fall bei den meisten umfassenden konkurrierenden Kompetenzen. Vgl. dazu Teil 1 Kap. 3 IV B 2 a, S. 106 und Teil 1 Kap. 3 IV B 3 b, S. 109.

374 2. Kapitel: Zuständigkeiten (Art. 54-125 BV).

Artikel aus anderen Kapiteln der BV in Frage.³⁷⁵ Kompetenznormen müssen nicht unbedingt als solche bezeichnet sein, und Bundeskompetenzen können auch aus Normen erwachsen, die nicht als primären Zweck die Kompetenzaufteilung verfolgen. Beispielsweise geben die individuellen Grundrechte der Verfassung, so etwa die Versammlungsfreiheit, nicht in erster Linie dem Bund eine Kompetenz, sondern dem Rechtssubjekt ein Grundrecht. Trotzdem bekommt der Bund über dieses Grundrecht eine Kompetenz, die sich am deutlichsten dann zeigt, wenn das Bundesgericht in die kantonalen Rechtsordnungen eingreift, um die vom Bund gesetzten Grundrechte durchzusetzen.³⁷⁶ Um es in Anlehnung an Art. 3 BV auszudrücken: Die Souveränität der Kantone kann beschränkt werden durch «*die Bundesverfassung*» - und das heisst: nicht nur durch ein Kapitel derselben. Die Systematik der Bundesverfassung besagt damit nicht zwingend, unter welchem Kapitel Kompetenznormen zu finden sind, aber sie spielt natürlich bei der Auslegung eine wichtige Rolle.

c *Die stillschweigenden Kompetenzen als Resultat der Verfassungsauslegung*

i Stillschweigende Kompetenzen als Teil der Verfassung

Wie festgestellt, teilt Art. 3 BV die Kompetenzen restlos zwischen Bund und Kantonen auf. Dies bedeutet allerdings nicht, dass alle Kompetenzen auch als solche bezeichnet in der Bundesverfassung aufgelistet sind. Es gibt Bundeskompetenzen, die der Verfassungsgeber offensichtlich vorausgesetzt hat, und andere, die in anderen Verfassungsartikeln quasi «mitenthalten» sind, weil letztere gar keinen Sinn ergeben würden ohne die fraglichen Kompetenzen. Es sind Kompetenznormen, die sich nicht direkt dem Wortlaut der BV entnehmen lassen, sondern erst durch eine Interpretation³⁷⁷ erkannt werden. Stillschweigende Bundeskompetenzen sind von den ungeschriebenen Kompetenzen klar abzugrenzen. Ungeschriebene Kompetenzen, deren Zulässigkeit regelmässig abgelehnt wird, lassen sich *nicht* aus der Bundesverfassung selbst ableiten.³⁷⁸ Anzumerken bleibt, dass in der Schweiz die stillschweigenden Bundeskompetenzen vergleichsweise selten bemüht werden mussten, weil es zwar langwierig, aber doch vergleichsweise einfach ist, durch eine

375 So typischerweise die Kompetenz des Bundes zur Erhebung direkter Steuern in Art. 128 BV. Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 54-56, Rz. 1. Ausführlicher gibt HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 69, der Systematik, wenig Gewicht, allerdings mit Blick auf die (sehr unsystematisch gewachsene) aBV. Für können sich aus allen Teilen der BV gleichermaßen Kompetenzen erschliessen.

AUBERT, Rz. 615 f., entnimmt dagegen der Systematik der BV den Grundsatz, dass Kompetenznormen nur im ersten Abschnitt gesucht werden dürften, wobei diese «*Regelung*» nicht eng zu verstehen sei.

376 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV B 4 b, S. 112.

377 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 73 f.

378 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV D 1, S. 115.

formelle Verfassungsrevision eine erwünschte Kompetenz ausdrücklich in die Verfassung zu bringen.³⁷⁹

Stillschweigende Kompetenzen ergeben sich also allein aus der Interpretation der BV, die ebenfalls nach den allgemeinen Auslegungsregeln geschieht. Bei jedem Artikel, aus dem eine stillschweigende Bundeskompetenz gefolgert werden soll, muss durch Interpretation festgestellt werden, ob es der Sinn dieses Artikels sein kann, Bundeskompetenzen zu begründen.

Typischerweise nicht der Fall ist das bei Art. 2 BV. Dieser umschreibt (nur) den Zweck der Eidgenossenschaft und hat (jedenfalls für die Kompetenzaufteilung) keinen normativen Gehalt. Ansonsten liessen sich daraus allzu beliebig Bundeskompetenzen ableiten, und die detaillierte Regelung der Kompetenzaufteilung durch Art. 3 und die besonderen Kompetenznormen der BV hätte gar keinen Sinn. Daraus muss geschlossen werden, dass der Verfassungsgeber durch Art. 2 keine Bundeskompetenzen begründen will, sondern damit allenfalls zur Interpretation einzelner Kompetenznormen der BV beiträgt.³⁸⁰

Die Auslegung einer Verfassungsnorm geschieht immer im Kontext zum Verfassungsrecht als Ganzem. Es kann also beispielsweise keine Kompetenz stillschweigend aufgrund des Zwecks einer Verfassungsbestimmung angenommen werden, wenn aus einer anderen Verfassungsbestimmung oder aus der Systematik der Verfassung geschlossen werden muss, dass der Bund nach dem Sinn der Verfassung eine solche Kompetenz nicht besitzen solle. So konnte der Bund zur Durchsetzung seiner Gesetze, schon bevor er eine ausdrückliche Kompetenz bekommen hatte, wohl Strafnormen erlassen (siehe sogleich). Es bedurfte aber einer zusätzlichen Verfassungsrevision, nämlich des Art. 123 Abs. 1 und 3 BV³⁸¹, damit es ihm möglich wurde, für seine Strafnormen ein einheitliches Prozessrecht zu schaffen, weil sich vor der Revision aus dem Kontext der Verfassung klar ergab, dass das Prozessrecht den Kantonen vorbehalten blieb (gemäss Art. 123 Abs. 3 BV vor dem 1. April 2003 bzw. Art. 64 Abs. 3 aBV). Ähnlich steht es mit den Finanzkompetenzen: Gäbe es keine Vorschriften in der Verfassung, so wäre der Bund stillschweigend befugt, Steuern zu erheben, soweit diese notwendig wären für die Erfüllung seiner verfassungsmässigen Aufgaben. Nun sind aber seine Steuerkompetenzen an einer anderen Stelle der Verfassung klar definiert (Art. 128 und 130 ff. BV), und diese Steuern sind für die Erfüllung seiner Aufgaben vorgesehen. Es ist daher nicht zulässig,

379 Viel wichtiger sind stillschweigende Verfassungsbestimmungen in Ländern mit einer starrereren Verfassung. So muss in den Vereinigten Staaten viel extensiver von stillschweigenden Bundeskompetenzen Gebrauch gemacht werden. Von dort stammen denn auch die wichtigsten Impulse der Lehre von den stillschweigenden Kompetenzen. Vgl. BOTHE, Kompetenzstruktur, S. 145. BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 28, S. 252, bezeichnet die Hürden für eine Verfassungsänderung in der Schweiz jedoch als hoch.

380 Vgl. AUBERT, Art. 2 BV, Rz. 21ff., 28 ff.; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 71

381 Die Bundeskompetenz zum Erlass des Strafprozessrechts wurde in der Volksabstimmung vom 12. März 2000 angenommen und ist seit 1. April 2003 in Kraft.

auch noch einer Kompetenznorm, die nicht ausdrücklich über Steuern spricht, die Befugnis zu entnehmen, weitere Steuern zu erheben.

Es gibt verschiedene logische Denkmuster, welche die Herleitung von stillschweigenden Bundeskompetenzen ermöglichen, und die sich teilweise auch überschneiden. Die wichtigsten davon sind im Folgenden kurz dargestellt.³⁸²

ii Vorausgesetzte Kompetenzen

Sie ergeben sich aus anderen Verfassungsnormen, die eine Kompetenz notwendigerweise voraussetzen, um überhaupt zu funktionieren.³⁸³ Beispielsweise gehören die Massnahmen zur Erhaltung der inneren und äusseren Sicherheit (Art. 173 lit. a und b BV) zu den «Befugnissen» der Bundesversammlung. Ähnliches steht in Art. 185 BV, der die Befugnisse des Bundesrates im Bereich der Wahrung der Sicherheit umschreibt. Diese Artikel sind nicht in erster Linie als Bundeskompetenznormen geschaffen worden, sondern sie sollen die einzelnen staatlichen Tätigkeiten zwischen den Bundesorganen aufteilen. Auch in anderen Artikeln werden die mögliche Massnahmen zum Schutz der Sicherheit angesprochen (Art. 52, 54 und 57 BV). Aber auch sie sind keine umfassenden Kompetenznormen zum Einsatz der notwendigen Mittel zum Schutz der Sicherheit. All diese Artikel würden aber keinen Sinn ergeben, wenn der Bund nicht die Kompetenz hätte, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen. Diese Kompetenz ist deshalb stillschweigend vorausgesetzt.

Vorausgesetzte Kompetenzen sind auch in jenen Normen enthalten, die dem Bund zwar die Verwaltung einer Materie zuweisen, dabei aber keine Gesetzgebungskompetenz erwähnen. Es stellt sich die Frage, ob der Bund sich für diese Verwaltungsaufgaben auch eine rechtliche Basis verschaffen darf, obwohl die Bundesverfassung keine Gesetzgebungskompetenz nennt. Nach dem Verfassungsprinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung³⁸⁴ ist eine Schaffung einer gesetzlichen Grundlage sogar erforderlich. Da materiell nicht tiefer in die kantonalen Kompetenzen eingegriffen wird, wenn der Bund nicht willkürlich durch seine Verwaltung tätig wird, sondern diese einer eigenen gesetzlichen Regelung unterstellt, wird kein Problem in solchen Gesetzen gesehen, obwohl die Kompetenz dafür nicht ausdrücklich in der BV genannt ist.³⁸⁵ Beispiele für solche Verwaltungskompetenzen finden sich in Art. 81 BV, der Kompetenz zur Betreibung öffentlicher Werke oder Art. 63 Abs. 2, der Kompetenz zur Errichtung eigener Hochschulen.

382 Ausführlich dazu HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 75 ff. Übersichtlich in BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu BV 42–135, Rz. 10 und SCHWEIZER, Art. 3 BV, Rz. 12.

383 Die amerikanische Verfassungslehre spricht von «implied powers», im Gegensatz zu «inherent powers», Vgl. FN 389.

384 Vgl. KNAPP, Verwaltungsrecht, N. 444 f. und 453 ff.; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Rz. 333.

385 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 115.

iii Der Schluss vom Zweck auf die Mittel

Bei dieser Auslegung wird davon ausgegangen, dass der Bund stillschweigend jene Kompetenzen haben muss, die zur Ausübung einer ausdrücklich genannten Kompetenz notwendig sind.³⁸⁶ Dazu ein bekanntes Beispiel: Schon bevor dem Bund die umfassende Kompetenz zur Strafgesetzgebung zugewiesen wurde (seit 1898 in Art. 64^{bis} aBV), erliess er Strafnormen, die notwendig waren, um vom ihm erlassene Bundesgesetz durchzusetzen. Begründet wurde dies damit, dass gewisse Rechtsnormen, zu deren Erlass der Bund die Kompetenz hatte, toter Buchstabe geblieben wären, hätte der Bund nicht auch die Zwangsmittel zur Durchsetzung der Normen erlassen können. Es wurde davon ausgegangen, dass es nicht der Sinn der Bundeskompetenz sein könne, dem Bund zwar die Gesetzgebung zuzuweisen, ihm aber keine Mittel zu geben, um die Erzwingung der Durchsetzung zu regeln.³⁸⁷

iv Der Schluss vom Grösseren aufs Kleinere

Wenn der Bund von der BV für eine bestimmte Materie für kompetent erklärt wird, so kann in manchen Fällen davon ausgegangen werden, dass er auch Tätigkeiten wahrnehmen darf (und soll), die dem gleichen Zweck dienen, sich aber in jeder Hinsicht weniger einschneidend auswirken. Ist der Bund beispielsweise in einem Bereich zur ausschliesslichen Gesetzgebung kompetent, so schliesst dies auch die Befugnis zur Vergabe von Subventionen mit ein, die dem gleichen Ziel dienen und nicht in anderen Bereichen in kantonale Kompetenzen eingreifen.³⁸⁸

v Kompetenzen aus der Natur der Sache oder aus der Staatlichkeit an sich

Es handelt sich dabei um die umstrittenste Kategorie stillschweigender Kompetenzen. Genauso wie aus dem Zweckartikel 2 BV keine Kompetenzen abgeleitet werden können, kann das im Prinzip auch nicht aus der Staatlichkeit, der juristischen Persönlichkeit oder der Souveränität des Bundes geschehen.³⁸⁹ Dieser Grundsatz ist leicht zu verstehen, wenn man davon ausgeht, dass der Bund nur durch die Bundesverfassung existiert, denn diese hat für die Staatlichkeit des Bundes nicht bloss deklarativen Charakter, sondern konstitutiven. Die Bundesverfassung schafft nicht nur die Kompetenzen und die Staatlichkeit des Bundes, sondern begrenzt sie auch, insbesondere gegenüber den kantonalen Kompetenzen und der kantonalen souveränen (Art. 3 BV) Staatlichkeit. Deshalb können die staatlichen Kompetenzen des Bundes nicht weiter gehen, als die BV vorsieht. Eine Staatlichkeit «an sich», die dem Bund unabhängig von der

386 FLEINER / GIACOMETTI, S. 78 ff.

387 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 76.

388 Vgl. FLEINER / GIACOMETTI, S. 77.

389 Für diese Art der Kompetenzen werden manchmal die Begriffe «*inherent powers*» oder «*resulting powers*» verwendet (im Gegensatz zu den «*implied powers*», vgl. FN 383).

Verfassung zukommt, existiert nicht, weshalb daraus auch keine Kompetenzen abgeleitet werden dürfen.³⁹⁰

Von diesen nach der hier vertretenen Terminologie unzulässigen Kompetenzen kraft Natur der Sache oder Kraft der Staatlichkeit an sich sind jene stillschweigenden Zuständigkeiten zu unterscheiden, die sich aus dem bundesstaatlichen Aufbau ergeben.³⁹¹ Dieser ist eine Grundentscheidung der Verfassung, die durch ihren Text festgehalten und damit auch der Auslegung zugänglich ist. Hier werden die Kompetenzen nicht aus einem abstrakten Begriff ohne normativem Gehalt wie der Souveränität oder der Staatlichkeit abgeleitet, sondern aus der Interpretation der Gesamtheit des Verfassungsrechts. Die Bundesstaatlichkeit gehört zu den verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen.³⁹² Diese Entscheidung ist ein Teil des durch die Verfassung geschaffenen Rechts und nicht etwa identisch mit den unabhängig vom geschriebenen Recht existierenden allgemeinen Rechts- oder Verfassungsgrundsätzen. Als Verfassungsrecht können verfassungsgestaltende Grundentscheidungen wie einzelne Verfassungsartikel oder eine Gruppe derselben ausgelegt werden, und es können aus diesen Grundentscheidungen auch stillschweigende Kompetenzen abgeleitet werden. Dabei handelt es sich typischerweise um Kompetenzen, die innerhalb eines Bundesstaates sinnvollerweise gar nicht von den einzelnen Gliedstaaten wahrgenommen werden können, und die der Verfassungsgeber schlechterdings vorausgesetzt haben muss, indem er einen Bundesstaat auf die Beine stellte.³⁹³

Als Beispiel kann die Kompetenz des Bundes, sein Hoheitszeichen zu bestimmen, erwähnt werden.³⁹⁴ Denn das Gegenteil wäre so widersinnig, dass es schlicht nicht die Meinung des Verfassungsgebers sein kann. Denn es würde bedeuten, dass jeder Kanton das Bundeswappen definiert, und der Bund dann möglicherweise in jedem Kanton auch ein anderes Wappen hätte. Auch die Kompetenz des Bundes, Staatsnotrecht zu erlassen, ergeht zwar aus Art. 185 Abs. 3 BV, wird aber manchmal auch zu diesen Kompetenzen kraft föderativen Staatsaufbaus gezählt. Falls solches überhaupt als verfassungsmässig anerkannt wird, kann es nur Sinn haben, wenn die Kompetenz, es zu erlassen, dem Bund zusteht.³⁹⁵

2 Die Unterscheidung der Kompetenzen nach ihrem Umfang

Nicht alle Kompetenznormen weisen dem Bund innerhalb eines Sachbereiches dieselben Befugnisse zu. Beispielsweise gibt es Bereiche, in

390 Vgl. FLEINER / GIACOMETTI, S. 75 unten; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 79 f.

391 Vgl. dazu HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 81 ff.; SALADIN, Art. 3 BV, Rz. 134 ff.

392 So HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 81. Vgl. auch SCHWEIZER, Art. 3 BV, Rz. 12.

393 BAUMANN bezeichnet diese Kompetenzen zusammen mit weiteren Stimmen aus der Lehre als «inhärente Kompetenzen» und nennt weitere Beispiele, BAUMANN, Ingress, S. 466.

394 So stützte sich der Bundesbeschluss vom 12. Dezember 1889 betreffend das eidgenössische Wappen nicht auf eine geschriebene Kompetenznorm der Verfassung.

395 Vgl. zum Notrecht Teil 1 Kap. 3 IV D 3 S. 119.

denen der Bund alles Denkbare regelt und seine Gesetze selbst umsetzt. Auf der anderen Seite gibt es in der BV auch Regeln, die den Kantonen nur vage Grenzen vorzeichnen, die der Kanton bei seiner Gesetzgebung nicht überschreiten darf. Hier handelt es sich um sogenanntes Verhaltensrecht, das klassische Beispiel bilden die Grundrechte der Bundesverfassung. Auch solches Verhaltensrecht beinhaltet (unter anderem) eine Bundeskompetenz, weil nämlich die Souveränität der Kantone, den Inhalt ihrer Gesetze selbst zu bestimmen, durch den Bund und dessen Recht – in diesem Fall eben die Grundrechte der Bundesverfassung – eingeschränkt wird.³⁹⁶

a *Umfassende Kompetenzen und Gesetzgebungskompetenzen*

Manche Kompetenznormen der Bundesverfassung weisen dem Bund die umfassende Regelungskompetenz für ein bestimmtes Sachgebiet zu. Der Bund ist dann auf diesem Gebiet sowohl zur Gesetzgebung als auch zum Vollzug kompetent. Je nachdem, ob es sich um eine ausschliessliche oder um eine konkurrierende Bundeskompetenz³⁹⁷ handelt, ist der Bund berufen, das Gebiet umfassend zu regeln oder aber er kann Teile den Kantonen überlassen, so namentlich den Vollzug.

Zu beachten ist, dass der Wortlaut der Verfassung nicht einheitlich ist. Keine Probleme stellen sich, wo dem Bund eine Aufgabe zugewiesen wird, ohne dass auch die Mittel, die er verwenden soll, erwähnt werden. So heisst es in Art. 92 Abs. 1 BV: «Das Post- und Fernmeldewesen ist Sache des Bundes.» Der Bund ist damit befugt, sich der Materie mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln anzunehmen, er kann Gesetze erlassen und den Vollzug ordnen und vornehmen und ist nur an die allgemeinen Rahmenvorschriften der Verfassung gebunden (z. B. die Grundrechte und die Rechtsgleichheit). Allerdings muss auch eine solche Kompetenznorm, insbesondere wenn es sich um eine konkurrierende Kompetenz handelt, unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips³⁹⁸ ausgelegt werden. Diese Auslegung führt unter Umständen zum Resultat, dass eine scheinbar umfassende Kompetenz nur jene Teilbereiche davon meint, für welche Einheitlichkeit erforderlich sind, was für den Vollzug oft nicht der Fall ist.

396 SALADIN, Bund und Kantone, S. 465, hält diesen Weg der kantonalen Kompetenzeinschränkung sogar für einschneidender als die als solche deklarierten Bundeskompetenzen.

397 Siehe Teil 1 Kap. 3 IV B 3 S. 108 ff.

398 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV A 6, S. 96 ff.

Weniger eindeutig sind die Kompetenznormen, deren Wortlaut sich nur auf die Gesetzgebung bezieht.³⁹⁹ Die Praxis und mit ihr die Lehre gehen davon aus, dass die Kompetenz zur Gesetzgebung als umfassende Kompetenz zu verstehen sei, die auch die Kompetenz zur gesetzlichen Regelung des Vollzugs beinhalte, wobei diese Regelung wiederum frei die Träger des Vollzugs bestimmen könne.⁴⁰⁰ Seit die neue Bundesverfassung Art. 42 f. eingeführt hat, ist jedoch für die Auslegung einer Kompetenznorm das Subsidiaritätsprinzip⁴⁰¹ nach Art 5a und Art. 43a Abs. 1 BV massgebend. Eine solche Auslegung kann ergeben, dass der Vollzug oder Teile davon oder sogar Teile der Gesetzgebung den Kantonen zu überlassen sind. Unter Umständen muss die Interpretation in Verbindung mit den Art. 5a und 43a Abs 1 BV (Subsidiaritätsprinzip) sogar zum Ergebnis führen, dass eine scheinbar umfassende Kompetenznorm als Grundsatzgesetzgebungsnorm verstanden werden muss. Auf der anderen Seite kann aber Art. 43a Abs. 1 dem Bund auch gebieten, den Vollzug selbst zu übernehmen, wenn sich die Aufgabe dadurch besser lösen lässt.

Spezielle Fälle bilden die Gesetzgebungskompetenzen, welche die BV direkt dem Bundesrat überträgt, indem sie ihn ermächtigt, in materiell begrenzten Bereichen selbständige, gesetzesvertretende Verordnungen zu erlassen. Aus föderalistischer Sicht sind diese Kompetenzen deshalb gesondert zu betrachten, weil ein Volks- oder Kantonsreferendum gegen diese Verordnungen ausgeschlossen ist - was denn auch das Hauptmotiv dafür ist, dass der Verfassungsgeber in Abweichung vom Prinzip der Gewaltenteilung dem Bundesrat eigentliche Gesetzgebungskompetenzen anvertraut. Damit fällt auch eine Möglichkeit der Kantone zur formellen Einflussnahme auf die Willensbildung des Bundes weg.⁴⁰² Zu diesen Kompetenzen gehören einerseits die sogenannten Polizeinotverordnungen des Bundesrats, zu denen er durch Art. 185 Abs. 3 BV ermächtigt ist. Andererseits gibt es auch eigentliche Gesetzgebungskompetenzen, welche die BV dem Bundesrat überträgt, so in Art. 84 Abs. 2 BV zur Regelung der

399 Beispiele für umfassende Kompetenzen oder Gesetzgebungskompetenzen sind das Zollwesen, Art. 133 BV, der Konsumentenschutz, Art. 97 BV, die Preisüberwachung, Art. 96 Abs. 2 BV, die Förderung des Wohnungsbaues, Art. 108 BV, das Post- und Telegraphenwesen, Art. 92 BV, Schutz der Alpen vor Transitverkehr, Art. 84 BV, Förderung des Finanzausgleichs, Art. 135 BV, Schweizerbürgerrecht, Art. 37 f. BV, Förderung einer auf nachhaltige Entwicklung ausgerichteten Landwirtschaft, Art. 104, Zivilrecht, Art. 122 BV, Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern, Art. 121 BV, Radio und Fernsehen, Art. 93 BV, Strafrecht (mit Ausnahme des Übertretungsrechts), Art. 123 BV, Betäubungsmittelgesetzgebung und Seuchenbekämpfung, Art. 118 Abs. 2 lit. a und b BV, Umweltschutz, Art. 74 BV.

400 Vgl. FLEINER / GIACOMETTI, S. 105; HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 111; SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 206; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1138; TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 114.

401 Vgl. S. 57.

402 Art. 141 Abs. 1 BV: Beim Erlass von Bundesgesetzen können acht Kantone gemeinsam das Referendum ergreifen (das bisher, seit seiner Einführung 1974, erst einmal im Jahre 2003 zustandegekommen ist, BBl 2003 7056) Vgl. Teil 1 Kap. 3 VI C . S- 125.

notwendigen Massnahmen, um den alpenquerenden Güterverkehr auf die Schiene zu bringen.

b Grundsatzgesetzgebungskompetenzen

In der Verfassung werden Grundsatzgesetzgebungskompetenzen etwa wie folgt umschrieben: «Der Bund stellt Grundsätze auf über...», «Der Bund hat die Oberaufsicht über ...». Gemeint ist dasselbe: Der Bund soll die Materie auf Bundesebene koordinieren, dabei aber nur soweit ins Detail gehen, wie eine Vereinheitlichung nötig ist bzw. von der Verfassung verlangt wird. Im Gegensatz zu den umfassenden Gesetzgebungskompetenzen ist der Bund nicht dazu ermächtigt, mehr Bundesrecht zu erlassen, als für die Koordination der wesentlichsten Grundsätze in einem Bereich erforderlich ist.⁴⁰³ Das kantonale Recht muss die Grundsatzregelungen des Bundes durch eigene detailliertere Gesetze ergänzen. Damit soll ein Ausgleich zwischen der eidgenössischen Koordination und der föderalistischen Vielfalt gefunden werden. Eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz muss aber nicht eindeutig an ihrem Wortlaut zu erkennen sein. Vielmehr kann das Gebot Wahrnehmung von Bundeskompetenzen im Sinne des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV dazu führen, dass auch eine scheinbar umfassende Kompetenznorm nur als Grundsatzgesetzgebungskompetenz interpretiert werden darf.

c Fragmentarische Kompetenzen

Diese Kompetenznormen beschränken die Zuständigkeit des Bundes auf einzelne Teilbereiche eines Aufgabenbereichs.⁴⁰⁴ Es ist jedoch schwer, fragmentarische Kompetenzen sauber von den umfassenden zu trennen, da es sich nur um einen quantitativen Unterschied handelt. Gemäss dem Vorschlag von Tschannen kann deshalb auf diese Kategorie verzichtet werden.⁴⁰⁵

3 Die Unterscheidung nach dem Verhältnis zu kantonalen Kompetenzen

Es stellt sich die Frage, welche Wirkung eine Bundeskompetenz auf bestehendes kantonales Recht im Moment ihres Inkrafttretens hat. Werden die kantonalen Regeln einfach wirkungslos? Oder gelten sie weiter? Oder können die Kantone gar in einem Bereich, den die BV in die Kompetenz des Bundes legt, weiter legislieren? Es bieten sich verschiedene Möglichkeiten, wie eine Bundeskompetenznorm auf das kantonale Recht wirkt, wobei die Wirkungsweise durch Auslegung der einzelnen Kompetenznormen ermittelt werden muss.⁴⁰⁶

403 BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu BV 42–135, Rz. 12.

404 HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1086.

405 TSCHANNEN, Organisationsrecht, S. 104.

406 HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 141; SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 202.

a *Ausschliessliche Bundeskompetenzen*

Diese Art von Bundeskompetenzen schliessen in ihrem Bereich kantonales Recht überhaupt aus.⁴⁰⁷ Mit Wirkung ab jenem Moment, in welchem die Bundeskompetenz in Kraft tritt, verliert das kantonale Recht in Bereich der Kompetenznorm seine Wirkung.⁴⁰⁸ Diese Kompetenznormen haben aber einen gewichtigen Nachteil: In der Zeit zwischen dem Inkrafttreten der Kompetenzbestimmung bis zum Erlass von entsprechenden Bundesgesetzen gibt es für das betroffene Rechtsgebiet keine gültige Regelung. Aus diesem Grund bilden die Kompetenzen dieser Art die Ausnahme. Sie sollten nur dort anzutreffen sein, wo verschiedene kantonale Regelungen zu demselben Rechtsgebiet eine noch weniger wünschbare Situation ergäben als eine Periode ohne Regelung.⁴⁰⁹

b *Konkurrierende Bundeskompetenzen*

Diese Kompetenzen bilden die Regel. Hier bleibt bestehendes kantonales Recht solange in Kraft, bis der Bund durch eine eigene Gesetzgebung von seiner Kompetenz Gebrauch macht.⁴¹⁰ Regelt der Bund einen Bereich, für den er die volle Gesetzgebungskompetenz hätte, nur teilweise, wird damit das kantonale Recht nur in diesem Teil derogiert, in den anderen Teilbereichen bleibt es in Kraft. Solange und soweit der Bund von der Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat, dürfen die Kantone auch weiterhin neues Recht erlassen.⁴¹¹ Bezüglich der Gesetzgebungskompetenzen regelt 49 Abs. 1 BV die Sanktion: Kantonales Recht, das Bundesrecht widerspricht, ist ungültig.⁴¹²

Die konkurrierenden Bundeskompetenzen ermöglichen es dem Bund, gemäss Art. 43a Abs. 1 BV (Subsidiaritätsprinzip) seine Kompetenzen nur soweit auszuschöpfen, als eine einheitliche Regelung zu einer besseren Aufgabenerfüllung führt als eine kantonale Regelung.

407 Sie haben sogenannt ursprünglich derogatorische Kraft (HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1097 ff.)

408 SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 17.

409 Beispiele: Armee, Art. 60 Abs. 1, Münz- und Banknotenwesen, Art. 99. Weiter Beispiele und Verweise, sowie Hinweise auf Kompetenzen, deren Wirkungsweise auf kantonales Recht umstritten ist, bei SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 203 und bei HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 142 und 182 ff.

410 Diese Kompetenzen haben nachträglich derogatorische Wirkung (HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1092 ff.).

411 Dazu ausführlich: HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 136 ff. und S. 184 ff. Vgl. ausserdem AUBERT, Rz. 641; SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 203 ff.

412 Beleuchtet alle Konstellationen des Vorrangs von Bundesrecht: BAUMANN, Bundesrecht bricht, passim. Vgl. auch AUBERT, Rz. 635 ff. Ungültig wird das kantonale Recht auch dann, wenn das Bundesgesetzrecht die verfassungsmässige Bundeskompetenz überschreitet oder ohne jede Kompetenz erlassen worden ist. Obwohl solches Bundesrecht gemäss Art. 3 BV verfassungswidrig ist, muss es dennoch angewandt werden, weil das Bundesgericht gemäss Art. 190 BV daran gebunden ist.

Insbesondere bezüglich des Vollzugs hat der Bund oft weitgehend auf die einheitliche Regelung zu verzichten.⁴¹³

c Parallele Kompetenzen

In gewissen Sachbereichen haben sowohl der Bund als auch die Kantone Kompetenzen, bzw. ihre Kompetenzbereiche überschneiden sich. Solches ist vorgesehen, wenn kein wesentlicher Nachteil wie z. B. Rechtsunsicherheit bzw. konkurrierende und sich gegenseitig ausschliessende Rechtssätze entstehen, wenn der Bund und die Kantone auf dem gleichen Feld in gleicher Weise tätig werden. Ein Beispiel ist die parallele Kompetenz im Bereich der Hochschulbildung, indem der Bund gemäss Art. 63a Abs. 1 BV die Eidgenössischen Technischen Hochschulen betreibt und weitere Hochschulen betreiben kann (bzw. könnte, bis heute wurden keine weiteren Bundeshochschulen gegründet), die Kantone aber parallel dazu im Hochschulbereich kompetent bleiben.⁴¹⁴ Weitere typische Beispiele finden sich in jenen Bereichen, in denen der Staat durch Leistungen tätig wird. So hat der Bund mancherorts die Kompetenz zur Gewährung von Subventionen, während dieselbe Kompetenz der Kantone weiterbesteht.⁴¹⁵ Weiter gibt es auch im Steuerbereich Kompetenzen der Kantone als auch des Bundes, indem beide das gleiche Steuerobjekt direkt besteuern dürfen.⁴¹⁶

4 Spezielle Kompetenzbereiche

a Vollzug von Bundesgesetzen

Ob eine Kompetenznorm den Vollzug durch den Bund mit einschliesst, oder der Bund nur für den Erlass des materiellen Rechts zuständig ist, ergibt sich entweder aus dem Wortlaut der Kompetenznorm oder aus ihrer Auslegung unter Berücksichtigung der generellen Vollzugskompetenz der Kantone in Art. 46 Abs. 1 BV sowie des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5a und 42 Abs. 2 BV.⁴¹⁷

Zahlreiche Kompetenzartikel der Bundesverfassung behalten damit den Vollzug der jeweiligen Bundesgesetze den Kantonen vor, selbst

413 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV B 2 a, S. 106.

414 Vgl. EHRENZELLER / KONRAD, BV 63a, Rz. 7, S. 1330 und Rz. 21 sowie 24, S. 1337.

415 Beispiele: Art. 71 BV enthält die Bundeskompetenz zur Filmförderung. Dennoch dürfen die Kantone auch selbst noch Filmförderung betreiben. Art. 69 Abs. 2 BV gibt dem Bund (neuerdings ausdrücklich) die Kompetenz zur Kulturförderung in Bereichen gesamtschweizerischen Interesses, wobei die umfassende kantonale Kompetenz im Bereich der Kultur erhalten bleibt (Art. 69 Abs. 1 BV). Vgl. hinsichtlich der Förderung von Medien THALMANN, parallele Kompetenz, Rz. 30.

416 Direkte Bundessteuer gemäss 128 BV. Nur für die indirekten Steuern ist eine parallele Besteuerung von Bund und Kantonen ausgeschlossen nach Art. 134. Vgl. S. 88 ff. Weitere Beispiele paralleler Kompetenzen bei AUBERT, Rz. 702.

417 Siehe Teil 1 Kap. 3 IV A 6, S. 96.

wenn sie es nicht ausdrücklich erwähnen,⁴¹⁸ und damit natürlich auch die Kompetenz zum Erlass von Vollzugsgesetzen. Damit kann der Föderalismus wenigstens im Hinblick auf den Vollzug erhalten bleiben, auch wenn eine Gesetzgebungskompetenz dem Bund übertragen wird.⁴¹⁹ Der Vollzug von Bundesgesetzen kann auch durch das Bundesgesetz selbst den Kantonen delegiert werden, sofern die Bundesverfassung nicht ausdrücklich den Bund mit dem Vollzug betraut.

Regelt weder die Kompetenznorm noch das entsprechende materielle Bundesgesetz den Vollzug, so sind die Kantone gemäss der subsidiären Generalkompetenz von Art. 3 BV zum Vollzug kompetent. Dieses Prinzip wird untermauert durch Art. 46 Abs. 1 BV,⁴²⁰ welcher implizit die Kompetenz zum Vollzug von Bundesgesetzen in erster Linie den Kantonen zuweist.⁴²¹

Aber auch im Bereich jener Kompetenznormen, deren Wortlaut oder Auslegung unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips ergeben, dass der Vollzug der Bundesgesetze bei den Kantonen verbleiben soll, ist der Bund zur Regelung gewisser Vollzugsfragen kompetent. Ist in einem bestimmten Teilbereich des Vollzugs Einheitlichkeit notwendig, um die richtige Anwendung des Bundesrechts zu gewährleisten, so gebietet das Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV dem Bund, diese einzelne Vollzugsfrage zu regeln, da sie einer einheitlichen Regelung bedürfen. Schon unter der alten Verfassung hat der Bund einzelne solcher Vollzugsfragen selbst geregelt. So stand zum Beispiel im Zivilrecht dem Bund bis 2006 nur die Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 122 BV bis 2006), die Zivilprozessordnung war den Kantonen ausdrücklich vorbehalten. Das Beweisrecht gehört systematisch gesehen zwar zum Prozessrecht; weil aber kleine Unterschiede des Beweisrechts zu grossen Unterschieden bei der Anwendung des materiellen Rechts führen können, hat es der Bundesgesetzgeber bereits vor 2006 für nötig gehalten, das Beweisrecht zu vereinheitlichen in Art. 10 ZGB, der erst mit dem Inkrafttreten des Bundeszivilprozessrechts 2008 aufgehoben wurde. Denn er musste einen

418 In der alten BV wurde in zahlreichen Artikeln der Vollzug den Kantonen vorbehalten. Die entsprechenden Artikel der neuen BV erwähnen diesen Vollzugsvorbehalt nicht mehr, weil davon ausgegangen wird, dass gemäss Art. 46 Abs. 1 der Vollzug sowieso soweit als möglich den Kantonen zu überlassen ist (Vgl. BBI 1997 I S. 211 f. mit Beispielen). Beispiele von Kompetenznormen, wo der kantonale Vollzug in der alten BV erwähnt wurde und in der neuen BV stillschweigend angenommen wird: Vollzug der Bundesvorschriften über Turnen und Sport (Art. 27 quinties aBV - 68 BV), Zivilschutz (Art. 22bis aBV - Art. 61 BV), Gewässerschutz (Art. 24bis aBV - 76 BV), die Fremdenpolizei (Art. 69ter aBV - Art. 121 BV).

Weitere Beispiele und Ausführungen zu den Feinheiten bei den Vollzugskompetenzen bei SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 93 ff.

419 Vgl. zur Entwicklung der Kompetenzverteilung Teil 1 Kap. 3 IV C, S. 113 und zu den Grenzen Teil 1 Kap. 3 II, S. 82

420 Art. 46 ist übertitelt mit «*Umsetzung des Bundesrechts*». Abs. 1 des einzigen der Umsetzungskompetenz gewidmeten Verfassungsartikels lautet: «*Die Kantone setzen das Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz um.*»

421 Vgl. BBI 1997 I, S. 211.

Entscheidungen fallen zwischen der strikten Auslegung nach dem Wortlaut der verfassungsmässigen Kompetenznorm oder einer umfassenderen Auslegung, die auch verfassungsmässige Prinzipien wie Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit einbezieht, und er entschied sich richtigerweise für die zweite Option.

b «Verhaltensrecht» der Bundesverfassung

Neben jenen Staatsaufgaben, die durch die Bundesverfassung förmlich dem Bund zugewiesen werden, enthält die BV auch gewisse materielle Rechtsgrundsätze, an die sich die Kantone ebenso wie der Bund selbst bei der Rechtsetzung und –anwendung zu halten haben. Dabei fallen allen voran die verfassungsmässigen Grundrechte ins Gewicht. Für den Erlass von Rechtsregeln braucht der Bund eine Kompetenz, welche ihm (theoretisch in allen Fällen) durch die Bundesverfassung zugewiesen wird.⁴²² Zwar finden sich für die Normen des «Verhaltensrechts»⁴²³ der Bundesverfassung keine ausdrücklichen Kompetenzzuweisungen an den Bund, diese sind aber in den Normen selbst mit enthalten. Auf den ersten Blick mag es verwundern, dass die Grundrechte ein Teil der föderalistischen Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen sind. Diese materiellen Verfassungsgrundsätze – Grundrechte und andere – beeinflussen aber entscheidend die kantonale Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung und beschränken damit die Kompetenzen der Kantone in nicht zu unterschätzendem Ausmass.⁴²⁴ Insbesondere die ungeschriebenen, aber auch die Tragweite der geschriebenen Grundrechte

422 Siehe Teil 1 Kap. 3 IV B 1 , S. 99 ff.

423 So genannt in Anlehnung an GIACOMETTI, in FLEINER / GIACOMETTI, S. 68. Ausführlich zum Ganzen: KNAPP, recours, S. 207 ff. und SALADIN, Bund und Kantone, S. 431 ff. insbesondere S. 465-479.

424 SALADIN hält - in Anlehnung an FLEINER - diesen Weg der kantonalen Kompetenzeinschränkung sogar für einschneidender als die als solche deklarierten Bundeskompetenzen. Vgl. SALADIN, Bund und Kantone, S. 465. Beispiele der Einwirkung bundesrechtlicher Grundrechte auf kantonales Verhalten bei SALADIN, Bund und Kantone, S. 473 f.

werden durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts konkretisiert,⁴²⁵ welches gemäss Art. 189 BV über Beschwerden von Bürgern und Privaten wegen Verletzung ihrer Rechte aus Verfassungs-, Konkordats- oder Staatsvertragsrecht urteilt.

C Die Entwicklung der Kompetenzverteilung

Das System der Kompetenzverteilung der subsidiären Generalkompetenz zugunsten der Kantone und der Einzelermächtigungen bei Bundeskompetenzen besteht seit der Gründung des Bundesstaates 1848. Verändert hat sich aber das Verhältnis zwischen den kantonalen Kompetenzen und jenen des Bundes, indem letztere an Anzahl und Umfang massiv zugenommen haben. Einerseits wurden gewisse wichtige Gesetzgebungsbereiche aus kantonaler Kompetenz dem Bund anvertraut, so insbesondere 1898 das Strafrecht und das ganze Zivilrecht. Andererseits wurden viele der neu anfallenden Staatsaufgaben, welche von den Kantonen vorher nicht oder kaum wahrgenommen worden waren, dem Bund übertragen, vor allem die Gesetzgebung in den Bereichen der Wirtschafts- und Sozialpolitik und später auch der Umweltpolitik.⁴²⁶

Die Verlagerung von Staatsaufgaben auf den Bund löste bisweilen Gegenreaktionen aus. Insbesondere ein parlamentarischer Vorstoss von 1972⁴²⁷ führte zu breit abgestützten Bestrebungen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen, die 1981 und 1988 in zwei bundesrätliche Vorlagen mündeten,⁴²⁸ mit denen Bundeskompetenzen hätten auf die Kantone rückübertragen werden sollen. Das Vorhaben

425 Hier (nur) ein (berühmtes) Beispiel der Beschränkung der kantonalen Autonomie durch Grundrechte des Bundes und der EMRK: BGE 116 Ia 359. Es fällt in den Kompetenzbereich der Kantone, ihre Wahlen und Abstimmungen zu regeln und zu organisieren (gemäss der Regel von Art. 3 BV, bekräftigt durch Art. 74 Abs. 4 BV, und sofern die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 2 lit. c BV erfüllt sind). Im Kanton Appenzell I. Rh. waren für kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen bis zu diesem Entscheid die Frauen vom Stimmrecht ausgeschlossen. Mit dem BGE wurde der Kanton Appenzell I. Rh. dazu verpflichtet, den Frauen in Zukunft das gleiche Stimm- und Wahlrecht zuzuerkennen wie den Männern. Die kantonale Autonomie betreffend der Wahlen und Abstimmungen wird eingeschränkt durch das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter nach Art. 4 Abs. 2 BV: «Gewiss soll der Bund nicht ohne zwingenden Grund in die kantonale Organisationsautonomie eingreifen. Es geht jedoch nicht nur um die Organisation des Stimmrechts, sondern um dessen Inhalt, der das grundrechtliche Gleichheitsgebot zu respektieren hat» (Erw. 9 c, S. 378). «Die Feststellung, dass den Frauen im Kanton Appenzell I. Rh. die politischen Rechte zustehen, entfaltet ihre Wirkung vom Zeitpunkt der Eröffnung des vorliegenden Entscheides an [...]» (Erw. 10 d, S. 381 f.).

426 Vgl. SCHINDLER, *Föderalismus*, S. 195 ff.; IMBODEN, *Problematik*, S. 223, EGLI, BV 46, Rz. 18, S. 997. Dazu, dass der zentralisierenden Tendenz grundsätzliche Grenzen gesetzt sind, siehe Teil 1 Kap. 3 II, S. 82

427 Motion Binder vom 15. Dezember 1971, Amtl. Bull. NR 1972, S. 1676 ff.

428 BBl 1981 III 737 ff.; BBl 1988 II 1333 ff.

scheiterte aber, nicht nur am Widerstand gewisser politischer Fronten, sondern auch an den finanziellen Sorgen der Kantone.⁴²⁹

Trotz der Zunahme des Gewichts des Bundes haben die Kantone einen «unverrückbaren Bestand an Kompetenzen»⁴³⁰ behalten, wozu in erster Linie die Behördenorganisation in Kantonen und Gemeinden, die Steuerhoheit, das Prozessrecht, die öffentliche Sicherheit, die regionale und örtliche Raumplanung, das öffentliche Gesundheitswesen sowie die für die Erhaltung der eigenen Identität besonders wichtigen Bereiche Erziehung und Kultur gehören. Zu diesen klassisch kantonalen Domänen sind zahlreiche Vollzugskompetenzen in Bereichen der Bundesgesetzgebung dazugekommen, die unter dem Stichwort Vollzugsföderalismus zwar oft kritisiert werden, den Kantonen aber dennoch ein wichtiges Instrument in die Hand geben, um ihre Eigenständigkeit zu wahren.⁴³¹

Mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 wurde das Subsidiaritätsprinzip in der Bundesverfassung ausdrücklich verankert.⁴³² Es verpflichtet den Bund, nur dann Aufgaben an sich zu ziehen, wenn eine einheitliche Regelung notwendig ist. Dieses Prinzip wirkt sich sowohl auf die Verteilung der Kompetenzen als auch auf die Ausübung der Kompetenzen durch den Bund aus. Auf der einen Seite soll der Bund durch Verfassungsrevisionen nur dann neue Kompetenzen erhalten, wenn eine einheitliche Regelung wirklich notwendig ist, und andererseits soll der Bund seine Kompetenzen der Bundesverfassung nur insoweit nutzen, als die Einheitlichkeit eine gute Aufgabenerfüllung fördert. Dieses Prinzip ändert nichts daran, dass nach wie vor die politische Diskussion darüber entscheidet, welche Staatsaufgaben durch welche Ebene des Bundesstaates wahrzunehmen sind, denn in der Schweiz kann der Bund formell betrachtet durch seine Verfassungs- und Gesetzgebung alle Aufgabenbereiche an sich ziehen, ohne dass ein juristisch urteilendes Organ ihn daran hindern könnte wegen des Anwendungsgebots für Bundesgesetze (Art. 190 BV). Dennoch verankert das Subsidiaritätsprinzip eine Pflicht der Bundesbehörden, die mit der Verfassungs- und Gesetzgebung betraut sind (also neben dem Parlament und der vorbereitende Verwaltung letztlich auch das Stimmvolk), bei jeder Kompetenzteilung und bei jeder weiteren Ausübung einer Bundeskompetenz zuerst zu prüfen, ob die kantonale Ebene der zur Diskussion stehenden Aufgabe wirklich nicht mehr gewachsen ist, oder ob nur Teilbereiche dieser Aufgabe einer Bundesregelung bedürfen. Das Argument der Subsidiarität beeinflusst auf diese Weise die politische

429 Vgl. SCHINDLER, Föderalismus, S. 197; SALADIN, Bund und Kantone, S. 547; AUBERT, S. 506.

430 SCHINDLER, Föderalismus, S. 200.

431 Vgl. HANGARTNER, Erfüllung, S. 395f.; HUBER, Gedanken, S. 482 f., KNAPP, Quel fédéralisme demain?, S. 89; SCHINDLER, Entwicklungstendenzen, S. 706; BIERI, S. 34; STADLER, S. 238 f., EGLI, BV 46, Rz. 7, S. 982 m. w. V. Vgl. ausserdem die generelle Diskussion von Zentralisierungstendenzen in Bundesstaaten bei FRENKEL, Bundesstaat, Rz. 930 ff.

432 Vgl. S. Teil 1 Kap. 3 IV A 6 S. 96 ff.

Diskussion über die Kompetenzverteilung und kann Kompetenzverschiebungen zugunsten des Bundes bremsen.⁴³³

D Sonderfragen

1 «Daumenschrauben» oder bedingte Kompetenzen

Etwas neueren Datums sind Kompetenzbereiche, von denen der Bund nur Gebrauch machen soll, wenn die Kantone nicht von sich aus untereinander ihre Regelungen auf ein verlangtes Mindestmass harmonisieren.⁴³⁴ In der Lehre finden sich verschiedene Bezeichnungen für diese neu scheinende Kategorie.⁴³⁵ Es erscheint indes nicht nötig, von einer neuen Art von Kompetenz auszugehen. Die erwähnten Kompetenzen sind zunächst einmal normale konkurrierende Kompetenzen, bei denen kantonales Recht in Kraft bleibt, solange es nicht durch Bundesrecht derogiert wird. Das Spezielle daran ist, dass die Kompetenzen an eine Bedingung geknüpft sind, welche die Kantone zum Handeln animieren soll: Die Kompetenzen erwachsen dem Bund nur dann, wenn die Kantone nicht von sich aus die in der Verfassung umschriebenen Harmonisierungen ihrer kantonalen Regelungen vornehmen. Einen leicht erpresserischen anmutenden Druck- bzw. «Daumenschrauben»-Charakter haben die Kompetenzen darum, weil sie die «Drohung» enthalten, dass der entsprechende Kompetenzbereich an den Bund übergehe. Bei den erwähnten zwei Fällen betrifft das Bereiche, die ganz besonders stark die kantonalen Identitäten verkörpern, nämlich den Grundschul- und den Hochschulbereich. Es erscheint indes unnötig, für diese Kompetenzen eine eigene Kategorie zu schaffen. Es sind normale Bundeskompetenzen, die eine Bedingung voraussetzen. So können auch andere Bedingungen als die kantonale Koordination an eine Kompetenznorm geknüpft werden.⁴³⁶

433 Vgl. z. B. die Erörterungen zur Respektierung des Subsidiaritätsprinzips in der Botschaft zum Veloweggesetz zur Umsetzung des neuen Art. 88 BV über Fuss-, Wander- und Velowege, BBl 2021, S. 1260 ff.

434 So 63a Abs. 5 BV für den Hochschulbereich hinsichtlich der Koordination von Abschlüssen, Stufen und der Anerkennung von Abschlüssen, oder Art. 62 Abs. 4 für den Grundschulbereich, der zum «HarmoS»-Konkordat vom 14 Juni 2007 geführt hat, abrufbar z. B. hier https://bdlf.fr.ch/app/de/texts_of_law/416.2

435 So «*verpflichtend formulierte, konkurrierende*», «*subsidiäre Kompetenzen*», «*(suspensiv) bedingte*» Kompetenzen. Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 62, Rz. 11 und Vorbemerkungen zu Art. 42-135, Rz. 18 sowie SCHWEIZER, Art. 3, Rz. 20.

436 So z. B.: Art. 103, Strukturpolitik: «*Der Bund kann wirtschaftlich bedrohte Landesgegenden unterstützen sowie Wirtschaftszweige und Berufe fördern, wenn zumutbare Selbsthilfemassnahmen zur Sicherung ihrer Existenz nicht ausreichen. Er kann nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen.*» Diese Kompetenz ist bedingt: Nur wenn die Selbsthilfemassnahmen nicht ausreichen, ist der Bund kompetent.

2 Extrakonstitutionelle Kompetenznormen

Ungeschriebenes Recht ist von stillschweigendem zu unterscheiden. Letzteres ergibt sich aus der Interpretation der geschriebenen Verfassung.⁴³⁷ Anders das ungeschriebene Verfassungsrecht: Dieses lässt sich nicht aus der geschriebenen Verfassung ableiten, sondern hat eine davon verschiedene Quelle – es ist somit nicht Teil der formellen Verfassung. Als solche Quellen kommen vor allem das Völkerrecht und das Gewohnheitsrecht in Betracht. Im System der grundsätzlich lückenlosen Kompetenzverteilung muss ungeschriebenes Verfassungsrecht eine Ausnahme bleiben, deren Annahme sehr triftiger Gründe bedarf, da Art. 3 BV als Grundsatz vorschreibt, dass sich jede Kompetenzzuteilung aus der Bundesverfassung ergibt.⁴³⁸

a Kompetenzverschiebungen aufgrund völkerrechtlicher Verträge

Nach der vorherrschenden Lehre hat der Bund aufgrund von Art. 54 BV die Kompetenz, über alle denkbaren Materien völkerrechtliche Verträge abzuschliessen – auch im Bereich kantonaler Kompetenzen.⁴³⁹ Da in der Schweiz von der sogenannten monistischen Vorstellung vom Verhältnis des Völkerrechts zum Landesrecht ausgegangen wird, gilt das die Schweiz bindende Völkerrecht direkt auch auf nationaler Ebene und derogiert – zumindest in den meisten Fällen – Landesrecht, ob dieses nun Bundesrecht oder kantonales Recht sei.⁴⁴⁰ Demzufolge kann der Bund eine völkerrechtliche Verpflichtung eingehen, welche direkte Auswirkungen auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen hat.⁴⁴¹ Die aus dem völkerrechtlichen Vertrag entspringenden Rechtsregeln gehen dem (innerstaatlich kompetenzgemäss erlassenen) kantonalen Recht automatisch vor. Dasselbe würde auch gelten, wenn die Schweiz einer supra- oder internationalen Organisation beitreten würde, welche die Befugnis hätte, der Schweiz gewisse Rechtsregeln aufzuerlegen. Solche würden dann ebenfalls ungeachtet der inneren Kompetenzordnung für die ganze Schweiz gelten.⁴⁴²

b Lückenfüllung und Gewohnheitsrecht

Das formelle Verfassungsrecht verteilt die Kompetenzen restlos zwischen Bund und Kantonen. Lücken, die durch Gewohnheitsrecht zu füllen wären, gibt es also im Prinzip nicht. Gewohnheitsrecht oder sonstwie ungeschriebenes Recht hinsichtlich der Kompetenzverteilung wäre damit notwendigerweise der geschriebenen Verfassung widersprechendes Recht.

437 Vgl. Teil 1 Kap. 3 I, S. 77.

438 Vgl. Teil 1 Kap. 3 IV A 3 und 5, S. 94 ff.

439 EHRENZELLER / PORTMANN / PFISTERER, Rz. 7.

440 Vgl. 441 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 62.

441 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 62.

442 Vgl. HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 62.

Es ist umstritten, ob solches Geltung erlangen kann. Das Bundesgericht lehnt gesetzesderogierendes bzw. verfassungsderogierendes Gewohnheitsrecht ab.⁴⁴³ Mit ihm tut dies auch die Mehrheit der Lehre mit der Begründung, Gewohnheitsrecht diene nur der Lückenfüllung und habe deshalb keinen Platz, wo keine Lücke im Gesetz sei.⁴⁴⁴

Diese Lehre erscheint jedoch zu kategorisch. Sie lässt sich nicht sauber anwenden, da es in manchen Fällen nicht möglich ist, ein Kriterium zu finden, das es erlauben würde, klar und eindeutig abzugrenzen, ob der Gesetzgeber wirklich für einen vorliegenden Fall eine bestimmte Regel erlassen wollte, wie überzeugende Analysen des Problems zeigen.⁴⁴⁵ Die Lehren von der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes⁴⁴⁶ oder jener der nicht in Kategorien aufgeteilten Gesetzeslücke,⁴⁴⁷ welche von den rechtsanwendenden Behörden korrigiert werden muss,⁴⁴⁸ adressieren dieses Problem.⁴⁴⁹ Damit würde es denkbar, auch im Verfassungsrecht Lücken zu füllen, wenn zwar eine geschriebene Norm - scheinbar und bei entsprechender Auslegung des Tatbestandes - anwendbar ist, aber im betreffenden Einzelfall zu einem so stossenden Ergebnis führt, dass bei einer teleologischen Interpretation der Verfassung davon ausgegangen werden muss, dass dieses Ergebnis nicht im Sinne der Verfassung ist, und wenn eine alternative Regelung zu der betreffenden Frage der Verfassung nicht entnommen werden kann.

Auf die Kompetenzverteilung angewendet, könnte dies folgendes ergeben: Wenn die Interpretation der Verfassung ergibt, dass in einem gewissen Bereich der Kompetenzaufteilung die Verteilung anders geregelt sein soll als durch die subsidiäre Generalkompetenz von Art. 3 BV, aber der Verfassung keine passende spezielle Kompetenznorm zu entnehmen ist, so besteht eine Lücke (bzw. eine «*planwidrige Unvollständigkeit*») in der Kompetenzordnung. Diese muss gefüllt werden – beispielsweise durch

443 Zur Unzulässigkeit von Verfassungsderogierendem Gewohnheitsrecht vgl. z. B. BGE 105 IA 80 E. 5; 91 I 260. Generell zum Erfordernis der Lücke im positiven Recht für die Bildung von Gewohnheitsrecht vgl. z. B. BGE 119 IA 59 E. 4; 104 Ia 305 E. 4; 105 IA 2 E. 2; 115 II 401 E. 2 (Frage offengelassen).

444 So kategorisch ablehnend und mit weiteren Verweisen BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 42-135, Rz. 10. Gleicher Auffassung HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1061; AUBERT, Rz. 318 ff., 322; FLEINER / GIACOMETTI S. 71.

445 Vgl. u. a. detailliert: HÄFELIN, Lückenfüllung, S. 91 ff.; HUTTER, S. 88.

446 MOOR, Volume I, S. 150, GRISEL, Traité, S. 95.

447 HÄFELIN, Lückenfüllung, S. 99.

448 Zu den Kriterien, die bei der Lückenfüllung beachtet werden müssen ausführlich: HÄFELIN, Lückenfüllung, S. 100 ff., mit Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

449 Vgl. zum Ganzen mit Verweisen auf weitere aktuelle Lehre BAUMANN, Kohärenz, S. 42 ff.

Gewohnheitsrecht⁴⁵⁰ – im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB.⁴⁵¹ Umgekehrt könnte beispielsweise ein (echter) Vorbehalt zugunsten einer kantonalen Kompetenz planwidrigerweise nicht in einer Bundeskompetenznorm enthalten sein. Auch hier stünde die Lückenfüllung zur Verfügung und es würde die Möglichkeit bestehen, dass sich Gewohnheitsrecht bildet, das den Text der Verfassung ergänzt – und zwar nicht im Gegensatz zur geschriebenen Verfassung, sondern als Resultat der Auslegung derselben.

c *Kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze*

Als weitere Gruppe von extrakonstitutionellen Kompetenznormen sind diejenigen Fälle zu nennen, in welchen der Bundesgesetzgeber ohne verfassungsmässige Kompetenz legiferiert. Diese Fälle sind zwar klar planwidrig, aber es gibt kein formelles Mittel, um sie zu vermeiden, denn das Bundesgericht muss gemäss Art. 190 BV auch kompetenzwidrig erlassene Bundesgesetze anwenden. Konkrete Fälle, in denen Bundesgesetze in kantonale Kompetenzbereiche vorgedrungen sind, sind aber selten geblieben.⁴⁵² Der Bundesgesetzgeber hat sich in dieser Hinsicht

450 So auch HANGARTNER, Kompetenzverteilung, S. 63 f., jedoch mit anderer Begründung der Zulässigkeit von Gewohnheitsrecht, und SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 148, nach dessen Ansicht durch Gewohnheitsrecht nur Parallelkompetenzen des Bundes begründet werden können, nicht aber Kompetenzen, welche kantonale Kompetenzen ausschliessen. Als Beispiel einer zulässigen Bundeskompetenz kraft Gewohnheitsrecht nennt er diejenige zur Kulturförderung (welche neuerdings Eingang in die formelle BV gefunden hat mit Art. 69 Abs. 2 BV, aber in der alten BV nicht zu finden war). Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht vgl. insbesondere HUTTER mit einem Vorschlag zu «*ganzheitlichem Urteilen*» ohne Lücken und Lückentheorie. Vgl. weiter AUBERT, Rz. 322.

451 «*Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.*» Art. 1 Abs. 2 ZGB ist auch auf das öffentliche Recht anzuwenden nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung.

452 Ein neueres Beispiel eines Bundesgesetzes mit bemerkenswert begründeter Bundeskompetenz ist das Bundesgesetz über die Aufarbeitung der fürsorgerischen Zwangsmassnahmen und Fremdplatzierungen vor 1981 (AFZFG), SR 211.223.13. Dieses Gesetz war als indirekter Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative entstanden und sollte eben vermeiden, dass der Bereich in die Bundesverfassung gelangte. Dennoch überzeugt die Herleitung der Bundeskompetenz nicht. Der Bundesrat begründete sie mit der allgemeinen Kompetenzen zum Erlass von Zivilrecht, von Strafrecht sowie seine Opferhilfekompetenzen, und merkte aber offensichtlich, dass er auf dünnem Eis stand. Daher argumentierte er weiter, die Kompetenz ergebe sich aus der «[...] inhärenten Zuständigkeit des Bundes, die sich aus der Existenz und der Natur der Eidgenossenschaft ergibt.» BBl 2016 101, S. 141 ff.

bisher zurückhaltend und meist verfassungskonform verhalten.⁴⁵³ Daher hat das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit mit Bezug auf die Kompetenzordnung bisher wenige einschneidende Konsequenzen gehabt.⁴⁵⁴ Demgegenüber sind fragwürdige oder gar fehlerhafte Berufungen auf Kompetenznormen in den Ingressen zu Bundesgesetzen keine Seltenheit.⁴⁵⁵

3 Dringende Gesetze

Die Bundesverfassung stellt Instrumente zur Verfügung, um in dringenden Fällen die Verfassungs-, Gesetz- und auch Verordnungsgebung zu beschleunigen. Zunächst sind die verfassungskonformen dringlichen Bundesgesetze zu nennen, welche die Stellung eines einfachen Bundesgesetzes haben, aber vom Parlament sofort in Kraft gesetzt werden können, ohne dass die Referendumsfrist abgewartet werden muss (Art. 165 Abs. 1 f. BV). Sie sind grundsätzlich zu befristen, wobei die BV hier keine bestimmte längste Frist nennt. Wird das Referendum verlangt, bleiben sie bis zu einem Jahr in Kraft, und dies sogar dann, wenn das fakultative Referendum verlangt wird und später zu einer Ablehnung des Gesetzes führt. Solche Gesetze kann die Bundesversammlung aber nur innerhalb ihrer Kompetenz erlassen, weshalb mit ihnen grundsätzlich nicht in die Kompetenzordnung eingegriffen werden kann.

Eher zum in der Lehre eher unscharf benutzten Begriff des «Notrechts»⁴⁵⁶ gehören die verfassungsändernden dringlichen Bundesgesetze (Art. 165 Abs. 3 BV): Durch sie kann die Bundesversammlung zunächst ohne das obligatorische Referendum in die verfassungsmässige Ordnung und damit auch in die Kompetenzordnung eingreifen. Das obligatorische Referendum muss aber spätestens ein Jahr

453 Eine Ausnahme ortet MOHLER, passim, im Bundesgesetz vom 25. September 2020 über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT, AS 2021 565, durch welches 13 Bundesgesetze teilweise erheblich teilrevidiert wurden). Die Bestimmungen würden die kantonale Polizeihoheit verletzen und keine der im Gesetz angeführten Verfassungsbestimmungen zur Begründung seiner Kompetenz wären ausreichend. Anders sah das (naturgemäss) der Bundesrat in seiner Botschaft BBl 2019 4751, S. 4845 ff. Er bemüht für seine Begründung der Verfassungsmässigkeit unter anderem auch «*die inhärente Kompetenz des Bundes im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit*».

454 Vgl. AUBERT, Rz. 635.

455 BIAGGINI, BV Kommentar, Vorbemerkungen zu BV 42–135, Rz. 19 sowie ausführlich analysierend BAUMANN, Ingress, passim.

456 Zur Begrifflichkeit vgl. BIAGGINI, Covid-Notrecht, S. 240 f.

nach dem Inkrafttreten durchgeführt werden und zu einer Annahme führen, ansonsten das Gesetz wieder seine Geltung verliert.⁴⁵⁷

Zum Notrecht im engeren Sinne gehören aber namentlich Verordnungen, welche die im Normalfall geltenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grenzen durchbrechen, und die sowohl vom Parlament als auch vom Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV erlassen werden können. Durch sie kann in die Verfassungsordnung und damit auch in die Kompetenzbereiche der Kantone eingegriffen werden. Die «Covid»-Pandemie, die 2020 ihren Anfang nahm, hat in der Lehre und auch in einigen Leitentscheiden des Bundesgerichts eine neue Diskussion über die Voraussetzungen und Grenzen von solchem Notrecht ausgelöst, die noch nicht als abgeschlossen betrachtet werden kann.⁴⁵⁸

V Die Organisationsautonomie der Kantone

A Bedeutung und Grundlage der kantonalen Organisationsautonomie

Ausfluss der kantonalen Staatlichkeit und Charakteristikum des Schweizerischen Bundesstaats ist die weitgehende Autonomie der Kantone in der Bestimmung ihrer Staatsorganisation.⁴⁵⁹ «Die <Souveränität> der Kantone findet ihren ersten Ausdruck darin, dass sie sich selber ihre

457 Einen Sonderfall bilden die Vollmachtenbeschlüsse, welche das Parlament am 3. August 1914 und am 30. August 1939 erliess. Mit diesem Notstands(un)recht setzte es die verfassungsmässige Ordnung kurzerhand ausser Kraft und sprach dem Bundesrat umfassende und nicht an die Verfassung oder die Kompetenzordnung gebundene Rechtsetzungsbefugnisse in allen Bereichen zu (Bundesbeschluss vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutze des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität, AS 55, 769). Die Beschlüsse durchbrachen sowohl die horizontale Gewaltenteilung - der Bundesrat wurde zum Gesetz- und Verfassungsgeber - als auch die vertikale, indem der Bundesrat nun auch in kantonale Kompetenzbereiche eingreifen konnte (Beispiele bei AUBERT, Rz. 1543). Diese wären auch durch das später geschaffene Instrument des verfassungsändernden dringlichen Bundesbeschlusses nicht gedeckt gewesen, da sie unbefristet waren und dem Referendum entzogen wurden. Die Vollmachtenbeschlüsse können juristisch nicht sauber legitimiert werden und sind wohl schlicht als eine Bestätigung der normativen Kraft des Faktischen zu verstehen (vgl. dazu die Voten in der Bundesversammlung in Sten. Bull. 1939, Nationalrat S. 522. Vgl. weiter GIACOMETTI, Vollmachtenregime, S. 38 und S. 52., sowie AUBERT, Rz. 1547). Trotz der juristischen Zweifel kann aber die politische Notwendigkeit zum Erlass von Notrecht in jener Situation kaum bestritten werden. Allenfalls könnte dieses Notrecht als stillschweigende Kompetenz kraft föderativen Staatsaufbaus betrachtet werden (vgl. Teil 1 Kap. 3 IV B 1 c v, S. 104).

458 Vgl. anstatt vieler m. w. V. auf Lehre und Rechtsprechung BIAGGINI, Stresstest, passim und BIAGGINI, Covid-Notrecht, passim.

459 Vgl. SALADIN, Bund und Kantone, S. 495; ders., Art. 3 BV, Rz. 227 und 230.

Verfassungen geben und in Freiheit ihre Organisation bestimmen.»⁴⁶⁰ Die kantonale Organisationsautonomie hat die ersten 150 Jahre des Bundesstaats weitgehend unbeschadet überstanden und sich als äusserst änderungsbeständig erwiesen. Zwar regelt das Bundesrecht relativ häufig organisations- und vor allem verfahrensrechtliche Einzelheiten, aber die «organisationsrechtlichen Fundamentalentscheidungen» werden dadurch kaum berührt.⁴⁶¹ Die Kantone legen – innerhalb der bundesrechtlichen Anforderungen – die territoriale Gliederung ihres Gebietes fest, sie bestimmen die Organisation ihrer politischen Behörden, sie regeln die Organisation und das Verfahren der kantonalen Verwaltung, Rechtsprechung und Rechtsetzung, insbesondere der Verfassungs- und Gesetzgebung, und sie normieren nicht zuletzt das Verhältnis von Kirche und Staat.⁴⁶²

Der Bund ist gehalten, die kantonale Organisationsautonomie zu respektieren. Dies ergibt sich schon aus der kantonalen Staatlichkeit, die nach der hier vertretenen Auffassung im Grundsatz nicht durch den Bund aufgehoben werden kann.⁴⁶³ In der Bundesverfassung sind die groben Züge der Organisationsautonomie in Art. 47 unter dem Titel «*Eigenständigkeit der Kantone*» festgehalten.⁴⁶⁴ Weiter verstärkt Art. 46 Abs. 3 BV diesen Grundsatz dadurch, dass den Kantonen auch innerhalb ihrer Aufgaben zum Vollzug von Bundesrecht eine «möglichst grosse Gestaltungsfreiheit» zukommen soll.⁴⁶⁵

B Bundesrechtliche Anforderungen an die kantonale Staatsorganisation

So bedeutend die Organisationsautonomie für die Kantone als Ausdruck ihrer Staatlichkeit ist, so wichtig ist für den Bundesstaat eine gewisse Homogenität der Glieder als Voraussetzung für die Verwirklichung des Bundesrechts, d.h. eine Übereinstimmung in der grundlegenden politischen und rechtlichen Struktur.⁴⁶⁶ Um diese minimale Harmonie zu erreichen verpflichtet die Bundesverfassung die Kantone in Art. 51 BV, für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen, und bestimmt zugleich, unter welchen Voraussetzungen die Gewährleistung

460 ARBEITSGRUPPE, Schlussbericht, S. 259.

461 EICHENBERGER, Bedeutung, S. 166; vgl. auch SALADIN, Bund und Kantone, S. 497 f.

462 Vgl. SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 231 ff.; Schmid, Bedeutung, S. 99 ff.; ARBEITSGRUPPE, Schlussbericht, S. 273 ff.

463 Siehe Teil 1 Kap. 3 II, S. 82.

464 Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 47, Rz. 8. Siehe auch SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 222 ff.

465 Angestossen wurde dieser Passus durch die Kantone selbst, vgl. KdK, Kernvernehmlassung, S. 117 f. und BBl 1997 I 129 und 212 f. Nach SALADIN, Bund und Kantone, S. 497, ist dem Prinzip der Organisationsautonomie ein unentbehrlicher Bestandteil des Bundesstaats: «Es erscheint als unentbehrlicher Bestandteil dieser Ordnung, als notwendige Voraussetzung für die Wahrung schweizerischer Pluralismen und als Konstituens kantonalen Selbstbewusstseins.»

466 ARBEITSGRUPPE, Schlussbericht, S. 259; Hotz, S. 194; SALADIN, Bund und Kantone, S. 497.

vorgenommen werden kann. Die Kantone müssen sich – dies setzt Art. 51 BV voraus⁴⁶⁷ – eine geschriebene Verfassung geben, die folgende Anforderungen erfüllt:

- Die Kantonsverfassungen dürfen nichts dem Bundesrecht Zuwiderlaufendes enthalten.
- Die Kantone müssen Demokratien sein. Die Bundesverfassung sichert damit nur eine minimale politische Homogenität. Vorgeschrieben wird lediglich die Volkswahl des kantonalen Parlaments unter Berücksichtigung der politischen Gleichheit der Staatsbürger.⁴⁶⁸ Alle Kantone haben auf teilweise recht unterschiedliche Weise dem Volk über das ihnen Vorgeschriebene hinaus politische Rechte zugestanden.⁴⁶⁹
- Erlass und Änderungen der kantonalen Verfassungen müssen vom Volk angenommen worden sein und die Verfassungen müssen jederzeit revidiert werden können, wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten dies verlangt. Auch diese Bestimmung stellt nur eine Minimalvorschrift dar, über die alle Kantone hinausgegangen sind, indem sie das Initiativrecht schon einem viel kleineren Teil des Stimmvolks zugestehen.⁴⁷⁰

VI Die Mitwirkungsrechte der Kantone an der Willensbildung auf Bundesebene

Mitwirkung der Gliedstaaten an der Bildung des Bundeswillens wird in der Literatur zum Teil als charakteristisches Element des Bundesstaates schlechthin bezeichnet.⁴⁷¹ Zweifellos gehört die Partizipation der Kantone bei Entscheidungen auf Bundesebene zu den Essentialien des Schweizerischen Bundesstaats.⁴⁷² Die Kantone sind nicht nur Staaten mit weitgehender Aufgaben-, Finanz- und Organisationsautonomie, sie sind, wo sie an der Bildung des Bundeswillens mitwirken, zugleich auch Organe des Bundes.⁴⁷³ Nach Art. 45 BV wirken die Kantone nach Massgabe der Bundesverfassung

467 SALADIN, Art. 6 aBV, Rz. 4; AUBERT, Rz. 575.

468 SALADIN, Art. 6 aBV, Rz. 62; AUBERT, Rz. 570 ff.; Hotz, S. 194.

469 So kennen z. B. alle Kantone die Gesetzesinitiative. Vgl. ausführlich zu den politischen Beteiligungsrechten auf Kantonsebene in AUER, *droits*, S. 31 ff.

470 AUBERT, Rz. 572.

471 FLEINER / GIACOMETTI, S. 47; vgl. auch BRIDEL, S. 111: «*Or, sous une forme ou sous une autre, cette participation [à la formation de la volonté de la Confédération] est un phénomène constant dans tous les Etats fédératifs; aussi bien la doctrine contemporaine regarde souvent ce phénomène comme spécifique, si ce n'est même comme seul spécifique de cette catégorie d'Etats.*»

472 SALADIN, *Bund und Kantone*, S. 508; AUBERT, Rz. 594; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 949; HANGARTNER, *Erfüllung*, S. 401. BBl 1993 III 340: «*Die Mitwirkung der Kantone am bundesstaatlichen Entscheidungsprozess ist einer der Tragpfeiler des schweizerischen Föderalismus.*»

473 AUBERT, S. 240 ff.; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 949; KNAPP, *fédéralisme*, S. 307.

an der Willensbildung des Bundes, insbesondere an der Rechtsetzung mit. Der Bund ist verpflichtet, die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen, wo ihre Interessen betroffen sind.

Die Kantone verfügen nach geltendem Recht über eine ganze Reihe, grösstenteils verfassungsrechtlich abgesicherter Mitwirkungsrechte. Ihre politische Bedeutung ist aber äusserst unterschiedlich. Die ausserordentliche Einberufung der Bundesversammlung wurde zum Beispiel in der Praxis noch überhaupt nie angewandt, und auch das Kantonsreferendum erst 2003 das erste und bisher einzige Mal,⁴⁷⁴ und verschiedene Kantone haben es sogar unterlassen, das zur Wahrnehmung dieser Rechte befugte Organ zu bezeichnen. So muss denn das Bild vom umfassenden und wirksamen Mitwirkungsinstrumentarium, das angesichts der «vielfältigen und ausreichenden»⁴⁷⁵ Palette von kantonalen Mitwirkungsrechten an der Willensbildung im Bund, entstehen könnte, durch das oftmals nur geringe Gewicht, das den kantonalen Mitwirkungsrechten im alltäglichen politischen Willensbildungsprozess zukommt, relativiert werden.

A Das Ständemehr bei Verfassungsänderungen

Art. 140 Abs. 1 lit. a BV sieht vor, dass die Verfassung nur geändert werden kann, wenn die Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger und die Mehrheit der Kantone der Änderung zustimmen. Das Ständemehr ist erreicht, wenn die Vorlage von 12 Kantonen angenommen wurde. Ein Ganzkanton hat dabei eine Stimme und ein Halbkanton eine halbe Stimme. Das Ergebnis der Volksabstimmung in jedem Kanton gilt als Standesstimme desselben.

Das Ständemehr bei Verfassungsänderungen stellt das bedeutendste Mitwirkungsrecht dar und ist für den schweizerischen Bundesstaat besonders charakteristisch.⁴⁷⁶ Es erlaubt den Kantonen, an grundlegenden Entscheidungen des Bundes teilzunehmen, und es bietet ein starkes Instrument, um unliebsame Änderungen am föderalistischen Aufbau der Schweiz, insbesondere die Zuweisung neuer Kompetenzen an den Bund, zu verhindern.⁴⁷⁷ Bis anhin scheiterten zehn Vorlagen, teilweise auch die Kompetenzordnung beeinflussend, wegen fehlenden

474 Kantonsreferendum gegen das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Änderung von Erlassen im Bereich der Ehe- und Familienbesteuerung, der Wohneigentumsbesteuerung und der Stempelabgaben.

475 LOMBARDI, S. 208.

476 Vgl. WILI, S. 277: «Unverzichtbar ist das Ständemehr, wenn nicht der föderative Aufbau der Eidgenossenschaft an sich aufgegeben werden soll.»

477 Dabei hat eine stimmberechtigte Person aus dem kleinsten Halbkanton Appenzell Ausserrhoden ein 39-fach höheres Stimmengewicht als eine stimmberechtigte Person aus dem bevölkerungsreichsten Kanton Zürich (von den Stimmberechtigten am 13. Februar 2022 ausgehend, 958'009 für Zürich, 12'183 für Appenzell. i. Rh.)

Ständemehrs, trotz zustimmender Volksmehrheit auf nationaler Ebene.⁴⁷⁸ Der umgekehrte Fall - erreichtes Ständemehr bei fehlendem Volksmehr - trat hingegen nur viermal ein.⁴⁷⁹ Neben diesen messbaren Bremswirkungen entfaltet das Erfordernis des Ständemehrs aber auch schon bei der Ausarbeitung einer Abstimmungsvorlage gewisse Hemmwirkungen. Vorlagen, die vom Parlament, d. h. vom National- und vom Ständerat als gleichberechtigte Kammern ausgearbeitet wurden, weisen in der Abstimmung eine deutlich höhere Erfolgsquote auf als Abstimmungsvorlagen, die auf Volksinitiativen zurückgehen.⁴⁸⁰ Dies lässt einerseits darauf schliessen, dass kantonale Interessen in Behördenvorlagen besser berücksichtigt werden und dass das Parlament andererseits Verfassungsänderungsanträge aus dem eigenen Kreis gar nicht erst zur Abstimmung bringt, wenn abzusehen ist, dass die Vorlage in der Abstimmung durchfallen würde.

B Ständemehr beim obligatorischen Staatsvertragsreferendum

Aufgrund von Art. 140 Abs. 1 lit. b BV untersteht der Beitritt der Schweiz zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften der Abstimmung des Volkes und der Stände. Für das Zustandekommen des Ständemehrs beim Staatsvertragsreferendum gelten dieselben Regeln wie bei Verfassungsänderungen.

Bei der Annahme der entsprechenden Bestimmung der alten BV im Jahre 1977 wurde die UNO als einzige in Frage kommende Organisation für kollektive Sicherheit betrachtet.⁴⁸¹ Verschiedentlich wird auch die Meinung vertreten, dass ein Beitritt zu einer Verteidigungsorganisation wie der NATO unter diesen Begriff fallen würde.⁴⁸²

Unter supranationaler Gemeinschaft ist eine Organisation zu verstehen

478 1866 die Vorlage zur Neuregelung der Masse und Gewichte (BBI 1866 I Beilage 1 zu 119), 1955 eine Initiative zum Mieter- und Konsumentenschutz (BBI 1955 I 674f./1149), 1970 die Vorlage zur Finanzordnung (BBI 1970 II 1575/1971 I 84), 1973 die Vorlage über das Bildungswesen (BBI 1973 I 1197/1195), 1975 der Konjunkturartikel (BBI 1975 I 1585/1975 II 196), 1983 der Energieartikel (BBI 1983 II 296/294), 1994 der Kulturförderungsartikel (BBI 1994 III 1251), die Vorlage über die erleichterte Einbürgerung für junge Ausländer (BBI 1994 III 1251), 2012 eine Vorlage, die eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes für die Familienpolitik eingeführt hätte (BBI 2013 3129) und 2020 die Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (BBI 2017 6335).

479 1910 die Vorlage über die Proporzwahl des Nationalrats (BBI 1910 V 425), 1957 die Zivilschutzvorlage (BBI 1957 II 153), 2002 die Volksinitiative «gegen Asylrechtsmissbrauch» und 2016 die Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe».

480 Vgl. die Zahlen bei LOMBARDI, S. 209.

481 BBI 1974 II 1156; WILDHABER, Staatsvertragsreferendum, S. 220 f.; SCHINDLER, Art. 89 Abs. 5 aBV, Rz. 3.

482 Nachweise bei SCHINDLER, Art. 89 Abs. 5 aBV, Rz. 3.

- mit Organen aus unabhängigen Personen, die nicht an Instruktionen der Regierung ihres Heimatstaates gebunden sind;
- mit Organen, die ihre Befugnisse durch Mehrheitsbeschluss und nicht nach dem Einstimmigkeitsprinzip ausüben;
- deren Entscheide direkt in Kraft treten und für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich sind;
- deren materielle Befugnisse relativ umfassend sind⁴⁸³.

Die EU stellt zur Zeit die einzige supranationale Gemeinschaft dar. Dem Referendum von Art. 140 Abs. 1 lit. b BV können aber auch Verträge unterstellt werden, die ihren Wirkungen nach einem Beitritt zu einer supranationalen Organisation gleichkommen.⁴⁸⁴ Dies traf auf den 1992 zur Abstimmung gelangten EWR-Vertrag zu.⁴⁸⁵

Obligatorische Referenden wegen völkerrechtlicher Verträge durchgeführt scheiterten beispielsweise am Volks- als auch am Ständemehr 1986 über die Frage des Beitritts der Schweiz zur UNO und 1992 über den EWR-Beitritt.⁴⁸⁶ Dass die Schweiz dann doch der UNO beitrug, war nicht Gegenstand eines obligatorischen Referendums, da der Beitritt Gegenstand einer durch Volksinitiative ausgelösten Partialreform der Bundesverfassung war. Diese wurde am 3. März 2002 durch Volk und Stände angenommen.⁴⁸⁷ Etwas diffuser ist das sogenannte «obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis». Darunter wird die «freiwillige» Unterstellung eines Staatsvertrags unter das obligatorische Referendum durch einen Entscheid der Bundesversammlung verstanden.⁴⁸⁸

C Fakultatives Kantonsreferendum bei Staatsverträgen

Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse und Staatsverträge, die unbefristet und unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen, müssen nach Art. 141 BV dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden, wenn dies von acht Kantonen verlangt wird. Die Beteiligung eines Halbkantons an diesem Verlangen wird dabei wie jene eines («Voll-»)Kantons ganz angerechnet.⁴⁸⁹

483 BBl 1974 II 1156.

484 SCHINDLER, Art. 89 Abs. 5 aBV, Rz. 5; WILDHABER, Staatsvertragsreferendum, S. 214 und 220.

485 Vgl. BBl 1992 IV 538 ff.

486 BBl 1986 II 97, BBl 1993 I 167.

487 BBl 2002 3690.

488 Auch die Abstimmung zum Beitritt zum EWR fiel gemäss Auffassung des Bundesrates unter diese Kategorie. Einzelheiten, Verweise und weitere Beispiele in der Botschaft zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter, BBl 2020, S. 1247

489 Umstritten, vgl. die Nachweise bei LOMBARDI, S. 205 f.

Dieses Mitwirkungsinstrument ist in der Praxis erst einmal erfolgreich angewendet worden.⁴⁹⁰ Abgesehen von der relativ hohen Zahl von nötigen Kantonsstimmen spielen innerkantonale organisatorische Hindernisse eine gewisse Rolle. Einer Umfrage der Konferenz der Kantonsregierungen ist zu entnehmen, dass es nur in zwölf Kantonen praktisch möglich ist, innerhalb von 90 Tagen einen Referendumsbeschluss zu fassen.⁴⁹¹ Zum Teil wird das zum Beschluss über ein Referendum befugte kantonale Organ in der Kantonsverfassung gar nicht bezeichnet.⁴⁹² Ausserdem scheinen oftmals parteipolitische Rücksichtnahmen die Beschlussfassung zu verzögern. Dadurch kann eine einheitliche Stellungnahme, wenn überhaupt, oftmals erst nach Ablauf der Referendumsfrist gefasst werden.

D Wahl der Mitglieder des Ständerats

Kein eigentliches Mitwirkungsrecht aber doch eine Möglichkeit der indirekten Einflussnahme besteht darin, dass die Kantone gemäss Art. 150 Abs. 3 BV ihre zwei Mitglieder des Ständerats (ein Mitglied bei Halbkantonen) nach einem eigenen Verfahren wählen. Die Kantone könnten also theoretisch vorsehen, dass nur kantonale Regierungsräte in den Ständerat gewählt werden dürfen. Von dieser Möglichkeit, die Ständeräte stärker an die Interessen der Kantone zu binden, wird allerdings immer seltener Gebrauch gemacht. Ausserdem dürfen die Kantone nicht bestimmen, dass die Ständeräte – Regierungsräte oder andere – an die Stellungnahme der kantonalen Regierungen oder Parlamente gebunden sind bei ihrem Abstimmungsverhalten im Ständerat, da Art. 161 BV solche Instruktionen verbietet. Durch dieses Instruktionsverbot sind die Einflussmöglichkeiten der Kantone im Ständerat sehr beschränkt, da die Ständeräte im Bundesparlament eher der Parteipolitik als den kantonalen Interessen verbunden sind.⁴⁹³

E Standesinitiative

Jeder Kanton⁴⁹⁴ hat das Recht, der Bundesversammlung Vorschläge für den Erlass von Regelungen oder die Anordnung von Massnahmen zu unterbreiten (Art. 160 Abs. 1 BV). Das ursprünglich zur Kompensation des

490 Kantonsreferendum gegen das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Änderung von Erlassen im Bereich der Ehe- und Familienbesteuerung, der Wohneigentumsbesteuerung und der Stempelabgaben, BBl 2003 7056.

491 Information dem Autor persönlich mitgeteilt.

492 In diesem Fall entscheidet aufgrund von Art. 67 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (SR 161.1) das Kantonsparlament, ob das Kantonsreferendum ergriffen wird.

493 Vgl. JAAG, zweite Kammer, S. 90 ff. insbesondere S. 92 f. m. w. H. Vgl. weiter KLEY, Föderalismus und Demokratie, Rz. 20 ff., S. 631 ff. Nuanciert dazu BELSER, Föderalismuskonzeption, Rz. 39, S. 687.

494 Das Recht der Halbkantone, eine Standesinitiative einzureichen, wird in Art. 160 Abs. 1 BV nicht ausdrücklich erwähnt. Lehre und Praxis sind sich aber einig darüber, dass auch den Halbkantonen das Recht der Standesinitiative zusteht, vgl. BBl 1968 II 745.

1848 verlorengegangenen Instruktionsrechts der Kantone eingeführte⁴⁹⁵ Initiativrecht wurde von den Kantonen zunächst nur sehr spärlich benutzt. Mit der Zunahme der Bundeskompetenzen sahen sich die Stände aber immer häufiger zu Standesinitiativen veranlasst.⁴⁹⁶ Sie betreffen nicht nur spezifisch kantonale oder regionale Anliegen, sondern häufig auch Probleme von allgemeiner politischer Aktualität.⁴⁹⁷

Die innerkantonale Zuständigkeit zur Ausübung des Initiativrechts wird vom kantonalen Recht geregelt. In der Regel ist das kantonale Parlament zum Entscheid über die Einreichung einer Standesinitiative zuständig, wobei manchmal den Kantonsregierungen parallel dazu dieselbe Möglichkeit zusteht. In zahlreichen Kantonen kann zudem das Volk mittels einer (kantonalen) Volksinitiative die Einreichung einer Standesinitiative verlangen.⁴⁹⁸

Im Gegensatz zum Initiativrecht des Volkes, das auch dann zu einer Abstimmung führt, wenn das Parlament mit dem Vorschlag nicht einverstanden ist, stellt die Standesinitiative ein blosses Begehren dar, das die Bundesversammlung nur verpflichtet, über die kantonale Initiative zu beraten und zu entscheiden, ob dieser Folge geleistet werden soll oder nicht.⁴⁹⁹ Eine Verpflichtung des Parlaments, dem kantonalen Antrag in einem Erlass Rechnung zu tragen oder diesen einer Abstimmung zuzuführen, besteht nicht. Die Wirkung der Standesinitiativen beschränkt sich deshalb zumeist auf die Demonstration der Haltung einzelner oder mehrerer Kantone zu einem aktuellen Problem oder auf die Beschleunigung des Entscheidungsprozesses bei vordringlichen Geschäften.⁵⁰⁰

Immerhin hat die Standesinitiative im Laufe der Zeit durch Verbesserungen bei der Behandlung in der Bundesversammlung eine Aufwertung erfahren. Wurden die Standesinitiativen anfänglich von der Bundesversammlung ohne Vorprüfung dem Bundesrat zum Abfassen eines Berichts überwiesen,⁵⁰¹ nimmt seit 1976 eine Kommission des National- bzw. Ständerats eine Vorprüfung vor und entscheidet danach, ob die

495 BAUMGARTNER, S. 8 f., 11 ff, 23. BBI 1993 III 339.

496 Bis Ende 1992 wurden insgesamt 174 Standesinitiativen gezählt (BBI 1993 III 342). Seit den neunziger Jahren wurden von den eidgenössischen Räten jedes Jahr ca. 10 Standesinitiativen behandelt.

497 Besonders deutlich etwa die Initiative des Kantons Genf vom 21. März 1977, der ein halbes Jahr nach dem Giftunfall von Seveso den Schutz gegen Gifte in der Atmosphäre verlangte. Vgl. zu den Themen der Standesinitiativen ausführlich BAUMGARTNER, S. 87 ff.

498 Vgl. BBI 1993 III 343; BAUMGARTNER, S. 42 ff.

499 BGE 99 Ia 737.

500 Vgl. BAUMGARTNER, S. 64 ff.; VOKINGER, S. 220. Von den 61 Standesinitiativen, die zwischen 1975 und 1991 eingereicht wurden, wurden 17 abgelehnt, 19 wurden im Rahmen der Behandlung anderer Geschäfte erfüllt, 9 führten zu einem Gesetzgebungsauftrag an den Bundesrat, 10 führten zur Überweisung eines Postulats an den Bundesrat und 6 wurden dem Bundesrat «zur Kenntnisnahme überwiesen». BBI 1993 III 344 f.

501 Wobei im Bundesrat dann die Standesinitiativen in der Folge häufig «vergessen» gingen, vgl. AUBERT, Art. 93 BV, Rz. 33, BBI 1993 III 341.

Standesinitiative dem Bundesrat zu überweisen ist.⁵⁰² Seit 1994 ist das Verfahren bei Standesinitiativen im Parlamentsgesetz geregelt.⁵⁰³ Mit der Verankerung dieser verfahrensrechtlichen Vorschriften erhält die Standesinitiative nach Ansicht der staatspolitischen Kommission des Ständerats den Stellenwert, der ihr aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen und politischen Bedeutung zusteht.⁵⁰⁴ An der rechtlichen Unverbindlichkeit von Standesinitiativen ändert sich dadurch aber nichts.⁵⁰⁵

F Informations- und Anhörungsrechte der Kantone

Art. 45 BV berechtigt die Kantone, allgemein und insbesondere bei der Rechtsetzung auf die Willensbildung des Bundes Einfluss zu nehmen. Gemäss Art. 55 BV gilt das ausdrücklich auch bei aussenpolitischen Entscheiden, wobei hier mit Abs. 3 die Kantone auch das Recht erhalten, an Vertragsverhandlungen beteiligt zu werden, wenn ihre Kompetenzen betroffen sind.⁵⁰⁶ Der Bund hat die Kantone über seine «Vorhaben» umfassend zu informieren und ihre Stellungnahmen einzuholen, sofern ihre Interessen betroffen sind.⁵⁰⁷

Die Anhörungsrechte der Kantone entfalten aus verschiedenen Gründen oftmals nicht die Wirkung, die ihnen zukommen könnte. Einerseits widersprechen sich die kantonalen Stellungnahmen nicht selten, indem sich ein Teil der Kantone für eine Vorlage ausspricht und der andere Teil dagegen, wodurch der Bund eine plausible Rechtfertigung dafür findet, die kantonalen Stellungnahmen nicht zu berücksichtigen. Andererseits erreichen die kantonalen Stellungnahmen oftmals kein hochstehendes qualitatives Niveau und erreichen nur ein geringes politisches Gewicht, da sie zumeist nicht das Ergebnis eines innerkantonalen Willensbildungsprozesses darstellen, sondern bloss eine persönlich abgefasste Stellungnahme des zuständigen Sachbearbeiters oder sogar eines Aussenstehenden.⁵⁰⁸ Beide dieser Defizite könnten entschärft werden durch eine bessere Kooperation

502 Vgl. Amtl. Bull. SR 1975, S. 1866; NR 1976, S. 632.

503 Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10), Art. 115 ff. Vorgängig im Bundesgesetz vom 23. März 1962 über den Geschäftsverkehr der Bundesversammlung sowie über die Form, die Bekanntmachung und das Inkrafttreten ihrer Erlasse (Geschäftsverkehrsgesetz, GVG), SR 171.11.

504 BBl 1993 III 345 f.

505 Ein Ausbau der Standesinitiative zu einem Initiativrecht der Kantone mit der Verbindlichkeit einer Volksinitiative und einer verstärkten demokratischen Verankerung in den Kantonen wurde in Betracht gezogen im Entwurf über einen Bundesbeschluss zur Reform der Volksrechte, BBl 1997 I 653 f., Art. 128-129a.

506 Konkretisiert wurden diese Rechte im Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes (BGMK), SR 138.1.

507 In der Bundesverfassung von 1874 sahen zahlreiche Einzelbestimmungen die Mitwirkung der Kantone oder zumindest deren Anhörung beim Erlass von Ausführungsgesetzen auf Bundesebene vor. Diese Einzelbestimmungen wurden in der aktuellen Verfassung gestrichen und ersetzt durch den allgemeinen Art. 45 BV.

508 FLÜCKIGER, S. 118 ff.; HANGARTNER, Erfüllung, S. 403.

zwischen den Kantonen. Das Beispiel der Kernvernehmlassung der Konferenz der Kantonsregierungen zum VE 95 hat gezeigt, dass eine verstärkte Zusammenarbeit der Kantone ihren Einfluss auf die Bundespolitik enorm anwachsen lässt.

VII Die Bundestreue

Nachdem der Grundsatz der Bundestreue in den ersten Jahrzehnten des Bestehens des Bundesstaates in der Rechtsprechung kaum Erwähnung gefunden hatte und auch in der Literatur - wenn überhaupt - nur am Rande behandelt wurde, scheint sich das «Mauerblümchendasein»⁵⁰⁹ der Bundestreue seit der Verfassungsrevision endgültig dem Ende zuzuneigen.⁵¹⁰ Art. 44 BV⁵¹¹ hält die in der BV von 1874 noch ungeschriebene «bundesstaatliche Grund-Pflicht»⁵¹² zur Zusammenarbeit im Kapitel über das Verhältnis von Bund und Kantonen nunmehr ausdrücklich fest. Zweifellos ist dies der gebührende Platz für den Grundsatz der Bundestreue, durchdringt dieser doch als Pflicht zur Zusammenarbeit und Rücksichtnahme von Bund und Kantonen die gesamte bundesstaatliche Ordnung.⁵¹³

Die «Entdeckung» und Verankerung der Bundestreue in der Bundesverfassung wirkt sich auch auf die Stellung der Kantone im Bundesstaat aus. Ihre Autonomie wird sowohl bekräftigt als auch gestärkt, denn Bundestreue ohne Autonomie ist unvorstellbar. Nur wenn die Kantone eigenverantwortlich Entscheidungen treffen und Aufgaben wahrnehmen können, ist es überhaupt denkbar, dass sie dabei einem Partner gegenüber eine Treuepflicht beachten. Würden die kantonalen Handlungen unter einem allgemeinen Weisungsrecht des Bundes vorgenommen, hätten die Kantone nicht nach dem Grundsatz der Bundestreue zu handeln, sondern eben Weisungen zu beachten. Ähnlich wie durch den Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht werden durch den Grundsatz der Bundestreue im Bundesstaatsrecht zwei autonome Partner verpflichtet. Hier wie dort geht es darum, bei «der Ausübung der Rechte» und «der Erfüllung der

509 KÖLZ, Bundestreue, S. 145.

510 Vgl. zur «Geschichte» der Bundestreue im schweizerischen Staatsrecht ausführlich KÖLZ, Bundestreue, S. 148 ff.

511 Art. 44:

1 Bund und Kantone unterstützen einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben und arbeiten zusammen.

2 Sie schulden einander Rücksicht und Beistand. Sie leisten einander Amts- und Rechtshilfe.

3 Streitigkeiten zwischen den Kantonen oder zwischen und dem Bund werden nach Möglichkeit durch Verhandlung und Vermittlung beigelegt.

512 SALADIN, Bund und Kantone, S. 514.

513 Nach KÖLZ, Bundestreue, S. 168 und 176 f. ist die Bundestreue idealerweise (bloss) in der Präambel zu verankern, da die Aufnahme «von nicht oder nur schwer bestimmbarer Norminhalt die Gefahr einer Überstrapazierung der Verfassungsidee» in sich berge. Die Verfassung solle primär eine normative Ordnungsfunktion ausüben, und sie dürfe ohne die Gefahr einer Schwächung dieser Aufgabe nicht alle möglichen Norminhalte aufnehmen.

Pflichten» (Art. 2 ZGB) auf den Partner Rücksicht zu nehmen. Wie der Grundsatz von Treu und Glauben im Privatrecht als Ausfluss der Privatautonomie angesehen werden kann, so ist auch der Grundsatz der Bundestreue im Bundesstaatsrecht als Ausfluss der Autonomie von Bund und Kantonen zu verstehen. Gestärkt wird die Autonomie der Kantone schliesslich dadurch, dass die Bundestreue nicht nur die Kantone sondern auch den Bund verpflichtet.⁵¹⁴

Die konkrete Bedeutung der gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme von Bund und Kantonen bleibt aber auch nach der Verankerung in der Bundesverfassung unklar. Anders als in Deutschland⁵¹⁵ hat sich das Bundesgericht kaum auf die Bundestreue abgestützt.⁵¹⁶ Bei seltenen Gelegenheiten wurde aber von anderen Behörden auf diesen Grundsatz Bezug genommen. Beispielsweise hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Gewährleistung der Verfassung des Kantons Jura festgehalten, dass Art. 138 der jurassischen Kantonsverfassung, der auf die Abtretung eines Gebiets des Kantons Bern an den Kanton Jura abzielte, sich *«nicht mit jener Grundnorm unseres föderalistischen Gemeinwesens [verträgt], die man als <Bundestreue> oder <freundeidgenössisches Einvernehmen> zu bezeichnen pflegt.»*⁵¹⁷

Das Bundesgericht hat die jurassische Wiedervereinigungsinitiative u. a. auf ihre Verträglichkeit mit der Bundestreue untersucht und dabei festgehalten, dass das *«principe de la fidélité confédérale, en vertu duquel l'Etat central et les Etats fédérés se doivent mutuellement égards, respect et assistance, est [...] le fondement de l'Etat fédératif.»*⁵¹⁸ Wie der Bundesrat beim Gewährleistungsbeschluss stellte auch das Bundesgericht eine Verletzung der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten fest, erklärte die Initiative aber nicht in

514 SALADIN, Bund und Kantone, S. 515; HÄFELIN / HALLER / KELLER / THURNHERR, Rz. 1110; DE VILLIERS, S. 23; KÖLZ, Bundestreue, S. 166 plädiert - mit dem Hinweis auf die normative Wirkung, die von einem zu Missverständnissen Anlass gebenden Begriff ausgehen kann - dafür, den Begriff Bundestreue durch bundesstaatliche Treuepflicht zu ersetzen.

515 Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich in zahlreichen Entscheidungen zur rechtlichen Tragweite der Bundestreue geäußert, vgl. dazu die Übersicht bei Stern, Staatsrecht I, S. 699 ff. und bei DE VILLIERS, S. 16 ff.

516 Seltene aktuellere Erwähnung in BGE 142 II 182 S. 195, E. 3.2.4, wobei es hier um Treuepflichten (fiskalische Informationspflichten beim Wohnsitzwechsel eines Einwohners) der Kantone untereinander ging. Bekannt ist BGE 125 II 152, wo das BGer es hingegen abgelehnt hatte, der Bundestreue irgend eine Pflicht zum aktiven Handeln zu entnehmen, ihm aber immerhin zugesteht, dass es gegenseitigen Verkehr zwischen den Gemeinwesen jedes missbräuchliche und widersprüchliche Handelns verbiete.

517 BBl 1977 II 274. Die Gewährleistung wurde besagtem Artikel aber in erster Linie wegen Verstosses gegen Art. 5 BV versagt, vgl. BBl 1977 II 273 f.

518 BGE 118 Ia 205. In BGE 111 Ia 311 hielt das Bundesgericht fest, «ein genereller Zielkonflikt des kantonalen Rechts mit dem Bundesrecht genüge noch nicht, um eine Initiative ungültig zu machen; die Kantone seien «nicht schlechthin gehindert, andere Ziele zu verfolgen als der Bund». Vgl. auch BGE 119 Ia 403; BGE 103 Ia 392 f.

erster Linie aus diesem Grund für nichtig, sondern weil sie inkompatibel sei mit der Struktur des Bundesstaats und Bundesrecht verletze.⁵¹⁹

Inwiefern die Bundestreue dem Bund und den Kantonen konkrete Verhaltensweisen gebieten kann, lässt sich somit aus der bisherigen Praxis nicht bestimmen, da immer dann, wenn eine Verletzung der Bundestreue festgestellt wurde, auch eine Verletzung einer Rechtsnorm vorlag, die als Ausprägung des Grundsatzes der Bundestreue dem Bund und/oder den Kantonen ein bestimmtes Verhalten verbindlich vorschreibt. Daraus lässt sich ableiten, dass die Bedeutung der bundesstaatlichen Treuepflicht nicht in erster Linie in ihrer rechtlichen Tragweite oder Justiziabilität zu suchen ist,⁵²⁰ sondern vielmehr in ihren Auswirkungen als politisches Prinzip.⁵²¹ Als solches leitet die Lehre aus der Bundestreue eine umfassende Pflicht von Bund und Kantonen zum Zusammenwirken⁵²² und zur gegenseitigen Rücksichtnahme⁵²³ und Achtung ab.⁵²⁴ Eine Pflicht zu einer positiven Handlung ohne verfassungsrechtliche und gesetzliche Verankerung kann aus der Bundestreue aber nur abgeleitet werden, wenn eine Situation

519 BGE 118 Ia 208: «Elle doit donc être déclarée nulle, étant incompatible avec la structure de l'Etat fédératif et violant le droit fédéral.»

520 Näheres zur Justiziabilität der Bundestreue im deutschen Bundesstaatsrecht ausführlich BAUER, S. 366 ff.

521 Vgl. KÖLZ, Bundestreue, S. 172: «*Juristisch kann die bundesstaatliche Treuepflicht nicht eine prinzipale Funktion haben. Sie muss sich vielmehr mit einer solchen bloss subsidiärer Art begnügen. Politisch hingegen kann und soll der bundesstaatlichen Treuepflicht eine umfassende Bedeutung beigelegt werden.*»

522 Konkret schliesst die Pflicht zum Zusammenwirken nach SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 34 ein:

- -die Pflicht zu wechselseitiger Information über Vorhaben und Beschlüsse, die für andere Bundesstaatspartner wichtig sind;
- die Pflicht zu wechselseitiger Konsultation vor Entscheidungen, die sich auf die Tätigkeit der Partner besonders auswirken können;
- die Pflicht zur Zusammenarbeit in der Planung;
- die Pflicht zur wechselseitigen administrativen Unterstützung, wo dies ohne beträchtlichen Aufwand und ohne erhebliche anderweitige Belastung für den Unterstützenden möglich ist.

523 SCHWEIZER, Art. 44, Rz. 9.

524 Die Pflicht zur Rücksichtnahme und Achtung beinhaltet nach SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 35:

- das Verbot der Ausübung von Zuständigkeiten mit dem Ziel die Erfüllung von Aufgaben der Partner zu vereiteln;
- das Verbot für den Bund, grössere Aufgaben an die Kantone zu delegieren, ohne sich zu vergewissern, dass alle Kantone die finanziellen Mittel zur Aufgabenerfüllung besitzen;
- die Verpflichtung von Bund und Kantonen, öffentlich-rechtliche Verträge einzuhalten;
- das Verbot für die Kantone, untereinander Verträge zu schliessen, die die Existenz, Ordnung oder Prosperität anderer Kantone oder des Bundes oder den Zusammenhalt desselben aufs Spiel setzen;
- das allgemeine Gebot, einander vertrauensvoll zu begegnen und die wechselseitigen Beziehungen nicht unter einem Gewölk des Misstrauens wahrzunehmen.

vorliegt, *«in welcher die Existenz eines Gliedstaates oder die bundesstaatliche Einheit auf dem Spiele stehen.»*⁵²⁵

VIII **Fazit: Die kantonale Selbstbestimmung als Wesensmerkmal des schweizerischen Föderalismus**

Der Zusammenschluss der Kantone zum Bund bezweckt die Erhaltung ihrer Eigenständigkeit und die Bewahrung ihrer Unabhängigkeit.⁵²⁶ Auch heute zählt der schweizerische Bundesstaat trotz der seit seiner Gründung 1848 regelmässig in die Bundesverfassung aufgenommenen neuen Bundeskompetenzen nach wie vor zu den dezentralsten Staaten.⁵²⁷ Die konkrete, verfassungsrechtliche Ausgestaltung der bundesstaatlichen Ordnung ist Abbild dieses lange Zeit vorherrschenden, statisch-abwehrenden Charakters des schweizerischen Föderalismus.⁵²⁸ Eine Konsequenz davon ist auch, dass der Selbstbestimmung der Kantone für ihre eigene Identität eine grössere Bedeutung zukommt, als der Mitbestimmung an der Willensbildung im Bund.⁵²⁹ Im Vordergrund steht für die Kantone die eigenverantwortliche Erfüllung von Staatsaufgaben. Als Voraussetzung dazu dient ein autonomer Entscheidungsspielraum bei der Wahrnehmung kantonaler Aufgaben über die Art, die Finanzierung und die organisatorischen Fragen. Zwar hat der kantonale Autonomiebereich Zentralisierungstendenzen nicht unbeschadet überstanden.⁵³⁰ Namentlich wurde die Auffassung, wonach ganze umfassende Lebensbereiche als staatliche Ordnungsbereiche von den Kantonen eigenständig geregelt werden sollten, weitgehend aufgegeben.⁵³¹ Doch insgesamt betrachtet erscheint der kantonale Aufgabenkatalog immer noch umfangreich genug, um kantonale Eigenständigkeit und Vielfalt zum Ausdruck zu bringen.

Die Mitbestimmung der Kantone an Entscheidungen des Bundes spielt für den Föderalismus und die Bundesstaatlichkeit eine weitaus kleinere Rolle als die kantonale Autonomie und Selbstbestimmung.⁵³² Das wohl bedeutendste Mitwirkungsrecht der Kantone - das Ständemehr bei Verfassungsänderungen - dient in erster Linie dem Schutz der kantonalen Autonomie und kann als Instrument kantonaler Einflussnahme auf konkrete

525 KÖLZ, Bundestreue, S. 171 und 176; vgl. auch SALADIN, Art. 3 aBV, Rz. 36; ders., Bund und Kantone, S. 517 f. Auch SCHWEIZER, BV 3, Rz. 10 sieht Pflichten zum gegenseitigen Beistand.

526 SCHWEIZER / MÜLLER, Art. 42-135, Rz. 1.

527 Vgl. WATTS S. 79, McKAY S. 142.

528 Vgl. SCHINDLER, Föderalismus, S. 53 ff.; EICHENBERGER, Landesbericht, S. 20 ff. und S. 51 ff.

529 Vgl. SCHINDLER, Föderalismus, S. 56 ff.

530 Vgl. SCHWEIZER, Föderalismus, Rz. 47, S. 563 f. OESCH, Globalisierung, Rz. 24, S. 151 spricht von *«der schleichenden Neutralisierung kantonaler Kompetenzen durch Staatsvertragsrecht.»*

531 Vgl. HANGARTNER, Erfüllung, S. 382.

532 SCHINDLER, Föderalismus, S. 57.

Inhalte der Bundespolitik kaum eingesetzt werden. Mit der Standesinitiative und den Anhörungsrechten verfügen die Kantone zwar über zwei Instrumente, um politische Entscheidungsprozesse auf Bundesebene auszulösen oder zu beeinflussen, die praktische Bedeutung dieser Mitwirkungsrechte hält sich aber, insbesondere auch aufgrund der mangelnden Verbindlichkeit für den Bund, in Grenzen.

Teil 2 Das Diskriminierungsverbot

Kap. 1 Das Diskriminierungsverbot im Bundesstaat

I Wurzeln des Diskriminierungsverbots

Das Diskriminierungsverbot hat sich aus dem Rechtsgleichheitsgebot entwickelt schaut so auf eine lange Geschichte zurück, die sich bis zurück in die Antike belegen lässt.⁵³³ Entscheidend für die Entwicklung des heutigen, für die Länder christlich-abendländischer Kultur typischen Verständnisses der Gleichheit als Rechtsprinzip und als Grundrecht war die aufgeklärte naturrechtliche Forderung nach der Gleichheit aller Menschen ungeachtet ihrer Geburt und Herkunft. Insbesondere John Locke hatte diese Gleichheit als Voraussetzung der naturrechtlichen Freiheit aller Menschen gefordert: „[...] *there being nothing more evident, than that creatures of the same species and rank, promiscuously born to all the same advantages of nature, and the use of the same faculties, should also be equal one amongst another without subordination or subjection* [...]“.⁵³⁴

In Form von Rechtsnormen wurden diese Gedanken erstmals in Nordamerika mit der Unabhängigkeitserklärung vom 4. Juli 1776 verankert. Sie formulierte die Grundsätze von Freiheit und Gleichheit aller Menschen wie folgt: „*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.*“⁵³⁵ Diese Deklaration bedeutete allerdings noch lange nicht, dass Gleichheit und Nichtdiskriminierung auch wirkungsvoll in die Realität umgesetzt worden wäre, indem die Sklaverei erst durch das *Amendment XIII* von 1865 abgeschafft wurde, und die Anerkennung der Sklaven als - zumindest formell - gleichberechtigte Bürger erst durch das *Amendment XIV* von 1868 herbeigeführt wurde.⁵³⁶ Als Neuerung brachte dieses Amendment, dass das Prinzip der Gleichheit vor dem Recht erstmals ausdrücklich ergänzt wurde durch die Forderung nach gleichem Schutz durch das Recht.

In Europa wurde die Gleichheit im «*Article premier*» der französischen «*déclaration des droits de l'homme et du citoyen*» vom 26. August 1789 festgeschrieben: „*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées*

533 Eine Übersicht über die Entwicklung sowie weitere Verweise bei GRISEL, *Egalité*, S. 24 ff.

534 LOCKE, S. 340.

535 Erster Satz des zweiten Absatzes der Erklärung.

536 Amendment XIII, Section 1: „*Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*“

que sur l'utilité commune.“ Auf die Deklaration folgte die französische Verfassung vom 24. Juni 1793. Auch sie hielt fest, dass alle Menschen von Natur aus vor dem Gesetz gleich seien.⁵³⁷ Das für die Helvetische Verfassung von 1798 und damit indirekt für die Bundesverfassung von 1848 bedeutendste Vorbild war die Deklaration der Gleichheit in der Direktorialverfassung vom 22. August 1795, die lautete: « *L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs.* »

Bei all diesen Verfassungen ging es jedoch noch nicht um die Festschreibung des Individualrechts nach heutigem Verständnis, nämlich des Rechts auf Gleichheit vor dem und im Recht, und noch viel weniger bildeten die Artikel die Basis eines allgemeinen Rechtsprinzips der Gleichheit, wie wir es heute verstehen. Der Hauptzweck der Bestimmungen war in erster Linie die Zerschlagung der alten Feudalstruktur. Es ging ihnen damit um die Aufhebung spezifischer, einzelner Ungleichheits- oder Benachteiligungsverhältnisse. Damit war ihr Zweck jenem moderner Diskriminierungsverbote ähnlich. Dass es sich nicht um eine Statuierung der Gleichheit als allgemeingültiges Prinzip der ganzen Rechtsordnung handeln sollte, wird vor allem dadurch deutlich, dass die Deklaration von 1789 im gleichen Atemzug, indem sie die Gleichheit an Rechten erklärte, auch gleich den Weg zur Errichtung anderer Macht- und Herrschaftsverhältnisse ebnete: « [...] *Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.* » Dass Frankreich damals tatsächlich noch nicht für die allgemeine Anerkennung der Rechtsgleichheit und anderer Grundrechte reif war, zeigte sich anschliessend offenkundig durch die kurz darauf folgenden Entwicklungen zu einer totalitären Schreckensherrschaft.

Das 20. Jahrhundert brachte zunächst das für viele Länder neue Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts oder das Verbot der Diskriminierung der Frau, das nach wie vor von hoher gesellschaftlicher und rechtlicher Wichtigkeit ist. Dazu gesellt gegen Ende des 20. Jahrhunderts die Forderung nach der Gleichberechtigung Homosexueller und im 21. Jahrhundert nach der Gleichberechtigung von Personen nichtbinärer Geschlechtsidentitäten.⁵³⁸ Ähnlich der Geschlechterdiskriminierung wurden mit der Zeit weitere Diskriminierungstatbestände öffentlich kritisiert, und entsprechende Diskriminierungsverbote fanden in der Folge Eingang in Verfassungen, Gesetze, Richtersprüche und in der Folge auch in das Völkerrecht.

537 Art. 3: « *Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.* »

538 So können seit dem 1. Juli 2022 auch Homosexuelle Paare heiraten aufgrund der in einer Volksabstimmung (Referendum) am 26.9.2021 angenommenen Änderung des Zivilgesetzbuchs, ausgehend von einer parlamentarischen Initiative (Abstimmungsergebnis BBl 2021 2631 und Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates BBl 2019 8595). Weiter werden im Parlament beispielsweise Diskriminierungsprobleme im Strafvollzug von «LGBTIQ-Personen» diskutiert (Postulat Mazzone 18.3267 vom 15.3.2018, LGBTIQ steht für Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex and Queer, wobei sich die Begriffe hier rasch entwickeln, z. B. sind auch LGBTIQ+ oder LGBT*Q anzutreffen)

II Entwicklung des Diskriminierungsverbots in der Schweiz

Für das Gebiet der Eidgenossenschaft kann man vor allem seit der frühen Neuzeit belegen, dass sich die Idee der Gleichheit der Menschen zu festigen begann und bereits auf die Rechtsordnungen der Kantone der alten Eidgenossenschaft einen gewissen Einfluss ausübte, ohne aber Untertanenverhältnisse wie beispielsweise städtische «Zunftokratien» zu verhindern.⁵³⁹ Diese Privilegien wurden erst durch den Einfluss der französischen Revolution niedergerissen, welche mit dem Einmarsch der französischen Truppen im März 1798 in die Schweiz übergriff. Die von der Besatzungsmacht diktierte erste helvetische Verfassung vom 12. April 1798⁵⁴⁰ enthielt denn auch einige Ansätze einer rechtlichen Gleichheit der Bürger, war aber dennoch weit davon entfernt, die Gleichberechtigung als grundlegendes Rechtsprinzip und als Grundrecht im heutigen Sinne zu garantieren.

Der erste fragmentarische Ansatz fand sich in der ersten helvetischen Verfassung, deren Artikel 1 lautete: «*La République helvétique est une et indivisible.*» Diese Zentralisierung war eine der Grundmaximen der Staatsphilosophie der französischen Revolution.⁵⁴¹ Sie zwang aber nicht nur - zumindest rechtlich - die Kantone zu Einheitlichkeit, sondern sie brachte für deren Bürger eine Gleichberechtigung in dem Sinne, dass diese einander nun über die Kantonsgrenzen hinweg gleichgestellt waren und es keine Andersbehandlungen für Kantonsfremde mehr gab.⁵⁴²

Die politische Gleichberechtigung kam in Art. 2 der ersten helvetischen Verfassung zum Ausdruck, welcher zunächst festhielt: «*L'universalité des citoyens est le souverain*» und nachher ausführte, dass Souveränitätsrechte nicht zu Privilegien Einzelner werden durften. Auch in diesem Artikel ging es nicht primär um ein Diskriminierungsverbot, sondern vielmehr um die Errichtung eines repräsentativen Regierungssystems auf der Basis von Rousseaus *volonté générale*: «*La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis, est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État.*»⁵⁴³ Auch wenn Art. 2 nicht in erster Linie die Gleichheit im Auge hatte, so setzte er doch eine Gleichheit der politischen Rechte voraus. In einer allgemeineren Form wurde das Gleichheitsprinzip aus Art. 5 abgeleitet, der die natürliche Freiheit des Menschen schützte: «*La liberté naturelle de l'homme est inaliénable.*» Im gleichen Satz wurden die noch heute gültigen Prinzipien des öffentlichen

539 Eine kurze Übersicht bei GRISEL, *Egalité*, S. 24 ff.

540 NABHOLZ / KLÄUI, S. 169 ff.

541 «*Par la même raison que la souveraineté est inaliénable, elle est indivisible; car la volonté est générale (a), ou elle ne l'est pas; elle est celle du corps du peuple, ou seulement d'une partie. Dans le premier cas, cette volonté déclarée est un acte de souveraineté et fait loi; dans le second, ce n'est qu'une volonté particulière, ou un acte de magistrature; c'est un décret tout au plus.*» ROUSSEAU, *Contract*, S. 369.

542 GRISEL, *Egalité*, S. 27 f.

543 ROUSSEAU, *Contract*, S. 368.

Interesses und der Gesetzmässigkeit als notwendige Voraussetzungen der Einschränkung der Freiheit festgehalten.

Diese Verfassung garantierte also die Gesetzmässigkeit der Verwaltung und schaffte damit eine der Voraussetzungen der Gleichbehandlung. Und schliesslich wurden durch Art. 8 die Diskriminierungen aufgrund überlieferter vererblicher Machtverhältnisse explizit abschafft. Damit hielt diese Verfassung, im Gegensatz zu ihren französischen Vorbildern, an keiner Stelle die Rechtsgleichheit prägnant und ausdrücklich in allgemeiner Form fest. Dennoch war diese gleichzeitig eine notwendige Voraussetzung und eine Konsequenz der erwähnten Artikel. Wenn damit auch noch kein Individualrecht auf Rechtsgleichheit geboren war, so hob sie doch zum ersten Mal die Vorrechte der Aristokraten. Diese flammten zwar später teilweise nochmals auf, aber dennoch war die erste Helvetische Verfassung ein wichtiger Impuls für die spätere Entwicklung zu einem demokratischen Rechtsstaat.

Auf die erste Helvetische Verfassung folgte die zweite vom 20. Mai 1802, welche aber schon kurz danach durch Bonapartes Mediationsverfassung vom 19. Februar 1803 abgelöst wurde⁵⁴⁴ Die Einsicht, dass die Schweiz «... von der Natur selbst zu einem Bundesstaate bestimmt ...»⁵⁴⁵ war, brachte Bonaparte dazu, einen solchen ins Leben zu rufen mit einer Verfassung für jeden Kanton und einer für den Bund. Damit war die Idee der Gleichheit durch Zentralisierung freilich begraben. Immerhin wurde an der Abschaffung jeglicher vererblicher Privilegien oder anders begründeter Untertanenverhältnisse festgehalten: «Es gibt in der Schweiz weder Unterthanenlande noch Vorrechte der Orte, der Geburt, der Personen oder Familien» (Art. 3 des zwanzigsten Kapitels).⁵⁴⁶

Nach dem Ende der napoleonischen Vorherrschaft über Europa setzte die sogenannte Zeit der Restauration ein. Jene Kräfte, die sich die vorrevolutionären Zustände wieder herbeiwünschten, witterten europaweit Frühlingsluft und riefen zum Wiener Kongress von 1814/15, an dem sie die künftige Struktur Europas entwarfen und beschlossen. Mit den der Schweiz aufoktroierten Varianten des Zentral- und Bundesstaates wurde ebenfalls nicht lange gefackelt. Teilweise motiviert durch internationalen Druck von Seiten der Parteien des Wiener Kongresses blieben die schweizerischen Kantone immerhin in einem neuen Staatenbund zusammengeschlossen. Obwohl damit die Idee eines gemeinsamen Staates vorderhand wieder in weite Ferne gerückt worden war, bedeutete der Bundesvertrag vom 7. August 1815 nicht etwa einfach ein Zurück zur alten Eidgenossenschaft. Als eine der wichtigen Errungenschaften der französischen Zeit bleibt die Gleichberechtigung der Kantone erhalten. Was die Gleichberechtigung der Individuen betraf, wurde zwar ein Versuch unternommen, auch diese im Bundesvertrag zu verankern. Einige Kantone vermochten jedoch mit Erfolg dagegen Widerstand zu leisten, und die Bestimmung wurde durch eine

544 NABHOLZ / KLÄUI, S. 185 ff.

545 Bonaparte in der Einführung zur Mediationsverfassung. NABHOLZ / KLÄUI, S. 185.

546 NABHOLZ / KLÄUI, S. 197. Vgl. auch den beinahe gleichlautenden zweiten Satz von Art. 4 Abs. 1 aBV.

Absichtserklärung in § 7 ersetzt,⁵⁴⁷ und in einigen Kantonen wurden die politischen Privilegien für Patrizier und andere Oberschichten in der Folge auch ganz oder teilweise wiederhergestellt.⁵⁴⁸

Mit der Restauration hatte das liberale Gedankengut also einen herben Rückschlag einstecken müssen, es ging aber nicht gänzlich verloren, sondern sorgte wenige Jahre später für neue politische Strömungen, welche die Epoche der Regeneration einleiteten. Diese fand ihren Ausdruck in einer Reihe von Revisionen von Kantonsverfassungen. Neben weiteren liberalen Neuerungen wie beispielsweise der Gewaltenteilung wurde mancherorts die Gleichberechtigung der Bürger zumindest als Grundsatz wieder verankert.⁵⁴⁹ Die liberale Strömung, die - zusätzlich angespornt durch die Pariser Julirevolution von 1830 - wieder einen engeren Zusammenschluss der Kantone anstrebte, stiess jedoch auf den vehementen Widerstand der konservativen Kräfte, und die Schweiz spaltete sich in zwei sich zusehends radikalisierte Lager. Die Spannungen gerieten ausser Kontrolle und waren letztlich eine der wichtigsten Ursachen des Sonderbundskriegs von 1847, an dem am Ende die liberalen über die konservativen Kantone dominierten. Sie ebneten in der Folge den Weg für den erneuten Zusammenschluss der Kantone zu einem gemeinsamen Staat, der dieses Mal ohne Zutun einer äusseren Macht ausgelöst wurde.

Seit der Bundesverfassung vom 1848 bilden nun die schweizerischen Kantone zusammen einen Bundesstaat. Schon die Verfassung von 1848 brachte eine relative Stabilität, sie wurde jedoch bereits 1874 total revidiert, wobei neben diversen anderen staatsrechtlichen Grundsätzen auch jener der föderalistischen Struktur beibehalten wurde. Die Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (aBV) galt bis 1999, als sie erneut durch eine total revidierte ersetzt wurde. Die ursprünglich deklarierte Absicht dieser Revision war, die materielle Rechtslage nicht zu ändern, sondern nur den Text zu modernisieren und der bereits durch Rechtsprechung und Lehre gelebten Verfassungswirklichkeit anzupassen. Doch eine Umformulierung birgt immer die Möglichkeit, dass der Sinn der Worte sich gewollt oder ungewollt ebenfalls ändert, weshalb der Titel «*Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung*» auch zutreffender war als die ursprüngliche Benennung des Projekts als «*Bundesbeschluss über eine nachgeführte Bundesverfassung*».⁵⁵⁰

Die Rechtsgleichheit ist schon seit der Verfassung von 1848 in der Schweiz auf der Ebene der Bundesverfassung verankert und wurde mit jeder Revision weitergeführt. In den Verfassungen von 1848 und 1874 war dafür Art. 4 verantwortlich, der nur einmal in seiner Geschichte durch den Verfassungsgeber revidiert worden ist, nämlich 1981 mit der Ergänzung,

547 KÖLZ, Quellenbuch, Bd. 1, S. 198.

548 KÖLZ, Geschichte, Rz. 14.

549 So bestimmte beispielsweise die Verfassung des Kantons Zürich vom 10. März 1831: «*Alle Bürger haben gleiche staatsbürgerliche Rechte, unter Vorbehalt der durch die Verfassung [...] anerkannten Ausnahmen. Alle Bürger sind vor dem Gesetze gleich. [...]*» (Art. 3).

550 Vergleiche den erwähnten Bundesbeschluss vom 18. Dezember 1998 mit der Botschaft VE 96.

die zunächst die Gleichberechtigung der Geschlechter ausdrücklich bestätigte und zusätzlich den Gesetzgeber dazu anhielt, für eine Gleichstellung in Familie, Ausbildung und Arbeit zu sorgen. Mit dem Inkrafttreten der total revidierten Bundesverfassung im Jahre 2000 wurde der Gleichheitssatz fast unverändert weitergeführt und findet sich nun in Art. 8 Abs. 1 BV.⁵⁵¹

Die Tatsache, dass sich dieser Satz seit 1848 nicht geändert hat, bedeutet nun aber natürlich nicht, dass sich das Gleichheitsprinzip in der Schweiz seit 1848 nicht weiterentwickelt hätte. Es blieb jedoch dem Richter überlassen, die Bedeutung zu definieren, und die Rechtsprechung hat das Grundrecht und das Rechtsprinzip der Gleichheit in einer für die Schweiz beispiellos vielfältigen Praxis regelmässig an die Erfordernisse der sich entwickelnden Gesellschaft und Moralvorstellungen angepasst.⁵⁵²

III Der grundrechtliche und der umgangssprachliche Diskriminierungsbegriff

In Art. 8 Abs. 2 gebietet die Bundesverfassung kurz und bündig: «*Niemand darf diskriminiert werden [...].*» Es folgen dann einige Beispiele, in denen Kriterien genannt werden, aufgrund derer «*namentlich*» nicht diskriminiert werden soll.

Die Diskriminierung ist ein Begriff, dem im allgemeinen Sprachgebrauch sehr unterschiedliche Bedeutungen zugemessen werden. Im Herkunftswörterbuch des Duden wird die Bedeutung von Diskriminierung unter Bezugnahme auf die lateinische Herkunft des Wortes wie folgt umschrieben:

551 Bis 1999 lautete Art. 4 Abs. 1 aBV 1. Satz: «*Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*». Seit 2000 lautet Art. 8 Abs. 1 BV: «*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*.»

552 Schon am 2. April 1880 machte das BGer in BGE 6 I 171 (Jäggi) klar, dass der Wortlaut «*vor dem Gesetz*» die Gleichberechtigung sowohl für die «*verwaltende und richterliche, als auch für die gesetzgeberische Thätigkeit*» gilt und «*sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger [...] als auch gleiche Behandlung der Bürger durch den Gesetzgeber gefordert*» sind. Damit erweiterte das BGer den zu engen Wortlaut von Art. 4 bereits 6 Jahre nach seinem Inkrafttreten und befand eine Bestimmung des solothurnischen Strafgesetzbuchs für verfassungswidrig, weil vorschrieb, dass gegen «*Geltstager und unter Bevogtung gestellte Verschwender*» nur Freiheitsstrafen und keine Bussen ausgesprochen werden dürften, auch wenn das Strafgesetz Busse *oder* Gefängnis vorsehe. Dies qualifizierte das BGer als verfassungswidrige Ungleichbehandlung *durch* das Gesetz. Vgl. weiter SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 2 mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung. BAUMANN, Kohärenz, S. 22 f. erläutert die Entwicklung des Gebots zur Rechtsgleichheit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf die unterschiedlichen Behandlungen von Frau und Mann beispielsweise bezüglich Wehrpflicht, beruflichen Möglichkeiten, Feuerwehrpflicht und Stimmrecht.

*Jemanden von anderen absondern, ihn unterschiedlich behandeln und damit in den Augen der anderen herabsetzen.*⁵⁵³

Gemäss den hier verwendeten Grundsätzen der Verfassungsinterpretation kann in einem demokratischen Rechtsstaat die rechtliche Bedeutung eines Begriffs nicht losgelöst von jener im allgemeinen Sprachgebrauch betrachtet werden.⁵⁵⁴ Dies gilt besonders für den Begriff der Diskriminierung, denn auch im allgemeinen Sprachgebrauch wird er meistens mit Bezug auf rechtliche Auswirkungen verwendet. So heisst es beispielsweise im Nachschlagewerk Brockhaus:

*Diskriminierung, meist willkür. Benachteiligung von Einzelnen, von sozialen, polit. oder ethn. Gruppen. Das GG enthält neben dem allg. Gleichheitsgrundsatz ein D.-Verbot (Art. 3 und 33).*⁵⁵⁵

Und bei Wikipedia heisst es:

*Diskriminierung bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch meist die herabsetzende Diskriminierung, d. h. die Benachteiligung oder Herabwürdigung von Gruppen oder einzelnen Personen nach Maßgabe bestimmter diskriminierender (d. h. Unterscheidungen vornehmender) Wertvorstellungen oder aufgrund unreflektierter, z. T. auch unbewusster Einstellungen, Vorurteile oder emotionaler Assoziationen.*⁵⁵⁶

Gemäss der Definition des Brockhaus bedeutet Diskriminierung also willkürliche Benachteiligung. Diese Begriffsumschreibung unterscheidet sich bereits von jener in der BV: Hier wird zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass die Diskriminierung Benachteiligung bedeutet, dafür steht, dass Diskriminierung aufgrund von Kriterien erfolgt. Damit stellt sich bezüglich der Umschreibung im Brockhaus die Frage, ob eine

553 Duden, Herkunftswörterbuch, S. 224.

Andere Definitionen: «durch [unzutreffende] Äußerungen, Behauptungen in der Öffentlichkeit jemandes Ansehen, Ruf schaden; jemanden, etwas herabwürdigen», «(durch unterschiedliche Behandlung) benachteiligen, zurücksetzen; (durch Nähren von Vorurteilen) verächtlich machen». Diese beiden Bedeutungen sind «bildungssprachlich». Rein «fachsprachlich» ist hingegen die 3. im Duden erwähnte Bedeutung, nämlich «unterscheiden» (alle aus Duden, Universalwörterbuch, wobei dort «bildungssprachlich» bedeutet: «zu einer Sprache, Ausdrucksweise gehörend, die bestimmte Kenntnisse, eine gute schulische Bildung voraussetzt», und «fachsprachlich»: «die Fachsprache betreffend, zu ihr gehörend»)

554 Vgl. Teil 1 Kap. 3 I, S. 77.

555 Zum Stichwort Diskriminierung in: Der Brockhaus in einem Band, Aktualisierte Auflage, Mannheim 2002.

556 <https://de.wikipedia.org/wiki/Diskriminierung> am 7. August 2023. Am 16. Juli 2022 lautete die Umschreibung noch etwas weniger relativierend «Diskriminierung bezeichnet eine Benachteiligung oder Herabwürdigung von Gruppen oder einzelnen Personen nach Maßgabe bestimmter Wertvorstellungen oder aufgrund unreflektierter, z. T. auch unbewusster Einstellungen, Vorurteile oder emotionaler Assoziationen». Am 31. Juli 2015 hiess es noch in weniger wertender Formulierung: «Diskriminierung bezeichnet eine gruppenspezifische Benachteiligung oder Herabwürdigung von Gruppen oder einzelnen Personen.»

Diskriminierung überhaupt willkürlich sein kann. Setzt man *willkürlich* gleich mit *zufällig*, so stimmt das sicherlich nicht, denn die Benachteiligung aufgrund bestimmter Kriterien ist notwendigerweise eine Benachteiligung, die einer gewissen Regel folgt. Willkürlich im rechtlichen Sinne ist Diskriminierung ebenfalls nicht, denn bei einer willkürlichen Benachteiligung greift spezifisch das Willkürverbot, das vom Diskriminierungsverbot klar abgrenzbar ist und anderen Regeln folgt.⁵⁵⁷

Was wir aber immerhin dem allgemeinen Sprachgebrauch entnehmen können, und zwar sowohl der Definition des Brockhaus, jener der Wikipedia sowie auch jener des Duden, ist, dass Diskriminierung Benachteiligung bedeutet. Bestätigt wird diese Ansicht auch durch folgende zwei Beispiele aus völkerrechtlichen Verträgen, in denen die Diskriminierung umschrieben wird, was typischerweise in Verträgen geschieht, deren zentraler Inhalt die Verhinderung von Diskriminierungen ist:

RDÜ *Art. 1 Abs. 1: In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck «Rassendiskriminierung» jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschliessung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Geniessen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.*

CEDAW *Art. 1: In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck «Diskriminierung der Frau» jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.*

Auch aus diesen völkerrechtlichen Definitionen wird klar, dass Diskriminierung nicht nur Andersbehandlung bedeutet, sondern vielmehr eine Behandlung, welche eine Benachteiligung zur Folge hat. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Fragestellung der vorliegenden Untersuchung der Diskriminierungsbegriff untersucht wird, der sowohl im innerstaatlichen Recht als auch im Völkerrecht im Kontext zu Grund- und Menschenrechten verwendet wird. Demgegenüber wird der Begriff Diskriminierung namentlich auch im Wirtschaftsrecht und im entsprechenden Völkerrecht verwendet. Der dort verwendete Diskriminierungsbegriff ist zwar verwandt mit dem grundrechtlichen

Diskriminierungsbegriff, aber nicht deckungsgleich – namentlich mit Blick auf den Bezug zur Menschenwürde.⁵⁵⁸

Gemäss Art. 8 Abs. 2 darf also niemand diskriminiert werden, und das geschieht «*namentlich*» aufgrund gewisser Kriterien. Sind damit aber alle denkbaren Benachteiligungen gemeint, oder gibt es auch erlaubte Benachteiligungen? Ist die Benachteiligung aufgrund jeglicher Kriterien verboten, oder sind es nur bestimmte Kriterien, aufgrund welcher eine Benachteiligung nicht erfolgen darf?

IV Das Diskriminierungsverbot neben der Rechtsgleichheit und dem Willkürverbot

Seit dem Inkrafttreten der Bundesverfassung von 1999 ist das Diskriminierungsverbot ausdrücklich in Art. 8 festgehalten, der wie folgt formuliert ist:

Rechtsgleichheit

- 1 *Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.*
- 2 *Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.*
- 3 *Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.*
- 4 *Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.*

Der erste Absatz enthält das Recht jedes Menschen auf gleiche Behandlung vor dem Recht, was nach der einhelligen Lehre und Rechtsprechung die Gleichberechtigung sowohl in der Rechtsetzung als auch in der -anwendung umfasst. Dieses Recht war in der Bundesverfassung von 1874 (aBV) in Art. 4 Abs. 1 erster Satz enthalten,

558 So verbietet beispielsweise Art. 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) die Diskriminierung von «*Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten*». Dadurch, dass also EU-Bürger und Schweizerbürger in EU-Staaten und der Schweiz einander gegenüber nicht benachteiligt werden, entstehen in der EU und der Schweiz neue Diskriminierungen aller Menschen, die weder Bürger der EU noch der Schweiz sind. Das wäre mit der Menschenwürde, die allen Menschen unabhängig von ihrer Nationalität zusteht, kaum nachvollziehbar zu begründen. Zum Kontext zwischen der Diskriminierung und der Menschenwürde siehe Teil 2 Kap. 3 3, S. 204 ff.

mit dem Unterschied, dass der Wortlaut der langjährigen Rechtsprechung⁵⁵⁹ insofern angepasst worden ist, als dass «alle Menschen» und nicht wie früher «alle Schweizer» als «vor dem Gesetze gleich» bezeichnet werden.

Während die alte Bundesverfassung das Diskriminierungsverbot nicht in allgemeiner Weise ausgedrückt, sondern nur die «*Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen*» verpönt hat, so schliesst nun Art. 8 Abs. 2 BV die Diskriminierung in einer allgemeinen Weise aus und nennt zur Illustration in nicht abschliessender Weise einige der typischsten Anknüpfungspunkte, welche *nicht* der Grund einer benachteiligenden Ungleichbehandlung sein dürfen, wie beispielsweise Herkunft, Hautfarbe,⁵⁶⁰ Geschlecht, Alter, Religion, Behinderungen oder politische Überzeugung. So gesehen sind gegenüber Art. 4 Abs. 1 aBV (zweiter Satz) die Anknüpfungspunkte aktualisiert und an die gesellschaftliche Entwicklung angepasst worden.⁵⁶¹

Der dritte Absatz enthält das Recht auf Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern. Dieses Recht war vor der Revision in Art. 4 Abs. 2 aBV enthalten. Der vierte Absatz wendet sich an den Gesetzgeber mit dem Gebot, durch gesetzgeberische Massnahmen den Benachteiligungen Behinderter entgegenzutreten. Speziell hervorgehoben und weiter ausgeführt sind also die staatlichen Pflichten zur Beseitigung der Diskriminierung wegen des Geschlechts einerseits und wegen Behinderungen andererseits. Hier wird die Diskriminierung nicht nur, wie in Abs. 2, durch ein Verbot verpönt, sondern der Staat wird angehalten, durch aktives Handeln diese Benachteiligungen, welche im Verfassungstext als existent vorausgesetzt werden, zu bekämpfen, und zwar durch gesetzgeberische Massnahmen im Falle der Gleichberechtigung von Frau und Mann (Abs. 3) und durch gesetzlich gesteuerte Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen Behinderter (Abs. 4). Mit anderen Worten wird hier nicht dem Gesetzgeber verboten, an die Merkmale des Geschlechts oder der Behinderung anzuknüpfen, um eine unterschiedliche Behandlung zu begründen, wie dies im Abs. 2 der Fall ist, sondern es wird für die Kriterien des Geschlechts und der Behinderung eine Spezialnorm aufgestellt, welche eine ungleiche Behandlung durch den Gesetzgeber geradezu gebietet – aber natürlich keine benachteiligende.⁵⁶²

Der Wortlaut von Abs. 4, wo von den Behinderten die Rede ist, stellt auch klar, wer durch diese gebotene, positive Diskriminierung

559 Vgl. namentlich BGE 125 IV 1, E. 5 b), S. 2 f.: «*Zutreffend müsste es somit heissen: Vor dem Gesetz sind alle gleich.*» Vgl. weiter zur Ausweitung von Art. 4 BV 1874 durch das BGer seit 1888 auf alle Menschen (nicht nur «Schweizer») SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 17.

560 Art. 8 Abs. 2 spricht von «*Rasse*». In dieser Arbeit wird ausser in direkten Zitaten der Begriff «*Hautfarbe*» bevorzugt. Auf die kontrovers ausgetragene Debatte, welche in Europa über diese Begriffe geführt wird, wird an dieser Stelle nicht eingegangen.

561 S. Teil 2 Kap. 1 IV A, S. 144. Vgl. WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 23. Vgl. allerdings FN 578 zur Kritik der Anknüpfung des Diskriminierungsverbotes von Art. 8 Abs. 2 BV an Art. 4 Abs. 2 aBV.

562 Vgl. dazu auch WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 31 ff. sowie 36.

favorisiert werden soll, nämlich die behinderten Menschen. Im Gegensatz dazu hat sich der Verfassungsgeber in Abs. 3 gehütet, bezüglich des Merkmals des Geschlechts zu spezifizieren, wen genau er meint. Es ist kaum zu bezweifeln, dass der Artikel in den meisten der heute anzutreffenden Situationen als Norm aufgefasst wird, die eine positive gesetzliche Diskriminierung erlaubt oder sogar vorschreibt, um gegen die faktische Diskriminierung der Frau gegenüber dem Mann in diversen Lebensbereichen anzukämpfen. Dennoch ist die Formulierung der Verfassung geschlechtsneutral und würde es somit erlauben, nötigenfalls auch den Mann vor Diskriminierung zu schützen.⁵⁶³

Das eigentliche Diskriminierungsverbot ist also in Art. 8 Abs. 2 BV niedergelegt. In der französischen und der italienischen Fassung ist es wie folgt formuliert:

Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique.

Nessuno può essere discriminato, in particolare a causa dell'origine, della razza, del sesso, dell'età, della lingua, della posizione sociale, del modo di vita, delle convinzioni religiose, filosofiche o politiche, e di menomazioni fisiche, mentali o psichiche.

Die drei Formulierungen lassen auf den ersten Blick nicht darauf schliessen, dass verschiedene Interpretationen der Wortlaute in Frage kämen, mit Ausnahme vielleicht der für die Behinderung verwendeten Begriffe. In der Praxis dürften diese leicht unterschiedlichen Worte aber kaum ins Gewicht fallen.

A Abgrenzung von der allgemeinen Rechtsgleichheit

Die Bundesverfassung betitelt Art. 8 mit «*Rechtsgleichheit*». Während der Abs. 1 fast wörtlich aus Art. 4 Abs. 1 aBV übernommen worden war, enthält Abs. 2 nun ein ausführlich formuliertes Verbot der Diskriminierung, «*namentlich*» wegen der Herkunft, der Hautfarbe,⁵⁶⁴ des Geschlechts, des Alters und weiteren Kriterien. Im dritten und vierten Absatz werden die Diskriminierung wegen des Geschlechts und jene wegen der Behinderungen speziell behandelt, indem der Gesetzgeber hier ausdrücklich angehalten wird, durch positive Massnahmen die Gleichstellung zu fördern. Wäre das Diskriminierungsverbot bereits im Gleichheitsgebot enthalten, so könnte man sich für dessen Erörterung auf die dazu vorhandene ausführliche Literatur und Gerichtspraxis stützen. Dafür gilt es abzuklären, ob das

563 Vgl. z. B. BGE 106 Ib 182, E. 3 ff., S. 187 ff., wo das Bundesgericht wegen seiner fehlenden Überprüfungsbefugnis des AHVG zwar zu keinem Urteil kommt, aber dennoch durchblicken lässt, dass das unterschiedliche Pensionsalter von Mann und Frau eine Diskriminierung des Mannes sein könnte.

564 Bezüglich der Begriffe «*Hautfarbe*» und «*Rasse*» vgl. FN 560.

Diskriminierungsverbot im allgemeineren, bereits lange Zeit vorhandenen Grundsatz der Rechtsgleichheit enthalten ist, und diesen nur konkretisiert, oder ob mit dem Inkrafttreten des Art. 8 Abs. 2 BV neues Recht geschaffen wurde.

Die Gleichberechtigung, wie sie aus Art. 8 Abs. 1 BV hervorgeht, hat unter der alten Bundesverfassung zu einer inspirierenden Flut von Literatur und Rechtsprechung⁵⁶⁵ geführt, welche das Gleichheitsgebot für verschiedenartige Fälle ausdifferenziert hat.⁵⁶⁶ Schon früh hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Gleichberechtigung sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung gilt.⁵⁶⁷ Für die Rechtsetzung kann die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch zwei oft repetierte Formeln auf einen allgemeinen Nenner gebracht werden, nämlich, dass die Rechtsgleichheit verletzt sei,

*[...] wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird [...]*⁵⁶⁸

und dass ein Erlass gegen das Rechtsgleichheitsgebot verstosse, *[...]wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.*⁵⁶⁹

Dabei wurde oft betont, dass die Kriterien, um zu beurteilen, ob der Gesetzgeber eine Unterscheidung zu treffen oder zu unterlassen habe, von der in der jeweiligen Zeit vorherrschenden Weltanschauung abhängig sei.⁵⁷⁰ Umgemünzt auf konkrete Fälle gelten die gleichen Grundsätze für die Rechtsanwendung. Hier muss die Behörde, die einen Rechtssatz zu interpretieren und anzuwenden hat, beurteilen, ob vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden müssen, oder ob sich aufgrund von sachlichen Unterschieden eine Ungleichbehandlung aufdrängt.⁵⁷¹

565 Eine Übersicht über die Rechtsprechung findet sich bei GRISEL, Egalité, Rz. 106 f.

566 Aus Art. 4 Abs. 1 aBV, also dem Grundrecht auf zur rechtsgleichen Behandlung, abgeleitet wurde insbesondere: Das Willkürverbot, der Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, das Gebot der Publikation von Erlassen, Grundsätze der Abgabenerhebung und Verfahrensgarantien. Daneben wurden eine Reihe von Verfassungsprinzipien abgeleitet, wie dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit und der Verhältnismässigkeit, das Rückwirkungsverbot, das Gebot der Rechtssicherheit. Vgl. MÜLLER, Art. 4 aBV, S. 13f.

567 Siehe FN 552.

568 Hier zitiert: BGE 122 II 113, E. 2, S. 118.

569 Hier zitiert: BGE 122 I 18, E. 2, S. 25 (m. w. V.).

570 Vgl. z. B. BGE 121 I 49, E. 3, S. 51.

571 Vgl. beispielsweise BGE BGE_125 I 166, E. 2, S. 168 : «Il y a inégalité de traitement lorsque, sans motifs sérieux, deux décisions soumettent deux situations de fait semblables à des règles juridiques différentes; les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre.»

Vorbehalt bleibt – richtigerweise unter rigiden Voraussetzungen – die Praxisänderung durch die rechtsanwendenden Behörden.⁵⁷²

Um festzustellen, ob das Diskriminierungsverbot ein Teil dieses Gleichheitsgebotes ist, drängt sich eine Interpretation der entsprechenden Artikel auf. Als Hilfe kann zunächst einmal die bundesgerichtliche Praxis zu den Diskriminierungsverboten von Art. 14 EMRK, Art. 2 Abs. 2 IPWSKR und Art. 26 IPBPR herangezogen werden. In diesen Fällen jedoch hat das Bundesgericht jeweils kurzerhand festgestellt, das Diskriminierungsverbot dieser Abkommen werde durch den Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 BV ebenfalls abgedeckt, womit es sich auf die Prüfung der Konformität des jeweiligen Aktes mit der gewohnten Rechtsgleichheit beschränken konnte.⁵⁷³ Diese Vorgehensweise mag in den konkreten Fällen allenfalls zum richtigen Ergebnis geführt haben, dennoch ist es keineswegs von vornherein klar, dass - in allgemeiner Form formuliert - Diskriminierungsverbote bereits in der allgemeinen Rechtsgleichheit enthalten sind.

Auch wenn das Diskriminierungsverbot auf Bundesebene erst durch die neue Bundesverfassung beim Namen genannt wird, hat es in der Schweiz eine alte Tradition. In Anknüpfung an die helvetischen Verfassungen und den Bundesvertrag von 1815⁵⁷⁴ enthielt, wie schon erwähnt, bereits Art. 4 der Bundesverfassung von 1848 im zweiten Satz eine Formel, die 1874 - abgesehen von der Anpassung an die neuere

572 Vgl. beispielsweise BGE 125 II 152, E. 4, S. 163: «Die Praxisänderung muss sich jedoch auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen können, die umso gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung praktiziert worden ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, steht eine Praxisänderung weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit im Widerspruch, obschon jede Änderung der bisherigen Rechtsanwendung zwangsläufig mit einer Ungleichbehandlung der früheren und der neuen Fälle verbunden ist.» Vgl. MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 42 f., welcher zurecht zusätzlich zur sachlichen Begründung fordert, dass das Interesse an einer – geänderten – richtigen Rechtsanwendung gegenüber jenem an der Rechtssicherheit überwiege.

573 Vgl. z. B. BGE 118 IA 341, 351, E. 4a.: «Eine Massnahme oder Regelung ist dann diskriminierender Natur im Sinne von Art. 14 EMRK, wenn sie hinsichtlich der Gewährleistung des Genusses eines Konventionsrechts zwischen Personen oder Personengruppen unterscheidet, die sich in vergleichbarer Situation befinden, die Unterscheidung eines objektiven und angemessenen Rechtfertigungsgrundes entbehrt, oder wenn zwischen den eingesetzten Mitteln und dem angestrebten Ziel kein angemessenes Verhältnis besteht, wenn die Massnahme also unverhältnismässig ist [...]. Art. 14 EMRK geht somit nicht über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 4 Abs. 1 BV hinaus. Insbesondere muss eine Unterscheidung nicht den strengeren Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 BV genügen.»

BGE 123 II 402, E. 5a), S. 417 f.: «Art. 14 EMRK geht damit nicht über das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 4 BV hinaus.»

In BGE 121 V 229, E. 3 b, S. 233 hingegen erkennt es das Bundesgericht für möglich, dass das Diskriminierungsverbot in Art. 26 IPBPR über den innerstaatlichen Schutz hinausgeht. Es lässt die Frage dann aber offen wegen des von der Schweiz angebrachten Vorbehalts, dass das (allgemeine) Diskriminierungsverbot von Art. 26 IPBPR nur in Verbindung mit den im IPBPR garantierten Rechten anerkannt werde.

574 Zu den historischen Texten siehe Teil 2 Kap. 1 I, S. 134.

Rechtschreibung - wörtlich in die aBV übernommen wurde und bis zum Inkrafttreten der aktuellen BV unverändert in Kraft blieb. Sie lautete: «*Es gibt in der Schweiz keine Unterthanenverhältnisse, keine Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen.*» Dieser Satz folgte auf das allgemeine Gleichheitsgebot und bot einen konkreten und selbständigen Schutz gegen jede benachteiligende Ungleichbehandlung, der sich beispielsweise auf Familienzugehörigkeiten stützte. Damit war es ein typischer Fall eines (besonderen) Diskriminierungsverbotes,⁵⁷⁵ weil es - im Gegensatz zur Rechtsgleichheit - eine selbständige rechtliche Bedeutung hat und die Eigenschaften von Personen oder Gruppen beim Namen nennt, bei deren Vorliegen aus der Perspektive der Entstehungszeit ein besonderes Schutzbedürfnis gegen konkrete Benachteiligungen besteht.

Dieses wie auch moderne Diskriminierungsverbote orientieren sich regelmässig an negativen Erfahrungen aus in ihrer Entstehungszeit.⁵⁷⁶ Das hat sich mit der neuesten Totalrevision der Bundesverfassung deutlich gezeigt. Hier wurden die erwähnten Diskriminierungstatbestände der früheren Verfassungen, die man in der aktuellen Zeit nicht mehr für relevant hielt, ersatzlos gestrichen. Dafür wurden Tatbestände aufgenommen, die zur Zeit der Verfassungsgebung in den 90er-Jahren als besonders stossend empfunden wurden, und denen zweifellos auch heute noch beigespflichtet werden kann, wie beispielsweise Benachteiligungen, wie sie aus politischen Überzeugungen oder aus körperlichen Behinderungen entstehen können. In seiner Botschaft zum Verfassungsentwurf von 1996 erklärte der Bundesrat denn auch, dass er das neue Diskriminierungsverbot als Nachfolger des Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV – des Privilegienverbots der alten BV – verstehe,⁵⁷⁷ dies obwohl die erwähnten Anknüpfungsmerkmale doch auf sehr unterschiedlichen tatsächlichen Umständen basieren.⁵⁷⁸

Betrachtet man die Bestimmungen jedoch losgelöst von den Umständen, die dem jeweiligen Verfassungsgeber beim Formulieren der Bestimmungen vorgeschwebt haben, so ist doch erkennbar, dass sie eine vergleichbare Rechtsnatur haben: In beiden Fällen soll vermieden werden, dass ganze Gruppen von Personen durch das Recht schlechter gestellt

575 Vgl. FN 578 zur Kritik der Anknüpfung des Diskriminierungsverbotes von Art. 8 Abs. 2 BV an Art. 4 Abs. 2 aBV, der als Privilegienverbot einen anderen Charakter habe.

576 Vgl. MÜLLER, Grundrechte, S. 410 ff.

577 Vgl. die Sicht des Bundesrates: «Absatz 2, der den Inhalt von Artikel 4 Absatz 1 zweiter Satz BV in anderer Form wiedergibt, verankert das Diskriminierungsverbot.» Botschaft VE 96, S. 142.

578 Insbesondere kann eingewandt werden, dass Art. 4 Abs. 2 aBV kein Diskriminierungsverbot, sondern ein Privilegienverbot sei. Dies darum, weil es sich nicht gegen die Diskriminierung einer Minderheit, sondern gegen die Privilegien einer Minderheit wendet. Betrachtet man jedoch die Definition von Minder- und Mehrheit im Sinne des Diskriminierungsverbotes nicht (unbedingt) als Deckungsgleich mit der Definition der Minderheit im mengenmässigen Sinne (s. S. 199), so erscheint die Unterscheidung zwischen Diskriminierungsverbot und Privilegienverbot kaum allgemein fassbar. Kritisch zur Anknüpfung des Diskriminierungsverbotes von Art. 8 Abs. 2 BV an das Privilegienverbot der aBV: WALDMANN, S. 136 ff. und MÜLLER, Diskriminierungsverbot, S. 106, FN 7.

werden als andere, und zwar aufgrund gewisser tatsächlicher Merkmale, die eine solche Unterscheidung als stossend erscheinen lassen. Dabei erscheint es unerheblich, dass Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV die Privilegierung, also die Besserstellung, aufs Korn nahm und sich damit in der Formulierung von Art. 8 Abs. 2 BV unterscheidet, der die Schlechterstellung verbietet. An der Verwandtschaft der beiden Artikel ändert auch nichts, dass die Bestimmungen nicht das gleiche meinen: Die Anknüpfungsgründe von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV gehörten einer Realität an, die in der Vergangenheit wichtiger war als heute, während sich die Anknüpfungsgründe von Art. 8 Abs. 2 ff. BV an aktuellen gesellschaftlichen und politischen Debatten orientieren.⁵⁷⁹ Ebenfalls nicht wirklich erheblich erscheint sodann, dass sich die aBV gegen die Schlechterstellung einer zahlenmässigen Mehrheit richtet und nicht einer Minderheit, wie dies das neue Diskriminierungsverbot tut. Denn der Begriff der Minderheit im Diskriminierungsverbot zeichnet sich zwar meistens, dennoch aber nicht notwendigerweise (man denke an die Geschlechterdiskriminierung) durch die kleinere Anzahl Personen aus.⁵⁸⁰ Was daraus jedenfalls klar wird ist, dass das Diskriminierungsverbot der aktuellen BV weder im früheren Rechtsgleichheitsgebot noch im Privilegienverbot von Art. 4 Abs. 1 aBV vollumfänglich enthalten war, sondern neues Recht enthält und damit nicht darauf beschränkt ist, bereits früher geltendes Verfassungsrecht in neue Worte zu giessen.⁵⁸¹

Der Verfassungsgeber will das Verbot der Diskriminierung nicht auf die aufgezählten Eigenschaften bzw. Minderheiten beschränken, indem er erkennbar macht, dass die Aufzählung der Tatbestände nicht abschliessend ist. Die Diskriminierung ist generell verboten:

Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, [...]

Indem so das Diskriminierungsverbot - im Gegensatz zu Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV - allgemein formuliert wird, und nicht auf bestimmte

579 Vgl. z. B. die Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte», die zusätzlich zu Art. 8 Abs. 4 BV detailliertere Rechte für Behinderte in die Verfassung aufnehmen wollte, so namentlich das Recht auf direkten Zugang zu öffentlichen Anlagen und Bauten. Die Initiative wurde an der Urne durch Volk und Stände am 18. Mai 2003 verworfen. BBl 2001 1715 und 1839 sowie BBl 2003 5164. Demgegenüber wurde am 9. Februar 2020 in einem (fakultativen, durch Unterschriftensammlung zustande gekommenen) Referendum angenommen, dass Diskriminierung und Aufruf zu Hass aufgrund der sexuellen Orientierung unter Strafe gestellt werden, wie es bereits vorher für rassendiskriminierende Tatbestände der Fall war. Siehe BBl 2018 5231.

580 Vgl. Teil 2 Kap. 3 2, S. 199.

581 Vgl. WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 23, MÜLLER, Grundrechte, S. 410 ff. und 420. Vgl. auch BGE 126 II 377, E. 6, S. 392, sowie ausführlich WALDMANN, S. 136 ff., m. w. V. WALDMANN kommt allerdings zum Schluss, dass das Privilegienverbot von Art. 4 Abs. 1 aBV nicht als Vorgänger von Art. 8 Abs. 2 BV zu betrachten sei, denn es sei ein unechtes Diskriminierungsverbot. Das Privilegienverbot diene erstens dem Schutz einer Mehr- und nicht einer Minderheit und sei zweitens nur programmatischer Natur, weshalb es sich vom Diskriminierungsverbot unterscheide.

Diskriminierungstatbestände beschränkt ist, wird es dem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit ähnlicher gemacht. Diese Ähnlichkeit der Formulierung birgt jedoch die Gefahr, dass es in ähnlicher Weise angewandt wird wie die allgemeine Rechtsgleichheit, nämlich, dass die richterliche Rechtsfortbildung auch das Diskriminierungsverbot als unselbständiges Recht identifizieren könnte, und zwar aufgrund der nicht ganz unbegründeten Befürchtung, dass sein Anwendungsbereich sonst unkontrollierbar ausufern könnte, und es ja nicht dem Willen des Verfassungsgebers entsprechen würde, auf sämtliche in tatsächlicher Hinsicht noch so unterschiedlichen Personengruppen in jeder Situation gleiche rechtliche Regeln anzuwenden. Würde das Diskriminierungsverbot aber als unselbständiges Recht ausgelegt, dann brächte es im Endeffekt tatsächlich nicht mehr, als es die Rechtsgleichheit bis anhin schon getan hat. Schon deshalb ist eine solche Auslegung des Diskriminierungsverbotes abzulehnen, denn es soll gegenüber dem Rechtsgleichheitsgebot eine eigenständige Bedeutung haben,⁵⁸² was sich insbesondere aus der Systematik der Verfassung ergibt. Dass die Materialien diesbezüglich nicht eindeutig sind,⁵⁸³ ist nach dem hier verwendeten durch Demokratieüberlegungen motivierten Prinzip der teleologisch-zeitgenössischen Perspektive der Verfassungsinterpretation nicht entscheidend.⁵⁸⁴

Ein etwas anderes Verständnis des Diskriminierungsverbots ergibt sich typischerweise aus menschenrechtsbezogenen Staatsverträgen. Denn in den meisten Fällen bezwecken diese Staatsverträge den Schutz ganz bestimmter Rechte. Sie sollen nur in diesem bestimmten Umfang in die staatliche Rechtsordnung eingreifen. Daher ist das Diskriminierungsverbot meistens unselbständig formuliert in dem Sinne, dass es sich nur auf die im Staatsvertrag festgeschriebenen Rechte bezieht - und nicht etwa auf alle möglichen dem Individuum zustehenden Rechte und Pflichten und auf irgendwelche faktischen Ungleichbehandlungen.⁵⁸⁵ Die wichtige Ausnahme zu dieser Regel findet sich in Art. 26 IPBPR, der ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufstellt. Allerdings hat hier die

582 Ausführlich zur Abgrenzung PREVITALI / MONTAVON, Rz. 2 ff., S. 1454 ff.

583 Beispiele aus Amtl. Bull. VE96 NR : « [...] *mais attention, pas d'égalité de droit, seulement d'interdiction de discrimination* [...] » (Votum Pelli, S. 153) oder « [...] *letztlich bringt das Diskriminierungsverbot gegenüber der heutigen Rechtslage keine Änderung.* » (Votum Fischer-Hägglingen, S. 153). Nach diesen frühen Voten finden sich im amtlichen Bulletin rekordverdächtige 23 Seiten Protokoll von teils aufgeheizten Debatten über Diskriminierungstatbestände, während über die allgemeine Rechtsgleichheit kaum diskutiert worden war. Allein dieser Umfang der Diskussionen zeigt, dass auch im Verständnis die Nationalräte erwarteten, dass die neue Formulierung des Diskriminierungsverbots künftig eine besondere Wirkung entfalten würde. Vgl. auch FN 597. Vgl. weiter WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 25 f.

584 Vgl. Teil 1 Kap. 3 I, S. 67 f.

585 Vgl. z. B. Art 2 Abs. 2 IPBPR und die Ausführungen des Bundesgerichts in 121 V 246, S. 250, E. 2 e) oder Art. 14 EMRK und die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 141 I 241, E. 4.3.1, S. 250. Näheres dazu in Teil 2 Kap. 2 IV A 3, S. 188.

Schweiz einen - durchaus diskutablen⁵⁸⁶ - Vorbehalt angebracht, um das Diskriminierungsverbot auf die im IPBPR garantierten Rechte zu beschränken. Die Beschränkung des Diskriminierungsverbots auf die diskriminierungsfreie Gewährung einer eingeschränkten Anzahl von Rechten, die bei staatsvertraglichen Diskriminierungsverboten die Regel ist, kann hingegen beim verfassungsmässigen Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 ff. nicht gefunden werden, denn es ist als Verbot der Diskriminierung an sich formuliert, und es bezieht sich nicht nur auf verfassungsmässige Rechte, sondern auf sämtliche Benachteiligungen von Individuen, die sich, gestützt auf ein Kriterium, durch das Verhalten von staatlichen Behörden ergeben.

Die erwähnte Gefahr einer Entleerung des normativen Gehalts des Diskriminierungsverbots von Art. 8 Abs. 2 BV durch seine scheinbare Ähnlichkeit mit dem Rechtsgleichheitsgebot wird noch verstärkt dadurch, dass Art. 8 der Bundesverfassung zu einer in der Systematik des Artikels begründeten Interpretation verleiten könnte, welche die Diskriminierungstatbestände in Klassen einteilt, indem einige Diskriminierungstatbestände besonders hervorgehoben werden, nämlich die Diskriminierungen wegen des Geschlechts in Abs. 3 und wegen Behinderungen in Abs. 4. Da in diesen beiden Absätzen klar ausgedrückt wird, dass Benachteiligungen beseitigt werden sollen, könnte der Eindruck entstehen, die Beseitigung von Nachteilen sei *e contrario* nicht der Zweck des Diskriminierungsverbotes aufgrund anderer Anknüpfungsmerkmale gemäss Abs. 2. Eine solche Auslegung wäre aber abzulehnen. Denn wenn das Diskriminierungsverbot einen Sinn haben kann, dann nur jenen zur Beseitigung und Verhinderung von Benachteiligungen. Da es allgemein formuliert ist, muss sein Sinn also sein, im Allgemeinen Benachteiligungen zu beseitigen. Es kann kein anderes Motiv gefunden werden für seine Verankerung in der Verfassung. Vor diesem Hintergrund betrachtet darf die besondere Hervorhebung der Tatbestände der unterschiedlichen Geschlechter und der Behinderungen nicht als ein Indiz dafür verstanden werden, dass der Beseitigung von Benachteiligungen, wie sie durch Abs. 2 abgedeckt sind, weniger Bedeutung zukommt, oder dass Abs. 2 nur Anwendungsfälle des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots von Abs. 1 wiedergibt.⁵⁸⁷

Um Sicherheit darüber zu gewinnen, ob das Diskriminierungsverbot als Teilgehalt der Rechtsgleichheit zu betrachten ist, oder ob ihm doch ein eigenständiger Charakter zukommt, ist danach zu forschen, was der Gesetzgeber mit dem neuen, allgemeinen und ausdrücklich formulierten Diskriminierungsverbot bezweckt. Zunächst ist der Kontext in der Verfassung ein Indiz für den Sinn der Bestimmung. Eine etwas weiter gefasste systematische Interpretation als die oben erwähnte Betrachtung ergibt zunächst einmal wie erwähnt, dass das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 auf jeden Fall einen eigenen normativen Gehalt haben muss, und zwar einen, der neben der allgemeinen

586 Vgl. Teil 2 Kap. 2 IV A 1 c, S. 186 ff.

587 Vgl. insbesondere MÜLLER, Grundrechte, S. 414 ff.

Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 und dem Schutz vor Willkür in Art. 9 eine eigenständige Bedeutung hat.

Zwar ist der ganze Art. 8 - und damit auch das Diskriminierungsverbot - mit dem Titel «*Rechtsgleichheit*» versehen. Fasst man den Begriff Rechtsgleichheit weit auf, so fallen neben dem Gebot rechtsgleicher Behandlung auch sämtliche Teilgehalte von Art. 4 Abs. 1 aBV darunter, welche durch die Interpretation durch die Lehre und Rechtsprechung aufgezeigt wurden. Aber auch bei diesem weiten Verständnis der Rechtsgleichheit, wie es unter der Ägide der aBV üblich war, wurde das Diskriminierungsverbot in vielen Fällen zumindest als nicht selbstverständlich enthaltener Anwendungsfall der Rechtsgleichheit betrachtet, was sich namentlich in der Praxis zum Verbot der Geschlechterdiskriminierung zeigte. So wurde das Verbot der Geschlechterdiskriminierung als selbständiges Recht angewandt, indem sich die rechtsuchende Person auf jede Art von Diskriminierung berufen konnte, ohne dass sich diese auf irgend ein bestimmtes durch die Rechtsordnung garantiertes Recht beziehen musste.⁵⁸⁸ Eine solche Beziehung auf ein anderes Recht wäre hingegen für die Anrufung des Rechts auf Rechtsgleichheit notwendig gewesen.

Vergleicht man das Diskriminierungsverbot⁵⁸⁹ mit dem Verbot der rechtsungleichen Behandlung, das sich aus Art. 8 Abs. 1 BV ergibt, so sind zusammenfassend ausgedrückt vor allem drei Unterschiede entscheidend:

- Die Rechtsgleichheit setzt ein Recht voraus, indem sich niemand auf eine rechtsungleiche Behandlung berufen kann, wenn sich diese nicht auf ein ihm durch die Rechtsordnung zustehendes Recht bezieht. Demgegenüber beschränkt sich das Verbot der Diskriminierung nicht auf die gleiche Gewährung bestimmter Rechte: Jede Art der Benachteiligung, nicht nur hinsichtlich der Anwendung bestimmter Rechte, gehört dazu.
- Die Rechtsgleichheit schützt jedermann in jeder Situation. Demgegenüber schützt das Diskriminierungsverbot nur Angehörige bestimmter Gruppen in Situationen, in denen diese Gruppen eine besondere Gefahr laufen, benachteiligt oder ausgegrenzt zu werden.⁵⁹⁰
- Die Rechtsgleichheit schützt vor jeder Form der rechtlichen Ungleichbehandlung. Demgegenüber schützt das Diskriminierungsverbot zwar gegenüber rechtlichen und faktischen Ungleichbehandlungen, aber nur gegen jene, die sich als Benachteiligung auswirken.

588 Vgl. zu den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 2 aBV z. B. BGE 123 I 152, E. 3a, S. 155 ff., BGE 125 I 21, E. 3a, S. 24 f. (je mit Verweisen), und kurz nach Einführung der Bestimmung: BGE 108 Ia 22, E. 5a, S. 29 f.

589 Zur hier verwendeten Definition von Diskriminierung vgl. Teil 2 Kap. 2 V, S. 191.

590 Vgl. KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 11.7, S. 407, sowie Rz. 11.11 ff., S. 408 f.

B Abgrenzung vom Willkürverbot

Auf der anderen Seite ist das Diskriminierungsverbot vom Willkürverbot abzugrenzen, das in der neuen BV im eigenen Artikel 9 untergebracht worden ist. Das hauptsächliche Wesensmerkmal des Willkürverbots ist seine Eigenschaft als Notbremse gegen grobe, dem grundlegenden Gerechtigkeitsverständnis widersprechende Falschbehandlungen durch den Gesetzgeber oder die Verwaltung. Es ist – im Gegensatz zur allgemeinen Rechtsgleichheit – nicht gebunden an andere verfassungsmässige Rechte, sondern es stützt sich allein auf die Tatsache, dass sich ein Erlass oder Entscheid nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist.⁵⁹¹

C Das Diskriminierungsverbot als eigenes Recht

Diese systematische Auslegung führt damit zum Ergebnis, dass das Diskriminierungsverbot weder im Gebot der Rechtsgleichheit noch im Willkürverbot bereits in seinem vollen Umfang enthalten ist. Das Diskriminierungsverbot bringt normative Gehalte, die durch diese beiden Grundsätze allein noch nicht ausgedrückt sind.⁵⁹²

Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 8 zeigt, dass das Diskriminierungsverbot eine eigene Bedeutung haben muss. Zunächst ist dazu zu vermerken, dass es zwar richtig ist, dass das Diskriminierungsverbot dem Verbot von Vorrechten aus dem Art. 4 Abs. 1 Satz 2 aBV in rechtstechnischer Hinsicht ähnlich ist. Dennoch kann aus diesem Zusammenhang kaum ein praktischer Nutzen gezogen werden, wenn es darum geht, die Absicht des heutigen Gesetzgebers zu eruieren, da sich heute niemand mehr aus eigener Erfahrung an den Grund, die Funktion und die Wirkungsweise dieses alten Privilegienverbots erinnern

591 Das Bundesgericht wendet regelmässig folgende Formulierungen für die Prüfung von Entscheiden an: «*Ein Entscheid verstösst gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt, sinn- und zwecklos ist, einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft*» (BGE 148 I 271, E. 2.1., S. 273) oder etwas ausführlicher «*Willkür im Sinne von Art. 9 BV liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die Sachverhaltsfeststellung eindeutig und augenfällig unzutreffend ist und der angefochtene Entscheid auf einer schlechterdings unhaltbaren oder widersprüchlichen Beweiswürdigung beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft*» (BGE 147 IV 73, E. 4.1.2, S. 81) sowie für die Prüfung willkürlicher Rechtsetzung «*Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder sinn- und zwecklos ist*» (BGE 146 II 111, E. 5.1.1, S. 131). Vgl. als weitere Beispiele z. B. BGE 127 I 185, E. 5., S. 192 oder mit allgemeinen Erläuterungen zur Abgrenzung zu Diskriminierungsverbot und Rechtsgleichheit BGE 142 V 316, E. 6.1., S. 323 f.

592 So auch MÜLLER, Diskriminierungsverbot, S. 104 f., AUBERT / MAHON zu Art. 8 BV, Rz. 14, S. 81 f. Überzeugend das Votum Rhinow, Amtl. Bull. VE96 SR, S. 36 f.

wird.⁵⁹³ Es ist müssig, darüber zu diskutieren, ob die neue Formulierung des Diskriminierungsverbots einer «Aktualisierung»⁵⁹⁴ entspricht, weil es einen alten Verfassungsgrundsatz, der während Jahrzehnten nicht angewandt worden war, aus dem Dornröschenschlaf erweckt, und ihm nun unter geänderten Voraussetzungen wieder zur Wirksamkeit verhelfen will, oder ob es sich um neues Recht handelt, das aufgrund neuer gesellschaftlicher Anforderungen eingeführt wurde, die sich nicht an die Privilegien des 19. Jahrhunderts anknüpfen lassen.

Der Bundesrat ging in seiner Botschaft zum VE96 im Ergebnis klar von einer selbständigen Bedeutung des Diskriminierungsverbots aus, auch wenn er das alte Privilegienverbot noch erwähnte.⁵⁹⁵ Auch aus den Beratungen in den Räten resultiert unter dem Strich dieses Verständnis, unabhängig davon, ob es während der Jahre vor der Totalrevision diese selbständige Bedeutung gehabt hat oder nicht. Das zeigt sich nicht erst am Inhalt der Voten, sondern alleine schon in der Tatsache, dass die Behandlung der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbotes in National- und Ständerat zusammen mehr als 30 Seiten des amtlichen Bulletins gefüllt hat, und kaum eines der Voten mehr als einen knappen Abschnitt dem Abs. 1 von VE96 – also der allgemeinen Rechtsgleichheit – gewidmet hat.⁵⁹⁶ Praktisch die ganze engagierte Debatte bezog sich auf die Verbote von Diskriminierungen. Auch der Inhalt der Voten spricht nicht dafür, dass das Diskriminierungsverbot als Teil dessen betrachtet wurde, was bisher in Art. 4 Abs. 1 Satz 1 aBV bereits enthalten war.⁵⁹⁷ Damit geht auch aus der historischen Betrachtung hervor, dass mit dem Diskriminierungsverbot neues materielles und formelles Verfassungsrecht geschaffen worden ist, zumindest wenn man mit der jüngeren Verfassungsgeschichte vergleicht.

Aus heiterem Himmel kam die Idee eines modernen Diskriminierungsverbotes indessen natürlich nicht. Eine Vorreiterrolle hat das Verbot der Geschlechterdiskriminierung gespielt, das als erstes modernes Diskriminierungsverbot in die Bundesverfassung Eingang gefunden hat. Als Art. 4 Abs. 2 aBV ist es am 14. Juni 1981 in Kraft getreten⁵⁹⁸ und hat seither schon zu viel Literatur und einiger

593 Vgl. folgende Voten in den national- und Ständerätlichen Debatten zum VE 96: Fischer und Thür, Amtl. Bull. VE96 NR, S. 153 ff.

594 So Botschaft VE 96, S. 143.

595 Vgl. FN 577.

596 Vgl. FN 583.

597 Vgl. z. B. die Voten von BR Arnold Koller bei der Diskussion des Nationalrates um den VE96 (Amtl. Bull. VE96 NR, S. 173 f.): «Artikel 7 Absatz 2 [VE96] [...] begründet – das ist juristisch sehr wichtig – justitiable, gerichtlich durchsetzbare individuelle Ansprüche.» Und weiter: «Ich bin davon überzeugt, dass wir hier um des Kaisers Bart streiten. Ich nenne einen der neuesten Bundesgerichtsentscheide, 123 I 152, wo das Bundesgericht ganz klar sagt, Artikel 4 Absatz 2 der Bundesverfassung gewährleiste im ersten Satz ein verfassungsmässiges Recht, das mit bestimmten Ausnahmen eine rechtliche Differenzierung nach dem Geschlecht verbiete und das unmittelbar anwendbar sei.»

598 AS 1981, S. 1243.

Rechtsprechung geführt.⁵⁹⁹ Weiter hat das Bundesgericht verschiedentlich im Zusammenhang mit anderen Rechten ansatzweise ein ungeschriebenes Diskriminierungsverbot entwickelt.⁶⁰⁰ Zudem hatten einige Kantone in neu revidierten Verfassungen bereits eigene Diskriminierungsverbote verankert.⁶⁰¹ Diese Erfahrungen sind für die Auslegung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes der BV von zentraler Bedeutung. Ebenfalls ein unübersehbares Vorbild sind die Diskriminierungsverbote aus völkerrechtlichen Verträgen, welche die Schweiz ratifiziert hat. Diese Verbote beschränken sich jedoch – mit der wichtigen Ausnahme von Art. 26 IPBPR⁶⁰² – immer auf die diskriminierungsfreie Gewährung der in den jeweiligen Abkommen aufgezählten Rechte.⁶⁰³

Trotz des selbständigen Charakters des Diskriminierungsverbotes ist seine Verwandtschaft mit dem Rechtsgleichheitsgebot offensichtlich. Die Verwandtschaft und den Unterschied in inhaltlicher Hinsicht hat das Bundesgericht selbst vor der letzten Totalrevision der BV herauszuarbeiten begonnen. So hat es am 8. Februar 1980 im Leitentscheid Henggeler gegen Schweizerische Eidgenossenschaft erstmals ansatzweise in allgemeiner Form die grundsätzliche Verwandtschaft und den Unterschied zwischen den beiden Rechtsinstituten beschrieben:

Ein gesetzgeberischer Erlass verstösst dann gegen Art. 4 BV, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt, sinn- und zwecklos ist oder rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden tatsächlichen Verhältnissen nicht ersichtlich ist, bzw. Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund dieser Verhältnisse aufdrängen. [...] Innerhalb dieses Rahmens bleibt dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum der Gestaltungsfreiheit. Ein strengerer Massstab ist jedoch dann anzuwenden, wenn die rechtlich ungleiche Behandlung in einem Bereich erfolgt, der durch die Grundrechte einen besonderen Schutz erfährt. Dies ist der Fall, wenn die ungleiche Behandlung den Menschen in seiner Wertschätzung als Person betrifft (Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, Rasse

599 Allerdings hat es das Bundesgericht teilweise unterlassen, diesem Institut eine neben der Rechtsgleichheit selbständige Bedeutung zu geben. Vgl. dazu mit weiteren Verweisen: WALDMANN, S. 142. Zur Entwicklung, inklusive der kritisierten «starren» Haltung des Bundesgerichts hinsichtlich der geschlechterspezifischen Rolle des allgemeinen Grundsatzes der Rechtsgleichheit vor Einführung von Art. 4 Abs. 2 aBV siehe HÄNNI, 25 Jahre, S. 329 ff. sowie NUSSBAUMER, passim.

600 Vgl. WALDMANN, S. 144 ff.

601 Diskriminierungsverbote in kantonalen Verfassungen siehe Teil 2 Kap. 1 X, S. 176, Liste in FN **Fehler! Textmarke nicht definiert.**

602 Vgl. dazu Teil 2 Kap. 2 IV A 1 b, S. 185 ff.

603 Beispiele völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote: Art. 14 EMRK, Art. 26 IPBPR, Art. 2 Abs. 2 IPWSKR, Art. 2 KRK, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108), das internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104).

*usw.) oder im Bereiche von verfassungsmässigen Ansprüchen der Bürger sowie von grundrechtsbeschränkenden Massnahmen erfolgt. In solchen Fällen müssen triftige und ernsthafte Gründe vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält.*⁶⁰⁴

Diese vom BGer bezeichnete «Wertschätzung der Person» stimmt mit dem in Art. 7 BV aufgenommenen Begriff der Menschenwürde überein, dem ersten in der BV erwähnten Grundrecht.⁶⁰⁵ Implizit bestätigt das Bundesgericht mit dieser Entscheid, dass diese Menschenwürde zum Bereich der Grundrechte gehört, auch wenn es zu weit gegriffen wäre, allein aus dieser Formulierung herzuleiten, der Schutz der Menschenwürde sei vom BGer bereits damals als selbständiges Menschenrecht anerkannt worden.⁶⁰⁶ Was aber klar aus dem Entscheid hervorgeht, ist der inhaltliche Zusammenhang zwischen dem Rechtsgleichheitsgebot und dem Diskriminierungsverbot, und vor allem, dass dieser Zusammenhang in der Nähe zur Menschenwürde besteht. Geht es bei einer ungleichen Behandlung um den Schutz der Menschenwürde, so ist für die Beurteilung, ob die Ungleichbehandlung in Sinne der Rechtsgleichheit zulässig oder geboten war, nach einem strengeren Massstab zu beurteilen, den das Bundesgericht mit der Notwendigkeit *«triftiger und ernsthafter Gründe»* umschreibt. Beizupflichten ist dem BGer insofern, dass sich das Diskriminierungsverbot dadurch von der Rechtsgleichheit unterscheidet, dass es einen engen Bezug zum Schutz der Menschenwürde aufweist. Diskriminierung bedeutet Herabwürdigung.⁶⁰⁷ Weiter sind beide Rechtsinstitute dadurch miteinander verwandt, als dass ihr Schutzzweck der Verwirklichung der Gerechtigkeit dient.⁶⁰⁸

Was aber die Beurteilung eines bestimmten Falls betrifft, so unterscheidet sich nach der hier vertretenen Ansicht das Diskriminierungsverbot vom Rechtsgleichheitsgebot nicht nur durch einen unterschiedlichen Prüfungsmassstab, sondern es gelten generell andere Prüfungskriterien.⁶⁰⁹

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Rechtsgleichheit, Willkürverbot und Diskriminierungsverbot zwar eng miteinander verwandt sind und der Verwirklichung des

604 BGE 106 IB 182, E. 4 a, S. 188 f. (verwaltungsrechtliche Klage, der Übersichtlichkeit halber wurden die vom BGer angeführten zahlreichen Verweise aus dem Zitat gelöscht.)

605 WALDMANN, S. 152.

606 So bezeichnet das BGer z. B. in BGE 121 I 367, E 2 a), S. 371, die Menschenwürde als Verfassungsprinzip, nicht als Grundrecht. Als „Auffanggrundrecht“ behandelt wurde unter der Ägide der BV 1874 die persönliche Freiheit, welcher zum Schutz der Menschenwürde geltend zu machen war. Vgl. dazu z. B. BGE 97 I 45, E. 3, S. 50 mit Verweisen auf die frühere Rechtsprechung.

607 Mit Blick auf die KRK sowie weitere internationale Menschenrechtskonventionen spricht ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 65 vom *«moral affront»* als Teil des Diskriminierungsbegriffs.

608 WALDMANN, S. 86 ff. sowie 96 ff. und SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Rz. 5 ff.

609 Vgl. Teil 2 Kap. 2 V, S. 191 ff.

Gerechtigkeitsgedankens dienen, jedoch in diesem Rahmen unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen und verschieden angewandt werden müssen. Das Rechtgleichheitsgebot gebietet, dass alle Menschen nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich bzw. nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich zu behandeln sind. Das Diskriminierungsverbot verbietet, dass einem Menschen eine bestimmte Behandlung nur darum zukommt, weil er einer bestimmten Minderheit angehört, wenn diese Behandlung herabwürdigend wirkt. Ergänzend zu diesen beiden Vorschriften verbietet das Willkürverbot jede Behandlung, für die sachliche Gründe fehlen, und die als besonders stossend empfunden wird.

V Der Begriff der Diskriminierung in der Literatur

Seit der Einführung von Art. 2 Abs. 2 BV haben Lehre und Rechtsprechung schrittweise den Diskriminierungsbegriff weiterentwickelt, und einige Beispiele der Ansätze seien hier kurz dargestellt, um die Unterschiede in den Sichtweisen zu illustrieren.

Zunächst sieht ein Teil der Lehre im Diskriminierungsverbot einen Schutz von Angehörigen spezifischer Gruppen vor Andersbehandlung, der nur diesen zusteht.⁶¹⁰ Zu den Schweizer Vertretern dieser Auffassung gehört namentlich Jörg Paul Müller. Er folgert daraus, dass Diskriminierungsverbote ein nicht jedermann zugänglicher Schutz sind. Das wiederum bedeutet, dass Benachteiligungen zulasten von Angehörigen nicht gefährdeter Gruppen (z. B. Männern in der Schweiz oder Weisshäutigen in den USA) nicht durch das Diskriminierungsverbot eingeschränkt werden, sondern allenfalls «*nur*» vor dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 standhalten müssen. Eine Benachteiligung von nicht akut oder latent benachteiligten Gruppen hält vor dem Diskriminierungsverbot stand. Auch Besserbehandlungen zur Förderung von benachteiligten Gruppen diskriminieren die dadurch benachteiligten Angehörigen nicht gefährdeter Gruppen nicht, weil diese eben gar nicht in den Fokus des Diskriminierungsverbots kommen können. Hingegen ist auch bei positiven Diskriminierungen zu prüfen, ob sie nicht – entgegen ihrem Zweck – auf eine Diskriminierung der (gefährdeten) Gruppe hinausläuft, die eigentlich privilegiert werden soll.

Denn Jörg Paul Müller vertritt auch die Ansicht, dass eine Sonderbehandlung einer geschützten Gruppe automatisch die Vermutung einer Diskriminierung nach sich zieht, «*da sie erfahrungsgemäss mit einer Diskriminierung einhergeht.*»⁶¹¹ Das bedeutet, dass bei jeder Andersbehandlung einer geschützten Gruppe dargetan werden muss, dass sie nicht herabwürdigend ist. Diese Rechtfertigung der Andersbehandlung

610 BELSER / WALDMANN, Grundrechte II, S. 290, Rz. 24 bezeichnen diese Auffassung als «*asymmetrische Konzeption*», im Gegensatz zur «*symmetrischen Konzeption*», welche die Anknüpfung an für die Diskriminierung typischen Merkmale generell verbietet, die nur mit qualifizierter Begründung gerechtfertigt werden kann.

611 MÜLLER, Grundrechte, S. 416

muss je nach in Frage stehender Gruppe und Behandlung gesondert betrachtet werden. Es muss aus dem Kontext geradezu unsinnig wenn nicht unmöglich erscheinen, die Angehörigen der geschützten Gruppe gleich zu behandeln. Müller nennt als Beispiel ein Medikament, das bei verschiedenen Hautfarben verschiedene Wirkungen zeigt oder die Bedienung eines Atomkraftwerks, zu der psychisch Behinderte nicht zugelassen werden können.

Um die positiven Diskriminierungen zu erklären, präzisiert Müller, dass nicht jede Andersbehandlung, sondern nur eine Schlechterbehandlung gegen das Diskriminierungsverbot verstosse.⁶¹² Allerdings stellt er eine Reihe von Voraussetzungen auf, die für Fördermassnahmen gegeben sein müssen. Dazu gehört insbesondere, dass sie Dritte nur in zumutbarer Weise benachteiligt und der Eingriff in ihr Recht auf Gleichberechtigung respektive in ein Grundrecht den Voraussetzungen für solche Eingriffe standhält. Weiter muss die Förderungsmassnahme eine tatsächliche aktuelle Schlechterstellung lindern, einen engen Kontext zu ihr aufweisen, und sie darf nicht Ausdruck stereotyper Vorurteile sein.⁶¹³

Besonders bemerkenswert sind Müllers Ausführungen zur Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes. Diese kann sich beispielsweise in einem Kontrahierungszwang für Unternehmen gegenüber Mitgliedern von Minderheiten auswirken.

Kälin und Caroni sprechen von Diskriminierung, wenn drei Faktoren vorliegen, nämlich eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung, welche eine herabwürdigende Benachteiligung zum Ziel oder zur Folge hat und die ursächlich an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen *«wesentlichen oder nur schwer aufgebaren»* Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht.⁶¹⁴ Allein die Anknüpfung an ein verpöntes Element für eine Unterscheidung konstituiert noch keine Diskriminierung, aber immerhin den Verdacht, dass eine solche vorliegen könnte. Die Andersbehandlung kann rechters sein, aber in einem solchen Fall sind die Anforderungen an die Rechtfertigung der Andersbehandlung wegen des Verdachts auf Diskriminierung höher als dies der Fall wäre, wenn es sich ausschliesslich um eine rechtliche Unterscheidung i. S. v. Art. 8 Abs. 1 BV ohne verpöntes Merkmal von Abs. 2 handeln würde. Rechtfertigen lässt sich eine Unterscheidung aufgrund verpönter Merkmale nur, wenn sie im Hinblick auf das verfolgte Ziel *«geeignet und notwendig und im engeren Sinne verhältnismässig»*⁶¹⁵ ist. Hinsichtlich der möglichen Rechtfertigung ist die Anwendung dieser Lehre sehr anspruchsvoll, um abzugrenzen, worin genau der strengere Massstab besteht, verglichen mit einem Eingriff in die gewöhnliche Rechtsgleichheit i. S. v. Art. 8 Abs. 1 BV.

Für Bernhard Pulver ist jede Differenzierung diskriminierend, wenn deren Ziel oder Wirkung herabwürdigend sind, ohne dass das

612 MÜLLER, Grundrechte S. 449

613 MÜLLER, Grundrechte. S. 450 ff.

614 KÄLIN / CARONI, S. 77

615 KÄLIN / CARONI, S. 80.

Kriterium entscheidend ist.⁶¹⁶ Allerdings führen gewisse Kriterien, namentlich die aufgezählten Unterscheidungskriterien, dazu, dass die Ungleichbehandlung besonders verdächtig erscheint, eine Diskriminierung zu darzustellen. Sie verlangt dann nach einer besonders qualifizierten Begründung, warum die Differenzierung entgegen des Verdachts nicht herabwürdigend ist.

Bernhard Waldmann bezeichnet den formalen Diskriminierungsbegriff (Anknüpfungsverbot) zwar nicht als falsch, entscheidet sich aber für einen materialen Diskriminierungsbegriff.⁶¹⁷ Zunächst kommt als Diskriminierung nur in Frage, was die Wertschätzung einer Person angreift. Das bedeutet, dass es um eine Eigenschaft des Menschen geht, die seine Identität weitgehend definiert, nicht oder zumindest nicht in zumutbarer Weise verändert werden kann und ein erhebliches Stigmatisierungspotenzial beinhaltet. Zudem muss ein Angriff auf diese Wertschätzung vorliegen. Dieser besteht in einem Handeln, das erstens direkt oder von seinen Auswirkungen her an eine solche Eigenschaft anknüpft und zweitens zu Unrecht geschieht. Als Kritik könnte hier eingewandt werden, dass dieser Begriff weniger geeignet ist, um faktische Diskriminierungen zu umschreiben, die zunächst nicht auf ein staatliches Handeln zurückgehen. Zur Prüfung dieses Unrechts zieht er neben der Verhältnismässigkeit die *«materiellen Richtwerte der Menschenwürde»* als Kriterien heran, wobei die Gleichwertigkeit der Menschen eine besondere Rolle spielt und die infrage stehende Behandlung den betreffenden Menschen in geringschätzender, stereotypisierender Weise als *«'Exemplar' eines bestimmten Typus von Menschen»* behandelt. Zur Prüfung, um auszuschliessen, dass eine Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellt, stellt er einen Rechtmässigkeitstest zusammen, der im Gegensatz zur Prüfung im Falle der einfachen Rechtsgleichheit besonders qualifizierte Gründe für die Ungleichbehandlung (bzw. zu Ungleichheit führenden Gleichbehandlung) erfordert, nämlich triftige und ernsthafte Gründe, die ausschliessen, dass der Vorgang als Eingriff in die Menschenwürde zu betrachten ist.⁶¹⁸

Gemeinsam mit Eva Maria Belser wird die Möglichkeit der rechtmässigen (Anders-)Behandlung mit einer prägnanten Formel von der Rechtfertigung im Kontext der allgemeinen Rechtsgleichheit abgegrenzt. Belser und Waldmann sprechen denn auch nicht von einer Rechtfertigung: *«Die Diskriminierung [...] kann nicht gerechtfertigt werden»*. Stellt ein Rechtsakt auf sensible Kriterien ab, entsteht der Verdacht der Diskriminierung, und dieser kann nur durch qualifizierte Begründung entkräftet werden. Dabei darf aber nicht *«[...] auf die in der gesamten Rechts- und Staatsordnung zum Ausdruck kommenden Gerechtigkeitsvorstellungen [...]»* abgestellt werden, wie dies im Gegensatz

616 PULVER, Rz. 201, 205 f. und 209.

617 WALDMANN, S. 248 ff.

618 WALDMANN, S. 318 ff., wobei sich sein Prüfungsprogramm unterscheidet bei direkten Diskriminierungen, indirekten Diskriminierungen und Diskriminierungen durch Gleichbehandlung.

dazu für die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung im Lichte von Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit) möglich wäre. Dass der Unterschied zwischen dieser «Begründung» im Falle der Prüfung einer möglichen Diskriminierung und der «Rechtfertigung» bei der Prüfung der Verletzung der Rechtsgleichheit trotz der bewussten konzeptionellen Unterscheidung eben doch Ähnlichkeiten bestehen, räumen die Autoren denn unerschrocken auch selbst ein. Im Ergebnis sieht dieses Prüfprogramm «[...] freilich auf die Struktur der Rechtsgleichheit [...]» zugeschnitten.⁶¹⁹ In der Praxis dürften sich denn die Begründungen bei Verdacht auf Diskriminierung und die Rechtfertigung bei Ungleichbehandlung denn auch zum Verwechseln ähnlichsehen.

Für einen «*élan nouveau*» plädieren Adriano Previtali und Michael Montavon. Sie fordern ein «*Recht auf Inklusion*». Vorangehend stellen sie fest, dass es das Diskriminierungsverbot als relativ junge Bestimmung in der BV schwer hat, als eine effektive und eigenständige Wirkung zu erzeugen.⁶²⁰ Die aktuelle Praxis beschreibend, folgen sie grundsätzlich dem Vorgehen des Anknüpfungsverbots, aber da das Phänomen der Diskriminierung schwer erkennbar sei, fordern sie eine echte Beweiserleichterung für die betroffenen Person bis hin zur Offizialmaxime, der Beweislastumkehr, und sie formulieren den Grundsatz *in dubio pro discrimine*.⁶²¹ Weiter fordern sie mehr aktive Gleichstellungsmassnahmen (bzw. positive Diskriminierungen), ein effektiveres Klagerecht von Organisationen von Minderheiten (über jene im Gleichstellungsgesetz und Behindertengleichstellungsgesetz hinausgehend) und die Drittwirkung des Diskriminierungsverbots zwischen Privaten. Sie kritisieren abschliessend, dass das Diskriminierungsverbot konzeptionell verkehrt sei, so namentlich, weil es von einer diskriminierenden Ordnung ausgehe. Vielmehr müsste die Normalität inklusiv sein und das Recht dies auch so ausdrücken, um verletzte Personen effektiv vor Ausgrenzung zu schützen. Sie schliessen mit einem ausformulierten Vorschlag des Rechts auf Inklusion in der BV.

Mit der sich entwickelnden Rechtsprechung des Bundesgerichts haben neuere Kommentare den Ansatz von Waldmann bzw. Belser und Waldmann zusehends integriert. So gehen auch Giovanni Biaggini und Rainer J. Schweizer grundsätzlich von einem Verdacht der verbotenen Diskriminierung aus, wenn eine Ungleichbehandlung (bzw. eine ungerechtfertigte Gleichbehandlung) bei Vorliegen eines verpönten Kriteriums vorliegt. Die Andersbehandlung muss qualifiziert begründet werden, um keine unzulässige Diskriminierung darzustellen.⁶²² Dabei differenziert Schweizer die Unterscheidungskriterien jedoch auf und

619 BELSER / WALDMANN, Grundrechte II, S. 293 ff., Rz. 30 ff.

620 PREVITALI / MONTAVON, Rz. 3 ff. und Rz. 7 ff., S. 1454 ff.

621 PREVITALI / MONTAVON, Rz. 30 ff., S. 1464 ff. Sie nennen den Fall Emmen als wegweisenden Ansatz. BGE 129 I 217 E. 2.2.3, S. 226: «*Ansichts der Besonderheiten der Urnenabstimmung drängt sich vielmehr die Frage auf, ob nicht Beweiserleichterungen zum Nachweis einer Diskriminierung eingeräumt werden müssen*»

622 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8, Rz. 22, SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 48.

identifiziert als besondere Kategorie solche, bei deren Vorliegen für die Rechtfertigung der Andersbehandlung besonders strenge Anforderungen gelten und nennt diese in Anlehnung an amerikanischer Rechtsprechung und die Praxis des EGMR «*suspect categories*». Dazu gehören sollen namentlich Hautfarbe oder geschlechtliche Identität.⁶²³ Biaggini betont als Voraussetzung jeder Diskriminierung zunächst eine rechtsungleiche Behandlung und prüft das Vorliegen eines verpönten Unterscheidungskriteriums sowie einer allfälligen qualifizierten Rechtfertigung erst nachfolgend.⁶²⁴ Auch bei ihm sind die Anforderungen an die Rechtfertigung je nach Merkmal unterschiedlich streng.⁶²⁵

VI Das Diskriminierungsverbot in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Bevor mit der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 BV ausdrücklich verankert worden ist, prüfte das Bundesgericht Ungleichbehandlungen unter dem Rechtsgleichheitsgebot von Art. 4 aBV sowie den Diskriminierungsverboten in Staatsverträgen.

Das Diskriminierungsverbot wurde weitgehend als ein Teilgehalt des Rechtsgleichheitsgebotes verstanden, indem für die Anwendbarkeit und Beschränkungen des Diskriminierungsverbots die gleichen Kriterien wie für das Rechtsgleichheitsgebot angewandt werden. Das heisst mit anderen Worten, dass - analog zum allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot - eine ungleiche Behandlung gerechtfertigt, ja sogar geboten sein kann, wenn dies sachlich begründet ist. So hat das Bundesgericht in verschiedenen Entscheiden Diskriminierungsverbote, wie sie sich aus völkerrechtlichen Verträgen ergaben, als in der durch Art. 4 Abs. 1 aBV begründeten Rechtsgleichheit enthalten beurteilt.⁶²⁶

Nach Inkrafttreten von Art. 8 Abs. 2 BV führte das Bundesgericht aus: „In Art. 8 Abs. 2 BV hat der schweizerische Verfassungsgeber in den Grundzügen die internationalen Grundrechtsgarantien aufgenommen, wie sie insbesondere in Art. 14 EMRK und verschiedenen Bestimmungen des UNO-Paktes II (SR 0.103.2) enthalten sind.“⁶²⁷ Diese Aussage stellt die vorangehende Rechtsprechung allerdings in Frage, denn sie besagt auch, dass diese Garantien vor dem Inkrafttreten von Art. 8 Abs. 2 BV nicht oder zumindest nicht vollumfänglich in der Bundesverfassung enthalten, und damit auch nicht durch Art. 4 aBV abgedeckt gewesen waren. In den Folgeentscheiden wurden staatsvertragliche Diskriminierungsverbote, so

623 SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 48.

624 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8, Rz. 26.

625 BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 8, Rz. 25.

626 So namentlich regelmässig hinsichtlich des Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK, z. B. in BGE 118 Ia 341, E. 4a, S. 351, BGE 123 II 402, E. 5c/bb, S. 417.

627 BGE 129 I 392, E. 3.2.2, S. 398.

insbesondere jenes von Art. 14 EMRK, konstant als in Art. 8 Abs. 2 BV vollumfänglich enthalten bezeichnet.⁶²⁸

Seit das Diskriminierungsverbots in Art. 8 Abs. 2 BV ausdrücklich und selbständig niedergeschrieben ist, ging das Bundesgericht dazu über, dem Diskriminierungsverbot eine eigenständige Bedeutung zuzumessen, und erkennt in ihm nunmehr ein Anknüpfungsverbot. Die rechtsanwendende Behörde darf grundsätzlich für keinen Entscheid an ein verpöntes Kriterium anknüpfen. Tut sie es dennoch, begründet dies den Verdacht einer Diskriminierung, der nur durch eine besondere Rechtfertigung umgestossen werden kann: *«... die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie beispielsweise die soziale Stellung - ... begründet zunächst lediglich den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Diese kann indes durch eine qualifizierte Rechtfertigung umgestossen werden.»*⁶²⁹

Ausführlich umschreibt das Bundesgericht den Gehalt des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV wie folgt:⁶³⁰

Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV. Das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV schliesst indes die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal - wie beispielsweise Herkunft, Rasse, Geschlecht, soziale Stellung oder religiöse Überzeugung - nicht absolut aus. Eine solche begründet zunächst lediglich den blossen Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Diese kann indes durch eine qualifizierte Rechtfertigung umgestossen werden.

Diese Praxis entspricht also der Theorie der Anknüpfungsverbote, indem die Anknüpfung einen Verdacht der Diskriminierung bewirkt, welcher durch Rechtfertigung umgestossen werden kann. Sie enthält aber auch Elemente der Herabwürdigungstheorie, indem letztlich nur jene Unterscheidungen durch das Diskriminierungsverbot untersagt sind, die einen Eingriff in die Menschenwürde bedeuten. Dies wird hingegen

628 Z. B. BGE 137 V 334, E. 6.3, S. 350.

629 BGE 141 I 241, E. 4.4.2, S. 251

630 BGE 135 I 49, E. 4.3, S. 55, m. w. V. in E. 4.4. Die gleiche Formel findet sich z. B. auch in BGE 143 I 361, S. 368, E. 5.1. Vgl. z. B. auch BGE 138 I 265, E. 4.2.1, S. 267: *«Das Diskriminierungsverbot hat also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen.»*

angenommen, wenn eine Unterscheidung aufgrund von Merkmalen vorliegt, die «*einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebbaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen.*» Damit dies nicht der Fall ist und also keine Herabwürdigung vorliegt, muss eine qualifizierte «*Rechtfertigung*» vorliegen. Hier ist darauf hinzuweisen, dass in der Literatur der Begriff der «*Rechtfertigung*» teilweise vermieden wird und zutreffenderweise z. B. von «*qualifizierter Begründung*» die Rede ist, da eine Diskriminierung absolut verboten ist, aber mit qualifizierten Gründen dargelegt werden kann, warum eine bestimmte Behandlung gar keine Diskriminierung darstellt.⁶³¹

VII Positive Diskriminierungen

Die so genannte positive Diskriminierung bzw. die *affirmative action* gibt gelegentlich Anlass für engagiert ausgetragene Meinungsverschiedenheiten.⁶³² Es geht dabei um Fördermassnahmen zugunsten Angehöriger potentiell diskriminierter Gruppen durch Anders-, nämlich Besserbehandlung unter Anknüpfung an diese Gruppenzugehörigkeit.⁶³³ Darunter fallen Beispiele wie die Bevorzugung von Frauen für die Vergabe von Arbeitsverträgen in öffentlichen Verwaltungen gegenüber beruflich gleichgut oder besser qualifizierten Männern bis zur Erreichung eines bestimmten Anteils an Frauen oder gemilderte Zulassungsbedingungen zu Ausbildungen für Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen oder regelmässig benachteiligter Personen bestimmter

631 Vgl. Teil 2 Kap. 1 V S. 156.

632 Vgl. zum Ganzen insbesondere SCHUBERT, *Affirmative Action*, passim.

633 Mit «*affirmative action*» wurden anfänglich nur staatliche Massnahmen bezeichnet, welche keine (direkten) Benachteiligungen beinhalteten. Zum Beispiel konnte in gewissen Ländern der Anteil der Mädchen, welche die Schule besuchten, verbessert werden, indem man bei der Gestaltung der Stundenpläne berücksichtigte, zu welchen Uhrzeiten Mädchen in den Familien bestimmte Aufgaben wahrnahmen. Im Laufe der Zeit wurde der Begriff aber für direkte unterschiedliche Behandlung und damit Besserstellung besonders gefährdeter Gruppen verwendet. So ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 147 f.

Hautfarben.⁶³⁴ All diese Massnahmen verfolgen das Ziel, Angehörigen benachteiligter Gruppen die Chancengleichheit überhaupt erst zu ermöglichen. Jene, die das erforderliche Kriterium - in den erwähnten Beispielen weiblich oder schwarze Hautfarbe - nicht erfüllen, werden im Einzelfall benachteiligt.⁶³⁵ Es stellt sich die Frage, ob diese Benachteiligung eine Diskriminierung darstellt: Die Minderheit, die sich durch ein «*verpöntes Kriterium*» definiert, die Benachteiligung und der Zusammenhang zwischen beiden scheinen zwar auf den ersten Blick gegeben zu sein.⁶³⁶

Das verpönte Kriterium ist jedoch nicht im Sinne eines neutralen Anknüpfungsverbotes zu verstehen. Nicht jede Andersbehandlung, sondern nur die Benachteiligung von Menschen, die einer besonders verletzlichen Minderheit bzw. Gruppe angehören, ist eine Diskriminierung. Folgen wir der hier verwendeten Definition der verbotenen Diskriminierung,⁶³⁷ brauchen wir deshalb keine Ausnahmen zu definieren, damit eine solche Bevorzugung zulässig ist. Denn das Besserstellen von Minderheiten erfüllt den Tatbestand der Diskriminierung nicht. Die Minderheit, die, unabhängig von ihrer Grösse, als Gruppe mit einer besonderen Verletzlichkeit zu verstehen ist, wird nicht benachteiligt, sondern kommt in den Genuss einer vorteilhafteren Behandlung. Benachteiligt werden aber die übrigen Menschen. Diese sind aber nicht dem generell erhöhten Risiko einer Benachteiligung ausgesetzt. Darum erfüllen sie das Kriterium einer Minderheit gemäss den hier verwendeten Voraussetzungen gar nicht, und sie kommen für eine Diskriminierung somit nicht in Frage.⁶³⁸

Allerdings sind nicht jegliche bevorteilenden
Andersbehandlungen von Minderheiten zulässig. Solche

634 Als aktuelles Beispiel vgl. das Urteil des *Supreme Court of the United States* vom 29. Juni 2023, *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College*. Darin verbietet das Gericht (in Änderung seiner vorangehenden Praxis), dass gewisse Kandidierende auf Immatrikulation aufgrund der Zugehörigkeit zu einer durch das Kriterium «Rasse» definierten Minderheit bevorzugt werden. Das Gericht schliesst allerdings die *affirmative action* nicht grundsätzlich aus, sondern erklärt die Praxis des Harvard College und der University of North Carolina (UNC) für verfassungswidrig wegen der Verletzung des Gleichheitsgebots (*Equal Protection Clause* des *Fourteenth Amendment*), und zwar weil (a) die auf «Rasse» bezogenen Aufnahmekriterien nicht nachvollziehbar bzw. gerichtlich überprüfbar (sondern willkürlich oder inexistent) seien, (b) das Aufnahmeverfahren die Stereotypisierung befördere und (c), eine klare zeitliche Begrenzung der Praxis der *affirmative action* fehle (*Opinion of the Court*, E. 4, S. 22 f.). Aus der Formulierung des Urteils entsteht allerdings der Eindruck, dass kaum eine Praxis der *affirmative action* die Messlatte, die das Gericht mit diesem Urteil definiert, je erreichen können. Vielmehr schmettert das Gericht die Argumente der Hochschulen mit herablassenden Formulierungen ab und hinterlässt den Eindruck, dass es die *affirmative action* gegenüber benachteiligten «Rassen» grundsätzlich ablehnt.

635 Wobei MARTENET / BAUMANN, S. 48, den eigentlichen Grund der Diskriminierung in der beruflichen Teilzeitaktivität sehen, die öfters von Frauen denn von Männern praktiziert wird.

636 Siehe zu den Elementen der Diskriminierung Teil 2 Kap. 2 V, S. 191.

637 Teil 2 Kap. 2 V, S. 191

638 Vgl. dazu differenziert MÜLLER, Grundrechte, S. 429 ff.

Fördermassnahmen müssen immerhin auch vor den Voraussetzungen der Rechtsgleichheit standhalten, was bedeutet, dass die Differenzierungen sachgerecht und verhältnismässig sein müssen.⁶³⁹ Und natürlich bergen Besserstellungen auch das Risiko, sich diskriminierend auszuwirken. Das wird dann der Fall sein, wenn die Gruppe, für welche die Besserstellung bereitgestellt wurde, nicht mehr als Minderheit zu qualifizieren ist, weil sie nicht mehr besonders verletzlich ist. Von dem Moment an hält die Besserstellung möglicherweise schon dem Gebot der Rechtsgleichheit nicht mehr stand, weil der Rechtfertigungsgrund für die rechtsungleiche Behandlung fehlt. Und zweitens ebnet sie den Boden, um andere Gruppen, welche von dieser Besserstellung nicht profitieren, in die Situation der besonders verletzlichen Gruppe zu bringen. Tritt diese Situation ein, wäre die ehemalige Besserstellung einer Minderheit nun eine Benachteiligung einer anderen Minderheit – und damit diskriminierend. Auch aus diesen Gründen werden solche Massnahmen kontrovers diskutiert oder stossen auf gänzliche Ablehnung.⁶⁴⁰ Jedenfalls sind sie mit Bedacht und nur unter ständiger Überprüfung ihrer Rechtmässigkeit anzuwenden.⁶⁴¹

Ein entsprechendes Verständnis scheint auch Art. 4 Abs.1 CEDAW zugrundezuliegen: *«Zeitweilige Sondermassnahmen ... zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau gelten nicht als Diskriminierung.»* Das stimmt mit der hier vertretenen Ansicht überein, da nur eine Benachteiligung der Minderheit, nicht aber eine Bevorteilung diskriminierend sein kann. Diese Sondermassnahmen *«...dürfen aber keinesfalls die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Massstäbe zur Folge haben; diese Massnahmen sind aufzuheben, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind.»* Denn anderenfalls würde die vorherige Mehrheit das Kriterium der Minderheit erfüllen, nämlich dem Risiko einer Benachteiligung ausgesetzt zu sein, womit die Sonderbehandlung diskriminierend werden könnte.

VIII Direkte und indirekte Diskriminierung

Stützt sich ein Rechtsakt des Gesetzgebers oder der Verwaltung direkt auf ein verpöntes Kriterium und benachteiligt er dadurch eine Person, die wegen eben diesem Kriterium einer besonders verletzlichen Minderheit angehört, so handelt es sich um den Fall einer direkten Diskriminierung. Demgegenüber steht die indirekte Diskriminierung. Hier geht es darum,

639 Passend auf diese Sichtweise ist auch Art. 3 Abs. 3 GIG: *«Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.»*

640 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 145 ff., Schlussfolgerung in Rz. 177, dass nur nicht-diskriminierende *«affirmative action»* zulässig und ggf. auch geboten sei. Die Befürchtungen von ABRAMSON, Art. 2 CRC hinsichtlich der Gefahren positiver Diskriminierung werden allerdings in der Schweiz durch das Gebot der Rechtsgleichheit aufgefangen.

641 Auch dies Teil der Begründung des Supreme Court der USA, um mit dem Urteil vom 29. Juni 2023 (s. FN 632) die positive Diskriminierung bei der Zulassung von Studierenden zu verbieten. (E. 4c, S. 32 ff.)

dass ein Rechtsakt zwar nicht direkt auf ein verpönte Kriterium Bezug nimmt, durch ihn aber eine Situation geschaffen wird, die sich auf Angehörige einer Minderheit diskriminierend auswirkt. Quasi als Vorläufer von Art. 8 Abs. 2 BV diente dem BGer bei der Klärung des Begriffs der indirekten Diskriminierung Art. 3 Abs. 1 des Gleichstellungsgesetzes,⁶⁴² welches die indirekte Diskriminierung ausdrücklich verbietet.⁶⁴³ Die aufgrund dieses Gesetzes formulierte Regel hat das Bundesgericht in angepasster Form weiter verwendet für die Anwendung des Diskriminierungsverbotes nach Art. 8 Abs. 2 BV:

*Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützter Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre.*⁶⁴⁴

Diese Formel findet sich auch in neueren Fällen wieder, in denen das Bundesgericht die indirekte Diskriminierungen prüft.⁶⁴⁵ Allerdings betont das BGer, dass nur die allerschwersten negativen Effekte, «*les effets négatifs les plus flagrants*», einer staatlichen Regelung als indirekte Diskriminierung betrachtet werden könnten. Warum hinsichtlich der Schwere der Benachteiligung ein Unterschied zwischen direkter und indirekter Diskriminierung bestehen soll, wird allerdings nicht nachvollziehbar gemacht.⁶⁴⁶ Gemäss der hier verwendeten Methode zur Feststellung von verbotenen Diskriminierungen ist immer eine Benachteiligung vorausgesetzt, die sich im Zusammenhang mit seiner Eigenschaft als Angehöriger einer Minderheit herabwürdigend auf den Betroffenen auswirkt. Insofern sind Diskriminierungen immer mit einer

642 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1

643 Vgl. z. B.: BGE 124 II 409, E. 7, S. 424 f., BGE 124 II 529, E. 3 a, S. 530 f.

644 Vgl. BGE 126 II 377, 6 c, S. 393 f.

645 BGE 142 V 316 S. 323 f., E. 6.1.2: «*L'art. 8 al. 2 Cst. interdit non seulement la discrimination directe, mais également la discrimination indirecte. Une telle discrimination existe lorsqu'une réglementation, qui ne désavantage pas directement un groupe déterminé, défavorise tout particulièrement, par ses effets et sans justification objective, les personnes appartenant à ce groupe (ATF 126 II 377 consid. 6c p. 393 et les références citées; voir également ATF 124 II 409 consid. 7 p. 425). Eu égard à la difficulté de poser des règles générales et abstraites permettant de définir pour tous les cas l'ampleur que doit revêtir l'atteinte subie par un groupe protégé par l'art. 8 al. 2 Cst. par rapport à la majorité de la population, la reconnaissance d'une situation de discrimination ne peut résulter que d'une appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier. En tout état de cause, l'atteinte doit revêtir une importance significative, le principe de l'interdiction de la discrimination indirecte ne pouvant servir qu'à corriger les effets négatifs les plus flagrants d'une réglementation étatique (ATF 138 I 205 consid. 5.5 p. 213 et les références).*»

646 Vgl. PULVER, Rz. 217, S. 153. Auch er verlangt eine signifikante Schlechterstellung, aber mit Verweis auf das Diskriminierungsverbot an sich, das nicht auf weniger bedeutsame zugeschnitten ist. Vgl. ausserdem KÄLIN / CARONI, S. 86 ff., WALDMANN, S. 348

Schlechterstellung signifikanten Grades verbunden, und zwar in gleicher Weise für direkte und indirekte Diskriminierungen.⁶⁴⁷

Von der direkten Diskriminierung unterscheidet sich die indirekte also dadurch, dass sich der in Frage stehende Rechtsakt in formeller Hinsicht nur auf (scheinbar) neutrale Kriterien stützt. Dabei ist zu beachten, dass es auch bei der Prüfung einer indirekten Diskriminierung durchaus der Fall sein kann, dass sich ein Akt auf Kriterien, mithin sogar auf sensible Kriterien, stützt und davon ausgehend Unterscheidungen trifft. Damit von indirekter Diskriminierung die Rede ist, ist aber entscheidend, dass diese Kriterien nicht jene sind, welche die Minderheit, deren indirekte Diskriminierung geprüft wird, von der Mehrheit abgrenzen.

Gemäss der hier verwendeten Definition der Diskriminierung sind die Voraussetzungen einer direkten oder einer indirekten Diskriminierung dieselben. Denn es wird nicht darauf abgestellt, ob ein Rechtsakt gemäss seinem Wortlaut an ein sensibles Kriterium anknüpft oder nicht, sondern nur, ob sich der Akt für eine Minderheit in herabwürdigender Weise benachteiligend auswirkt.

IX Geltungsbereich und Vergleichsradius des Diskriminierungsverbotes

A Persönlicher Geltungsbereich

Analog zum Geltungsbereich der Grundrechte überhaupt und insbesondere des Gleichheitssatzes schützt auch das Diskriminierungsverbot alle Menschen. Dies geht zunächst einmal aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 BV selbst hervor: *Niemand* darf diskriminiert werden. Ausser auf Menschen könnte sich dieser Wortlaut auf den ersten Blick aber auch auf juristische Personen beziehen. Dagegen kann eingewendet werden, dass das Diskriminierungsverbot an Merkmale anknüpft, welche die menschliche Persönlichkeit ausmachen. Das heisst aber nicht, dass nicht auch eine Firma oder ein Verein indirekt durch das Diskriminierungsverbot geschützt sein kann, etwa wenn ein Verein oder eine Firma gegenüber anderen Organisationen benachteiligt wird, weil seine oder ihre Mitglieder mehrheitlich einer bestimmten Religion angehören. In diesem Falle muss

sich auch die juristische Person selbst auf das Diskriminierungsverbot stützen können.⁶⁴⁸

Im Unterschied zu einem Teil der Lehre ist nach der hier vertretenen Ansicht das Diskriminierungsverbot nicht auf Angehörige spezifischer Minderheiten beschränkt. Das Tatbestandsmerkmal der Zugehörigkeit zu einer durch ein bestimmtes Merkmal abgrenzbaren Minderheit⁶⁴⁹ heisst zwar, dass sich nicht jedermann mit Bezug auf jede Schlechterstellung auf das Diskriminierungsverbot berufen kann. Dennoch ist jedermann geschützt, einerseits, weil wohl jedermann auch einer Minderheit angehört, die sich in irgend einem Kontext als besonders schutzbedürftig herausstellen kann, und andererseits, weil es nach der hier verwendeten Definition⁶⁵⁰ auch denkbar ist, dass in einem spezifischen Anwendungsfall die Minderheit aus einer einzigen Person besteht, sofern dieser Person ein Merkmal eigen ist, das sie besonders gefährdet, herabwürdigenden Benachteiligungen ausgesetzt zu werden.

B Adressaten des Diskriminierungsverbots

Grundrechte regeln zum grössten Teil die Beziehungen zwischen einzelnen Personen und dem Staat, wie aus Art. 35 Abs. 2 BV hervorgeht.⁶⁵¹ Private sind selten direkt verpflichtet, Grundrechte einzuhalten. Die BV nennt eine solche Bindung nur in Art. 8 Abs. 3 BV im letzten Satz und schreibt das Recht auf gleichen Lohn für Frau und Mann vor,⁶⁵² welches auch in privaten Arbeitsverhältnissen gilt. Durch Art. 3 GIG wird der ganze Absatz konkretisiert und durch das Verbot weiterer Diskriminierungsverbote, die auch im privaten Arbeitsverhältnis gelten, ergänzt.⁶⁵³ Weiter besteht, gestützt auf Art. 8 Abs. 4 BV, in Art. 6 BehiG ein Diskriminierungsverbot, dass sich direkt an Private richtet. Zwar nicht direkt das Verhältnis zwischen Privaten regelnd, aber doch durch Private begangene Diskriminierungen sanktionierend, stellt Art. 261^{bis} StGB den Aufruf zu Diskriminierung unter Strafe und setzt damit Art. 20 Ziff. 2 IPBPR um. Generell wird eine direkte

648 So auch WALDMANN, S. 484 ff. Allerdings ist gemäss WALDMANN vorausgesetzt, dass der Zweck der juristischen Person einen direkten Bezug hat zum sensiblen Merkmal, aufgrund dessen die juristische Person diskriminiert wird. M. E. ist diese Voraussetzung jedoch zu streng. Es liegt gerade in der Natur der Diskriminierung, dass Zweck und Effekt auseinanderliegen. Die Eigenschaften, aufgrund derer diskriminiert wird, sind in vielen Fällen solche, welche den betroffenen Personen nicht anhaften, weil sie diese Eigenschaften wollen. Es kann daher auch nicht darauf abgestellt werden, dass der formelle Zweck einer Firma ist, z. B. schwarzhäutigen oder invaliden Personen gewisse Möglichkeiten zu verschaffen, sondern schon rein die Tatsache, dass eine Firma benachteiligt wird, weil ihre Repräsentanten z. B. eine bestimmte Hautfarbe haben, muss ausreichen, um den Tatbestand der verbotenen Diskriminierung zu erfüllen.

649 Teil 2 Kap. 3 2, S. 199.

650 Teil 2 Kap. 3 2, S. 199.

651 AUBERT / MAHON, S. 57, KIENER, Rz. 31 f., S. 1211 f.

652 KIENER, Rz. 32.

653 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1

Verpflichtung Privater aus den verfassungsmässigen Grundrechten, also die sogenannte direkte Dritt- bzw. Horizontalwirkung in der Schweiz aber nur in wenigen weiteren Fällen vom Bundesgericht anerkannt, dies, obwohl Art. 35 Abs. 3 BV einen anderen Eindruck erwecken könnte.

Hingegen werden aus Grundrechten behördliche Schutzpflichten abgeleitet, aus denen sich als Wirkung auch private Verpflichtungen ergeben, und im Sinne von Art. 35 Abs. 1 BV hat der Gesetzgeber die Grundrechte zu beachten. Ebenfalls anerkannt ist, dass Gesetze nach Möglichkeit Verfassungs- und Grundrechtskonform ausgelegt werden müssen, was auf eine indirekte Drittwirkung von Grundrechten hinausläuft.⁶⁵⁴

C Örtlicher Geltungsbereich

Grundrechte definieren - wie fast alle Regeln des öffentlichen Rechts - ihren Anwendungsbereich nach dem Territorialitätsprinzip.⁶⁵⁵ Grundrechte binden den Staat, der sie erlassen hat, und schützen die Personen, die mit ihm in Kontakt treten. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV schützt also gemäss dem Territorialitätsprinzip alle Individuen auf dem Staatsgebiet der Schweiz, wobei das in zwei Sonderfällen nicht zutrifft. Auch Individuen, welche aus dem Ausland mit schweizerischen Behörden in Kontakt treten, z. B. mit diplomatischen Vertretungen, sind durch das Diskriminierungsverbot geschützt.⁶⁵⁶ Ebenso gilt auf Hochseeschiffen, die unter schweizerischer Flagge fahren, Schweizer Recht und damit auch das Diskriminierungsverbot.⁶⁵⁷ Auf der anderen Seite kann sich ein Individuum, das sich zwar in der Schweiz befindet, aber mit Behörden von Drittstaaten in Beziehung tritt, für diese Rechtsbeziehung nicht auf das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV berufen, sondern ist durch das Recht des entsprechenden Staates geschützt.

D Vergleichsradius

Wenn Gerechtigkeitsgebote wie vor allem die Rechtsgleichheit, aber regelmässig auch das Diskriminierungsverbot angerufen werden, so wird oft geltend gemacht, dass eine Person im Vergleich zu einer anderen in rechtlicher oder oft auch in tatsächlicher Hinsicht «*ungerecht*» behandelt worden ist. Doch mit welchen anderen Personen kann sich eine bestimmte Person vergleichen? Die Beschreibung des örtlichen Geltungsbereichs liefert keine Antwort auf diese Frage. Er beschreibt nur, innerhalb welchen geographischen Gebiets ein bestimmtes Recht, das aus einer bestimmten Gesetzgebung hervorgeht, angerufen und durchgesetzt werden kann. Wie vorangehend beschrieben wird, ist mit Blick auf den schweizerischen Bundesstaat der geographische Geltungsbereich sowohl der

654 Verweise und Einordnung bei MÜLLER, Entwicklung, Rz. 33 ff., S. 1182 ff. und aufs Diskriminierungsverbot bezogen PREVITALI / MONTAVON, Rz. 53 ff., S. 1471 f.

655 WALDMANN, S. 559 ff.

656 WALDMANN, S. 559.

657 Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge, SR. 747.30, Art. 4 Abs. 1.

Rechtsgleichheit als auch des Diskriminierungsverbots der Bundesverfassung grundsätzlich das ganze Staatsgebiet der Eidgenossenschaft. Damit ist aber gerade nicht gesagt, dass Rechtssubjekte eines Kantons unbedingt die Gleichbehandlung mit Rechtssubjekten eines anderen Kantons verlangen können. Um auf diese Frage einzugehen, wird in der Folge der Begriff Vergleichsradius verwendet. Er bezieht sich auf die geographische Abgrenzung, innerhalb derer der Vergleich von Situationen unterschiedlicher Personen möglich ist, um Gerechtigkeitsgebote anzurufen.

1 Vergleichsradius der Rechtsgleichheit

Das Diskriminierungsverbot ist ein Gerechtigkeitsgebot und mithin eng verwandt mit dem Gebot der Rechtsgleichheit. Um den Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots zu beschreiben, erweist es sich als hilfreich, zunächst auszuleuchten, wie es sich mit der Rechtsgleichheit über Kantonsgrenzen hinweg verhält.

Im Gegensatz zu den Grundrechten und namentlich auch zum Diskriminierungsverbot ist die Rechtsgleichheit von Art. 8 Abs. 1 BV ein unselbständiges Recht, indem es die gleiche Anwendung bzw. die sachgemässe Differenzierung bei der Anwendung des Rechts gebietet, und zwar allen Rechts, nicht nur der Grundrechte. Sie ist relativ, da sie die Gewährung bestimmter Rechte in einer Situation mit jener in einer anderen Situation vergleicht. Sie bezieht sich auf Rechte, und damit auf eine Rechtsordnung. Diese ist aber nicht in allen Kantonen dieselbe. Mithin kann sich ein Einwohner eines Kantons nicht auf die Rechtsgleichheit berufen, um die Gleichbehandlung mit einem Einwohner eines anderen Kantons zu fordern, wenn sich die umstrittene Behandlung auf eine kantonale und daher andere gesetzliche Grundlage stützt. Sogar in manchen Fällen, bei denen die Anwendung von Bundesrecht zur Diskussion steht, kann sich eine Person nicht auf die Rechtsgleichheit berufen, um die Gleichbehandlung mit einem Einwohner eines anderen Kantons zu fordern. Das Bundesgericht formulierte das zum Beispiel so:

*La poursuite pénale des infractions à la LStup incombe aux cantons (art. 28 al. 1 LStup). Il en résulte le risque que se développent des pratiques cantonales différentes. Ce risque est inhérent à la délégation de la poursuite aux cantons; d'une certaine manière, il découle de la structure fédérale du pays, voulue par la Constitution elle-même.*⁶⁵⁸

Unterschiede entziehen sich also dem Gebot der Rechtsgleichheit immer auch dann, wenn sich eine Ungleichbehandlung zwar bei der Anwendung von Bundesrecht ergibt, aber aus der Umsetzung in unterschiedlichen Kantonen hervorgeht und sich innerhalb des den

Behörden durch das Bundesgesetz eingeräumten Ermessensspielraums abspielt.⁶⁵⁹

Die Erwähnung der Rechtsgleichheit über Kantonsgrenzen hinweg ist in den Urteilen des Bundesgerichts keine Seltenheit, da der Ruf von Beschwerdeführern nach Gleichbehandlung mit Nachbarn aus anderen Kantonen gelegentlich ans Bundesgericht getragen wird.⁶⁶⁰ Doch das Bundesgericht hält sich in der Regel nicht lange mit Erklärungen darüber auf, wieso auch Bundesrecht in manchen Fällen in einem Kanton andere Wirkungen entfaltet als in einem anderen. So hält es beispielsweise lapidar fest:

*Soweit sich die Beschwerdeführer schliesslich auf die Praxis in anderen Kantonen berufen, sind sie nicht zu hören [...].*⁶⁶¹

Auch in zahlreichen anderen Urteilen hat das Bundesgericht festgestellt, dass das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot nicht vor Ungleichheiten über Kantonsgrenzen hinweg schützt, was also bedeutet, dass der Vergleichsradius innerhalb kantonaler Kompetenzen bei den Kantonsgrenzen endet. Als Begründung beruft sich das Bundesgericht jeweils auf die föderalistische Struktur und die Eigenständigkeit der Kantone.⁶⁶² Dies gilt nicht nur für unterschiedliches kantonales Recht im Rahmen kantonaler Kompetenzen, sondern auch für die unterschiedliche

659 Vgl. Teil 3 Kap. 4 I S. 224 und namentlich FN 866 mit Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

660 Vgl. zum Ganzen insb. WEBER-DÜRLER, Gleichbehandlung S. 13 f. m. w. V. oder MÜLLER, Grundrechte, S. 403 ff. WEBER-DÜRLER äussert sich zudem kritisch zur gängigen Praxis, wonach die unterschiedliche Anwendung von Bundesrecht durch Behörden verschiedener Kantone nicht als Verstoß gegen die Rechtsgleichheit angesehen wird, sieht jedoch in Beschwerden wegen Verletzung der Rechtsgleichheit nicht einen geeigneten Weg, dem «Missstand» abzuhelpen und fordert zentrale Rechtsmittelinstanzen, an die auch die Behörden gelangen können, oder aufsichtsrechtliche Massnahmen.

661 BGE 115 Ia 81, S. 85, E. 3 c). Vgl. auch das Zitat in FN 659 und 866. Etwas ausführlicher: «Das Bundesgericht erblickt z.B. keinen Verstoß gegen Art. 4 BV in der Tatsache, dass dieselben gesetzlichen Bestimmungen in verschiedenen Kantonen verschieden angewandt werden, sofern keine der Auslegungen geradezu willkürlich ist» (BGE 104 Ia 156, S. 158, E. 2 b)

662 So BGE 91 I 480, S. 491, E. 3a. Ähnlich: BGE 138 I 265, S. 269, E. 5.1. (mit Beispielen unterschiedlicher Regelungen in verschiedenen Kantonen); BGE 136 I 1, S. 12, E. 4.4.4.; BGE 122 I 44, S. 47, E. 3b/cc; BGE 121 I 49, S. 53, E. 4c; BGE 120 Ib 332, S. 337, E. 6; BGE 115 Ia 81, S. 85, E. 3c; BGE 99 Ia 370, S. 381, E. 6b; BGE 99 Ia 236, S. 244, E. 4a; BGE 97 I 116, S. 122, E. 5a; BGE 96 I 704 E. 4b; BGE 93 I 708, S. 714 f., E. 4; BGE 93 I 330, S. 336, E. 5a; BGE 93 I 305, S. 311, E. 2c. Besonders allgemein formuliert hat es das Bundesgericht in BGE 143 II 87, S. 101, E. 6.3.1. und hier auch die Parallele zum internationalen Verhältnis hervorgehoben: «Entsprechend ist der Anspruch nicht verletzt, wenn verschiedene Gemeinwesen je in ihrem Zuständigkeitsbereich Regelungen treffen und daraus für die Rechtsunterworfenen in den jeweiligen Gemeinwesen unterschiedliche Folgen resultieren. Dieser im innerstaatlichen Bereich anwendbare Grundsatz gilt a fortiori auch im internationalen Verhältnis.»

Auslegung und Anwendung von Bundesgesetzesrecht.⁶⁶³ Von einem Beschwerdeführer dazu aufgefordert, diese Praxis aufzugeben und für eine einheitliche Anwendung von Bundesrecht zu sorgen, hat das Bundesgericht leider die Gelegenheit verpasst, sich zu erklären. Anstatt in abstrakter Weise darzustellen, warum eine unterschiedliche Umsetzung von Bundesrecht zulässig ist, hat es lediglich darauf verwiesen, dass diese Frage nicht im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde geprüft werden könne.⁶⁶⁴ Mit den zahlreichen Einzelentscheiden hat sich aber jedenfalls die Praxis gefestigt, welche kantonale Unterschiede bei der pflichtgemässen Ausübung des Ermessens unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit zulässt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sowohl die Rechtsprechung als auch die Mehrheit der Lehre davon ausgehen, dass die kantonalen Gesetzgebungskompetenzen und bei der Umsetzung von Bundesrecht der föderalistische, dezentrale Vollzug von Bundesgesetzen notwendigerweise eine Ungleichbehandlung von Einwohnern verschiedener Kantone mit sich bringen können. Die Rechtsgleichheit ist dadurch nicht tangiert. Die fehlende Anrufbarkeit des Rechtsgleichheitsgebots basiert jedoch nicht darauf, dass die Ungleichbehandlung inhaltlich in Frage gestellt oder gerechtfertigt wird, sondern darauf, dass es gar kein gemeinsames Recht gibt, das gleich angewandt werden könnte. Im Falle von (gemeinsamem) Bundesrecht bezieht sich dies auf das Recht, das sich aus einer bestimmten Behördenpraxis ergibt. Es wird darum gar nicht auf die Prüfung der rechtlichen Gleich- oder Ungleichbehandlung eingegangen. Allerdings ist in den erwähnten Entscheiden der knappe Verweis auf die föderalistische Verfassung wenig aufschlussreich und erweckt den Eindruck, der Föderalismus rechtfertige die in Frage stehende, als ungerecht empfundene Ungleichbehandlung zweier als gleich empfundener Situationen. Hier könnte etwas mehr Erklärung, warum Föderalismus und Rechtsgleichheit kein Widerspruch sind, einiges zur Akzeptanz und zum Verständnis der entsprechenden Praxis beitragen.⁶⁶⁵

Schliesslich geht es nicht um das Ausspielen der Rechtsgleichheit gegenüber dem Föderalismus, sondern vielmehr darum, den Bundesstaat als Zusammenschluss verschiedener Rechtskreise, der Kantone, zu verstehen. Je nach Rechtsgebiet und Rechtsfrage sind sie als zusammengeschlossen oder als getrennt zu betrachten, im zweiten Falle ebenso getrennt wie die Trennung von Rechtskreisen, namentlich Staaten, auf völkerrechtlicher Ebene. Ist dies der Fall, so stösst das Recht jedes

663 Seltener sind Sachverhalte und damit auch Urteile, wo es um die rechtgleiche Anwendung von Bundesrecht durch Bundesbehörden aber im Kontext verschiedener Kantone geht. Als Beispiel befand das BGer in BGE 142 IV 163, S. 169 am Ende der E. 3.1.2, dass es nicht rechtsungleich sei, wenn für Verfahren vor dem BGer für alle Anwälte dasselbe Entschädigungshonorar angewendet werde, unabhängig davon, wie hoch die Entschädigungen im Kanton des jeweiligen Anwalts seien.

664 BGE 104 Ia 156, S. 158, E. 2b.

665 Die Frage nach den Grenzen von möglichen grenzüberschreitenden Ungleichbehandlungen wirft SCHWEIZER auf in Föderalismus, Rz. 25, S. 547.

einzelnen Rechtskreises und damit auch die Möglichkeit einer gleichen Anwendung gleichen Rechts an die Grenzen ihres Anwendungsbereichs. Eine gleiche Anwendung gleichen Rechts kommt dann nicht in Frage, und zwar einerseits, weil eine Gleichbehandlung in verschiedenen Rechtskreisen nicht der Sinn des Rechtsgleichheitsgebotes ist und andererseits, weil das Kriterium der Überprüfung, nämlich die gleiche rechtliche Grundlage, überhaupt fehlt.

Im Rahmen ihrer Kompetenzen und in den Grenzen der Bundesgesetzgebung sind die Kantone frei, auf ihrem Territorium die Rechtsstellungen und Rechtsverhältnisse ihrer Einwohner zu regeln. Es ist noch mehr, im Gegensatz beispielsweise zum deutschen oder zum US-amerikanischen Föderalismus ist die Erhaltung und Förderung der kantonalen Souveränität und der Diversität einer der grundlegenden Daseinsgründe des schweizerischen Bundesstaates.⁶⁶⁶ Was in der alten Bundesverfassung als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, wie es sich im Lichte der Entstehungsgeschichte der Bundesverfassung von 1948 und deren Nachfolgerin von 1874 leicht nachvollziehen lässt,⁶⁶⁷ wird nun im Zweckartikel 2 der BV ausdrücklich betont: «*Sie [die Schweizerische Eidgenossenschaft] fördert [...] die kulturelle Vielfalt des Landes*».

In institutioneller Hinsicht schlägt sich dieses Grundkonzept der Schweiz in den eigenen Kompetenzen der Kantone nieder. Dass diese eigenen Kompetenzbereiche vergleichsweise umfangreich sind, lässt sich nicht nur aufgrund des schweizerischen Selbstverständnisses, wie vorangehend ausgeführt,⁶⁶⁸ feststellen, sondern auch durch den Vergleich mit anderen föderalistischen Staaten, indem davon ausgegangen werden kann, dass die schweizerischen Kantone, verglichen mit den Gliedstaaten anderer föderalistischer Nationen, eine der am weitesten gehenden Selbständigkeiten geniessen.⁶⁶⁹

Eine föderalistische Staatsordnung, und insbesondere eine, in der die Selbständigkeit der Gliedstaaten, oder wie es die Verfassung zutreffenderweise⁶⁷⁰ in Art. 3 BV ausdrückt «*Souveränität*» der Kantone, einen derartigen Stellenwert innehat, würde keinen Sinn ergeben, wenn die Kantone verpflichtet wären, ihre Rechtssubjekte ebenso zu behandeln wie andere Kantone ihre Rechtssubjekte behandeln.⁶⁷¹ Es kann darum nicht der Sinn der Gerechtigkeitsgebote in der Bundesverfassung sein, die

666 Vgl. insbesondere TÖPPERWIEN, S. 223 ff. Wobei diese Feststellung und damit der Föderalismus schweizerischer Prägung nicht auf einem Konzept beruht. «*Er ist einfach.*» gemäss BELSER, Föderalismuskonzeption, Rz. 9, S. 1670. Vgl. weiter FLEINER / MISIC, Rz. 1 ff., S. 429 ff. m. w. V. vgl. auch Teil 1 Kap. 3 II, S. 82; FLEINER / BASTA, S. 554 f.; STURNY, S. 135 f.

667 Vgl. KLEY, Geschichte, Rz. 31 ff., S. 69 ff.

668 Siehe Teil 1 Kap. 3 VIII, S. 132 ff.

669 Vgl. WATTS S. 79, MCKAY S. 142. Vgl. auch ARGULLOL / VELASCO, S. 857 ff. mit dem natürlich mit Vorsicht zu interpretierenden Versuch, die Kompetenzordnung verschiedener dezentral organisierter Staaten in einer Tabelle zu vergleichen. Vgl. auch Teil 1 Kap. 3 VIII S. 132.

670 Vgl. Teil 1 Kap. 3 II, S. 82

671 GRISEL, Egalité, RZ 92.

föderalistische Staatsordnung in Frage zu stellen, insbesondere da der Schweizerische Bundesstaat und seine Bundesverfassung eine wichtige Legitimitätsgrundlage gerade aus dieser föderalistischen Staatsordnung herleiten.⁶⁷² Kurz ausgedrückt bedeutet dies, dass sich in gewissen Bereichen rechtliche Unterschiede zwischen Kantonen nicht als Mangel an Rechtsgleichheit auswirken, weil das Rechtsgleichheitsgebot einen beschränkten Vergleichsradius haben muss, der sich nur auf das Staatsgebiet eines Staates bezieht, nicht aber über seine Grenzen hinwegreicht, und weil in den Bereichen kantonaler Kompetenzen die Kantone eben «*die Staaten*» sind, und nicht der Bund.

Doch auch wenn die Rechtsgleichheit nicht verletzt wird, bleibt doch der Schutz vor willkürlicher Behandlung und ebenso der Schutz vor Diskriminierung vorbehalten. Auch wenn sich die Ermessensausübung nicht an der Praxis ausserhalb des Vergleichsradius, meist des Kantons, orientieren muss, kann sie widerrechtlich überschritten werden. Willkürlich ist sie dann, wenn für eine bestimmte Behandlung einer Person jede sachliche Begründung fehlt.⁶⁷³ Wenn andererseits eine Behandlung die Betroffenen in ihrer Eigenschaft als Angehörige einer besonders gefährdeten Gruppe herabwürdigt, so verstösst sie gegen das Diskriminierungsverbot.⁶⁷⁴

2 Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots

Genauso wie andere Bestimmungen des Bundesverfassungs- und -gesetzesrechts, so namentlich die Grundrechte,⁶⁷⁵ richtet sich das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV an sämtliche rechtsanwendenden Behörden, und zwar jene des Bundes wie auch jene der Kantone. Im Unterscheid namentlich zur Rechtsgleichheit in Art. 8 Abs. 1 BV haben Freiheitsrechte einen selbständigen Gehalt. Alle Behörden müssen in ihrem Handeln zum Beispiel das Recht jedes einzelnen Menschen auf freie Meinungsäusserung respektieren, und zwar grundsätzlich ohne sich darauf zu beziehen, wie das Recht gegenüber anderen Rechtssubjekten in ähnlichen Situationen angewendet worden ist. Zwar steht den Behörden ein gewisser Spielraum bei der Einschränkung der Freiheitsrechte zu, und in diesem Spielraum sind sie dann wiederum durch die Rechtsgleichheit eingeschränkt, wo ein Vergleich mit anderen Fällen angebracht ist, aber in den Kerngehalt der Freiheitsrechte, der sich aus der Bundesverfassung selbst ergibt, darf auf keinen Fall eingegriffen werden und er gilt so absolut.

Im Gegensatz zum Rechtsgleichheitsgebot ist auch das Diskriminierungsverbot grundsätzlich ein selbständiges Recht, auch wenn der Vergleich unterschiedlicher Situationen ihm ebenfalls eigen ist. Denn das entscheidende Kriterium liegt nicht in der Andersbehandlung sondern

672 Vgl. z. B. FLEINER / MISIC, Rz. 1 ff., S. 429 ff.

673 Vgl. Teil 2 Kap. 1 IV B, S. 152

674 Siehe Teil 2 Kap. 2 V, S. 191

675 Siehe Teil 2 Kap. 1 IX B, S. 167

in der Herabwürdigung.⁶⁷⁶ Es schützt nicht nur vor relativer Benachteiligung in Bezug auf die Gewährung eines bestimmten Rechts, sondern in absoluter Weise vor herabwürdigender Behandlung, sofern diese mit einem besonderen Merkmal in Zusammenhang steht, das die betroffene Person hinsichtlich einer Herabwürdigung besonders verletzlich, und sie damit zu einer Angehörigen einer entsprechenden Minderheit macht.⁶⁷⁷ Eine herabwürdigende Benachteiligung bezieht sich dabei regelmässig auf eine rechtliche Situation (d. h. eine vorhandene Rechtsnorm oder das Fehlen einer solchen bzw. einen individuellen hoheitlichen Akt), und zwar unabhängig davon, ob die Herabwürdigung direkt aus einer Rechtsnorm hervorgeht, weil diese direkt auf ein verpöntes Kriterium Bezug nimmt, oder ob bei der sogenannten indirekten Diskriminierung die Herabwürdigung als Effekt aus einer hinsichtlich des Kriteriums neutral formulierten Bestimmung hervorgeht.⁶⁷⁸

Im Kontext des Diskriminierungsverbots kann bei kantonsgrenzüberschreitenden Konstellationen der Verweis auf die unterschiedlichen Rechtskreise also nicht genau dieselbe Rolle spielen wie bei der Prüfung der Rechtsgleichheit. Nachfolgend wird sich dennoch zeigen, dass sich die Schritte zur Prüfung des Vorliegens einer Diskriminierung im Falle von Ungleichbehandlungen in verschiedenen Kantonen zwar von dieser Frage der kantonsgrenzüberschreitenden Rechtsgleichheit unterscheiden, das Ergebnis aber vergleichbar ist.⁶⁷⁹

3 Diskriminierung wegen der Ungleichbehandlung über Kantons Grenzen hinweg

Mit dem Diskriminierungsverbot als verwandtem Gerechtigkeitsgebot verhält es sich ähnlich, aber nicht gleich wie mit dem Rechtsgleichheitsgebot. Wie an anderer Stelle ausgeführt, zeichnet sich eine verbotene Diskriminierung durch das Vorhandensein von drei Elementen aus.⁶⁸⁰ Dazu gehören die Benachteiligung eines Individuums, die Zugehörigkeit zu einer Minderheit und ein herabwürdigender Zusammenhang zwischen den erstgenannten Elementen. Wenn diese drei Elemente zwar gegeben sind, für die Benachteiligung aber besonders qualifizierte Gründe vorliegen, so ist sie auch nicht herabwürdigend und es liegt keine Diskriminierung vor. Dabei ist unerheblich, ob die Benachteiligung eine rechtliche oder eine faktische ist; wesentlich ist, dass sie sich darum herabwürdigend auswirkt, weil das Individuum hinsichtlich der zu prüfenden Benachteiligungen besonders verletzlich ist, typischerweise wegen der Zugehörigkeit zu einer Minderheit. Im Gegensatz zur Rechtsgleichheit ist das Kriterium nicht in erster Linie, ob Individuen

676 Vgl. Teil 2 Kap. 1 IV A, S. 144 ff. und Teil 2 Kap. 3 S. 194

677 Vgl. Teil 2 Kap. 2 V, S. 191

678 Vgl. zur indirekten Diskriminierung Teil 2 Kap. 1 VIII, S. 164

679 Vgl. Teil 3 Kap. 4, S. 224, und namentlich Teil 3 Kap. 4 I, S. 224 und Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv, S. 240

680 Teil 2 Kap. 3, S. 194

unterschiedlich oder gleich behandelt werden durch das Recht oder im Recht. Sondern, ob sich diese Behandlung benachteiligend und herabwürdigend auswirkt. Dabei kann es relevant sein, wie andere Personen behandelt wurden, es muss aber nicht.

Es ist – im Gegensatz zu den erwähnten Fällen im Zusammenhang mit dem Rechtsgleichheitsgebot – nicht begrifflich ausgeschlossen, eine herabwürdigende Benachteiligung der Einwohner eines Kantons wegen ihrer Zugehörigkeit zu diesem Kanton gegenüber Einwohnern eines anderen Kantons zu begründen. Doch ist auch hier der Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots je nach Themen- bzw. Rechtsbereich unterschiedlich zu definieren. Zunächst ist es unproblematisch, die Behandlung von Personen durch Bundesbehörden aufgrund von Bundesrecht zu beurteilen.⁶⁸¹ Eine gewisse Behandlung zweier Personen aufgrund ihrer Kantonszugehörigkeit kann da allenfalls eine diskriminierende Benachteiligung darstellen, sei dies nun eine herabwürdigende Gleich- oder Andersbehandlung, wobei die herabwürdigende Wirkung im Einzelfall überprüft werden müsste. Es fragt sich aber, ob dies im Bereich des kantonalen Rechts oder kantonaler Interpretations- und Ermessensspielräume ebenso ausgeschlossen ist wie beim Rechtsgleichheitsgebot.

Zunächst zu prüfen ist die Möglichkeit einer Benachteiligung. Die Frage ist zu stellen, ob sich eine benachteiligende Ungleichbehandlung über Kantonsgrenzen hinweg genauso als Benachteiligung auswirkt wie die gleiche Ungleichbehandlung zwischen zwei Individuen innerhalb eines Kantons. Betrachten wir zum Vergleich Staatsgrenzen, so wird es kaum als diskriminierend empfunden, dass Personen auf der einen Seite der Grenze andere staatliche Leistungen beziehen, z. B. andere Schulen und Schulsysteme, und von ihnen andere «Bürgerpflichten» gefordert werden wie beispielsweise anders bemessene Steuern oder eine anders gestaltete Militärdienstpflicht.⁶⁸²

Um zu klären, ob kantonale Unterschiede eine Verletzung völkerrechtlicher Diskriminierungsverbote darstellen, wie sie namentlich aus Art. 2 KRK aber auch aus Art. 26 IPBPR hervorgehen, wird an anderer Stelle anhand von zwei konkreten Beispielen⁶⁸³ überprüft, ob sich Andersbehandlungen über Kantonsgrenzen hinweg gemäss den hier definierten Kriterien diskriminierend auswirken. An dieser Stelle wird daher nur das Ergebnis und die Begründung zusammengefasst, und es sei für die Herleitung auf diese Analyse verwiesen.⁶⁸⁴

Als Ergebnis zeigt sich, dass sich, jedenfalls in diesen zwei Beispielen, eine Andersbehandlung nicht herabwürdigend und damit auch nicht diskriminierend auswirkt, wenn sie Einwohnern unterschiedlicher Kantone zuteil wird. Dies ist der Fall, auch wenn eine Benachteiligung

681 Im Lichte der Rechtsgleichheit vgl. FN 663

682 Mit Blick auf das Rechtsgleichheitsgebot vgl. FN 662 zu BGE 143 II 87, S. 101, E. 6.3.1.

683 Unterschiedliche Förderung von behinderten Kindern und unterschiedliche Bemessung von Familienzulagen bzw. kantonalen Unterstützungszahlungen an Familien

684 Siehe Teil 3 Kap. 4 II B 1, S. 229 ff. und namentlich Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv, S. 240 ff.

gegeben ist, und auch das Merkmal der Kantonszugehörigkeit durchaus als Zugehörigkeit zu einer für diese Benachteiligung besonders gefährdeten Minderheit gewertet werden kann. Aber der Zusammenhang ist nicht herabwürdigend. Denn die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Rechtskreis enthält ein ganzes Ensemble von Regelungen, Rechten und Pflichten für die darin wohnenden Menschen. Diese Regelungen sind durch die Gemeinschaft dieser Menschen demokratisch legitimiert. Sie enthalten nicht nur Nachteile für die Bewohner, sondern auch Vorteile. Die Gemeinschaft hat das Recht, ja die Obliegenheit, diese Bereiche selbständig für sich zu regeln und aus sich selbst heraus zu legitimieren. Aus völkerrechtlicher Sicht ergibt sich dies aus dem Selbstbestimmungsrecht der Völker, und aus innerstaatlicher Sicht aus der Souveränität und der Organisationsautonomie der Kantone.⁶⁸⁵ Die von der Gemeinschaft sich selbst gesetzten Regeln gelten diskriminierungsfrei für alle Angehörigen des Kantonsgebiets. Andersbehandlungen durch kantonale Behörden im Vergleich mit anderen Kantonen sind daher grundsätzlich nicht diskriminierend, denn die Tatsache, dass sie auf eine Person wegen ihrer Kantonszugehörigkeit angewendet werden, ist nicht herabwürdigend, es sei denn, die Behandlungen wirkten sich aus anderen Gründen herabwürdigend aus, denn alleine aufgrund der Kantonszugehörigkeit.

X Das Diskriminierungsverbot in kantonalen Verfassungen

Auf kantonaler Ebene nennen die neueren Verfassungen das Diskriminierungsverbot beim Namen. Bei Totalrevisionen von Verfassungen wird der Anlass regelmässig dazu benützt, das Diskriminierungsverbot zu verankern. Hingegen hat es kein Kanton für notwendig betrachtet, das Diskriminierungsverbot durch eine Teilrevision ausdrücklich in den Text der Verfassung aufzunehmen, was dafür spricht, dass man auch ohne ausdrückliche Nennung von einem materiellen Diskriminierungsverbot ausging. In älteren Verfassungen fand sich gelegentlich noch das Verbot der Vorrechte, ähnlich wie es in der aBV Art. 1 Abs. 1 2. Satz verankert war.⁶⁸⁶ Das Diskriminierungsverbot ist wie folgt in den Kantonsverfassungen aufgenommen:

- Aargau: Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980: § 10 Abs. 1: Rechtsgleichheit. Abs. 2 Diskriminierungsverbot.
- Appenzell I. Rh.: Verfassung für den Eidgenössischen Stand Appenzell I. Rh. vom 24. Wintermonat 1872 (24. November 1872): Art. 2 Abs. 1: Rechtsgleichheit.
- Appenzell A. Rh.: Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995: Art. 5 Abs. 1: Rechtsgleichheit. Abs. 2: Diskriminierungsverbot.

685 Vgl. Teil 1 Kap. 3 V , S. 120 ff.

686 Nur noch in der Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 in Art. 3 Abs. 2. Zum Privilegienverbot der aBV vgl. Teil 2 Kap. 1 IV A, S. 144 ff.

- Bern: Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993: Art. 10 Abs. 1: Diskriminierungsverbot.
- Basel-Landschaft: Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984: § 7 Abs. 2: Diskriminierungsverbot.
- Basel Stadt: Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005: § 8 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.
- Freiburg: Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. März 2004: Art. 9 Abs. 1: Diskriminierungsverbot.
- Genf: Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012: Art. 15 Abs. 2 : Diskriminierungsverbot.
- Glarus: Verfassung des Kantons Glarus vom 1. Mai 1988: Art. 4 Abs. 1: Rechtsgleichheit. Abs. 2: Diskriminierungsverbot.
- Graubünden: Verfassung des Kantons Graubünden, vom 14. September 2003: Art. 7, kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, aber für alle Grundrechte Verweis auf die BV.
- Jura: Constitution de la République et Canton du Jura vom 20. März 1977: Art. 6 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.
- Luzern: Verfassung des Kantons Luzern, vom 17. Juni 2007: §10 Abs. 2, kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, aber für alle Grundrechte Verweis auf die BV.
- Neuenburg: Constitution de la République et Canton de Neuchâtel vom 24 September 2000: Art. 8 Abs. 1, Diskriminierungsverbot.
- Nidwalden: Verfassung des Kantons Nidwalden vom 10. Oktober 1965: Art. 2 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.
- Obwalden: Verfassung des Kantons Obwalden 19. Mai 1968: Art. 11 Abs. 1, Rechtsgleichheit.
- St. Gallen: Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001: Art. 2 lit. b, Diskriminationsverbot.
- Schaffhausen: Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002: Art. 11 Abs. 1, Diskriminierungsverbot.
- Solothurn: Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986: Art. 7, Rechtsgleichheit.
- Schwyz: Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010: §10, kein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, aber für alle Grundrechte Verweis auf die BV.
- Thurgau: Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987, §3, Rechtsgleichheit.
- Tessin: Costituzione della Repubblica e Cantone Ticino del 14 dicembre 1997, Art. 7 Abs. 1: Diskriminierungsverbot.
- Uri: Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984: Art. 11 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.
- Waadt: Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003: Art. 10 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.

- Wallis: Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907: Art. 3 Abs. 1, Rechtsgleichheit. Abs. 2: Verbot der Vorrechte aufgrund von Ort oder Geburt, etc.
- Zug: Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894: § 5 Abs. 1, Rechtsgleichheit.
- Zürich: Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005: Art. 11 Abs. 2, Diskriminierungsverbot.

Festzuhalten bleibt, dass Grundrechtsgarantien des Bundes sowie des für den Bund verbindlichen Völkerrechts selbstverständlich auch für die Kantone verbindlich sind, einschliesslich des Diskriminierungsverbots.⁶⁸⁷ Damit haben Grundrechte in Kantonsverfassungen, soweit sie nicht über jene der Bundesverfassung hinausgehen, keine selbständige Bedeutung, da sie durch das übergeordnete Bundesrecht bereits garantiert sind. Einzig Grundrechte, die weiter gehen als jene der BV spielen eine eigenständige Rolle, aber nur innerhalb des betreffenden Kantons, was auch für ein allfälliges weitergehendes Diskriminierungsverbot gelten würde. Für weitergehende Rechte gilt, was in den vorangehenden Kapiteln erörtert wurde hinsichtlich der Frage, ob ein Einwohner eines anderen Kantons wegen des Diskriminierungsverbots oder der Rechtsgleichheit die Gewährung der Rechte für sich verlangen kann.⁶⁸⁸

XI Vergleichende Bemerkungen: Diskriminierungsverbot und Unterschiede zwischen Autonomen Gemeinschaften in Spanien

Die Verfassung Spaniens⁶⁸⁹ erwähnt weder den Föderalismus noch die Bundesstaatlichkeit ausdrücklich. Zur Staatsform hält Art. 1 Abs. 3 C.E. fest, dass das Land eine parlamentarische Monarchie ist. Art. 1 Abs. 2 stützt die nationale Souveränität auf das spanische Volk, und Art. 2 unterstreicht zwar zunächst die Einheit der spanischen Nation, fährt dann aber fort: «[...] *y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.*»⁶⁹⁰ In Art. 137 C.S. wird dann konkretisiert: «*El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía*

687 Siehe namentlich Teil 1 Kap. 3 IV B 4 b, S. 112 ff.

688 Vgl. zum Thema der kantonalen Grundrechte beispielhaft für den Kanton Zürich JAAG / RÜSSLI, Rz. 701 ff.

689 Constitución Española vom 29. Dezember 1978, Boletín Oficial del Estado Nummer 311 vom 29. Dezember 1978. Die inoffizielle deutsche Übersetzung, der die folgenden Übersetzungen entnommen sind, ist verfügbar unter <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionALEMAN.pdf>

690 «[...] und anerkennt und gewährleistet das Recht auf Autonomie der Nationalitäten und Regionen, die Bestandteil der Nation sind, und auf die Solidarität zwischen ihnen.»

*para la gestión de sus respectivos intereses.»*⁶⁹¹ Die Lehre leitet aus diesen Formulierungen den föderativen Staatsaufbau ab, namentlich hinsichtlich eigener gesetzgeberischer Kompetenzbereiche.⁶⁹²

Zur Frage, ob unterschiedliche Gesetzgebungen in den autonomen Gemeinschaften und daraus resultierende unterschiedliche rechtliche Situationen von Einwohnern das Diskriminierungsverbot tangieren, äusserte sich das Verfassungsgericht, mit einer entsprechenden Beschwerde konfrontiert, in grundsätzlicher Weise wie folgt: *«La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias. en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.^a de la Constitución, ya que éstos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales [...]»*⁶⁹³

Diese Formel hat das Verfassungsgericht oft wiederholt. So wiederholte das Verfassungsgericht diese Formel in einer Serie von Entscheiden, bei denen es jeweils darum ging, dass gewisse besonders qualifizierte Staatsbedienstete gesetzlich verpflichtet waren, einem Berufsverband anzugehören. Dagegen, dass sie gezwungen werden sollten, ausstehende Mitgliedschaftsgebühren nachzuzahlen, wehrten sich diese vor dem Verfassungsgericht unter anderen mit dem Argument, die Mitgliedschaftsverpflichtung verletze das Gebot der Rechtsgleichheit und das Verbot der Diskriminierung in Art. 14 CS, weil entsprechende Staatsangestellte in anderen Teilen Spaniens diese Auflage nicht hätten. Dieses Argument widerlegte das Verfassungsgericht mit jeweils mit der Begründung, es sei ja gerade der Sinn von autonomen Gemeinschaften,

691 *«Das Staatsgebiet wird in Gemeinden, Provinzen und Autonome Gemeinschaften gegliedert. Sie alle genießen Autonomie bezüglich der Verfolgung ihrer entsprechenden Interessen.»*

692 Viver / Vilalta, S. 180, 231, 239 f.

693 STC 37/1987 vom 26. März 1987, juristische Erwägung 10: *«Es sei eben gerade Sinn und Zweck der Autonomie, dass jede Nationalität oder Region entscheiden könne, wann und wie sie ihre Zuständigkeiten im Rahmen der Verfassung und des Statuts ausübe. Und falls sich aus dieser Ausübung naturgemäß Ungleichheiten in Bezug auf die Rechtsposition der in den jeweiligen Autonomen Gemeinschaften ansässigen Bürger ergeben würden, bedeute dies nicht notwendigerweise einen Verstoß gegen die Artikel 1, 9 Absatz 2, 14, 139 und 149 Absatz 1 Buchstabe 1 der spanischen Verfassung, da diese Vorschriften keine einheitliche rechtliche Behandlung der Rechte und Pflichten der Bürger in allen Bereichen und im gesamten Staatsgebiet verlangen würden, was mit der Autonomie völlig unvereinbar wäre, sondern allenfalls – und zwar in Bezug auf die Ausübung der Rechte und die Erfüllung der verfassungsmäßigen Pflichten – eine Gleichheit der grundlegenden Rechtspositionen [...]»* (übersetzt in González-Trevijano Sánchez, deutsche Fassung, S. 136.

dass sich die Rechte der Bürger in den verschiedenen Gemeinschaften unterscheiden, und solange durch die Gesetzgebung der Gemeinschaften innerhalb ihrer Kompetenzen nicht grundlegende Verfassungsprinzipien verletzt würden, würden diese Unterschiede weder eine rechtsungleiche Behandlung noch eine Diskriminierung darstellen.⁶⁹⁴ Damit entspricht die Begründung der Zulässigkeit unterschiedlicher Rechtsstellungen für Einwohner verschiedener Autonomer Gemeinschaften im Bereich von deren eigenen Kompetenzen weitgehend jener des schweizerischen Bundesgerichts mit Bezug auf die Kantone und die Rechtsstellung ihrer Einwohner.⁶⁹⁵

Kap. 2 Das Diskriminierungsverbot im Völkerrecht

I Entwicklung von Diskriminierungsverboten in Menschenrechtsübereinkommen

Die Diskriminierungsverbote gingen aus dem Gebot der Rechtsgleichheit hervor und konzentrierten sich bis zum 20. Jahrhundert auf innerstaatliche Verfassungen und Gesetze.⁶⁹⁶ Der Ausgangspunkt für die meisten völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote findet sich in der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.⁶⁹⁷ Schon der erste Satz der Präambel anerkennt gleiche Rechte als eine Voraussetzung von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden. Konkretisiert wird dieses Grundbekenntnis durch die Rechtsgleichheit in Art. 1 der Erklärung und das Diskriminierungsverbot in Art. 2. Seither wurde das Prinzip regelmässig in verschiedenen Menschenrechtsübereinkommen verankert. So schreibt Art. 26 IPBPR vor: „...the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground...“⁶⁹⁸

In der KRK findet es Ausdruck in Art. 2. In dessen erstem Absatz wird die Diskriminierung bezüglich der Rechte des Abkommens selbst

694 So STC 183/2003, juristische Erwägung 4, oder STC 90/2004, juristische Erwägung 4.

695 Vgl. 0, S. 168 und namentlich FN 659 sowie Teil 3 Kap. 4 I S. 224 und namentlich FN 866 mit Verweisen auf Rechtsprechung und Lehre.

696 Siehe Teil 2 Kap. 1 I, S. 134 ff.

697 UNO Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948

698 In der deutschen Fassung: «...das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung [...] gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.» Für die Schweiz wurde dieser Artikel allerdings eines Teils seiner Grundidee beraubt, indem die Schweiz durch einen Vorbehalt das Gebot der Nichtdiskriminierung beschränkt auf eine Rechtsgleichheit bezüglich der im Pakt festgeschriebenen Rechte (SR 0.103.2, S. 48f.). Die Rechtmässigkeit dieses Vorbehalts wird hier allerdings in Frage gestellt, siehe dazu sogleich.

untersagt, während der zweite Absatz zwar diese Einschränkung auf Rechte des Abkommens selbst nicht vorsieht, sich dafür nur auf eine bestimmte Gruppe von Diskriminierungstatbeständen bezieht, nämlich jene, welche in Eigenschaften der dem Kind nahestehenden Personen begründet sind, wie beispielsweise politischen Anschauungen seiner Eltern.⁶⁹⁹

II Weitere Diskriminierungsverbote im Völkerrecht

Das Diskriminierungsverbot ist in manchen Staatsverträgen verankert und in bestimmten Ausprägungen auch Teil des Völkergewohnheitsrechts, wie insbesondere das Diskriminierungsverbot aufgrund der Hautfarbe, dem von einigen Autoren sogar der Status *ius cogens* beigemessen wird.⁷⁰⁰ Die Diskriminierungsverbote können allgemein formuliert, oder ihr Anwendungsbereich kann auf bestimmte verpönte Kriterien beschränkt sein, wie namentlich auf Minderheiten oder auf bestimmte diskriminierungsfrei zu gewährende Rechte.

Hinsichtlich der Methode zur Feststellung einer Diskriminierung ist aufgrund von älteren Zitaten aus UNO-Gremien anzunehmen, dass damals von einem Anknüpfungsverbot ausgegangen wurde.⁷⁰¹ Seither hat sich aber auch im internationalen Recht das Herabwürdigungsverbot

699 Die Formulierung dieses zweiten Absatzes war während der Ausarbeitung des Abkommens sehr strittig. Vor allem durch die Delegation der USA in die Diskussion eingebracht worden war insbesondere ein allgemeines Diskriminierungsverbot, welches sich nicht auf die im Abkommen festgeschriebenen Rechte beschränkte, sondern auch in allen anderen Rechtsbereichen dem Kind einen Anspruch auf Diskriminierungsfreiheit einräumte. Dieser Vorschlag ist aber letztendlich gescheitert. Vgl.

Demgegenüber hält aber Art. 10 Ziff. 3 des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1) folgendes fest: «Die Vertragsstaaten erkennen an, dass Sondermassnahmen zum Schutz und Beistand für alle Kinder und Jugendlichen ohne Diskriminierung aufgrund der Abstammung oder aus sonstigen Gründen getroffen werden sollen [...]» Weiter bestimmt Art. 24 Abs. 1 des Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2): «Jedes Kind hat ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens oder der Geburt das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.» Damit ist durch andere Vertragswerke ein generelles Diskriminierungsverbot bereits für die Schweiz verbindlich etabliert. Im diesem Abkommen hat die Schweiz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot von Art. 26 zwar einen Vorbehalt angebracht, indem es das Diskriminierungsverbot nur bezüglich der anderen im gleichen Abkommen garantierten Rechte gewährleisten will. Dieser Vorbehalt bezieht sich aber nicht auf den zitierten Art. 24. Abs. 1.

700 Vgl. PREVITALI / MONTAVON, Rz. 1, S. 1453 f. m. w. V. sowie LERNER, S. 30, m. w. V.

701 So hielt ein Memorandum aus der Menschenrechtsdivision des UNO-Sekretariats 1949 noch fest: «Discrimination includes any conduct based on a distinction made on grounds of natural or social categories, which have no relation either to individual capacities or merits, or the concrete behavior of the individual person.» UN Doc. E/CN.4/Sub.2/40 Rz. 33-36.

gegenüber dem Ansatz von Anknüpfungsverboten mehrheitlich durchgesetzt, so wie auch an dieser Stelle mit Bezug auf Art. 8 Abs. 2 BV⁷⁰² von einem Herabwürdigungsverbot ausgegangen wird.⁷⁰³

III Diskriminierungsbegriff im Völkerrecht

Trotz der unterschiedlichen Bedeutungen, die das Wort Diskriminierung in verschiedenen Sprachen findet, wird das Wort in der Rechtssprache im internationalen Umfeld weitgehend einheitlich benützt. In allen Fällen meint Diskriminierung zunächst Benachteiligung.⁷⁰⁴ Eine neutrale oder besserstellende Sonderbehandlung wird nicht als Diskriminierung verstanden.

Als Ausgangspunkt sei hier eine bereits zitierte Legaldefinition wiederholt:

RDÜ *Art. 1 Abs. 1: In this Convention, the term «racial discrimination» shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.*

Bei diesem Übereinkommen geht es spezifisch um die Diskriminierung von Menschen unterschiedlicher «Rassen», weshalb hier der Anwendungsbereich auf die Unterscheidung aufgrund des Merkmals (namentlich) der Hautfarbe⁷⁰⁵ beschränkt ist. Ebenso wie die Umschreibung in Art. 1 CEDAW hat diese etwas präzisere Umschreibung des Tatbestands Diskriminierung hat aber einen etwas allgemeingültigeren Charakter.⁷⁰⁶ Klar wird aus dieser Definition zunächst, dass es sich beim Begriff der Diskriminierung um eine Benachteiligung handeln muss, indem der Effekt der Diskriminierung für die betroffene Person etwas Wesentliches «vereitelt» oder «beeinträchtigt»⁷⁰⁷ – sogar wenn dies durch eine

702 Siehe Teil 2 Kap. 2 V, Seite 191.

703 So das Human Rights Committee, General Comment Nr. 18 zum IPBPR, 1989, Ziffer 7: «[...] the term 'discrimination' as used in the Covenant should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms.»

704 LERNER, S. 31, m. w. V. Bzgl. der KRK vgl. auch FN 754.

705 Bezüglich der Begriffe «Hautfarbe» und «Rasse» vgl. FN 560.

706 So benutzt auch das Menschenrechtskomitee der UNO diese Definition, um eine allgemeingültige Umschreibung der Diskriminierung herzuleiten. Siehe UN-Doc HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 195 ff., General Comment No. 18, Non-discrimination, Ziff. 6.

707 «nullifying» bzw. «impairing»

«Bevorzugung»⁷⁰⁸ geschieht. In dieser Legaldefinition wird zuerst auf die Ausübung von Grundrechten Bezug genommen, wobei im gleichen Satz dann klar gemacht wird, dass es auch um Benachteiligungen in «jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens»⁷⁰⁹ geht.

Diese Definition schliesst alle Formen und Wege der diskriminatorischen Schlechterstellung ein. Schlechterstellungen durch Ungleichbehandlung vor dem Gesetz und durch das Gesetz sind gleichermaßen verpönt, ebenso ist es nicht entscheidend, ob es sich um eine direkte oder indirekte Diskriminierung handelt oder ob die Benachteiligung tatsächlich eintritt oder nur ob sie nur das Ziel einer bestimmten Massnahme ist.

Eine etwas andere Legaldefinition liest sich folgendermassen:

EMRK *Art. 14 Diskriminierungsverbot*

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

Hier beschränkt sich das Gebot zur Nichtdiskriminierung auf die uneingeschränkte Ausübung der in der Konvention anerkannten Grundrechte. Im 12 Zusatzprotokoll zur EMRK findet sich ein umfassenderes Diskriminierungsverbot, das vorschreibt, der Genuss eines «jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes» müsse ohne Diskriminierung gewährleistet werden (Art. 1 Abs. 1).⁷¹⁰ Das Protokoll ist von der Schweiz aber bisher weder unterzeichnet noch ratifiziert worden. Der EGMR schützt aber gestützt auf Art. 14 EMRK auch vor Diskriminierungen, die sich auf innerstaatlich garantierte Grundrechte beziehen, soweit sie sich auf das gleiche Schutzobjekt beziehen wie ein Recht aus der EMRK, inhaltlich aber darüber hinausgehen.⁷¹¹ Gleichzeitig ist das Diskriminierungsverbot hinsichtlich der verpönten Kriterien offen formuliert. Geschlecht, Hautfarbe, Hautfarbe,⁷¹² Sprache, Herkunft, Weltanschauung, sozialer Status werden beispielhaft als mögliche Kriterien genannt, aufgrund derer bestimmte

708 «preference»

709 «any other field of public life»

710 Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, 4.11.2000:

Article 1 General prohibition of discrimination

1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

711 KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 11.18, S. 410.

712 Bezüglich der Begriffe «Hautfarbe» und «Rasse» vgl. FN 560.

Gruppen von anderen abgegrenzt werden können. Die Nichtdiskriminierung bezieht sich demnach offenbar auf die Benachteiligung von Angehörigen bestimmter Gruppen, die sich durch eines der erwähnten Kriterien oder ein ähnliches vom Rest der Bevölkerung abgrenzen lassen. Andererseits können nicht alle Gruppen vor Diskriminierung geschützt werden. Insbesondere ist der umgangssprachliche Sinn des Wortes Gruppe nicht geeignet, seine Bedeutung für das Diskriminierungsverbot zu erklären. Eine Gruppe von Pfadfindern oder eine Gruppe von Freunden, die sich zum Kartenspiel treffen, sind nicht Gruppen, welche das Völkerrecht vor Diskriminierungen schützen will.

Die Problematik, wie geschützte Gruppen von ungeschützten abzugrenzen seien, hat schon für viel Literatur gesorgt.⁷¹³ Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass es sich um Gruppen handelt, bei denen die Zugehörigkeit von Merkmalen abhängt, die sehr eng mit der Persönlichkeit zusammenhängen und in der Regel vom betroffenen Individuum gar nicht geändert werden können, wie beispielsweise der Hautfarbe oder des Geschlechts, oder deren Änderung vom Individuum gemäss den geltenden Wertvorstellungen nicht verlangt werden kann, wie beispielsweise der Weltanschauung oder der Religion. Generell kann auf die im Kapitel über Art. 8 Abs. 2 BV benutzte Definition von Minderheiten als Gruppen verwiesen werden, deren Angehörige einem erhöhten Risiko der Herabwürdigung ausgesetzt sind,⁷¹⁴ ohne allerdings die nach der hier vertretenen Auffassung durch Art. 8 Abs. 2 BV gegebene Möglichkeit, dass im Extremfall die Minderheit bzw. die Gruppe auch aus nur einem Individuum bestehen kann, wenn es über eine Eigenschaft verfügt, das es in seiner Menschenwürde besonders verletzlich macht.

IV Unterscheidungskriterien für Diskriminierungsverbote

A *Allgemeine und eingeschränkte Diskriminierungsverbote*

1 Allgemeine Diskriminierungsverbote

a *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*

Art. 8 Abs. 2 BV konstituiert ein allgemeines Diskriminierungsverbot, da es weder Anwendungsbeschränkungen hinsichtlich der verpönten Kriterien noch solche hinsichtlich der diskriminierungsfrei zu gewährenden Rechte enthält. Die Bindungswirkung solcher Diskriminierungsverbote kann sich wegen der offenen Formulierung mit der Zeit entwickeln. In

713 Vgl. LERNER, S. 34 ff. mit diversen Verweisen auf verschiedene Theorien zur Begriffsumschreibung.

714 Siehe Teil 2 Kap. 3 2, S. 199 ff.

völkerrechtlichen Übereinkommen sind solche allgemeinen Diskriminierungsverbote daher selten anzutreffen.

Das prominenteste allgemeine Diskriminierungsverbot steht in Art. 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948:⁷¹⁵ «*All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.*» Diese Erklärung ist aber kein völkerrechtlicher Vertrag sondern eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen, und deren Entscheide sind nicht rechtsverbindlich.⁷¹⁶

b IPBPR

Ein verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag ist demgegenüber der IPBRP, der mit Art. 26 ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot aufstellt, das sich nicht ausdrücklich auf die Rechte des Vertrags selbst beschränkt. Zwar geht der Artikel sowohl auf die Rechtsgleichheit als auch auf das Diskriminierungsverbot ein. Dennoch schreibt er klar die Rechtsgleichheit bei der Rechtsanwendung und bei der Rechtsetzung vor, und daneben das allgemeine Verbot der Diskriminierung bei der Rechtssetzung. Zudem verpflichten sich die Unterzeichnerstaaten dazu, ihr Recht diskriminierungsfrei zu gestalten und darin ein umfassendes, allgemeines Diskriminierungsverbot zu verankern:⁷¹⁷

IPBRP Article 26: All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Damit steht ein allgemeines Diskriminierungsverbot in einem völkerrechtlich verbindlichen, von der Schweiz unterzeichneten Abkommen.⁷¹⁸

715 UNO Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948.

716 UN-Charta, Art. 10 ff.

717 Zur Interpretation vgl. die Entscheide des UN-Ausschusses für Menschenrechte vom i. S. F. H. Zwaan-de Vries gegen die Niederlande, sowie die Anmerkungen von CHRISTIAN TOMUSCHAT, in: EuGRZ 1989 S. 37 (Communication No. 182/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40) at 160 (1987) - momentan abrufbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session42/182-1984.htm>), sowie S. W. M. Broeks gegen die Niederlande (Communication No. 172/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40) at 139 (1987) - Kopie momentan Abrufbar unter <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session42/172-1984.htm>) Vgl. auch: OPSAHL, S. 61. Zum Ganzen: RAMCHARAN, S. 246 ff.

718 Vgl. KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 11.13, S. 408 f.

c *Exkurs: Fraglicher Vorbehalt der Schweiz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot*

Aus offizieller Schweizer Sicht gilt die allgemeine Tragweite dieses Diskriminierungsverbots in Art. 26 IPBPR aber nicht für die Schweiz, denn diese hat einen entsprechenden Vorbehalt angebracht und will das Diskriminierungsverbot nur mit Bezug auf die Anwendung der im Abkommen selbst garantierten Grundrechte anerkennen und damit im Wesentlichen seines Gehalts zu entleeren, da die diskriminierungsfreie Anwendung der Rechte des Abkommens selbst bereits aus seinem Art. 2 Abs. 1 IPBPR hervorgeht.⁷¹⁹ In der Botschaft⁷²⁰ beschwichtigte der Bundesrat zunächst, Art. 26 IPBPR entspräche ja inhaltlich weitgehend Art. 4 aBV (Rechtsgleichheit) mit seiner weitläufigen Auslegung durch das Bundesgericht.⁷²¹ An die Begründung der anderen Vorbehalte anknüpfend führte er demgegenüber aber aus, der UNO-Menschenrechtsausschuss verstehe das Diskriminierungsverbot als selbständiges Recht, was aber dem schweizerischen Begriff der Rechtsgleichheit nicht entspreche, und zwar im Kontext der fehlenden Kompetenz des Bundesgerichts zur Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen, und weiter: *«Einige dieser Bundeserlasse enthalten aber Ungleichbehandlungen in bezug auf Artikel 4 BV, insbesondere im Verhältnis zwischen Mann und Frau.»*

Diskriminierungen zwischen Frau und Mann sind schon für sich alleine beschämend genug, dennoch fand es der Bundesrat nicht notwendig, den Vorbehalt auf diesen Kontext zu beschränken. Die Begründung, warum er vollumfänglich auf die diskriminierungsfreie Anwendung der Rechte des IPBPR selbst beschränkt sein müsste, entbehrt denn auch jeder substantiierten Begründung. Man wolle nicht *«in ähnlichen Regelungsbereichen unterschiedliche Schutzvorkehrungen»* schaffen – und weil auch die EMRK das Diskriminierungsverbot auf die Gewährung der in der EMRK garantierten Rechte beschränke, müsse das auch für den IPBPR gelten.

Was ebenfalls erstaunt ist, dass der Bundesrat ebenso wenig wie die eidgenössischen Räte bei der Unterzeichnung des IPBPR daran dachten, dass die bundesstaatliche Kompetenzaufteilung ein Hindernis darstellen könnte, um ein völkerrechtliches Diskriminierungsverbot einwandfrei umzusetzen. Überhaupt gaben weder das Diskriminierungsverbot an sich noch der vom Bundesrat vorgeschlagene Vorbehalt im Parlament zu irgendwelchen Bemerkungen Anlass.⁷²² Doch ganz vergessen gingen die Kantone doch nicht: Mit Bezug auf die bereits 1991 seltenen und schon damals eher folkloristisch anmutenden Landsgemeinden wurde zu Art. 25

719 SR 0.103.2, Vorbehalt der Schweiz zu Artikel 26 IPBPR: *«Reservation concerning article 26: The equality of all persons before the law and their entitlement without any discrimination to the equal protection of the law shall be guaranteed only in connection with other rights contained in the present Covenant.»*

720 Botschaft Pakte I und II S. 1201.

721 Vgl. Teil 2 Kap. 1 II, S. 136

722 Amtl. Bull. 1991 IV 1494 und 1991 V 930

lit. b) ein Vorbehalt zugunsten des kantonalen und kommunalen Rechts angebracht, damit nicht-geheime Wahlen und Abstimmungen an Versammlungen möglich blieben.⁷²³

Abgesehen von der rechtspolitisch schwer nachvollziehbaren Begründung des Vorbehalts zum Diskriminierungsverbot ist seine Gültigkeit auch in rechtstechnischer Hinsicht zweifelhaft.⁷²⁴ Das Bundesgericht bezeichnete den Vorbehalt zwar als gültig, «... da er mit Ziel und Zweck der Menschenrechtspakte vereinbar ist...»⁷²⁵ Das Bundesgericht verzichtete in diesem Entscheid jedoch gänzlich darauf, diese Vereinbarkeit inhaltlich zu begründen oder zu überprüfen.

Gemäss Art. 19 VRK sind Vorbehalte nicht gültig, wenn sie dem Sinn und Zweck des Abkommens widersprechen.⁷²⁶ Doch ist es ja gerade der Sinn eines allgemeinen Diskriminierungsverbotes, sich nicht auf bestimmte Rechte zu beschränken, sondern Bevölkerungsgruppen vor diskriminierenden Benachteiligungen aller Art zu schützen. Die spezielle Erwähnung des allgemeinen Diskriminierungsverbots hat nur darum einen Sinn, weil damit ein allgemeines Diskriminierungsverbot aufgestellt wird, denn ein auf die Bestimmungen der Konvention beschränktes findet sich bereits deren Art. 2 Abs. 1. Die Rechtsgleichheit und das Diskriminierungsverbot sind Kernthemen des Abkommens, und ein Vorbehalt, wie die Schweiz ihn angebracht hat, würde somit das Abkommen eines sehr wichtigen Teils seines Zweckes entledigen.⁷²⁷

2 Nach bestimmten Minderheiten eingeschränkte Diskriminierungsverbote

Die nächste Kategorie von Diskriminierungsverboten beschränkt sich zwar auf bestimmte verpönte Kriterien, aber die Rechte, die diskriminierungsfrei angewendet werden sollen, sind offengelassen. Zu diesen gehören typischerweise jene Abkommen, deren zentrales Ziel die Nichtdiskriminierung bestimmter Gruppen ist, so insbesondere das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung⁷²⁸ und das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau.⁷²⁹ Hier sind die Kriterien vordefiniert, welche die geschützten Gruppen eingrenzen, die nicht diskriminiert werden dürfen. Hingegen ist das Diskriminierungsverbot nicht eingeschränkt nach

723 Vorbehalt der Schweiz zu Artikel 25 IPBRP: «*The present provision shall be applied without prejudice to the cantonal and communal laws, which provide for or permit elections within assemblies to be held by a means other than secret ballot.*»

724 Vgl. Mock, S. 990 f.

725 BGE 123 II 472, E. 4 d), S. 479.

726 vgl. zu den Regeln über die Vorbehalte in völkerrechtlichen Verträgen Teil 1 Kap. 1 III C, S. 19. Zur besonderen Problematik von Vorbehalten in Menschenrechtsübereinkommen WALTER, Art. 19 VRK, Rz. 94 ff., S. 296 ff.

727 Zur Wichtigkeit des Diskriminierungsverbotes siehe namentlich OPSAHL S. 52.

728 RDÜ, vom 21. Dezember 1965, SR 0.104

729 CEDAW, vom 18. Dezember 1979, SR 0.108

bestimmten Rechten, welche diskriminierungsfrei gewährt werden sollen. Damit der Schutz durch das Diskriminierungsverbot des RDÜ greift, muss sich die angefochtene Diskriminierung auf das Kriterium der «Rasse»⁷³⁰ stützen, und damit das CEDAW greift, auf das Kriterium des Geschlechts. Zusammengefasst schützen beide Abkommen erstens direkt die diskriminierungsfreie Gewährung von Grundrechten und zweitens die diskriminierungsfreie Gewährung bzw. Nichtgewährung aller Voraussetzungen, die für die Ausübung dieser Grundrechte notwendig sind. Diese Abkommen definieren damit die in Frage kommenden Minderheiten,⁷³¹ sind aber bezüglich des Inhalts der Diskriminierung, also der Benachteiligung,⁷³² offen formuliert.

3 Nach bestimmten Benachteiligungen eingeschränkte Diskriminierungsverbote

Diese Art der Diskriminierungsverbote findet sich in multilateralen Menschenrechtsübereinkommen, deren zentraler Inhalt nicht der generelle Schutz vor Diskriminierung ist, sondern die diskriminierungsfreie Gewährung gewisser anderer Grundrechte.⁷³³ Diese sollen alle grundsätzlich Bevölkerungsschichten schützen, und das Diskriminierungsverbot unterstreicht, dass die Angehörigen von Minderheiten ebenso in den Genuss dieser Rechte kommen müssen. Zu nennen sind hier insbesondere Art. 2 Abs. 1 KRK, Art. 14 EMRK,⁷³⁴ Art. 2 Abs. 2 IPBPR und der IPWSKR, hier als Beispiel zitiert:

IPWSKR Art. 2 Abs. 1: The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Aus dieser Formulierung wird klar, dass die Aufzählung der Kriterien nur beispielhaften Charakter hat, und die geschützten Minderheiten⁷³⁵ damit nicht abschliessend definiert sind, während eine verbotene Benachteiligung⁷³⁶ gemäss diesem Abkommen nur vorliegt, wenn

730 Bezüglich der Begriffe «Hautfarbe» und «Rasse» vgl. FN 560.

731 Siehe Teil 2 Kap. 3 2 , S. 199 ff.

732 Siehe Teil 2 Kap. 3 1 , S. 196 ff.

733 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 12 spricht von den den «four Common Articles 2» für die Artikel 2 in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sowie im IPBPR, im IPWSKR und in der KRK (wobei hier Abs. 2 einen neuartigen, anderen Charakter hat). Er stellt diese «four Common Articles 2» in den Gegensatz zu den Diskriminierungsverboten, die keine Individualrechte sondern nur zwischenstaatliche Pflichten begründen, so jene im RDÜ und im CEDAW sowie in weiteren Beispielen.

734 Zum von der Schweiz nicht unterzeichneten oder ratifizierten allgemeinen Diskriminierungsverbot im Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK siehe FN 710.

735 Siehe Teil 2 Kap. 3 2 , S. 199 ff.

736 Siehe Teil 2 Kap. 3 1 , S. 196 ff.

ein im Abkommen selbst geschütztes Recht nicht diskriminierungsfrei gewährt wird.⁷³⁷

B Benachteiligungsverbote und Handlungsgebote

Diskriminierungsverbote in Menschenrechtsverträgen beinhalten nicht nur das Verbot an die staatlichen Behörden, durch ihre aktive Tätigkeit Unterscheidungen zu treffen, die sich als Diskriminierung einer Minderheit auswirken. Vielmehr sollen die Behörden auch selbst aktiv werden. So steht im IPBPR:

IPBPR Art. 2 Abs. 1.: *Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.*⁷³⁸

Entsprechend liest sich auch die KRK:

KRK Art. 2 Abs. 2: *States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.*⁷³⁹

«To respect» bzw. «achten» bedeutet, dass sich der Staat bei all seinen hoheitlichen Akten an diese Rechte – also auch an das Diskriminierungsverbot – hält. Das gilt natürlich für die Legislative genauso wie für die Exekutive und Judikative und bindet alle staatlichen Behörden aller Ebenen. Werden die Rechte einer Person verletzt, ohne dass Aktivitäten des Staats dazu geführt haben, so hat der Staat das Gebot, die Rechte zu «achten», nicht verletzt.

737 In der Literatur werden diese Verbote auch als «Akzessorische Diskriminierungsverbote» bezeichnet, im Gegensatz zu den «selbständigen Diskriminierungsverboten», z. B. bei KÄLIN / KÜNZLI, Rz. 11.17 ff., S. 410 ff.

738 Deutsche Übersetzung gemäss SR 0.103.2, Art. 2 Abs. 1 IPBPR: *Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status zu gewährleisten.*

739 Deutsche Übersetzung gemäss SR 0.107, Art. 2 Abs. 2 KRK: *Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.*

«*To ensure*» bzw. zu «*gewährleisten*» geht hingegen weiter. Der Staat muss gegebenenfalls auch aktiv handeln, um jedem Individuum auf seinem Staatsgebiet bzw. innerhalb seiner Hoheit den Genuss der Rechte der Konvention zu ermöglichen. Bezogen auf das Diskriminierungsverbot würde das bedeuten, dass der Staat angehalten wäre, durch aktive Massnahmen der Diskriminierung innerhalb der Gesellschaft entgegenzuwirken. Das kann durch Diskriminierungsverbote, die sich an Private wenden geschehen. Nötigenfalls könnte er sogar angehalten sein, sogenannte «*affirmative action*» bzw. «*positive Diskriminierungen*» durch staatliche Organe oder durch Private vorzuschreiben.⁷⁴⁰

So hiess es im ursprünglichen *General Comment* des UNO-Menschenrechtskomitees Nummer 3 zu Art. 2 IPBPR:⁷⁴¹

The Committee considers it necessary to draw the attention of States parties to the fact that the obligation under the Covenant is not confined to the respect of human rights, but that States parties have also undertaken to ensure the enjoyment of these rights to all individuals under their jurisdiction. This aspect calls for specific activities by the States parties to enable individuals to enjoy their rights.

Dieser Kommentar von 1981 wurde 2004 ersetzt. In der neuen, viel ausführlicheren Version, die im *General Comment* Nummer 31 enthalten ist, heisst es:⁷⁴²

Article 2 requires that States Parties adopt legislative, judicial, administrative, educative and other appropriate measures in order to fulfill their legal obligations. [...]

However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities. There may be circumstances in which a failure to ensure Covenant rights as required by article 2 would give rise to violations by States Parties of those rights, as a result of States Parties' permitting or failing to take appropriate measures or to exercise due diligence to prevent, punish, investigate or redress the harm caused by such acts by private persons or entities.

740 So DETRICK, Commentary, S. 69 und BUERGENTHAL, S. 77 f. Die «*Affirmative Action*» oder «*positive Diskriminierung*» ist nach der hier verwendeten Definition gar keine Diskriminierung, weil weder für die (benachteiligte) Mehrheit noch für die (bevorzugte) Minderheit alle Kriterien der Diskriminierung gegeben sind (Benachteiligung, Minderheitszugehörigkeit und herabwürdigender Zusammenhang sowie bestehen des Rechtfertigungstests). Sie bedarf damit auch keiner besonderen Rechtfertigung, siehe unter Teil 2 Kap. 1 VII, Seite 162.

741 UN-Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), S. 174.

742 UN-Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add13.

Unterzeichnerstaaten haben sich also dazu verpflichtet, Diskriminierungen zu verhindern. Dies beinhaltet nicht nur, dass der Staat selbst innerhalb seiner eigenen hoheitlichen Tätigkeit nicht diskriminierend handelt. Er hat auch die Verantwortung, Diskriminierungen, die in seinem Hoheitsgebiet de facto entstehen, die er aber nicht selbst durch aktives Handeln direkt verursacht hat, durch aktives Tätigwerden zu verhindern. Unterlässt er dies, kann das eine Verletzung des völkerrechtlichen Diskriminierungsverbots bedeuten.

Diese Verpflichtung entspricht der Formulierung der schweizerischen Bundesverfassung insofern, als dass die Bundesverfassung in Art. 35 die «*Verwirklichung der Grundrechte*» (Titel) vorschreibt und ausführt, dass, «*wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist [...] verpflichtet, zu ihrer [der Grundrechte] Verwirklichung beizutragen.*» (Abs. 2). Weiter wird auch die Drittwirkung festgehalten: «*Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.*» Allerdings ist sich die schweizerische Doktrin noch nicht abschliessend einig über die Tragweite dieser Bestimmung, und ein Teil scheint immer noch davon auszugehen, dass Grundrechte nur als negative Abwehrrechte auszulegen sind, sofern der Verfassungstext nicht ausdrückliche Handlungspflichten zum konkreten Grundrecht festhält. Namentlich die Botschaft VE 96 geht aber klar von einem positiven Verständnis der Grundrechte aus.⁷⁴³ Das Bundesgericht hat es in einem Entscheid 2020 offen gelassen, ob das Diskriminierungsverbot als Teil der öffentlichen Ordnung auch unter Privaten angerufen werden könnte.⁷⁴⁴

V Im Speziellen: Diskriminierung aufgrund des Orts vor dem EGMR

Der EGMR hat in verschiedenen Entscheiden erörtert, ob Unterscheidungen aufgrund des Wohnorts einer Person eine Diskriminierung sein könnten. Dies könnte allenfalls Hinweise darauf geben, ob er unterschiedliche

743 Vgl. THALMANN, Medienförderung, Rz. 16 ff. und weitere Verweise namentlich in FN 39.

744 BGE 147 III 49 S. 54 ff.: Bezeichnenderweise ist das Bundesgericht auf die Frage zwar eingegangen und hat viel Literatur und Rechtsprechung zitiert, welche gegen die Horizontalwirkung von Grundrechten sprechen. Am Ende hat es diese Frage aber offengelassen. Anstatt die Drittwirkung abzulehnen, hat es geprüft, ob die in Frage stehende Behandlung eines Privaten (internationaler Sportverband) gegenüber einer anderen Privaten (Athletin) aufgrund eines Reglements (*Eligibility Regulations for the Female Classification, Athletes with Differences of Sex Development, DSD-Reglement*) inhaltlich als Diskriminierung zu qualifizieren sei. Das hat es abgelehnt und seinen Entscheid darauf gestützt. Wäre sich das BG sicher gewesen i. S. fehlender Drittwirkung, hätte es nicht acht Seiten für die Begründung der Nicht-Diskriminierung aufwenden müssen. Im Gegenteil zeigt der Entscheid, dass das BGer es für die Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 BV für nötig hielt, zu überprüfen, ob die Reglemente des Verbands «*World Athletics*» diskriminierend sind. Das würde sich nicht rechtfertigen, wenn Private gar nicht ans Diskriminierungsverbot gebunden sind. Allenfalls könnte daraus ein Hinweis auf eine künftige Praxis entnommen werden, welche dem Diskriminierungsverbot Drittwirkung bzw. Horizontalwirkung zumisst.

Behandlungen bzw. Gesetze aufgrund des Wohnorts in unterschiedlichen Teilstaaten eines Bundestaats (also Kantonen oder Ländern) diskriminierend als diskriminierend betrachtet. In einem Urteil aus dem Jahr 1979 ging er auf die Frage ein, ob es diskriminierend war, dass ein Gesetz für die Wahlen ins Europäische Parlament einen anderen Wahlmodus für Nordirland vorschrieb als für die übrigen Teile des Vereinigten Königreichs. Das Gericht kam jedoch zum Schluss, dass für die Unterscheidung vernünftige und objektive Kriterien vorlagen und die Verhältnismässigkeit gewahrt war. Damit verneinte es zwar *in casu* das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung, setzte dem Entscheid aber gleichsam voraus, dass der Wohnort grundsätzlich als Kriterium für eine diskriminierende Unterscheidung gemäss Art. 14 EMRK als «*sonstiger Status*» in Frage kam. Es ging in diesem Falle aber um Unterschiede, die ein einziges nationales Gesetz für verschiedene Territorien vorsah, weshalb aus dem Urteil höchstens bedingt Schlüsse gezogen werden können hinsichtlich der Frage der unterschiedlichen Gesetzgebungen in verschiedenen Teilstaaten bzw. Rechtskreisen.⁷⁴⁵

In einem weiteren Beispiel hielt der EGMR 31 Jahre später in grundsätzlicher Weise fest: «... *the Court considers that place of residence constitutes an aspect of personal status for the purposes of Article 14*».⁷⁴⁶ Er befasste sich aber auch in diesem Entscheid nicht mit dem Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots, dafür mit der Frage, ob grundsätzlich der Wohnort als «*sonstiger Status*» im Sinne von Art. 14 EMRK in Frage kommt, was er ausdrücklich bejahte. Auch hier ging es nicht um unterschiedliche rechtliche Situationen in verschiedenen Rechtskreisen, sondern um die unterschiedliche Anwendung desselben Gesetzes aufgrund eines anderen Wohnorts.

In einem weiteren Fall ging es hingegen um eine unterschiedliche Behandlung aufgrund unterschiedlicher Gesetzgebungen in Nordirland einerseits und England and Wales andererseits. Das Gericht ging nicht auf die Frage ein, ob sich die Gesetze im umstrittenen Punkt wirklich unterschieden, und ebenso wenig darauf, ob der Aufenthaltsort ein «*sonstiger Status*» gemäss Art. 14 EMRK sein könnte. Es hielt nur in grundsätzlicher Weise fest, dass in verschiedenen Rechtskreisen auch verschiedene, den lokalen Verhältnissen angepasste Gesetze gelten könnten. Deshalb seien die Unterschiede im Lichte des

745 Entscheid Kennedy Lindsay and others v/the United Kingdom, No. 8364/78 vom 8. März 1979, E. 2.

746 Entscheid Carson and others v the United Kingdom, No. 42184/05 vom 16. März 2010, Rz. 71. Vgl. Z. B. auch den Entscheid Baralija v. Bosnia and Herzegovina, Nr. 30100/18 vom 29. Oktober 2019, Rz. 47. In Rz. 52 ff. ruft das Gericht den Unterschied zwischen einer diskriminierenden unterschiedlichen Anwendung desselben Gesetzes aufgrund eines unterschiedlichen Wohnorts und der unterschiedlichen rechtlichen Situation in verschiedenen Rechtskreisen in Erinnerung.

Diskriminierungsverbots nicht erheblich.⁷⁴⁷ Diesen Entscheid zitierte das Gericht dann in einem weiteren Urteil und verglich so eine wegen des Zeitverlaufs geänderte Gesetzgebung mit einer wegen der geographischen Distanz anderen Gesetzgebung um zu begründen, dass eine Berufung auf das Diskriminierungsverbot nicht statthaft war.⁷⁴⁸

Auch gegenüber der Schweiz beurteilte der EGMR den Vorwurf der unterschiedlichen Behandlung in verschiedenen Kantonen, *in casu* bei der Durchführung der Untersuchungshaft. Er ging dabei aber nicht explizit auf den bundestaatliche Staatsaufbau ein, sondern erklärte nur knapp, dass mit regionalen Unterschieden einhergehende unterschiedliche Behandlungen objektiv und vernünftig begründbar seien.⁷⁴⁹

Zusammenfassend hat der EGMR mehrmals beurteilt, ob Unterscheidungen aufgrund des Orts eine verbotene Diskriminierung darstellen. Für die Beantwortung dieser Frage zieht es die Grenze beim Anwendungsbereich der Gesetze. Wo dieser endet, endet auch die Vergleichbarkeit mit anderen Fällen und eine Diskriminierung wegen einer anderen Behandlung kann somit nicht begründet werden. Diese Logik beschränkt sich nicht auf den räumlichen Anwendungsbereich, sondern gilt z. B. auch für den zeitlichen: Ein Gesetz, das durch ein neues ersetzt worden ist, kann genauso wenig als Massstab herangezogen werden wie ein Gesetz, das für einen anderen Rechtskreis erlassen worden ist. Das Gericht setzt allerdings beim räumlichen Geltungsbereich auch voraus, dass es vernünftige und objektive Gründe für den Unterschied gibt. In den betrachteten Fällen lässt es dann zwar regionale Unterschiede als Begründung ohne Weiteres gelten. Doch ist damit nicht ausgeschlossen, dass der EGMR künftig auf diese qualifizierte Begründbarkeit näher eingeht, wenn die Sinnhaftigkeit regionaler Unterschiede nicht schon im Lichte des Sachverhalts naheliegend erscheint.

747 Magee v. the United Kingdom, Nr. 28135/95 vom 6. Juni 2000, Rz. 50: «*Whether or not an individual can assert a right derived from legislation may accordingly depend on the geographical reach of the legislation at issue and the individual's location at the time. For the Court, in so far as there exists a difference in treatment of detained suspects under the 1988 Order and the legislation of England and Wales on the matters referred to by the applicant, that difference is not to be explained in terms of personal characteristics, such as national origin or association with a national minority, but on the geographical location where the individual is arrested and detained. This permits legislation to take account of regional differences and characteristics of an objective and reasonable nature. In the present case, such a difference does not amount to discriminatory treatment within the meaning of Article 14 of the Convention.*»

748 Entscheid Yordanova and Toshiev v. Bulgaria, Nr. 5126/05 vom 2. Oktober 2012, Rz. 62.

749 Entscheid Bolech c. Suisse, Nr. 30138/12 vom 29. Oktober 2013, Rz. 70.

Kap. 3 Elemente der verbotenen Diskriminierung

In den vorangehenden Abschnitten sind verschiedene Erscheinungsformen des Diskriminierungsverbots sowohl in der BV als auch in Staatsverträgen beleuchtet worden. Ebenfalls wurden einige der Definitionen der Diskriminierung hervorgehoben, die von innerstaatlichen als auch von internationalen Gerichten sowie von Gremien internationaler Organisationen verwendet werden. Zwar unterscheiden sich die Begriffe und Konzepte dieser Definitionen teilweise. Doch das Ziel aller Definitionen ist es, Kriterien vorzugeben, um in realen Situationen zu beurteilen, ob eine gewisse Behandlung einer Person eine verbotene Diskriminierung darstellt oder nicht. Und trotz aller Unterschiede sind den verschiedenen Umschreibungen und Definitionen der Diskriminierungen wesentliche Elemente gemeinsam.

An dieser Stelle werden die Elemente, welche die verbotene Diskriminierung ausmachen und bedingen, eingegrenzt, was auch einen Weg für die Methodik der Feststellung der verbotenen Diskriminierung gibt. Dabei sei bemerkt, dass weder an die sogenannte symmetrische noch die asymmetrische Konzeption angeknüpft wird. Zu Ende gedacht führt diese Unterscheidung auch nicht weiter und die Unterscheidung ist ein dialektischer Zirkelschluss. Beide Konzepte laufen im Ergebnis auf dasselbe hinaus und ihre Vertreter (welche diesen Unterschied oft nicht selbst beim Namen nennen) meinen mutmasslich teilweise auch dasselbe. Denn die der Benachteiligung besonders ausgesetzten Gruppen, auf denen die asymmetrische Konzeption aufbaut, zeichnen sich ja gerade durch Eigenschaften der Individuen aus, auf welche sich die symmetrische Konzeption bezieht.⁷⁵⁰ Es wird hier allerdings insofern «*symmetrisch argumentiert*», als dass jede Person potentiell durch das Diskriminierungsverbot geschützt werden kann und das Diskriminierungsverbot als Individualrecht verstanden wird und nicht als Schutzrecht für (z. B. ethnische) Minderheiten,⁷⁵¹ und weil jede Person eine oder mehrere Eigenschaften besitzt oder im Laufe des Lebens erwerben kann, die sie in diesem speziellen Kontext zum Mitglied einer bzw. mehrerer der Stigmatisierung ausgesetzten Minderheiten macht.

750 Auch PREVITALI / MONTAVON, Rz. 37, S. 1466 f., bezeichnen die Unterscheidung als einen «*faux débat*», und das Bundesgericht tue gut daran, sie zu ignorieren. Je nach Umständen könne die symmetrische oder die asymmetrische Konzeption die Diskriminierung zutreffender beschreiben, aber beide Arten der Beschreibung könnten gleichzeitig Bestand haben.

751 Diese Auffassung teilen grundsätzlich auch PREVITALI / MONTAVON, Rz. 38 ff., S. 1467 f., allerdings weisen sie darauf hin, dass oft nur die Vereinfachung der kollektiven Betrachtungsweise die Diskriminierung auch sichtbar machen könne, wie der Fall Emmen gezeigt habe (S. FN 621), und dass nicht von ungefähr das Gleichstellungsgesetz SR 151.1 in Art. 7 sowie das Behindertengleichstellungsgesetz SR 151.3 in Art. 9 (allerdings für den effektiven Schutz ungenügende) Klagerechte für kollektive Vertretungen von Minderheiten vorsehen, um gegen Diskriminierungen vorzugehen.

Wie die bereits zitierten Definitionen aus dem Lexikon, dem Wörterbuch und dem Völkerrecht es nahelegen,⁷⁵² bedeutet Diskriminierung eine Benachteiligung. Dieses Verständnis geht auch klar aus den Voten im Parlament hervor, als der entsprechende Art. 7 Abs. 2 VE96, der Vorgänger des aktuellen Art. 8 Abs. 2 BV, ausgiebig diskutiert wurde.⁷⁵³ Die Verfassung spricht sodann davon, dass «*niemand*» diskriminiert werden dürfe. Auch Art. 2 Abs. 1 KRK schützt «*each child*» vor Diskriminierung. Das Diskriminierungsverbot handelt also von der Benachteiligung von Individuen.⁷⁵⁴

Obwohl es sich um die Benachteiligung einzelner handelt, muss diese dennoch einen Zusammenhang zu einer Gruppenzugehörigkeit dieses Einzelnen aufweisen. Weder die Bundesverfassung noch die KRK sagen dies ausdrücklich, machen es aber durch die beispielhaft aufgezählten Kriterien wie Herkunft, Hautfarbe,⁷⁵⁵ Geschlecht, Behinderung oder Alter deutlich. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von «*verpönten Merkmalen*», also Merkmalen, welche einer Person eigen sind, und aufgrund derer eine Ungleichbehandlung gemäss BGer unzulässig sei.⁷⁵⁶

Dieser Zusammenhang ist es denn auch, der eine Ungleichbehandlung als herabwürdigend erscheinen lässt: Wird ein Individuum von einem Recht ausgeschlossen, weil dessen Ausübung beispielsweise gefährlich ist, so ist das nicht herabwürdigend, sondern dient seinem Schutz. Wird es hingegen davon ausgeschlossen, weil es beispielsweise eine bestimmte Hautfarbe hat, so ist dies herabwürdigend.⁷⁵⁷ «*Diskriminierung ist Abwertung und Ausgrenzung.*»⁷⁵⁸

Dasselbe ergibt sich aus den bereits mehrfach erwähnten Diskriminierungsverboten völkerrechtlicher Menschenrechtsübereinkommen. Regelmässig sind nicht irgendwelche

752 Teil 2 Kap. 1 III S. 139.

753 Amtl. Bull. VE96 NR, S. 152-165. sowie SR, S. 33-40.

754 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 38 ff., betont zwar zunächst, dass das Wort Diskriminierung nur eine wertfreie Unterscheidung bedeute. Daraus, dass die Diskriminierung aber den Genuss eines Rechts behindern müsse, schliesst er dann doch, dass nur eine Benachteiligung das Diskriminierungsverbot verletze: «*[...] the differentiation must prejudice the welfare of the right-holder.*» (Rz. 45)

755 Bezüglich der Begriffe «*Hautfarbe*» und «*Rasse*» vgl. FN 560.

756 Vgl. z. B. BGE 126 II 377, S. 392 f., Erw. 6 c).

757 Mit anderen Worten ist eine benachteiligende Ungleichbehandlung nur herabwürdigend, wenn dafür nicht eine genügend relevante sachliche Begründung vorliegt. Siehe Teil 2 Kap. 3 4 S. 206 ff. «*Beim Merkmal ‚Rasse‘ kann man sich eigentlich überhaupt keinen sachlichen Grund für eine benachteiligende Regelung vorstellen.*» WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, S. 669. Dem kann zugestimmt werden, auch wenn man sich rein hypothetisch künftig beispielsweise Vorschriften für den Gesundheitsschutz (wiederum beispielsweise den Schutz vor Sonnenstrahlung) vorstellen könnte, die je nach Hauttyp unterschiedlich sind, und deren Begründung durch wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt und damit wohl auch sachlich wäre.

758 Nationalrat Paul Günter, Amtl. Bull. VE96 NR, S. 164.

Andersbehandlungen, sondern Benachteiligungen diskriminierend.⁷⁵⁹ Zweitens ist vorausgesetzt, dass die benachteiligte Person einer Gruppe angehört, die besonders verletzlich ist. Einige spezielle Diskriminierungsverbote beschränken sich sogar auf bestimmte Personengruppen bzw. Minderheiten.⁷⁶⁰ Und regelmässig besteht der Zusammenhang: «Wegen»⁷⁶¹ der Gruppenzugehörigkeit darf nicht diskriminiert werden.

Als erstes Resultat der Definition ergibt sich daher, dass die verbotene Diskriminierung die Benachteiligung von Individuen aufgrund der Zugehörigkeit zu einer gewissen Bevölkerungsgruppe beinhaltet. Im Gegensatz zur verbotenen rechtlichen Ungleichbehandlung bedeutet die verbotene Diskriminierung nicht einfach ungleiche Behandlung, sondern eine Benachteiligung mit einem Zusammenhang zur Zugehörigkeit der ungleich behandelten Person zu einer Bevölkerungsgruppe. Wir unterscheiden damit folgende Elemente einer Diskriminierung:

1. Die **Benachteiligung** einer Person,
2. die Zugehörigkeit dieser Person zu einer Gruppe (im Folgenden **Minderheit** genannt), und
3. der **herabwürdigende Zusammenhang** zwischen den ersten beiden Elementen. Diese Benachteiligung der Person zielt auf eine Eigenschaft der Person hinsichtlich ihrer Gruppenzugehörigkeit ab. Dies macht die Person mit Bezug auf diese Benachteiligung besonders verletzlich (eine Minderheit mit Bezug auf diese Benachteiligung).
4. das **Fehlen besonders triftiger Gründe**. Die obgenannten Voraussetzungen gegeben, erscheint die in Frage stehende Behandlung der betroffenen Person herabwürdigend. Allerdings kann es sein, dass dafür besonders triftige Gründe vorliegen, welche den eigentlichen Grund für diese Behandlung darstellen. Dabei ist zu beachten, dass nicht eine Diskriminierung quasi geheilt wird, sondern, dass solche Gründe bewirken, dass die Behandlung eben gar nicht herabwürdigend ist.

1 Die Benachteiligung und Einschluss indirekter Diskriminierung

Eine Benachteiligung setzt einerseits eine Vergleichsgrösse voraus, gegenüber der benachteiligt werden kann, und andererseits eine Wertung, indem eine Behandlung gegenüber einer anderen Behandlung nicht nur als anders, sondern als minderwertig eingestuft wird.⁷⁶² Eine simple Andersbehandlung ist nicht notwendigerweise eine Benachteiligung, es kann sogar eine Besserstellung sein.

759 S. Teil 2 Kap. 2 III S. 182 ff.

760 S. Teil 2 Kap. 2 IV A 2, S. 187 ff.

761 So beispielsweise Art. 14 EMRK.

762 Vgl. dazu auch MARTENET, Art. 8, Rz. 95. S. 334.

Die Benachteiligung ist ein Kriterium, dessen Beurteilung von der benachteiligten Person abhängig ist: Was für ein Individuum eine Benachteiligung bedeutet, kann durchaus für ein anderes Individuum eine neutrale Andersbehandlung oder sogar eine Besserstellung darstellen. Die Benachteiligung kann entweder eine direkte sein, also einer direkt benachteiligenden Handlung entspringen, oder eine indirekte, indem eine scheinbar neutrale Behandlung für eine gewisse Person im Ergebnis zu einer Benachteiligung führt. Damit wird klar, dass auch eine Gleichbehandlung oder Nichtbehandlung in einem konkreten Fall im Ergebnis zu einer Benachteiligung führen kann.

Durch das Diskriminierungsverbot wird jedoch nicht vor jeder denkbaren Benachteiligung geschützt. Betrachten wir die oben wiedergegebenen Definitionen aus Art. 1 Abs. 1 RDÜ und Art. 1 CEDAW, so wird zunächst der Bezug zur Ausübung von Grundrechten unterstrichen, aber es geht auch hier nicht nur um die diskriminierungsfreie Gewährung bzw. Nichtbeschränkung dieser Rechte, sondern um jede Unterscheidung, welche die Ausübung dieser Rechte vereitelt oder beeinträchtigt. Mithin gehört dazu jede Form der Ausgrenzung, welche die Chancen der Angehörigen der betreffenden Minderheit gegenüber den Chancen der Mehrheit einschränkt, und zwar in jedem Bereich des öffentlichen Lebens.⁷⁶³

Weiteren Aufschluss gibt die bereits zitierte Definition des Bedeutungswörterbuchs des Duden, gemäss derer Diskriminierungen «*absondernd oder in den Augen anderer herabsetzend*» wirken. Diese Umschreibung zeigt auf, dass es bei Diskriminierungen nicht nur um faktische Benachteiligungen geht, sondern um Benachteiligungen, die auf die betroffene Person herabsetzend und absondernd, mit anderen Worten herabwürdigend wirken. Darin zeigt sich der Zusammenhang zwischen der diskriminierenden Benachteiligung und der Menschenwürde. Ob eine Benachteiligung mit Bezug zur Menschenwürde vorliegt, muss aber nicht an dieser Stelle geprüft werden, denn sie ergibt sich aus den folgenden Elementen der Diskriminierung nämlich der Zugehörigkeit zu einer Minderheit und ihrem Zusammenhang mit der Benachteiligung.⁷⁶⁴

Eine Diskriminierung enthält also zunächst einmal eine Benachteiligung.⁷⁶⁵ Es kommen fast alle Formen von Benachteiligungen in Frage, und zwar insbesondere auch solche, die aus der Perspektive anderer Menschen nicht als gravierend und noch weniger als herabwürdigend einzustufen wären, soweit diese Menschen nicht der Minderheit angehören, wie sie im nächsten Punkt definiert wird. Der Vielfalt der möglichen Fälle wegen grenzt es an Unmöglichkeit, die Benachteiligung allgemeingültig zu umschreiben, und es muss im Einzelfall entschieden werden, ob eine

763 Siehe Teil 2 Kap. 2 III, S. 182.

764 Teil 2 Kap. 3 3, S. 204 ff.

765 WALDMANN, S. 316 sieht die Benachteiligung nicht als Begriffselement der Diskriminierung, dies, weil er von der nicht rechtmässigen Anknüpfung an sensible Merkmale ausgeht. Er erwähnt aber, dass der Schaden in der Beeinträchtigung der Wertschätzung liegt, was der hier vertretenen Auffassung entspricht.

bestimmte Anders- oder Gleichbehandlung für die betroffene Person eine Benachteiligung darstellt.⁷⁶⁶

Geht es um die Ungleichbehandlung mit Bezug auf die Gewährung von Grundrechten, so dürfte es in den meisten Fällen nicht schwierig sein, die Benachteiligung zu erkennen. Wird ein Grundrecht bei einer Person weitergehend eingeschränkt als bei einer anderen, so ist diese Person regelmässig benachteiligt.⁷⁶⁷ Damit ist immerhin für eine grosse Anzahl von Benachteiligungen, die durch staatliches Verhalten herbeigeführt werden können, ein allgemeingültiges Kriterium aufgestellt. Namentlich fallen auch Andersbehandlungen darunter, die das Grundrecht auf Rechtsgleichheit einschränken, und zwar auch solche, die nach den Kriterien der Rechtsgleichheit alleine als rechtmässig zu betrachten wären, indem namentlich ein sachlicher Grund für die rechtsungleiche Behandlung gegeben ist.⁷⁶⁸ Auch diese Benachteiligungen sind in Betracht zu ziehen, da für das Diskriminierungsverbot andere Kriterien gelten, die in diesem und den nächsten Abschnitten erörtert werden.

Es gibt aber auch andere Benachteiligungen, die sich nicht auf Grundrechte beziehen, sich aus staatlicher Passivität ergeben oder gar ohne staatlichen Einfluss entstehen. Für solche Fälle und Fallgruppen ist die Benachteiligung nicht allgemein definierbar. Eine Benachteiligung kann sowohl in einer Gleich- als auch in einer Andersbehandlung bestehen. Und sie setzt – im Gegensatz zur den bei der Rechtsgleichheit angewandten Kriterien – nicht voraus, dass andere Fälle irgendwie anders behandelt wurden, sondern es kann sich auch um eine einzelne Behandlung handeln, die sich für das Individuum als Nachteil auswirkt.

In allen Fällen ist wichtig, zu beachten, dass die Benachteiligung eine objektive Voraussetzung der Diskriminierung ist, auch wenn sie vom Subjekt ausgeht. Denn es hängt zwar vom individuellen Subjekt ab, ob eine bestimmte Gleich- oder Andersbehandlung für dieses Subjekt auch eine Benachteiligung bedeutet, es ist aber nicht eine Frage des individuellen Empfindens, sondern eine der objektiven Umstände, die eine bestimmte Behandlung für ein bestimmtes Individuum besonders schwer erträglich machen.⁷⁶⁹

766 So auch BGE 142 V 316, E. 6.1.2., S. 323. Für zwei Beispiele der Beurteilung vgl. Teil 3 Kap. 4 II B 1 b ii, S. 236.

767 SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 55.

768 BGE 141 I 235, E. 7.1, S. 239 f.; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 16.; SCHWEIZER / EGGENBERGER / KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 21;

769 Zur Veranschaulichung ein Beispiel: Werden alle Personen gleich behandelt, wenn es darum geht, vor dem Postschalter eine halbe Stunde in einer Warteschlange zu stehen, so sind gewisse Personen dadurch benachteiligt. Die einen subjektiv, weil ihnen die Geduld fehlt und sie die Wartezeit individuell als schwer zumutbar empfinden. Andere aber sind objektiv benachteiligt, weil es für sie aufgrund objektiv feststellbarer Gründe schwieriger oder gar unmöglich ist, diese halbe Stunde zu stehen, so beispielsweise ältere Personen oder hochschwängere Frauen. Damit will allerdings nicht gesagt werden, dass diese Benachteiligung eine verbotene Diskriminierung sei, denn dafür sind die in den nachfolgenden Kapiteln aufgeführten zusätzlichen Kriterien erforderlich.

Die Benachteiligung setzt auch nicht notwendigerweise eine aktive Handlung der Behörden voraus. Es genügt, dass sich eine bestimmte Situation für ein Individuum nachteilig auswirkt. Diese Situation muss nur insofern mit dem Staat verknüpft sein, als dass es eine vom Staat geschaffene oder durch den Staat abänderbare Situation ist, die eine Benachteiligung herbeiführt. In diesem Sinne wird hier ein materieller Diskriminierungsbegriff vertreten, indem für die Annahme einer (potentiell diskriminierenden) Benachteiligung nicht vorausgesetzt wird, dass der Staat durch die Rechtsetzung oder Rechtsprechung an bestimmte Merkmale anknüpft (Anknüpfungsverbot). Es ist vielmehr so, dass für eine verbotene Diskriminierung weder eine diskriminierende Handlung noch ein diskriminierender Vorsatz staatlicher Organe vorausgesetzt wird.⁷⁷⁰ So kann schon der Effekt einer bestimmten, vorgegebenen rechtlichen Situation für eine bestimmte Person eine Benachteiligung herbeiführen, die das hier besprochene erste Kriterium der Diskriminierung erfüllt.⁷⁷¹

Der hier verwendete Diskriminierungsbegriff macht denn mit dieser Definition der Benachteiligung auch die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unnötig, was angesichts der Schwierigkeit, diese Unterscheidung abstrakt zu umschreiben, ein Vorteil ist. Denn eine Benachteiligung ist immer eine Behandlung – und auch Passivität (des Staates oder ggf. anderer Akteure) ist mit Bezug auf einen Menschen eine Behandlung.⁷⁷²

2 Die Minderheit

Der Zweck des Diskriminierungsverbots ist es, die Menschenwürde von Angehörigen potenziell besonders benachteiligter Gruppen zu schützen.⁷⁷³ Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV und beispielsweise Art. 26 IPBRP oder Art. 14 EMRK stützt sich eine verbotene Diskriminierung auf Kriterien wie Alter, Geschlecht, Hautfarbe,⁷⁷⁴ etc. ab. Die Benachteiligung eines Einzelnen, ohne dass sie sich auf ein solches Kriterium abstützt, ist demzufolge nicht als verbotene Diskriminierung einzustufen. Das macht sie nicht unbedingt zulässig, sondern sie kann allenfalls unter den Sachverhalt der verbotenen rechtsungleichen Behandlung⁷⁷⁵ oder gar des Willkürverbots⁷⁷⁶ subsumiert werden, oder aber sie verletzt das

770 Eine bekannte Ausnahme besteht im US-amerikanischen Recht, das eine diskriminatorische Absicht voraussetzt, siehe MOECKLI, S. 166.

771 Vgl. WALDMANN, S. 228 ff., insbesondere 248 f.

772 So wird z. B. in BGE 135 I 49, S. 55, festgestellt, dass trotz einiger Literatur die Kriterien für die Unterscheidung nicht eindeutig auszumachen sind.

773 RIEDER, S. 54 ff., MÜLLER, Grundrechte, S. 414 ff. Für WALDMANN, S. 250 ff., geht es um Eigenschaften einer Person, die «(1) die Identität eines einzelnen Menschen bestimmen, (2) nicht oder in nicht zumutbarer Weise veränderbar sind sowie (3) ein erhebliches Stigmatisierungspotenzial beinhalten.».

774 Bezüglich der Begriffe «Hautfarbe» und «Rasse» vgl. FN 560.

775 Teil 2 Kap. 1 IV A, S. 144 ff.

776 Teil 2 Kap. 1 IV B, S. 152 ff.

«*Auffanggrundrecht*» des Schutzes der Menschenwürde in Art. 7 BV.⁷⁷⁷ Verfassung und Menschenrechtsübereinkommen zählen eine Reihe von Kriterien auf, machen aber durch Wendungen wie «*insbesondere*» von vornherein klar, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist.⁷⁷⁸

Die in den Rechtstexten erwähnten Kriterien haben gemeinsam, dass sie einen Kernbereich der individuellen Persönlichkeit betreffen, der von der betroffenen Person nicht beeinflusst werden kann, oder deren Änderung von ihr nicht verlangt werden kann, ohne dass dadurch ihre Menschenwürde verletzt würde.⁷⁷⁹ Welche Kriterien jedoch dazu geeignet sind, um eine Benachteiligung zu einer herabwürdigenden Behandlung zu machen, ist nicht allgemein fassbar, was schon aus der Verfassung selbst deutlich wird, die sich mangels überzeugender allgemeiner Definition oder der Möglichkeit, alle verpönten Anknüpfungspunkte aufzuzählen, für eine beispielhafte Aufzählung entscheidet. Entsprechend ist auch die Formulierung in den multinationalen Menschenrechtsübereinkommen. So spricht der IPBPR in seinen beiden Diskriminierungsverboten (Art. 2 Abs. 1 und Art. 26) von Unterscheidungen aufgrund von Eigenschaften «*such as*» «*Rasse*»,⁷⁸⁰ Religion (etc.) und schliesst die Aufzählungen mit den Worten «*or other status*» ab. Auch die Ergebnisse der Vernehmlassung zum Bundesverfassungsentwurf von 1996 zeigen anschaulich, wie schwierig es ist, eine allen Bedürfnissen gerechte allgemeine Umschreibung für die verpönten Kriterien zu finden.⁷⁸¹

Dabei hilft der Begriff der Minderheit, zu erkennen, ob ein Unterscheidungskriterium (bzw. eine Nicht-Unterscheidung) für die Menschenwürde relevant ist. Die von den Diskriminierungsverboten aufgestellten beispielhaften Kriterien haben gemeinsam, dass sich daraus Zugehörigkeiten zu bestimmten Gruppen ergeben.⁷⁸² Die gemeinsame Eigenschaft der z. B. in der BV aufgezählten Kriterien liegt darin, dass sie bestimmte Gruppen von Menschen von den übrigen Menschen abgrenzen, und dass diese Gruppen stärker gefährdet sind als die übrigen Menschen,

777 Vgl. dazu zum Beispiel BGE 132 I 49, S. 53, mit Verweisen auf die Rechtsprechung. Gegen die Interpretation von Art. 7 BV als Auffanggrundrecht bzw. «*Super-Grundrecht*» äussert sich dezidiert KLEY, Grundrechtskatalog, S. 317 ff. Vgl. auch Teil 2 Kap. 1 IV, S. 142.

778 Vgl. MAHON, Art. 7, S. 78.

779 WALDMANN, S. 564 f. ergänzt zutreffend, dass das Kriterium nicht ist, dass die Merkmale historisch zu Benachteiligungen geführt haben, sondern dass deren Beachtung oder Übergehung die Wertschätzung der Menschen betreffen und ihre Gleichwertigkeit in Frage stellen.

780 Bezüglich der Begriffe «*Hautfarbe*» und «*Rasse*» vgl. FN 560.

781 Amtl. Bull. VE96 NR, S. 152 ff. und Amtl. Bull. VE96 SR, S. 33 ff., je zu Art. 7 VE 96.

782 «*Diskriminierung bezieht sich immer auf eine bestimmte Gruppenzugehörigkeit, auf ein besonderes Merkmal dieser Gruppe.*» (Votum Rhinow, Amtl. Bull. VE96 SR, S. 37)

benachteiligt zu werden.⁷⁸³ Sie haben ein erhebliches Potential, stigmatisiert zu werden.⁷⁸⁴ Das macht sie zu Minderheiten.⁷⁸⁵ Die Beispiele, die in den Diskriminierungsverboten der Bundesverfassung oder der völkerrechtlichen Verträge genannt sind, machen darüber hinaus deutlich, dass die Merkmale, welche die Minderheiten von den Mehrheiten abgrenzen, sehr unterschiedliche Wurzeln haben. Es können abänderbare Unterschiede sein wie die Herkunft, abänderbare wie die Weltanschauung, biologische wie die Hautfarbe oder selbst gewählte wie die Religion.⁷⁸⁶

Dabei ist zu beachten, dass sich die Definition der Minderheit in diesem auf das Diskriminierungsverbot ausgerichteten Sinne nicht in jedem Falle mit der umgangssprachlichen Bedeutung von Minderheit deckt, da dort meist eine Gruppe von Menschen als Minderheit gilt, deren Anzahl Mitglieder kleiner ist als jene der ihr gegenüberstehenden Mehrheit.⁷⁸⁷ Das ist aber nicht immer der Fall, wie es sich mit dem Verbot der Diskriminierung der Frau am augenfälligsten aufzeigen lässt. Hier wird eine zahlenmässig ebenso grosse «Minderheit» der Bevölkerung benachteiligt gegenüber einer keineswegs grösseren «Mehrheit».⁷⁸⁸ Auch die in Art. 7 BV ebenfalls ausdrücklich erwähnten Gruppenzugehörigkeitskriterien Alter oder Sprache lassen durchaus Gruppen mit vielen Zugehörigen als der Diskriminierung zugängliche «Minderheiten» zu. Die Begriffe Mehrheit und Minderheit haben im Zusammenhang mit der Diskriminierung also eine andere Bedeutung als umgangssprachlich. Wird im Kontext von Diskriminierungstatbeständen von Mehrheit und Minderheit gesprochen, so ist die Minderheit nicht als zahlenmässig kleinere Gruppe zu verstehen, sondern als Gruppe, deren Mitglieder wegen ihrer Zugehörigkeit zu eben dieser Gruppe einem erhöhten Risiko bestimmter Benachteiligungen ausgesetzt sind, die durch die Rechtsordnung direkt oder indirekt geschaffen oder zementiert werden oder verhindert bzw. gemildert werden könnten.

Das Modell der Minderheit oder der Gruppe ist dazu geeignet, in den meisten Fällen die verpönten Kriterien von anderen

783 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 53 ff., weist zurecht darauf hin, dass ein Verbot von rechtlichen Unterscheidungen aufgrund von Kriterien absurd wäre, weil ja das ganze Rechtssystem auf Kriterien und Unterscheidungen aufbaut. Damit ein Kriterium verpönt sei (also in den hier verwendeten Begriffen zur Definition einer Minderheit geeignet wäre), müsse gegeben sein, dass es ausreichend ähnlich sei zu den in den Diskriminierungsverboten aufgezählten Beispielen.

784 WALDMANN, S. 565.

785 Zur Veranschaulichung sei hier nochmals auf die Definition aus dem Brockhaus verwiesen: «Minderheit, Minorität, Gruppe von Menschen, die sich hinsichtl. bestimmter Merkmale (z. B. ethn. Zugehörigkeit, Sprache, Religion, Verhaltensweisen) von ihrer Umgebung unterscheidet. [...]»

786 Siehe weitere Kategorisierungen von Unterscheidungsmerkmalen in WALDMANN, S. 566 ff.

787 Duden, Herkunftswörterbuch, S. 441.

788 In der Schweiz sind 50.4% der Bevölkerung Frauen (Quelle: Bundesamt für Statistik, 2021, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bevoelkerung/stand-entwicklung.html>, Daten entnommen am 21.7.2022), weltweit sind es leicht weniger als Männer (Quelle UNO 2019, <https://population.un.org/wpp/DataQuery/>)

Unterscheidungsmerkmalen abzugrenzen. Es wäre jedoch zu restriktiv, das Diskriminierungsverbot auf den Schutz herabgesetzter Gruppen zu beschränken.⁷⁸⁹ Denn diskriminiert, also herabgesetzt und entwürdigt aufgrund eines Kriteriums, kann auch sein, wer keiner in der Gesellschaft als Minderheit etablierten Gruppe im Sinne einer Vielzahl von Menschen angehört. Dies muss möglich sein, denn wenn jemand wegen einer Behandlung aufgrund von Merkmalen als herabgewürdigt gilt, die allen Mitgliedern einer Gruppe eigen sind, so muss das erst recht der Fall sein, wenn jemand mit einem solchen Merkmal alleine ist. Ansonsten würde das Diskriminierungsverbot gleichsam selbst diskriminieren. Einer Person den Schutz des Diskriminierungsverbotes zu entziehen, nur weil sich keine Vielzahl von Menschen finden lässt, die sich durch dasselbe Kriterium auszeichnen, entspräche also sicher nicht dem Sinn von Art. 8 Abs. 2 BV. Denn der Artikel will als Grundrecht jedes Einzelnen die Herabwürdigung aufgrund besonderer Merkmale verhindern, zumal die Bestimmung selbst an keiner Stelle von Gruppen spricht und noch vielweniger von einer Mindestgrösse. Eine Person in einem solchen Fall auf das «Auffanggrundrecht» der Menschenwürde nach Art. 7 BV zu verweisen, würde sie gegenüber gruppenzugehörigen Menschen benachteiligen, was als stossend erschiene.⁷⁹⁰ Um dennoch mit dem Begriff der Minderheit arbeiten zu können muss davon ausgegangen werden, dass die Minderheit auch sehr klein sein kann und mithin – auch wenn ein konkreter Anwendungsfall nur schwer vorstellbar ist – aus nur einem einzigen Mitglied bestehen kann.⁷⁹¹

Diskriminiert werden kann also nur, wer einer Minderheit angehört, wobei es nicht auf die Grösse der Minderheit ankommt, die sich durch ein bestimmtes, verpöntes Kriterium von der übrigen Bevölkerung, der Mehrheit, abgrenzt.

In Art. 8 BV werden nur die «*Behinderten*» in Abs. 4 als Gruppe benannt, wobei natürlich auch diese Gruppe nicht homogen ist und es Gradationen und Untergruppen gibt, die es im Anwendungsfall zu unterscheiden gilt. Alle anderen Kriterien, die Art. 8 Abs. 2 BV beispielhaft aufzählt, definieren an sich nicht die Gruppen, sondern sie bezeichnen die Merkmale, welche Menschen aufweisen können, und die zur Abgrenzung zwischen Mehr- und Minderheit herangezogen werden. Ein solches

789 MÜLLER, Grundrechte, S. 414 ff. geht davon aus, dass das Diskriminierungsverbot als spezifischer Schutz historisch oder gesellschaftlich herabgesetzter Gruppen zu verstehen ist.

790 Insbesondere, wenn der Charakter von Art. 7 BV als Auffanggrundrecht abgelehnt wird, wie dies mit guten Gründen insb. KLEY, Grundrechtskatalog, S. 317 ff. tut.

791 Dem gegenüber steht die Annahme von WALDMANN, S. 565, welcher der Aufzählung sensibler Merkmale in Art. 8 Abs. 2 BV gemeinsame Strukturelemente entnimmt. Dies sind einerseits ihre tatsächliche Existenz als gesellschaftliches Phänomen und andererseits das soziale Konstrukt der mit dem Merkmal verbundenen stereotypen Vorstellungen. Es ist aber eher davon auszugehen, dass diese (tatsächlich vorhandene) Eigenschaft der in der BV (und in anderen Rechtstexten) enthaltenen verpönten Merkmale eher der Tatsache geschuldet ist, dass die Texte im Umfang beschränkt sind und daher zwangsläufig nur die am häufigsten vorkommenden Merkmale aufzählen können.

Abgrenzungskriterien ist z. B. die Herkunft: Welche Herkunft die Gruppe zur Minderheit macht, ist nicht ausgeführt. Weiter gehören dazu Hautfarbe, Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, und religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung.

Verschiedene beispielhaft aufgezählte Kriterien finden sich auch in den völkerrechtlichen Verträgen wieder, die Diskriminierungsverbote enthalten.⁷⁹² So sind die in Art. 2 KRK ebenfalls beispielhaft aufgezählten Merkmale äquivalent.⁷⁹³ Eine Ausnahme bildet hingegen das CEDAW, welches nur Frauen vor Benachteiligung schützt und nicht Männer und damit nicht das Unterscheidungskriterium, aber die Gruppe benennt. Demgegenüber verbietet Art. 8 Abs. 2 BV allgemein die Diskriminierung aufgrund des «Geschlechts».⁷⁹⁴ Bei allen anderen Kriterien, wo nicht die Gruppe sondern das Unterscheidungsmerkmal die Minder- von der Mehrheit trennt, wie beispielsweise Hautfarbe, Religion, etc., muss durch Interpretation festgestellt werden, welche Gruppen nicht diskriminiert werden dürfen, also welche Gruppe bei der Anwendung des Kriteriums als Minderheit und welche als Mehrheit zu gelten hat. Und dies wiederum kann je nach Kontext unterschiedlich sein. So können in einem bestimmten Staat die Christen besonders anfällig auf herabwürdigende Andersbehandlung sein, während sie in einem anderen Kontext die Mehrheit bilden, dergegenüber Angehörige anderer religiöser Gemeinschaften vor Diskriminierung geschützt werden müssen.

Auch die in Art. 8 BV ausdrücklich genannten Kriterien sind darüber hinaus so offen formuliert, dass sie der Konkretisierung im Einzelfall bedürfen. Beispielsweise im Falle des Alters sind sowohl besonders junge als auch besonders alte Menschen oder auch andere Altersgruppen potenziell benachteiligt, je im Kontext unterschiedlicher Formen der Benachteiligung.

Es kann zunächst also festgestellt werden, dass sich Minderheiten durch ein bestimmtes objektives Kriterium von den gegenüberstehenden Mehrheiten abgrenzen lassen. Wie dieses Kriterium bestimmt wird, kann sich nur aus dem Sinn des Diskriminierungsverbotes ergeben, und der Sinn besteht darin, Benachteiligungen abzdämpfen, die sich herabwürdigend, stigmatisierend auswirken.

Eine Minderheit zeichnet sich also dadurch aus, dass ihre Mitglieder im Gegensatz zu den Nichtgliedern einer erhöhten Wahrscheinlichkeit der Benachteiligung ausgesetzt sind,⁷⁹⁵ und dass sich

792 Vgl. Teil 2 Kap. 2, S. 180.

793 Wobei als auffälliger Unterschied das «Alter» nicht ausdrücklich als Diskriminierungsgrund genannt wird. In der KRK ist dieses insofern implizit mitenthalten, als dass das Abkommen Kinder schützt. Andererseits wird es aber auch im Art. 2 Abs. 2 IPWSKR oder Art. 2 Abs. 2 und Art. 26 IPBPR nicht beim Namen genannt, wobei die übrigen ausdrücklich genannten, beispielhaften Merkmale wiederum entsprechend formuliert sind.

794 Art. 8 Abs. 3 nennt zwar gleich danach dann doch die Gruppen, garantiert aber „Frauen und Männern“ die Gleichberechtigung.

795 Vgl. BGE 126 II 377, S. 392, E. 6., WALDMANN, S. 564 ff.

eine solche Benachteiligung auf die Mitglieder dieser Minderheit herabwürdigend auswirkt.

Dass sich Minderheiten dadurch auszeichnen, dass sie einer grösseren Wahrscheinlichkeit ausgesetzt sind als die übrige Bevölkerung, benachteiligt zu werden, zeigt sich am augenfälligsten dadurch, dass sowohl Art 8 Abs. 2 BV ebenso wie Art. 2 Abs. 1 KRK die Behinderung als Unterscheidungsmerkmal der nicht zu benachteiligenden Gruppen, also Minderheiten, explizit erwähnen. Behinderungen sind nicht neutrale körperliche Eigenschaften wie etwa die Hautfarbe, sondern Eigenschaften, die eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der faktischen Benachteiligung begründen, und es wird darum als besonders herabwürdigend eingestuft, wenn behinderte Menschen zusätzlich auch noch durch das Recht benachteiligt werden.

Die Zugehörigkeit zu einer durch ein verpöntes Kriterium abgrenzbaren Minderheit ist ein objektives Tatbestandsmerkmal der verbotenen Diskriminierung. Es ist objektiv festzustellen, ob in einem bestimmten Fall ein Kriterium eine Person ausgrenzt, die wegen eben diesem Kriterium zu einer Minderheit gehört, die besonders gefährdet ist, herabgewürdigt zu werden.

3 Der herabwürdigende Zusammenhang

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV oder etwa Art. 6 EMRK ist die Diskriminierung verboten, wenn sie «wegen» eines verpönten Kriteriums erfolgt.⁷⁹⁶

Weder die Zugehörigkeit zu einer durch das verpönte Kriterium abgrenzbaren Minderheit noch die Benachteiligung bewirken für sich alleine genommen eine Herabwürdigung, also eine Diskriminierung. Sie ist hingegen dann gegeben, wenn zwischen beiden Voraussetzungen ein Zusammenhang besteht.

Im Jahr 2000, also kurz nach Inkrafttreten der (neuen) BV, formulierte das Bundesgericht in grundsätzlicher Weise:

*Eine Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe [...] die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist [...].*⁷⁹⁷

796 «Diskriminierung ist deshalb mehr als einfach nur ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, weil sie eine kollektive Dimension hat, auf eine Gruppe verweist und weil sie auch eine wertende oder abwertende Dimension enthält. [...] Das ‚wegen‘ ist das Entscheidende der Diskriminierung und nicht einfach nur das nackte Wort ‚Diskriminierung‘ für sich allein.» (Votum Rhinow, Amtl. Bull. VE96 SR, S. 36)

797 BGE 126 II 377, E. 6 a, S. 392. «Allein» hervorgehoben durch den Autor. Weiter führt das BGer aus: «Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht; insofern beschlägt die Diskriminierung auch Aspekte der Menschenwürde (Art. 7 BV).» (S. 394).

Das unscheinbare Wort *allein* birgt hier eine Krux: Ungleichbehandlungen von Angehörigen einer Minderheit sind nicht per se herabwürdigend, sondern nur dann, wenn die Zugehörigkeit zur Minderheit der zentrale, eigentliche Grund ist dafür, dass die Ungleichbehandlung einen herabwürdigenden Charakter aufweist.⁷⁹⁸

Diese Formel tönt einfach, ist es aber in der konkreten Anwendung nicht, denn zur Begründung der Benachteiligung werden in vielen Fällen verschiedene Gründe anzuführen sein. Es ist am Richter, zu entscheiden, welcher Grund dem herabwürdigenden Charakter der Benachteiligung zugrunde liegt, und es ist dabei nicht in erster Linie von der Begründung einer allfälligen entscheidenden Behörde, sondern ebenso sehr von allen anderen relevanten Umständen auszugehen. Kommt das Gericht zum Schluss, dass die Hauptursache für die den herabwürdigenden Charakter der Andersbehandlung darin liegt, dass die Person einer besonders gefährdeten Minderheit angehört, ist der Entscheid diskriminierend.

Wichtig bleibt, zu unterstreichen, dass eine Diskriminierung nicht voraussetzt, dass die Ursache der Andersbehandlung in der Minderheitszugehörigkeit liegt. Nicht die infrage stehende Behandlung muss «wegen» der Minderheitszugehörigkeit erfolgen, sondern die Behandlung muss «wegen» der Minderheitszugehörigkeit einen diskriminierenden Charakter erhalten.⁷⁹⁹

Die Minderheitszugehörigkeit muss also nicht die direkte Motivation einer Behandlung sein, damit sich diese diskriminierend auswirkt. In dieser Hinsicht kann die eingangs dieses Kapitels zitierte Formel des Bundesgerichts zu Missverständnissen führen. Ein Entscheid muss sich nicht direkt auf das Kriterium, welches die Minderheit definiert, abstützen. Es reicht aus, dass erstens eine Schlechterbehandlung und zweitens eine Zugehörigkeit zu einer Minderheit vorliegen, und dass aus der Perspektive der Person, deren Diskriminierung geprüft wird, ein inhaltlicher Zusammenhang besteht. Denn die Zugehörigkeit zur Minderheit kann der infrage stehenden Behandlung einen herabwürdigenden Charakter verleihen, der nicht gegeben wäre, wenn die entsprechende Person nicht dieser Minderheit angehören würde.

Grundsätzlich ergibt sich die verbotene Diskriminierung aus diesem Zusammenhang. Allerdings kann es sein, dass der infrage stehenden Behandlung ein Motiv zugrundeliegt, das die Behandlung

798 MARTENET, Art. 8, Rz. 97, S. 335 fordert, dass dem Opfer keine Beweislast für die Herabwürdigung aufgebürdet werde. Nach dem hier skizzierten Prüfschema obliegt dem Opfer aber keine zusätzliche Beweislast für den herabwürdigenden Charakter der Benachteiligung. Die Benachteiligung wird durch den Zusammenhang objektiv zur Herabwürdigung.

799 Demgegenüber geht MARTENET, Art. 8, Rz. 95, S. 334 f. zwar scheinbar von einer Kausalität der diskriminierenden Handlung und der Benachteiligung aus, dafür plädiert er aber für eine «relative souplesse» und damit dafür, dass an den Beweis dieser Kausalität tiefe Anforderungen gestellt werden, was im Resultat zu einem ähnlichen Ergebnis führen dürfte.

dennoch nicht als herabwürdigend erscheinen lässt, womit sie auch nicht diskriminierend ist.

4 Fehlen triftiger Gründe

Genauso wie die Willkür oder die rechtsungleiche Behandlung ist auch die Diskriminierung absolut verboten.⁸⁰⁰ Qualifizierte Gründe können eine Behandlung aber in einem anderen Lichte erscheinen lassen. Und es kann sein, dass die Behandlung wegen dieser qualifizierten Gründe keinen herabwürdigenden Charakter aufweist.⁸⁰¹ Ohne Herabwürdigung ist es auch keine Diskriminierung.⁸⁰² Sind keine solchen Gründe vorhanden, so ist die zu prüfende Behandlung, welche die obgenannten Elemente 1 – 3 erfüllt, herabwürdigend, und sie kann nicht gerechtfertigt werden.⁸⁰³ Dabei sind alle wesentlichen Umstände einzubeziehen und auszuwerten. Oder in den Worten des UN-Menschenrechtskomitees: «*A differentiation based on*

800 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 81 ff. spricht mit Blick auf die KRK von einem absoluten Recht, was ihn zunächst einem kompromisslosen Verständnis führt. Seiner Auffassung ist «*Diskriminierung*» deckungsgleich mit «*Andersbehandlung*» (Rz. 47 ff.). Diese Andersbehandlung muss nicht qualifiziert sein, sondern ist absolut verboten (z. B. «*benachteiligend*»). Um eine Diskriminierung festzustellen, ist gemäss ihm keinerlei Abwägung nötig oder zulässig: Anders behandeln ist für ihn stets diskriminierend. Hingegen ist er in Rz. 65 ebenfalls der Auffassung, dass eine Verletzung der Menschenwürde zur verbotenen Diskriminierung gehört, und dass der Genuss eines Rechts aus der KRK eingeschränkt sein muss (Rz. 43 ff. und 49 ff.).

Diametral umgekehrt ist die Herangehensweise von SCHMAHL, Handkommentar, Art. 2, Rz. 3, S. 71, indem er den relativen Charakter des Diskriminierungsverbots schon zum Auftakt festhält: «*Das Diskriminierungsverbot ist eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes; Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot sind positive Wendungen desselben Prinzips. Verboten werden die Ungleichbehandlung von Gleichem und die Gleichbehandlung von Ungleichen, sofern es hierfür keine objektive Rechtfertigung gibt.*»

Gemäss ABRAMSON führt hingegen eine Rechtsordnung, in welcher das Rechtsgleichheitsgebot den (begrifflichen) Ausgangspunkt bildet, dazu, dass die rechtsanwendenden Behörden oder Gerichte Abwägungen vornehmen bei der Bewertung von Ungleichbehandlungen. Dies wiederum führt nach seiner Auffassung notwendigerweise zu einer Situation, in welcher sich der betreffende Staat «*out of Compliance with Article 2(1)*» befindet. Er nennt als Beispiel dafür die Schweiz. ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 179 und 182 sowie FN 132.

801 VUČKOVIĆ / DOEK / ZERMATTEN formulieren mit Blick auf das Diskriminierungsverbot von Art. 2 Abs. 1 KRK hingegen in Anlehnung an das Rechtsgleichheitsgebot, dass unterschiedliche Behandlungen in gleichen Situationen nicht zulässig sind, wenn eine «*valid justification*» fehle.

802 «*Diese spezifischen Diskriminierungsverbote haben also rechtlich die Bedeutung, dass ungleiche Behandlungen einer besonders qualifizierten Begründungspflicht unterstehen.*» (Votum Rhinow, Amtl. Bull. VE96 SR, S. 37)

803 WALDMANN, S. 71.

reasonable and objective criteria does not amount to prohibited discrimination within the meaning of article 26.»⁸⁰⁴

In dieser Hinsicht kann es missverständlich sein, von Rechtfertigung zu sprechen, da dieser Begriff dazu verleitet, anzunehmen, in Ausnahmefällen sei eine Diskriminierung erlaubt, was nicht zutrifft.⁸⁰⁵ Geht es darum, eine bestimmte Behandlung einer Person nach dem Kriterium des Diskriminierungsverbotes zu überprüfen, so ist der Begriff Rechtmässigkeitstest treffender.⁸⁰⁶

Für die Überprüfung der Rechtmässigkeit von Gleich- oder Ungleichbehandlungen hat das Bundesgericht Fallgruppen entwickelt, in denen es die Messlatte für die Rechtmässigkeit verschieden hoch ansetzt. Das Bundesgericht betrachtet in den meisten Fällen Ungleichbehandlungen und benutzt seinen Ansatz sowohl bei der Überprüfung von Rechtsungleichheit als auch von Diskriminierung – allerdings mit unterschiedlich strengen Prüfungsstandards. In den vorgängig dargestellten Elementen der Diskriminierung ist aber eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Personen nicht unbedingt vorausgesetzt, sondern einfach eine Behandlung, die sich wegen des herabwürdigenden Zusammenhangs zur Minderheitszugehörigkeit diskriminierend auswirkt. Trotz dieser unterschiedlichen Begrifflichkeit und teilweise Methodik sind die durch das Bundesgericht entwickelten Kriterien hinsichtlich der «Rechtfertigung» einer bestimmten Behandlung aber relevant und nützlich.

Besonders verschärft ist gemäss Bundesgericht der Prüfungsstandard dann, wenn das Gebot sachlich begründeter Gleichbehandlung bzw. Differenzierung nach dem Gleichheitsgebot von Art 8 Abs. 1 BV bzw. Art. 4 Abs. 1 aBV bezüglich der gleichberechtigten Gewährung von Freiheits- oder anderer Grundrechten überprüft wird. Um die Andersbehandlung bezüglich der Gewährung von Grundrechten zu begründen, müssen nicht mehr nur sachliche Gründe, sondern ganz besonders gewichtige Interessen vorliegen.⁸⁰⁷ Und wenn namentlich die Wertschätzung des Menschen und damit seine Würde im Spiel ist, um was es bei der Diskriminierung geht, so müssen gemäss dem Bundesgericht

804 Entscheid S. W. M. Broeks gegen die Niederlande (Communication No. 172/1984, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40) at 139 (1987), Rz. 13, vgl. FN 717.

805 Vgl. zu dieser dennoch recht geläufigen Begrifflichkeit z. B. MARTENET, Art. 8, Rz. 98 ff., S. 337 f.

806 WALDMANN (S. 71 f.) spricht in diesem Zusammenhang vom Rechtfertigungstest, wobei das Wort «Rechtmässigkeitstest» meines Erachtens noch deutlicher ausdrückt, dass es nicht um eine Rechtfertigung geht sondern darum, zu prüfen, ob eine Verletzung gegeben ist oder nicht.

Die gleiche Methode zur Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Benachteiligung gehört unterdessen auch bei internationalen Menschenrechtsbehörden zum Standard. So wenden auch das UNO-Menschenrechtskomitee oder der EGMR entsprechende Kriterien an, um zu prüfen, ob Benachteiligungen diskriminierend sind (vgl. zum Ganzen MOECKLI, S. 167 ff.)

807 Vgl. differenzierend mit diversen Verweisen auf die Rechtsprechung: WALDMANN, S. 73 ff.

*[...] triftige und ernsthafte Gründe vorliegen, die sich aus den tatsächlichen Unterschieden ergeben, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung vor der Verfassung standhält.*⁸⁰⁸

Dieses Erfordernis an eine qualifizierte Begründung ist gemäss Bundesgericht besonders auch im Falle der Unterscheidung aufgrund sensibler Merkmale wie Geschlecht oder Hautfarbe gegeben, und läuft auf einen Verdacht einer verbotenen Ungleichbehandlung heraus, der sich nur durch den Nachweis eben solcher «*triftiger und ernsthafter Gründe*» abwenden lässt.⁸⁰⁹

Eine Unterscheidung aufgrund eines verpönten Merkmals begründet also in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht an sich eine verbotene Diskriminierung, sie begründet aber eine Vermutung der Diskriminierung, die besonders widerlegt werden muss.⁸¹⁰ Die Unterscheidung (bzw. die möglicherweise diskriminierende Behandlung) muss auf «*triftigen und ernsthaften Gründen*» beruhen. In diesem Falle greift die benachteiligende Behandlung die Würde der betroffenen Person nicht an.⁸¹¹

Solche besonders triftigen Gründe können beispielsweise in der Erfüllung eines bestimmten Gesetzeszwecks liegen.⁸¹² Damit davon auszugehen ist, dass diese anderen Gründe so relevant sind, dass in ihrem

808 Entscheid Henggeler, BGE 106 IB 182, E. 4 a, S. 188 f. Wobei diese Formulierung wiederum die Möglichkeit der Rechtfertigung einer rechtsungleichen Behandlung suggeriert, eine Betrachtungsweise, von der an dieser Stelle Abstand genommen wird: Hält die (tatsächliche) ungleiche Behandlung bzw. Ungleichheit wegen triftiger Gründe vor der Verfassung stand, so ist es eben nicht eine rechtsungleiche Behandlung.

809 BGE 142 V 316 S. 323, E. 6.1. : «*Le principe de non-discrimination n'interdit toutefois pas toute distinction basée sur l'un des critères énumérés à l'art. 8 al. 2 Cst., mais fonde plutôt le soupçon d'une différenciation inadmissible. Les inégalités qui résultent d'une telle distinction doivent dès lors faire l'objet d'une justification particulière.*»

810 MÜLLER, Grundrechte, S. 416. KÄLIN, ethnisch-kulturelle Diskriminierung, S. 78 ff. schlägt vor, von Verhältnismässigkeit zu sprechen. Dies birgt aber die Gefahr der Verwechslung mit dem Element der Verhältnismässigkeit bei anderen Grundrechtsbeschränkungen, wo keine «*besonders triftigen*» Gründe nötig sind und an tiefere Anforderungen geknüpft ist, indem das reine Überwiegen des öffentlichen Interesses genügt. Auch das Bundesgericht spricht von Verhältnismässigkeit, betont aber den höheren Prüfungsstandard: Die qualifizierte Rechtfertigung «*[...] implique un examen de proportionnalité plus strict que celui exigé par cette dernière disposition [art. 8 al. 1 Cst.]*» BGE 147 I 89 S. 96, E. 2.1.

811 Vgl. mit einem anschaulichen Beispiel BGE 147 I 73 S. 81 ff., E. 6. Zusammengefasst stellt das BG in E. 6.5. (S. 85) fest, es bestehe die «*Vermutung einer an die Sprache anknüpfenden Diskriminierung der Beschwerdeführerin (Art. 8 Abs. 2 BV); diese Vermutung müsste durch eine qualifizierte Rechtfertigung aus dem Weg geräumt werden (vgl. E. 6.1 hiavor).*» Unzulässigerweise diskriminiert war *in casu* eine Tessinerin, der in einer Chemieprüfung an der ETH Zürich in deutscher Sprache die Verwendung des Wörterbuchs während eines Teils der Prüfungszeit verboten wurde. Das Prüfungsreglement erlaubte Wörterbücher nicht (ausdrücklich), davon hätte abgewichen werden müssen, um die Diskriminierung zu vermeiden.

812 Vgl. WEBER-DÜRLER, Gleichbehandlung, S. 5 ff.

Lichte die in Frage stehende Behandlung als korrekt und nicht als herabwürdigend erscheint, müssen sie von einer übergeordneten Hierarchie sein. Der Prüfungsmassstab ist in diesen Fällen besonders streng, sprich die Messlatte der Wichtigkeit des öffentlichen Interesses für die Verfolgung der angeführten Gründe muss sehr hoch sein.⁸¹³

813 Vgl. z. B. Entscheid des EGMR G.M.B. and K.M. v. Switzerland, 2001, 36797/97, E. 2. oder Molla Sali v. Greece, 20452/14, 2018, Abs. 144 ff.

Teil 3 Die UNO-Kinderrechtskonvention und ihr Diskriminierungsverbot in der föderalen Schweiz

Kap. 1 Überblick über die Konvention

Menschenrechte sind auf der zwischenstaatlichen Bühne immer wieder ein Grund für Spannungen. Bei Kindesrechten ist das umso mehr der Fall. Hinsichtlich von Familie und Kindern liegen die Wertvorstellungen zwischen Ländern, Kontinenten und Kulturkreisen weit auseinander. Die Gewährung von Freiräumen und Selbstbestimmung, der Schutz vor Gewalt in- und ausserhalb der Familie, Erziehung und das Recht auf Bildung sind lauter Themen, die weltweit durch sehr unterschiedliche Gewohnheiten und Gesetze geprägt sind. Dass dennoch fast alle Staaten der Welt die Kinderrechtskonvention ratifiziert haben, ist daher sicher als Erfolg zu werten.⁸¹⁴ Der Preis dafür ist aber auch, dass sich im Aufbau und in der Formulierung der Kinderrechtskonvention nur wenig Struktur erkennen lässt.⁸¹⁵ Vielmehr erweckt Teil I der Konvention den Eindruck von zufällig aneinandergereihten und uneinheitlich formulierten Artikeln, die teilweise nicht einmal in sich selbst geschlossen sind. Die mit der Ausarbeitung betraute Arbeitsgruppe war sich dieses Schönheitsfehlers durchaus bewusst, aber die einzelnen Artikel waren in oft sehr zähen Verhandlungen entstanden, und in manchen Fällen war eine Einigung nur knapp.⁸¹⁶ Hätte

814 Die weltweit einzige Ausnahme sind die Vereinigten Staaten von Amerika, die das Abkommen 1995 unterzeichnet aber (noch) nicht ratifiziert haben. Es wird begründet, die KRK «... is contrary to principles of self-government and federalism ... and ... undermines traditional principles of law in the United States regarding parents and children» (S.Res.519, 111th Congress (2009-2010)). Im Repräsentantenhaus wurde die Diskussion aber 2020 wieder neu lanciert mit einer Resolution zugunsten der Ratifizierung (H.Res.854, 116th Congress (2019-2020)). Mit «*traditional principles of law in the United States regarding parents and children*» sind namentlich Fragen der elterlichen Gewalt angesprochen. Es ist anzuerkennen, dass sich die Schweiz damit ebenfalls schwergetan und darum ursprünglich einen Vorbehalt zu Art. 5 KRK angebracht hatte: «*Die schweizerische Gesetzgebung über die elterliche Sorge bleibt vorbehalten.*». Dieser Vorbehalt hatte sich aus diffusen Einwänden in den parlamentarischen Diskussionen ergeben. Er hat zu einer fast unlösbaren Meinungsverschiedenheit zwischen den Kammern geführt, indem der Ständerat kompromisslos daran festhielt und der Nationalrat schliesslich nachgab. Es ist jedoch aus den Protokollen kaum schlüssig nachvollziehbar, wo die entsprechenden Stände- und Nationalräte einen konkreten schwerwiegenden Widerspruch der KRK mit der Schweizer Gesetzgebung über die elterliche Gewalt gesehen haben. Die Diskussionen sind nachzulesen in BBl 1996 II, S. 0342 ff., BBl 1996 II, S. 359 ff., BBl 1996 III, S. 1679 ff., BBl 1996 IV, S. 900, BBl 1996 IV, S. 1048 ff., BBl 1996 IV, S. 1996 ff., BBl 1996 IV, S. 2369 ff. Der Vorbehalt ist 2004 zurückgezogen worden und nicht mehr in Kraft.

815 Ebenso VERSCHRAEGEN, S. 3.

816 Vgl. VERSCHRAEGEN, S. 25 f.

man am Ende der Verhandlungen den Aufbau und die innere Logik der Konvention bereinigen wollen, wären diverse Fragen neu aufgeworfen worden, und der Konsens über das Abkommen wäre erneut in Frage gestellt gewesen. Dieses Risiko wollten die Beteiligten nicht eingehen.⁸¹⁷

Formal teilt sich die Konvention in vier Teile. Wie in den meisten wichtigen multilateralen Abkommen, beginnt der Text mit einer Präambel, welche die Leitgedanken und Motivationen des Textes zum Ausdruck bringt. Die Artikel 1 bis 41 bilden den Teil I und enthalten materielles Recht, nämlich an den Staat oder das Individuum gerichtete Rechtsregeln. Einige Artikel haben dagegen den Charakter programmatischer Absichtserklärungen. Dabei ist es wegen der durch die Kompromisse entstandenen uneinheitlichen Formulierungen bei manchen Artikeln nicht einfach, auszumachen, welche Adressaten in welchem Ausmass verpflichtet oder berechtigt werden, und es besteht in vielen Fällen ein erheblicher Interpretationsspielraum. Der anschliessende Teil II bekräftigt einerseits die Verbindlichkeit der Konvention und konstituiert darüber hinaus die internationalen Mechanismen zur Kontrolle der Umsetzung der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Teil III enthält die Unterschriften und Vorbehalte sowie Einsprüche gegenüber Vorbehalten.

Verschiedene Autoren schlagen Wege vor, die in der KRK enthaltenen Rechte zu strukturieren.⁸¹⁸ In der Tat reicht die klassische Unterteilung der Grundrechte in individuelle Freiheits- bzw. Abwehrrechte, Gleichheits-, Verfahrens- und politische Rechte sowie soziale Grundrechte⁸¹⁹ nicht aus, um allen Facetten der Konvention gerecht zu werden. Zwar sind beide Kategorien durchaus anzutreffen in diversen Artikeln. Die Freiheitsrechte stellen Standards für die direkte Beziehung des Kindes zum Staat auf, indem staatlichem Handeln Schranken gesetzt werden. Die sozialen Grundrechte verpflichten den Staat zum Handeln, indem er Geld- oder anderen Leistungen erbringen muss. Dazu kommt aber eine Reihe von Artikeln, die sich nicht sauber in dieses Schema einordnen lassen. Sie berücksichtigen die Abhängigkeit des Kindes gegenüber anderen Personen oder Institutionen und seine besondere Verletzlichkeit, und sie halten den Staat dazu an, dafür zu sorgen, dass auch in diesen privaten Verhältnissen den Zielen der Konvention nachgelebt wird.

Den einzelnen Kinderrechten vorangestellt sind zwei Grundprinzipien. Zunächst gehört dazu das Verbot der Diskriminierung (Art. 2), sowie die Deklaration des Kindeswohls als Prinzip, das *«bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen (...) vorrangig zu berücksichtigen»* ist (Art. 3 Abs. 1). Es sind Prinzipien, die bei der Anwendung aller Konventionsbestimmungen Geltung beanspruchen.

817 Zur Entstehungsgeschichte ausführlich: VERSCHRAEGEN, S. 15 ff.

818 Eine Übersicht: VERSCHRAEGEN, S. 11.

819 Anstatt vieler: KIENER / KÄLIN / WYTTEBACH, S. 23 ff. oder RUPP, Rz. 1 ff.

Kap. 2 Innerstaatliche Umsetzung der Konvention

I Verbindlichkeit der Konventionsbestimmungen

Die KRK ist wie alle anderen Quellen des Völkerrechts in der Schweiz Teil des objektiven Rechts, und im Konfliktfall geht es dem Landesrecht in der Regel vor.⁸²⁰ Einige Artikel enthalten Rechtssätze, die von den rechtsanwendenden Behörden direkt angewandt werden und dem Kind konkrete Rechte einräumen. Andere Artikel wenden sich an den Staat und verpflichten ihn zum Handeln, zum Beispiel durch den Erlass von Rechtssätzen. In diesem Fall erwachsen dem Kind justiziable Rechte erst aus diesen innerstaatlichen Rechtssätzen, nicht aber bereits aus der Konvention selbst. Wieder andere Formulierungen enthalten programmatische Absichtserklärungen, in denen sich die Mitgliedstaaten gegen aussen nur dazu verpflichten, sich generell oder in einer bestimmten Weise – beispielsweise durch die Gesetzgebung – zu bemühen, einen gewissen erwünschten Zustand herbeizuführen oder aufrechtzuerhalten. Aus solchen Absichtserklärungen können direkte keine durchsetzbaren Rechte für Individuen abgeleitet werden.

Die Tatsache aber, dass gewisse Formulierungen im zwischenstaatlichen Verhältnis nicht verbindlich sind, sagt für sich alleine noch nicht aus, dass sie innerhalb der Schweiz keine Rechtswirkungen entfalten. Da das Völkerrecht in der Schweiz wie Landesrecht gilt, hängt seine Verbindlichkeit im Inneren des Landes nicht in jedem Falle von der völkerrechtlichen Durchsetzbarkeit der Normen ab. Sofern und soweit dadurch nicht Rechte anderer Völkerrechtssubjekte tangiert werden, welche wegen des Vorrangs des Völkerrechts vorrangig wären, sind die Normen der KRK auch nach innerstaatlichen Grundsätzen auszulegen. Ergeben sich aus dieser Auslegung Rechte, welche über die zwischenstaatlichen Verpflichtungen hinausgehen, so sind auch diese Rechte für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich.⁸²¹

Zu den Formulierungen, welche dem Kind direkte Rechte einräumen, zu deren Garantie sich die Schweiz sowohl gegenüber den Mitunterzeichnern der KRK wie auch gegenüber den Kindern auf ihrem Staatsgebiet verpflichtet hat, gehören insbesondere jene Artikel, die Menschenrechte erster Generation enthalten. Diese bestanden mehrheitlich bereits vor der KRK und sind von praktisch universeller Geltung. Viele von ihnen wurden schon in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verankert. Diese Erklärung ruft zwar aufgrund ihrer Form keine völkerrechtliche Verpflichtungen hervor, ihr Inhalt erfüllt aber dank der zwischenzeitlichen Übung der Völkerrechtssubjekte die Anforderungen für

820 Vgl. 1. Teil: 1. Kapitel: § 3. II, S. 25.

821 Vgl. Teil 1 Kap. 1 IX A, S. 33.

Völkergewohnheitsrecht – teilweise sogar von zwingendem.⁸²² Diverse Artikel in der KRK richten sich direkt an den Gesetzesanwender und sind auch konkret genug formuliert, um im Einzelfall unmittelbar Rechte zu begründen und direkt angewandt werden.⁸²³ Dazu gehören besonders jene Artikel, welche Formulierungen folgenden Typs enthalten: «Die Vertragsstaaten erkennen an, dass jedes Kind ... ein ... Recht auf ... hat»⁸²⁴ oder «das Kind ... hat das Recht auf»⁸²⁵ oder etwa «Die Vertragsstaaten stellen sicher, ...»⁸²⁶.

Besonders hohe Ziele stecken sich die Vertragsstaaten der KRK in Bezug auf staatliche Handlungspflichten zur Sicherung der Rechte der Kinder und zur Förderung seiner Wohlfahrt. Neben der Gewährleistung des Überlebens ist die Rede von der Entwicklung des Kindes, vom Recht auf Gesundheit und vom Recht behinderter Kinder auf besondere Unterstützung, weiter vom Recht auf Bildung und unentgeltliche Grundschule, vom Recht auf Zugang zu Freizeitbeschäftigungseinrichtungen und Kinderbetreuungsdiensten sowie ganz generell vom Recht auf einen «angemessenen Lebensstandard.»⁸²⁷ Jedoch gibt es diverse Staaten, die kaum in der Lage sind, für alle ihre Kinder die Bereitstellung solcher staatlicher Leistungen vollumfänglich zu garantieren, was sich auch durch die Ratifikation der Konvention nicht hätte ändern lassen. Diese Bedenken haben nicht zu sparsam in den Wortlaut jener Artikel Eingang gefunden, durch welche die Unterzeichnerstaaten zu sozialen Massnahmen verpflichtet oder angeregt werden sollen. Die meisten sozialen Verpflichtungen sind deshalb so formuliert, dass Staaten nur insoweit völkerrechtlich verpflichtet werden, als dass für sie die Umsetzung im Bereich des Möglichen liegt.

Aus diesen Einschränkung kann allerdings nicht abgeleitet werden, dass konjunkturbedingte wirtschaftliche Schwierigkeiten die Verbindlichkeit der Konventionsbestimmungen beeinflussen könnten.⁸²⁸ In einem solchen Falle kommen weder die Berufung auf nachträgliche Unmöglichkeit der Vertragserfüllung noch auf eine Grundlegende Änderung der Umstände in Frage. Eine Berufung auf Unmöglichkeit gemäss Art. 61 VRK ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die wirtschaftlichen Umstände im Vertrag selbst derart berücksichtigt sind, dass jene Rechte, welche durch die wirtschaftlichen Möglichkeiten konditioniert sind, den

822 BESSON, Rz. 714 ff., S. 222 ff. und namentlich zu Menschenrechten, die dem *ius cogens* zugeordnet werden Rz. 719 ff., S. 226 ff.

823 VUČKOVIĆ / DOEK / ZERMATTEN, S. 75, betrachten die Artikel 2, 7, 12, 13, 16 und 37 als jedenfalls genügend bestimmt, um innerstaatlich angewendet zu werden. Siehe auch Teil 1 Kap. 2 IV, S. 71 ff.

824 Beispiel: Art. 6 Abs. 1 KRK, Recht auf Leben.

825 Beispiel: Art. 7 Abs. 1 KRK, Recht auf einen Namen.

826 Art. 37 KRK. Er enthält in lit. a) das Recht, nicht gefoltert zu werden, ebenso wie das Recht von Kindern unter dem Alter von 18 Jahren, nicht mit Todesstrafe oder lebenslanger Haft bestraft zu werden.

827 Art. 6 Abs. 2, Art. 23, 24, 27, 28, 31

828 So TOMUSCHAT, Issues, S. 566 f.

Mitgliedstaat der Konvention nur im Bereich des Möglichen verpflichtet. Eine Berufung auf eine Änderung der Umstände nach Art. 62 VRK setzt voraus, dass diese Änderung nicht vorausgesehen wurden (Art. 62 VRK erster Satz). Wirtschaftliche Schwankungen sind demgegenüber zwar kaum exakt prognostizierbar, aber dass sie nicht nur möglicherweise, sondern immer wieder und daher sehr wahrscheinlich auch in Zukunft wieder vorkommen, ist aufgrund der Erfahrungen anzunehmen. Deshalb kann nicht in gutem Glauben geltend gemacht werden, man habe die KRK unterzeichnet im Vertrauen auf das künftige Ausbleiben wirtschaftlicher Schwankungen.

Besonders Menschenrechtsabkommen, die auch Sozialrechte enthalten, sind nie ein «*Schönwetterprogramm*». Im Gegenteil sind die Menschenrechte gerade während Krisen – seien diese nun wirtschaftlicher oder politischer Natur – besonders wichtig. Darin, dass die Rechte auch und gerade unter solchen Umständen garantiert bleiben, liegt ein Kerngehalt eines jeden Menschenrechtsvertrages. Darum würde eine Auslegung der KRK in dem Sinne, dass Konjunkturschwankungen den verpflichtenden Charakter des Vertrages oder einzelner seiner Bestimmungen einschränken würden, seinem eigentlichen Ziel und Zweck widersprechen. Eine solche Interpretation wäre gemäss Art. 31 Abs. 1 VRK unzulässig.⁸²⁹

II Die Interpretation der Rechte aus der KRK

Wie jedes Gesetzes- bzw. Vertragswerk bedarf die KRK zu ihrer Anwendung der Interpretation. Verglichen mit anderen völkerrechtlichen Verträgen enthält die KRK eine beträchtliche Anzahl mehr oder weniger unbestimmter Formulierungen, deren materieller Gehalt nur durch die Vertragsinterpretation ermittelt werden kann. Es stellt sich deshalb die Frage, wie die Konventionsbestimmungen von den rechtsanwendenden Behörden in der Schweiz zu interpretieren sind.

Dabei sind zwei grundsätzliche Gesichtspunkte der Interpretation von Völkerrecht zu beachten, auf die in allgemeiner Form bereits eingegangen wurde.⁸³⁰ Einerseits handelt es sich bei der KRK um einen völkerrechtlichen Vertrag, der rechtliche Verpflichtungen der Schweiz gegenüber anderen Völkerrechtssubjekten hervorruft. Diese Verpflichtungen gehen dem Landesrecht vor, und sie haben ihre Wurzeln im Völkerrecht, weshalb der Vertrag so interpretiert werden muss, wie dies aus der Sicht des Völkerrechts richtig ist. Andererseits handelt es sich aber auch um einen Gesetzestext, der innerhalb des Staates rechtskräftig ist, also um Landesrecht, dessen innerstaatliche Gültigkeit vom schweizerischen Gesetzgeber legitimiert wird. Aus dem Vorrang des Völkerrechts folgt zunächst, dass die Auslegung soweit möglich dergestalt zu erfolgen hat, dass die Schweiz ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht verletzt. Kommt man durch die Auslegung aus innerstaatlicher Sicht

829 Für die IPWSKR zum gleichen Ergebnis kommen ALSTON / QUINN, S. 163 f.

830 Vgl. Teil 1 Kap. 1 IX, S. 33.

jedoch zu einem anderen Ergebnis als bei der Auslegung aus völkerrechtlicher Sicht, so müssen beide Perspektiven berücksichtigt werden.

Aus der Sicht des Völkerrechts ist klar, dass die Auslegung eines Vertrages nicht Sache einer einzelnen Partei des Vertrages sein kann, denn die gegenseitigen Verpflichtungen sollen von allen beteiligten Rechtssubjekten in möglichst gleicher Weise verstanden werden können. Deshalb verweist die VRK in Anlehnung an das Völkergewohnheitsrecht und analog zum innerstaatlichen Vertragsrecht auf den Grundsatz der Auslegung nach Treu und Glauben. Das heisst aus innerstaatlicher Perspektive, dass die Verpflichtungen so zu verstehen sind, wie in guten Treuen davon ausgegangen werden kann, dass die anderen Vertragsparteien den von der Schweiz ausgedrückten Verpflichtungswillen verstanden haben. Das Resultat dieser Interpretation ist für die Schweiz wegen des Vorrangs des Völkerrechts grundsätzlich verbindlich. Bei Normen des zwingenden Völkerrechts gilt dies in jedem Fall, und bei allen anderen Normen als Regel mit einer möglichen Ausnahme. Steht im Anwendungsfall ein Bundesgesetz im Widerspruch zur KRK, das durch den innerstaatlichen Gesetzgeber im Willen erlassen wurde, gegen Völkerrecht bzw. die KRK zu verstossen und die entsprechenden Konsequenzen in Kauf zu nehmen, wird nach der sogenannten «*Schubert-Praxis*» des Bundesgerichts das innerstaatliche Recht angewendet.⁸³¹ Dies entspricht allerdings nicht der hier vertretenen Auffassung, welche eine Verletzung von Völkerrecht nur als gerechtfertigt betrachtet, wenn grundlegende Werte der Schweiz geschützt werden sollen und die Verfassung ein Verfahren dafür vorschreiben würde – was aber (noch) nicht der Fall ist.⁸³²

Auf der anderen Seite hat der schweizerische Gesetzgeber die KRK ratifiziert und ihr dadurch auch eine ursprünglich innerstaatliche Legitimität verschafft. Daraus ergibt sich, dass der Wille des Gesetzgebers bei der Interpretation ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Da es sich aber um einen Vertrag handelt, bei dem sich die Staaten gegenüber anderen Staaten und gleichzeitig gegenüber ihren Einwohnern zu einem Mindeststandard an Rechten verpflichten, ergibt sich auch dann nicht unbedingt ein Widerspruch, wenn die beiden Interpretationsergebnisse nicht deckungsgleich sind. Aus völkerrechtlicher Sicht ist es den Mitgliedstaaten freigestellt, ihren Subjekten weitergehende Rechte einzuräumen als die Konvention sie es in völkerrechtlicher Auslegung vorschreibt, wie dies durch Art. 41 bestätigt wird. Überschreitet die Schweiz also den völkerrechtlichen Grundrechtsstandard der KRK, indem es dem Kind weitergehende Rechte gewährt als die KRK es vorschreibt, so wird damit der durch die völkerrechtliche Verpflichtung

831 Siehe Teil 1 Kap. 2 III C 4 a , S. 58.

832 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III C 5 , S. 65.

vorgeschriebene Mindeststandard nicht verletzt.⁸³³ Diese weitergehenden Garantien können einer beliebigen innerstaatlichen oder völkerrechtlichen Rechtsquelle entspringen, und somit auch dem Text KRK selbst, wenn diese als innerstaatliche Rechtsquelle umgesetzt und entsprechend ausgelegt wird. Anders ausgedrückt heisst dies, dass das übergeordnete Völkerrecht keinen Grund dafür darstellt, die im Vertrag niedergelegten Rechte weniger weitgehend auszulegen als dies geschehen würde, wenn es sich bei diesem Text um eine innerstaatliche Rechtsquelle handeln würde.

Der Vertrag muss so angewendet werden, dass sowohl der Minimalstandard aus der zwischenstaatlichen Verpflichtung eingehalten wird, als auch jener aus der innerstaatlichen Interpretation des Grundrechtskatalogs. Im Ergebnis bedeutet dies, dass im Falle unterschiedlicher Ergebnisse aus der Interpretation aus völkerrechtlicher und aus innerstaatlicher Sicht in jedem Fall jener Interpretation der Vorrang zu geben ist, welche das Grundrecht weiter auslegt und damit für die Rechtsstellung der betroffenen Kinder vorteilhafter ist.

III Direkte Anwendbarkeit der Konventionsbestimmungen

A Genügende Bestimmtheit und Auftrag an Behörden

Gemäss in der Schweiz herrschender Rechtsprechung und Doktrin muss eine Norm hinreichend bestimmt sein, um direkt angewendet zu werden. Bereits in vorderen Kapiteln ist jedoch festgestellt worden, dass auch andere Auffassungen durchaus begründbar sind,⁸³⁴ und zwar insbesondere im Falle von Staatsverträgen, die in äquivalenter Weise vom Gesetzgeber demokratisch legitimiert sind wie Bundesgesetze. Auch diese wurden durch das Parlament genehmigt und unterliegen dem Referendum. Damit drückt der Gesetzgeber seinen Willen aus, dass diese Verträge angewendet werden. Diesen Willen des Gesetzgebers interpretieren die Richter im Falle von Bundesgesetzen als Auftrag, den Artikeln von Bundesgesetzen durch Auslegung einen umsetzbaren Sinn zu geben, falls sich der Text eines Gesetzesartikels als zu wenig konkret erweist, um für einen Einzelfall einen richterlichen Entscheid zu ermöglichen. Die Gerichte entscheiden also bei Gesetzen auch dann, wenn deren Text an sich nicht hinreichend bestimmt ist. Es wäre durchaus möglich, dies auch bei Staatsverträgen zu tun, sofern diese Rechte oder Pflichten für Einzelne enthalten und sich an die rechtsanwendenden Behörden richten.

833 Höchstens im Falle einer Kollision verschiedener Grundrechte wäre denkbar, dass ein weite Auslegung eines Grundrechts rechtswidrig sein könnte, wenn dadurch das andere Grundrecht zu stark eingeschränkt wird. Vgl. beispielsweise BGE 129 I 217, S. 224 ff., wo sich allerdings der Widerspruch zwischen dem Diskriminierungsverbot und der Wahl- und Abstimmungsfreiheit als bloss vermeintlicher Widerspruch herausstellt.

834 Siehe Teil 1 Kap. 2 IV C, S. 75.

B Die Ansicht des Bundesrates: Selten «self executing»

In seiner Botschaft zur KRK hat der Bundesrat wiederholt, dass es Sache der rechtsanwendenden Behörden sei, die direkte Anwendbarkeit der einzelnen Artikel zu bestimmen.⁸³⁵ Dennoch macht er Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen und stellt zum Beispiel die pauschale Vermutung auf, die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte des Kindes würden «normalerweise der Konkretisierung durch den Gesetzgeber» bedürfen. Dasselbe gelte in der Regel auch für «die verschiedenen staatlichen Schutz-, Beistand- und Förderungspflichten.» Bloss die klassischen Freiheitsrechte, die bereits der Pakt über bürgerliche und politische Rechte und in der EMRK garantiert sind, nennt der Bundesrat als Beispiele von Rechten, die direkt anwendbar sind.

Diese Interpretation erscheint indes nicht nur übervorsichtig, sondern sie beraubt die Konvention eines ihrer wichtigsten Sinne.⁸³⁶ Der Bundesrat selbst anerkennt dies, indem er bestätigt, dass eine Grundidee des Übereinkommens im individuellen Schutz der Persönlichkeit des Kindes und dessen Rechtssubjektivität besteht. Damit die Konvention den Rechtsstaat Schweiz diesem Ziel näherbringen kann, als sie es vor der Konvention war, muss das Kind durch die Konvention durchsetzbare Rechte bekommen, und zwar mehr als jene, die bereits vor der Konvention durchsetzbar waren, beispielsweise aufgrund der EMRK oder des IPBPR.⁸³⁷

835 BBl 1994 V 1, S. 20 f.

836 PREVITALI / MONTAVON stellen dies generell für Menschenrechtsabkommen fest: «*Avant même que ces instruments ne soient soumis à l'approbation du Parlement, le Conseil fédéral s'empresse d'affirmer leur caractère prétendument programmatique et le fait que les garanties énoncées ne sont pas d'application directe. Le Tribunal fédéral répète ensuite généralement les mêmes arguments sans faire preuve de beaucoup de critiques.*»

837 Nach Ansicht von VERSCHRAEGEN, S. 52 f., sollte die Schweiz für den Entscheid, ob eine Norm *self executing* ist oder nicht, auf die historische Interpretation der KRK abstellen, und sie kritisiert in diesem Sinne die Botschaft KRK, S. 21. M. E. ist es jedoch Sache der Vertragsstaaten, zu entscheiden, wie die Konvention umgesetzt werden soll, und es ist damit auch Sache der Vertragsstaaten, Normen nicht umzuschreiben, sondern sie direkt anzuwenden, wenn sie diese Art der Umsetzung bevorzugen. Die historische Interpretation des Abkommens wird wichtig sein, um in der Staatenpraxis die völkerrechtlichen Staatenverpflichtungen zu definieren, aber – zumindest im schweizerischen Kontext – weniger, um die innerstaatlichen Methoden der Umsetzung der Staatenverpflichtung festzulegen. M. E. ist es jedenfalls nicht einsehbar, wieso VERSCHRAEGEN, S. 53, davon ausgeht, dass die direkte Anwendung der Normen des KRK keine «*geeignete Massnahme*» zu dessen Umsetzung darstellt, erfüllt doch gerade die direkte Anwendung den Schutzzweck des KRK am besten, insbesondere deshalb, weil die direkte Anwendung ja weitergehende Massnahmen nicht ausschliesst (in diesem Sinne ebenfalls: DETRICK, Commentary, S. 27 ff.; WOLF, Kindesrecht, S. 130 f.)

C Differenzierte Auslegung durch das Bundesgericht

Das Bundesgericht hat sich zur direkten Anwendbarkeit einzelner Artikel der KRK geäussert: Einflussreich aber nicht direkt anwendbar ist gemäss dem Bundesgericht zunächst Art. 3 KRK. Er schreibt den Behörden des Staates die *«vorrangige»* Berücksichtigung des Kindeswohls vor. Dieser Artikel wird sehr häufig in Gerichtsentscheiden zitiert, es können gemäss der konstanten Rechtsprechung des Bundesgerichts daraus aber nicht direkt Rechte abgeleitet werden.⁸³⁸

Im Gegensatz dazu wurde Art. 7 KRK (Recht auf Eintragung ins Geburtenregister, Recht auf Namen und Staatsangehörigkeit sowie auf Kenntnis der leiblichen Eltern sowie, nach Möglichkeit, von ihnen aufgezogen zu werden) schon früh, ohne Zögern und ohne weitere Begründung für direkt anwendbar erklärt.⁸³⁹

Dasselbe gilt für Art. 12 KRK (Meinungsausserungsfreiheit und Anhörungsrecht der Kinder), dem wiederholt die direkte Anwendbarkeit attestiert wurde. Die Norm zeichne sich *«durch einen hohen Grad an Konkretheit aus und erweist sich als inhaltlich hinreichend bestimmt und klar.»* Ausserdem richte sie sich direkt an die Behörden.⁸⁴⁰

Mit der Geltendmachung von Art. 22 (Schutz des Flüchtlingskindes) konfrontiert, hat es das Bundesverwaltungsgericht (leider) unterlassen, zu prüfen, ob dieser direkt anwendbar sei, mit der Begründung, dass die Beantwortung dieser Frage seinen Entscheid nicht geändert hätte.⁸⁴¹

Es erstaunt weiter nicht, dass dem Art. 26 kein direkt anwendbarer Charakter attestiert wird. Er schreibt in sehr grundsätzlicher Art vor, dass dem Kind soziale Sicherheit zu gewähren sei.⁸⁴²

Dafür wurde Art 37 als direkt anwendbar qualifiziert. Ausführlich hat sich das Bundesgericht dazu in BGE 133 I 286 geäussert. Zwar ging es im konkreten Fall nur um die in lit. c enthaltene Vorschrift, dass Kinder das Rechte haben, im Haftvollzug von Erwachsenen getrennt zu sein. Dennoch attestiert das Gericht auch den lit. a, lit. b und lit. d Self-executing-Charakter. Sie enthalten insbesondere das Verbot der Todesstrafe, das Verbot lebenslanger Strafurteile bei der Verurteilung Minderjähriger und Vorschriften für den Strafvollzug. Der Artikel beginnt mit der Formulierung: *«Die Vertragsstaaten stellen sicher, [...]»*. Das Gericht stellte fest, dass die Rechte vergleichbar mit Rechten aus der EMRK und aus der Bundesverfassung seien, weshalb auch diese Rechte aus der KRK direkt durch die Behörden anzuwenden wären. Doch obwohl die Vorschrift, Kinder im Strafvollzug von Erwachsenen zu trennen, direkt anwendbar sei, konnte sich der Beschwerdeführer in diesem Fall nicht darauf berufen, weil die

838 Vgl. z. B. BGE 136 I 297, E. 8.1 ff., S. 308 f.

839 So schon BGE 125 I 257, S. 262, E. 3. c) bb) oder BGE 128 I 63, S. 70 f., E. 3.2.2.

840 BGE 124 III 90, E.2 S. 92, ebenso BVGE 2014/30 E. 2.3.1. oder nicht publiziertes Urteil 5A_746/2014 vom 30. April 2015, E. 4.3.

841 BVGE 30/2015, E. 7.2.

842 BGE 136 I 297, E. 8.1 ff., S. 308 f.

Schweiz bei der Unterzeichnung einen entsprechenden Vorbehalt angebracht hatte.⁸⁴³

Besonders kategorisch verneint das Bundesgericht in asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren die direkte Anwendbarkeit von Art. 9 und 10 KRK. Dies mag verwundern, da der erste Satz des Artikels doch recht konkret formuliert ist und namentlich gleich beginnt, wie der direkt anwendbare Art 37: *«Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist.»*⁸⁴⁴

D Kritik: Rechtswirkung der KRK wird marginalisiert

Das Bundesgericht wendet die KRK vor allem dann direkt an, wenn Rechte angerufen werden, die in der Schweiz unabhängig von der KRK bereits gewährleistet sind. So führte das Bundesgericht bei der Beurteilung von Art. 37 KRK aus: *«Diese Bestimmungen sprechen somit Rechte an, die in vergleichbarer Weise in Art. 3, 5 und 6 EMRK sowie in Art. 10 Abs. 3, Art. 29 Abs. 3 und Art. 31 BV garantiert sind und daher als self-executing zu verstehen sind.»*⁸⁴⁵ Diese Kausalität, dass Rechte darum *«self-executing»* seien weil sie auch ohne KRK gelten, lässt aufhorchen. Bei der Beurteilung des direkt anwendbaren Charakters von Staatsverträgen sollte der Staatsvertrag selbst massgebend sein – und nicht die unabhängig vom Staatsvertrag bereits bestehende innerstaatliche Rechtslage.

Werden hingegen Rechte aus der KRK geltend gemacht, deren Gewährung zur Folge hätten, dass die entsprechenden Beschwerdeführer besser gestellt wären als nach dem rein innerstaatlichen Recht oder EMRK-Recht, winkt das Bundesgericht regemässig mit dem Hinweis auf die fehlende direkte Anwendbarkeit ab. So geschieht es besonders häufig, wenn Beschwerdeführer die in Art. 9 und 10 KRK verankerten Rechte anrufen, aus denen sich ableiten lässt, dass Kinder ein Recht haben, mit ihren Eltern zu leben. In dem seither für solche Fragen notorisch zitierten Leitentscheid verneint das Bundesgericht die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen für die Frage des Familiennachzugs, ohne aber die Konkretheit der Bestimmung überhaupt zu prüfen. Stattdessen verweist es auf *«das Recht der Staaten, ihre Einwanderungsgesetze selbst auszugestalten»*.⁸⁴⁶

Damit beruft sich das Bundesgericht nicht auf die Frage der direkten Anwendbarkeit und begründet die Nichtanwendung von Art. 9 f. auch nicht mit entsprechenden Argumenten oder durch die Auslegung dieser Artikel. Stattdessen bezieht sich das Gericht mit dem *«Recht der Staaten»* auf ein schwer einzuordnendes Argument, aus dem es die

843 BGE 133 I 286, E. 3.2., S. 291 f.

844 BGE 124 II 361 E. 3b, S. 367.

845 BGE 133 I 286, E. 3.2, S. 292.

846 BGE 124 II 361 E. 3b, S. 367.

Konsequenz ableitet, dass die Art. 9 und 10 KRK mit Bezug auf die Rechte der Familienzusammenführung ohne weitere Begründung den innerstaatlichen ausländerrechtlichen Bestimmungen unterzuordnen sind. Darauf, dass (auch) die KRK durch den innerstaatlichen Gesetzgeber legitimiert ist und darum durchaus auf dem angerufenen «Recht» der Staaten aufbaut, geht das BGer in seiner Begründung nicht ein.

Einzig der Hinweis darauf, dass die Schweiz «im Übrigen» zu Art. 10 Abs. 1 KRK einen Vorbehalt angebracht habe, bezieht sich dabei auf die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz sowie die Auslegung der Konvention selbst. Doch dieser Vorbehalt bezieht sich nicht auf Art. 9, sondern nur auf Art. 10.⁸⁴⁷ Weiter unterlässt es das Bundesgericht, diesen Vorbehalt zu konkretisieren, bevor es ihn anwendet. Zum Beispiel wäre zunächst durch Interpretation auszuführen, auf welche «Kategorien» von Ausländern sich der Vorbehalt denn überhaupt beziehen soll, und ob es sich *in casu* um einen durch den Vorbehalt erfassten Fall handelte. Bemerkenswerterweise wird der Vorbehalt vom Bundesgericht ohne Diskussion und pauschalisierend angewendet, obwohl er unbestimmt ist und nur sehr allgemein von «Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern» spricht. Demgegenüber enthalten die Art. 9 und Art. 10 KRK einige recht klare und bestimmte Rechte für Kinder, die zumindest teilweise ohne grösseren Auslegungsaufwand direkt angewendet werden könnten.

Unter dem Strich bleibt der Verdacht, dass das Bundesgericht in der KRK keine zusätzlichen Rechte für Kinder erkennen will, die nicht schon ohne die KRK gewährleistet sind. Besonders dort, wo Berührungspunkte zum politisch immer wieder umstrittenen Asyl- und Ausländerrecht bestehen, scheut sich das Bundesgericht, aus der KRK Rechte abzuleiten. Damit verweigert es den Kindern den Schutz, den Kinder wegen ihrer besonderen Verletzlichkeit benötigen. Es ist aber genau dieser zusätzlichen Schutz, zu dem die Schweiz durch die KRK innerstaatlich und zwischenstaatlich verpflichtet ist.⁸⁴⁸

Dieser besondere Schutz schwebte nicht nur den Schöpfern der KRK vor, sondern auch dem historischen innerstaatlichen Gesetzgeber. So wurde in National- und Ständerat engagiert darüber diskutiert, wie stark die KRK in die schweizerische Rechtsordnung eingreife. Dabei ging es namentlich um die Frage, ob die Ratifizierung der KRK dem freiwilligen Volksreferendum gemäss Art. 89 Abs. 4 aBV zu unterstellen sei. Der damalige Bundesrat Flavio Cotti führte als Schlusswort zu dieser Debatte zwar aus: «*Je peux vous dire avec toute l'assurance possible [...] que cette convention ne va modifier en aucune manière l'état actuel de la famille en*

847 Vorbehalt der Schweiz zu Art. 10 Abs. 1 KRK: «Die schweizerische Gesetzgebung, die bestimmten Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern keinen Familiennachzug gewährt, bleibt vorbehalten.»

848 Das Bundesgericht verwendet nicht nur im Bereich der Menschenrechte das Argument der Nicht-Justiziabilität Notbremse als «Notbremse». Durch die Verneinung direkter Anwendbarkeit bestimmter Bestimmungen aus Freihandelsabkommen Sorge es dafür, dass die «verfassungsähnliche Funktion des Wirtschaftsvölkerrechts nicht angemessen reflektiert wird», bemängelt z. B. OESCH, Globalisierung, Rz. 12, S. 144 (m. w. V.).

Suisse, et que l'occident chrétien ne sera pas bouleversé du tout.»⁸⁴⁹ Damit widersprach er Bedenken, dass die KRK tief in die Strukturen der Familie eingreifen würde, sagte aber bestimmt nicht aus, dass die KRK überhaupt keine verbindlichen Rechtsvorschriften enthalten würde. Andere Redner diskutierten durchaus auch mit weniger Pathos über die direkte Anwendbarkeit von Konventionsbestimmungen. Zusammenfassend aber setzte sich die grundsätzliche Auffassung der zuständigen Nationalratskommission durch, dass die schwächsten Glieder der Gesellschaft, die Kinder, eines *besonderen* Schutzes bedürften, und dass die KRK ein Instrument (unter anderen) sei, um diesen Zweck zu verfolgen.⁸⁵⁰

Ein Instrument, um die Kinder besonders zu schützen, wäre aber kein solches, wenn es nur wiedergeben würde, was auch ohne es gelten würde. Es ist damit davon auszugehen, dass auch der historische Gesetzgeber in grundsätzlicher Hinsicht sicher wusste und wollte, dass die KRK eine selbständige, über das bereits geltende Recht hinausgehende Rechtswirkung entfalte.⁸⁵¹

So bleibt es schwer zu verstehen, warum das Bundesgericht den Self-executing-Charakter des Satzes *«Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird [...]»* ohne viel Begründung ablehnt. Indem das Bundesgericht *«das Recht der Staaten, ihre Einwanderungsgesetze selbst auszugestalten»*⁸⁵² anruft, macht es indirekt klar, dass es ihm gar nicht um den Self-executing-Charakter der Artikel geht. Ohne es zu schreiben, scheint das Bundesgericht das Primats des Völkerrechts zusätzlich einzuschränken in einer Weise, die sich (zumindest zum Zeitpunkt des entsprechenden Entscheids) auch nicht mit der Schubert-Praxis hätte begründen lassen.⁸⁵³ Zusammenfassend wäre es wünschbar, dass das Bundesgericht seine Praxis anpasst oder zumindest robuster begründet und in Einklang bringt mit den von ihm selbst in langjähriger Praxis verfolgten Prinzipien des Primats des Völkerrechts, des Monismus und der direkten Anwendbarkeit von staatsvertraglichen

849 BBl 1996 III 1704

850 So zusammenfassend das Votum Vallender im Nationalrat, die nationalrätliche Kommission für Rechtsfragen vertretend, BBl 1996 III 1679.

851 *«Les instruments internationaux des droits de l'homme ont vocation à être appliqués. La prudence de nos autorités à l'égard de ces traités est difficilement compréhensible de la part d'un État qui veut montrer l'exemple dans le domaine des valeurs et des idéaux de liberté, de justice et d'égalité.»* PREVITALI / MONTAVON, Rz. 6, S. 1474.

852 BGE 124 II 361 E. 3b, S. 367.

853 Siehe zum Primat des Völkerrechts und zur Schubert-Praxis Teil 1 Kap. 2 III, S. 46.

Bestimmungen.⁸⁵⁴ Und falls sollten wirklich gewichtige Gründe vorliegen, gewisse Bestimmungen der KRK nicht gemäss ihrem Sinn und Wortlaut umzusetzen, die einen anderen als rechtlichen Charakter haben, dann wäre es wünschenswert, wenn das BGer diese Motive transparent bezeichnen würde.

Auch wenn sich das Bundesgericht scheut, aus den genannten Artikeln der KRK direkt Rechte abzuleiten, bleiben die Artikel nicht ganz ohne Wirkung. Bei der Auslegung und Anwendung anderer Bestimmungen spielen sie mit Bezug auf Fälle, wo es um Kinder geht, immerhin eine indirekte Rolle. So hat das Bundesgericht beispielsweise in einem Fall, bei dem es um das Aufenthaltsrecht des türkischen Vaters zweier Jungen ging, Art. 9 KRK herangezogen. Das Bundesgericht begründete das Aufenthaltsrecht weder allein aus Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) noch allein aus Art. 9 oder 10 KRK (mangels Anwendbarkeit). Aber es mass Art. 8 EMRK dank Art. 9 KRK mit Bezug auf betroffene Kinder eine besondere Bedeutung zu. Dank dieser Kombination wurde dem Vater eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.⁸⁵⁵

Kap. 3 Diskriminierungsverbote

Die Diskriminierungsverbote der KRK finden sich in Art. 2. Ihr Bezug auf Kinder erinnert auf den ersten Blick an Bestimmungen anderer Konventionen, so etwa an das Diskriminierungsverbot gemäss dem CEDAW, welches auf Diskriminierungen von Frauen beschränkt ist.⁸⁵⁶ Der Charakter des Diskriminierungsverbots in der KRK unterscheidet sich aber davon. Wird durch das CEDAW die Bevölkerungsgruppe der Frauen in ihrer Eigenschaft als Minderheit geschützt, so stellt die KRK nicht die Kinder der übrigen Bevölkerung gegenüber. Vielmehr werden Kinder auch (aber nicht nur⁸⁵⁷) vor Diskriminierung untereinander geschützt.⁸⁵⁸ Der Schutz vor Diskriminierung wegen ihrer Eigenschaft als Kind bzw. aufgrund des Kriteriums des – in diesem Falle tiefen – Alters ist bereits durch andere völkerrechtliche Verpflichtungen gewährleistet, so beispielsweise durch das

854 Auf diese zumindest «*summarische*» Begründung der Nichtanwendung stützt sich seither die meiste Schweizer Rechtsprechung. So anstatt vieler z. B. z. B. BGE 126 II 377, E. 5 d), S. 391. Oder Zürich, Obergericht, PC140034. Oder BVGE D 2409/2011. Oder BVGE E-599/2015, E. 7.12. BVGE E-599/2015, E. 5.6.

Siehe BAUMANN, Kohärenz, S. 39 f. mit weiteren Beispielen von Entscheiden, wo die direkte Anwendbarkeit verneint wird, um in «*heiklen Fällen*» einer «*unliebsamen Norm*» die Anwendung zu versagen. Er erkennt darin allerdings auch einen gerichtlichen Beitrag zur Beachtung der Gewaltenteilung und Kohärenz der Rechtsordnung.

855 Nicht publizierter Bundesgerichtsentscheid BGer 2A.563/2002, E. 2.5 ff.

856 Siehe Teil 2 Kap. 2 IV A 2, S. 187.

857 SCHMAHL, Handkommentar, S. 72, Rz. 6.

858 Vgl. RÜST-HEHLI, S. 36

allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 26⁸⁵⁹ und speziell auch durch Art. 24 Abs. 1 IPBPR.

I Ein auf die Rechte des Abkommens beschränktes Diskriminierungsverbot

Das Diskriminierungsverbot in der KRK gebietet:

KRK *Art. 2 Abs. 1: States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind, irrespective of the child's or his or her parent's or legal guardian's race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, ethnic or social origin, property, disability, birth or other status.*

Damit handelt es sich um ein nach bestimmten Benachteiligungen eingeschränktes Diskriminierungsverbot. Die Kinder sind also nicht vor jeder denkbaren Diskriminierung geschützt, sondern nur vor herabwürdigenden Benachteiligungen mit Bezug auf die im Abkommen geschützten Rechte. In dieser Hinsicht ist das Diskriminierungsverbot der KRK vergleichbar mit Diskriminierungsverboten in den meisten anderen Menschenrechtsübereinkommen.⁸⁶⁰

II Schutzpflicht vor vermittelter Diskriminierung aufgrund familiärer Gruppenzugehörigkeit

Ein Sonderfall unter den internationalen Antidiskriminierungsregeln ist die Ergänzung in Abs. 2:

KRK *Art. 2 Abs. 2: States Parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of the status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parents, legal guardians, or family members.*

Zunächst wird hier von jeder Diskriminierung gesprochen, und zwar nicht nur mit Bezug auf die im Abkommen festgelegten Rechte. In dieser Hinsicht ist es ein allgemeiner Schutz vor Diskriminierung und damit eine Erweiterung des Schutzes verglichen mit Abs. 1.

Nicht jede denkbare Eigenschaft, die das Kind einer Minderheit zugehörig macht, weil diese Eigenschaft es einem erhöhten Risiko der Benachteiligung aussetzt, gilt als Kriterium. Der Schutz vor Diskriminierung bezieht sich einzig auf Benachteiligungen, denen das Kind wegen seines sozialen Umfelds ausgesetzt ist, vermittelten Diskriminierungen also,⁸⁶¹

859 Vgl. dazu Teil 2 Kap. 2 IV A 1 b , S. 185

860 Siehe Teil 2 Kap. 2 IV A 3 , S. 188. SCHMAHL, Handkommentar, S. 74, Rz. 9.

861 SCHMAHL, Handkommentar, S. 85, Rz. 32

wobei die Familienzugehörigkeit im Mittelpunkt steht. Dieser der zweite Absatz lässt durch seine offene Formulierung der Interpretation viel Spielraum, indem die Kinder durch «*geeignete Massnahmen*» zu schützen seien.⁸⁶² Demgegenüber ist der erste Absatz vergleichsweise konkret, indem er deutlich macht, dass die Rechte des Abkommens «*ohne jede Diskriminierung*» zu «*gewährleisten*» seien.

Die unterschiedliche Formulierung von Abs. 2 gegenüber Abs. 1 lässt auch Schlüsse hinsichtlich der direkten Anwendbarkeit des Absatzes zu. Während sich in Abs. 1 die Vertragsstaaten direkt verpflichten, die entsprechenden Rechte diskriminierungsfrei zu gewähren, sind sie gemäss Abs. 2 angehalten, alle geeigneteren Massnahmen zu treffen, um entsprechende Diskriminierungen zu verhindern. Der Absatz enthält keine Einschränkung von Abs. 1: Bezüglich der Rechte der KRK ist am direkt anwendbaren Diskriminierungsverbot von Abs. 1 festzuhalten, welches die Diskriminierung bezüglich der Rechte der KRK wegen «*Birth or other status*» bereits klar verbietet. Abs. 2 ergänzt Abs. 1 durch eine zusätzliche staatliche Schutzpflicht vor Diskriminierungen, die aufgrund von Eigenschaften der Eltern erfolgen, auch wenn sich die Ungleichbehandlungen nicht auf Rechte aus der KRK beziehen. Ob dieser über Abs. 1 hinausgehende Schutz durch Abs. 2 ebenso als Diskriminierungsverbot direkt angewendet werden kann, oder ob Abs. 2 nur staatliches Aktivwerden fordert, bleibt dabei Auslegungsfrage.⁸⁶³

Kap. 4 Vergleichsradius des Diskriminierungsverbots der KRK in der Schweiz

I Bundesstaatliche Betrachtungsweise

Die Frage stellt sich, ob es sich mit dem völkerrechtlichen Diskriminierungsverbot hinsichtlich seiner Umsetzung im Bundesstaat gleich verhält wie mit dem innerstaatlichen Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV. Jenes aus der Bundesverfassung ist auch im Bereich der

862 Vgl. zur Verbindlichkeit ähnlicher Formulierungen auch die Ausführungen hinsichtlich von Sozialrechten unter Teil 3 Kap. 2 I, S. 212.

863 RÜST-HEHLI, S. 36 f., plädiert für ein subjektives Recht und damit für ein direkt anwendbares allgemeines Diskriminierungsverbot für die Tatbestände von Abs. 2 (Status, etc., der Eltern). Auch ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz 236 ff. weist zwar auf die Schwierigkeit der Auslegung dieses Artikels hin und auch den weiten Spielraum, der den Unterzeichnerstaaten verbleibt, spricht aber dennoch von einem individuellen Recht der Kinder, nicht nur beispielsweise von gesetzgeberischen Handlungspflichten (nicht überzeugend ist hingegen, dass ABRAMSON dem Text entnimmt, dass die Pflicht zu Schutzmassnahmen gegenüber privaten diskriminierenden Akteuren nicht erfasst sei, weil das dem Staat unverhältnismässige Lasten auferlegen würde). Demgegenüber spricht SCHMAHL, Handkommentar, S. 85, Rz. 32, mehr von allgemeinen Massnahmen des Staates und nicht von einem Individualrecht.

kantonalen Kompetenzen verbindlich und grenzt deren Kompetenzen insofern ein. Es gilt somit auch für die Kantone und in den Kantonen.⁸⁶⁴ Dennoch durchbricht es die Bundesstaatlichkeit nicht, sondern gliedert sich wie alle Grundrechte der Bundesverfassung in die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen ein, so wie es für das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV der Fall ist, auf das hinsichtlich des interkantonalen Vergleichsradius bereits eingegangen worden ist.⁸⁶⁵ Das bedeutet, dass die staatlichen Behörden hinsichtlich von Bundeskompetenzen dafür zu sorgen haben, dass Rechte diskriminierungsfrei allen Individuen gewährt werden, die ihrer Gerichtsbarkeit unterstehen, und zwar auch über Kantonsgrenzen hinweg.

Dieses auf den ganzen Bund bezogene Diskriminierungsverbot gilt auch für kantonale Behörden verschiedener Kantone, wenn sie im Bereich von Bundeskompetenzen den Vollzug übernehmen und so i. S. des Vollzugsföderalismus als Organe des Bundes auftreten. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der allgemeinen Rechtsgleichheit auch im Bereich der kantonalen Umsetzung von Bundesrecht Unterschiede akzeptiert, was in der Lehre aber auch zu Kritik führt.⁸⁶⁶ Die diskriminierungsfreie Umsetzung von Bundesrecht folgt aber anderen Kriterien und verbietet namentlich eine Andersbehandlung nur, wenn sie herabwürdigend wirkt,⁸⁶⁷ womit auch hier rechtliche Unterschiede unter Kantonen nicht ausgeschlossen sind, soweit sie sich nicht diskriminierend auswirken. Sind hingegen kantonale Kompetenzen betroffen, müssen die Kantone allen Individuen unter ihrem Einflussbereich Rechte diskriminierungsfrei gewähren und Pflichten diskriminierungsfrei auferlegen. Die Praxis in anderen Kantonen schränkt ihren Handlungsspielraum hingegen nicht ein. In diesem Bereich sind

864 Verhaltensrecht, siehe Teil 1 Kap. 3 IV B 4 b 112. Zum System der Kompetenzaufteilung siehe Teil 2: III. D., S. 59.

865 Siehe 0, S. 168 ff.

866 Zur Kritik vgl. FN 660. BGE 138 I 265 S. 269, E. 5.1.: «Das Rechtsgleichheitsprinzip schliesst nicht aus, dass die einzelnen Kantone zur gleichen Materie unterschiedliche Regelungen erlassen: dies ist eine Folge der föderalistischen Staatsstruktur.» Ähnlich BGE 124 IV 44 S. 47, E. 2c: «Le principe de l'égalité de traitement ne peut donc jouer qu'un rôle limité sur le plan intercantonal. [...] D'autre part, la jurisprudence a toujours affirmé la primauté du principe de la légalité sur le principe de l'égalité.» Das Bundesgericht betonte wiederholt, dass das Legalitätsprinzip dem Gleichheitsprinzip vorgehe und verweist auf den Spielraum des Richters innerhalb seines pflichtgemässen Ermessens. Nicht ganz klar wird unter dem Strich, wie weit sich die Möglichkeit der Ungleichbehandlung bereits aus diesem richterlichen bzw. behördlichen Ermessensspielraum ergibt, womit gewisse Unterschiede auch innerhalb eines Kantons zulässig sind, und ob darüber hinaus Kantonsgrenzen diesen Ermessensspielraum noch erweitern. «Die Autonomie des Richters kann zur Folge haben, dass die Strafen zweier Mittäter in einem Missverhältnis stehen. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen ist. [...] Die Rechtsprechung hat denn auch stets den Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Gleichheitsprinzip betont.» (BGE 135 IV 191, S. 194, E. 3.3) Vgl. auch WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 21.

867 Vgl. Teil 2 Kap. 3 3, S. 204.

unterschiedliche Rechte und Pflichten von Individuen durch verschiedene Kantone also zulässig, genauso wie es unterschiedliche Behandlungen unter verschiedenen Staaten wären.⁸⁶⁸ Für die Begründung sei auf die voranstehenden Ausführungen zum Vergleichsradius der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbots, die sich aus Art. 8 BV ergeben, verwiesen.⁸⁶⁹

Völkerrecht ist in der (monistischen) Schweiz Teil der ungeteilten und prinzipiell direkt auf jedes Individuum wirksamen Rechtsordnung, und das gilt auch für das Diskriminierungsverbot der KRK.⁸⁷⁰ Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote erstrecken sich grundsätzlich auf das ganze Staatsgebiet des Unterzeichnerstaats, was sowohl aus Formulierungen in den Menschenrechtsverträgen selbst ergeht als auch in grundsätzlicher Weise aus Art. 29 VRK.⁸⁷¹ Damit entsprechen diese Diskriminierungsverbote hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs dem Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung, das ebenfalls für das gesamte Hoheitsgebiet des Bundes gilt – die bundesstaatliche Kompetenzordnung aber dennoch nicht durchbricht, weil der Vergleichsradius jeweils auf die Rechtskreise beschränkt ist – und mit Bezug auf kantonale Kompetenzen sind das die Kantone. Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote verbieten daher, aus innerstaatlicher Perspektive, genauso wenig wie das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung die unterschiedliche Gewährleistung von Rechten in verschiedenen Kantonen durch die jeweiligen kantonalen Behörden, soweit sich die Ungleichbehandlung auf Bereiche der kantonalen Gesetzgebungs- oder Vollzugskompetenzen beschränkt.

II Völkerrechtliche Betrachtungsweise

Die KRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag, und seine Anwendung und Auslegung richten sich nach den Regeln in der VRK. Die Frage, ob die unterschiedliche Gewährung von Kinderrechten unter Kantonen eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach Art. 2 KRK darstellt, ist also eine Frage nach der völkerrechtskonformen Vertragserfüllung. Dabei stellen sich namentlich die in den folgenden Abschnitten näher betrachteten Fragen.

A Vorbehalt des innerstaatlichen Rechts

Als Antwort auf den Vorwurf, interkantonale Unterschiede wären eine Diskriminierung, antwortet die offizielle Schweiz mit dem Argument des innerstaatlichen, föderalen Staatsaufbaus und der demokratischen

868 Vgl. hinsichtlich der Rechtsgleichheit FN 662 zu BGE 143 II 87, S. 101, E. 6.3.1.

869 Teil 2 Kap. 1 IX D, S. 168

870 Zum Rang des Völkerrechts in der Schweiz siehe Teil 1 Kap. 2 III C, S. 49

871 Art. 29 VRK: «*Territorial scope of treaties: Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.*»

Legitimation der Rechtsordnung jedes einzelnen Kantons, die sich auf die demokratische Willensbildung innerhalb der Bevölkerung des jeweiligen Kantons stützt.⁸⁷² Die innere Ordnung des Staates und so namentlich auch der föderale Staatsaufbau ergeben sich in der Schweiz aus der Bundesverfassung und aus den kantonalen Verfassungen.⁸⁷³ Diese bilden Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung der Schweiz. Damit beruft sich die Schweiz auf ihr innerstaatliches Recht für eine bestimmte Art und Weise, das KRK umzusetzen. Sollte diese Umsetzung im Widerspruch zur KRK selbst stehen, würde das Argument die Schweiz aber nicht davor bewahren, die Konsequenzen der Verletzung von Völkerrecht zu tragen, da Art. 27 VRK die Berufung auf innerstaatliches Recht für die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrags grundsätzlich verbietet.⁸⁷⁴ Ob die Schweiz also durch die unterschiedliche Anwendung in verschiedenen Kantonen Völkerrecht verletzt, kann sich nur aus der Auslegung und Anwendung der KRK selbst ergeben.

B Auslegung der KRK

Die Auslegung hat zum Ziel, festzustellen, ob die durch die Schweiz praktizierte Umsetzung der KRK eine Verletzung des Diskriminierungsverbots der KRK darstellt, wenn sie in Bereichen kantonaler Kompetenzen zulässt, dass Kantone Kinderrechte in unterschiedlicher Weise umsetzen. Ginge es um die Anwendung in der Schweiz, wäre auch die innerstaatliche Auslegung zu berücksichtigen.⁸⁷⁵ Für die Frage nach der Verletzung von Völkerrecht ist aber ausschliesslich die völkerrechtliche Auslegung massgebend.

Für die völkerrechtliche Auslegung von Verträgen unter Staaten geben Art. 31 und 32 VRK die grundsätzlichen Regeln vor:⁸⁷⁶ In erster Linie ist auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch abzustellen, wobei der Grundsatz von Treu und Glauben sowie Sinn und Zweck der Bestimmung im Lichte des ganzen Vertrags zu beachten sind. Weiter sind gemäss Art. 31 Abs. 3 die spätere Praxis zwischen den Staaten in der Vertragsanwendung, allfällige Interpretationsvereinbarungen sowie andere relevanten völkerrechtlichen Regeln zu beachten. Hingegen sind andere Materialien, insbesondere historische aus der Entstehungsgeschichte der Verträge, nur dann als Hilfsmittel zu berücksichtigen, wenn eine Auslegung nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch unter Berücksichtigung der erwähnten Elemente zu keinem oder zu einem sinnwidrigen Ergebnis führt.⁸⁷⁷ In der

872 Vgl. Zitate S. V.

873 Siehe Teil 1 Kap. 3 II, S. 82

874 Vgl. Teil 1 Kap. 1 III D 20 ff.

875 Vgl. zum Ganzen Teil 3 Kap. 2 II S. 214 ff.

876 Vgl. Teil 1 Kap. 1 IX A 33 ff.

877 Vgl. MBENGUE, S. 391 m. w. V.: Diese an sich schon strikte Regel der untergeordneten Bedeutung der «*Supplementary means of interpretation*» und damit insbesondere der «*travaux préparatoires*» gilt insbesondere mit Blick auf multilaterale Verträge, bei denen sich nicht alle Unterzeichnerstaaten gleichermassen an der Vertragsgestaltung beteiligt hatten.

Folge wird aufgezeigt, dass die Interpretation nach dem Sprachgebrauch und den vorgenannten Auslegungskriterien sehr wohl zu einem Ergebnis führt, dass auch sinnvoll erscheint. Ein Rückgriff auf Materialien aus der Entstehungsgeschichte könnte daher die korrekte Auslegung nicht beeinflussen.⁸⁷⁸

Hinsichtlich der KRK stellt die Konvention in Art. 3 Abs. 1 KRK selbst klar, dass bei der Auslegung dem Kindeswohl ein besonderes Gewicht beizumessen ist, wobei dieses aber im Anwendungsfall bei der Güterabwägung berücksichtigt wird und daher nicht das alleinige oder stets überwiegende Argument ist.⁸⁷⁹ Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots oder der Geltungsweise in föderalen Staaten sind keine relevanten Dokumente jener Art vorhanden, die gemäss Art. 31 Abs. 2 VRK als «*besonderer Zusammenhang*» zu berücksichtigen wären, weshalb die Auslegung in einem ersten Schritt nach der Grundregel der «*gewöhnlichen*» Bedeutung vorzunehmen ist.

Denn obwohl die Schweiz als Ganze die KRK unterzeichnet und ratifiziert hat, wurde kein Vorbehalt angebracht,⁸⁸⁰ der die Auslegung des Diskriminierungsverbotes zum Gegenstand gehabt hätte und kantonale Unterschiede vorbehalten würde. Eine gewisse Ausnahme können allenfalls in den schweizerischen Vorbehalten zu Art. 37 lit. c und Art. 40 KRK gesehen werden, welche den Strafvollzug und das Jugendstrafverfahren zum Gegenstand haben, beides Bereiche, die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der KRK noch sehr weitgehend in kantonaler Kompetenz standen.

Auch die Botschaft des Bundesrats⁸⁸¹ geht nur in summarischer Weise auf das Diskriminierungsverbot ein. Zwar widmet sie dem Diskriminierungsverbot zwei Abschnitte, lässt aber keine schlüssige Folgerung darüber zu, ob nach Auffassung des Bundesrates die kantonalen Unterschiede in der Gewährleistung der Kinderrechte, insbesondere im Bereich der Sozialleistungen, den Tatbestand der Diskriminierung gemäss KRK unter Umständen erfüllen könnten. Im Gegenteil wird die Auffassung vertreten, das Diskriminierungsgebot nach KRK gehe im Gebot der Rechtsgleichheit nach Art. 4 Abs. 1 aBV auf. Immerhin wird hervorgehoben, das Diskriminierungsverbot bezwecke die «*möglichst breite Anwendung des Übereinkommens auf alle Kinder, die sich faktisch unter der Autorität und Verantwortung eines bestimmten Staates befinden*». Hier kann nur der Vertragsstaat als ganzer gemeint sein, was darauf hindeutet, dass auch in der Sichtweise des Bundesrates alle durch das KRK garantierten Rechte in

878 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 32.

879 Im Detail dazu Teil 3 Kap. 2 II, S. 214 ff.

880 Im Gegensatz dazu hat die Schweiz zum Diskriminierungsverbot in Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte einen Vorbehalt angebracht (SR 0.103.2, S. 49), allerdings nicht bezüglich kantonaler Unterschiede, sondern dahingehend, dass die Schweiz sich zur Nichtdiskriminierung nur bezüglich der im Pakt festgeschriebenen Rechte verpflichtet. Dies hat vor allem Auswirkungen auf das Ausländerrecht (vgl. BGE 123 II 472, S. 479).

881 Botschaft KRK, S. 13 und 24 f.

gleicher Weise in den verschiedenen Kantonen gewährleistet werden müssten.

Spätere Übereinkünfte, durch welche i. S. von Art. 31 Abs. 3 lit. a VRK die Auslegung vereinbart wurde, liegen ebenfalls nicht vor. Im Sinne von lit. b wäre weiter eine spätere Übung gegebenenfalls zu berücksichtigen. Hier springen vor allem die verschiedenen Korrespondenzen und Äusserungen des UN-Kinderrechtskomitees ins Auge. Diese spielen für die Motivation der Unterzeichnerstaaten, die Diskriminierungsfreiheit innerhalb ihres Landes zu fördern, zweifelsohne eine massgebende Rolle, und sie fördern so die Umsetzung des Abkommens. Für die Auslegung des verbindlichen individualrechtlichen Gehalts des Diskriminierungsverbots in Art. 2 KRK sind sie hingegen nicht relevant, da, wie an vorangehender Stelle bereits festgestellt wurde, die Interpretation durch «*Expert Treaty Bodies*», welchen das Kinderrechtskomitee zuzuordnen ist, nicht als «*Subsequent Practice*» i. S. von Art. 31 VRK zu werten ist.⁸⁸²

Ob i. S. von lit. c andere anwendbare Völkerrechtssätze von Relevanz sind, bleibt hingegen abzuklären.

1 Verständnis nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch

Es stellt sich die Frage, ob aus der Formulierung der KRK direkt hergeleitet werden kann, dass unterschiedliche Rechtsgewährungen unter den Kantonen als Diskriminierungen anzusehen sind. Zunächst fällt die Formulierung auf, die es den «*Vertragsstaaten*» vorschreibt, die Rechte «*[...] jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung [...]*»⁸⁸³ zu gewähren. Vertragsstaat ist die Schweiz, also der Bund. Ist er gehalten, dafür zu sorgen, dass es keine Unterschiede zwischen den Kantonen bei der Gewährung von Kinderrechten der KRK gibt?

Hinsichtlich des Verständnisses nach dem Sprachgebrauch präzisiert die VRK, dass die Bedeutung der Bestimmungen gefunden werden soll, die diesen «*in ihrem Zusammenhang*» zukommt. Und in Art. 31 Abs. 2 VRK wird ausgeführt, was unter Zusammenhang zu verstehen ist: Präambel, Anlagen, sowie zusätzliche Übereinkünfte oder andere Urkunden, die anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst worden sind. Hinsichtlich des Diskriminierungsverbots oder Geltungsweise in föderalen Staaten sind keine relevanten Dokumente dieser Art vorhanden, weshalb die Auslegung uneingeschränkt nach der Grundregel der «*gewöhnlichen*» Bedeutung vorzunehmen ist.

882 Siehe Teil 1 Kap. 1 IX B, S. 35 ff.

883 «*States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind [...]*»

a «Each child within their jurisdiction»

Meint das Diskriminierungsverbot wirklich, dass jedes Kind auf dem ganzen Staatsgebiet von Bundesstaaten deckungsgleiche und gleich umgesetzte Rechte genießt? Für die Beantwortung dieser Frage sei zunächst an die etwas präzisere Formulierung im IPBPR erinnert, in dem sich die Vertragsparteien wie folgt zur Nicht-Diskriminierung verpflichten:

IPBPR Art. 2 Abs. 1: Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind [...].

Weiter präzisiert wird dies in folgender Passage:

Art. 50: The provisions of the present Covenant shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions.

Das Menschenrechtskomitee der UNO schreibt dazu im Kommentar Nr. 31 zu Art. 2 IPBPR:

The obligations of the Covenant in general and article 2 in particular are binding on every State Party as a whole. [...] The executive branch that usually represents the State Party internationally, including before the Committee, may not point to the fact that an action incompatible with the provisions of the Covenant was carried out by another branch of government as a means of seeking to relieve the State Party from responsibility for the action and consequent incompatibility. This understanding flows directly from the principle contained in article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, according to which a State Party 'may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty'. [...] the same principle operates so as to prevent States parties from invoking provisions of the constitutional law or other aspects of domestic law to justify a failure to perform or give effect to obligations under the treaty. In this respect, the Committee reminds States Parties with a federal structure of the terms of article 50, according to which the Covenant's provisions 'shall extend to all parts of federal states without any limitations or exceptions.'⁸⁸⁴

Zwar wird nicht weiter ausgeführt, was mit «*action incompatible with the provisions*» genau gemeint ist. Hingegen wird die Bundesstaatlichkeit als Teil des innerstaatlichen Rechts aufgeführt, welches gemäss Art. 27 VRK keinen Vorbehalt für die Umsetzung des Diskriminierungsverbots bietet. Art. 50 IPBPR unterstreiche dies. Das Menschenrechtskomitee der UNO scheint also die Auffassung zu stützen, dass Unterschiede zwischen Kantonen bei der Umsetzung von Rechten aus dem IPBPR nicht zulässig sind, und zwar unerheblich davon, ob es sich aus innerstaatlicher Perspektive um Bereiche kantonaler Kompetenzen oder um Bundeskompetenzen handelt. Die Auslegung durch das

884 United Nations Human Rights Committee, International covenant on civil and political rights, General Comment No. 31 [80], vom 29. März 2004.

Menschenrechtskomitee beantwortet die Frage aber nicht, warum der Text sowohl von «*territory*» als auch von «*jurisdiction*» spricht, ob dies kumulative oder alternative Voraussetzungen für die Anwendung des Diskriminierungsverbots wären, und was genau unter dem Begriff «*jurisdiction*» bzw. «*Herrschaftsgewalt*» zu verstehen ist. Der Sprachgebrauch⁸⁸⁵ mit Bezug auf Bundesstaaten könnte dem Wort Herrschaftsgewalt durchaus die Bedeutung zumessen, dass eine Person hinsichtlich gliedstaatlicher Kompetenzen in die Herrschaftsgewalt des Gliedstaates fällt – und nicht in jene des Bundesstaates. Das wäre auch kein Widerspruch zu Art. 50 IPBPR, da das Diskriminierungsverbot ja in jedem Gliedstaat getreulich umgesetzt werden kann und damit keine Ausnahmen oder Einschränkungen einhergehen.

Bundesstaaten sind keine Seltenheit, und diese Auslegung widerspräche dem Prinzip von Treu und Glauben nicht. Es kann in guten Treuen davon ausgegangen werden, dass alle Staatsvertreter, die Staatsverträge verhandeln und unterschreiben, wissen sollten, dass es in Bundesstaaten Hoheitsbereiche der Gliedstaaten gibt, in die der Bundesstaat nicht eingreift, was innerhalb dieser Staaten grundsätzlich nicht als Quelle unerlaubter Diskriminierung gilt. Dennoch kann natürlich nicht übersehen werden, dass das Völkerrechtssubjekt, welches den Staatsvertrag unterschrieben hat, der Bundesstaat ist und nicht seine Gliedstaaten, und dass sich diese jeweilige ganze «*State Party*» verpflichtet hat, die Nichtdiskriminierung zu gewährleisten.

Zur KRK gibt es keinen spezifischen allgemeinen Kommentar des UNO-Kinderrechtskomitees zu Art. 2 Abs. 1 KRK. Der Kommentar Nr. 5 bezieht sich zwar direkt auf die Artikel 4, 42 und 44 Abs. 6 KRK, erwähnt aber dennoch das Diskriminierungsverbot in einigen Absätzen und widmet unter dem Titel VI., «*Administrative and other Measures*» den Absatz C dem Thema «*Decentralization, federalization and delegation*».⁸⁸⁶ Zunächst ruft der Kommentar in Erinnerung, dass keine der Formen der Verteilung staatlicher Entscheid- oder Umsetzungskompetenz die Pflicht zur diskriminierungsfreien Gewährung der Konventionsrechte einschränken würde. Der Kommentar weist sodann auf verschiedene Pflichten des Unterzeichnerstaats hin, auf dem ganzen Staatsgebiet die Beachtung der Kinderrechte zu kontrollieren und notfalls durchzusetzen. Auf die Frage, wie das Diskriminierungsverbot zu verstehen ist, wenn es nicht nur eine, sondern für gewisse Kinderrechte eben mehrere «*Jurisdictions*» gibt, geht der Kommentar aber nicht spezifisch ein.

Die Formulierung in der KRK ist zudem nicht deckungsgleich mit jener von Art. 2 Abs. 1 IPBPR. Zwar war die Formulierung von Art. 2 Abs. 1 IPBPR das Vorbild von Art. 2 Abs. 1 KRK, weshalb sich auch die Auslegung des Artikels regelmässig an jene des IPBPR anlehnt.⁸⁸⁷ Gerade hinsichtlich des Anwendungsbereichs ist der Unterschied zwischen den

885 Art. 31 Abs. 1 VRK: «*ordinary meaning*»

886 CRC/GC/2003/5 vom 27. Nov. 2003, Rz. 40 f. (General comment no. 5, 2003, General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child)

887 DETRICK, Commentary, S. 68 ff.

Formulierungen hingegen nicht unerheblich: Während der IPBPR «*within its territory and subject to its Jurisdiction*»⁸⁸⁸ vor Diskriminierung schützt, beschränkt sich das KRK auf die Formulierung dass «*State Parties*» «*within their jurisdiction*» vor Diskriminierung zu schützen haben.⁸⁸⁹ Und die KRK enthält keinen Artikel, der Art. 50 IPBPR entsprechen würde und föderalistische Staaten (gemäss dem Verständnis des UNO-Menschenrechtskomitees) speziell zur harmonisierten Umsetzung ermahnt. Eine gegenüber dem IPBPR eigenständige Auslegung von Art. 2 KRK hinsichtlich des Geltungsbereichs des Diskriminierungsverbots ist also angezeigt. Dass Art. 2 Abs. 1 KRK nicht auf das Territorium verweist, sondern nur auf die Hoheitsgewalt, gibt ein weiteres Argument für diese Sichtweise. Dennoch kann nicht in Abrede gestellt werden, dass auch bei der KRK die Gesamtstaaten die Unterzeichner sind.

Im Ergebnis sind diese Argumente aber zu schwach, damit Unterschiede zwischen den Kantonen dem Diskriminierungsverbot der KRK generell standhalten würden. Die Sichtweise erscheint zwar plausibel, dass interkantonale Unterschiede zulässig sind, weil sich «*jurisdiction*» nicht nur auf die Hoheitsgewalt durch den Gesamtstaat bezieht, sondern auch die Hoheitsgewalt der Kantone bzw. Gliedstaaten einbezieht. Die Argumente sind aber nicht stark genug, um die KRK im Gegensatz zum meisten übrigen Völkerrecht föderalismusfreundlich anstatt «*föderalismusblind*» zu machen. Die Anlehnung bei der Auslegung des Diskriminierungsverbots an die IPBPR und damit den Standpunkt des Menschenrechtskomitee der UNO zu Art. 2 Abs. 2 IPBPR ist überzeugender.

Für die KRK ist damit bis zu diesem Punkt der Interpretation des Vertragstextes davon auszugehen, dass aus der Sicht des Völkerrechts kantonale Unterscheidungen im Bereich der Kinderrechte grundsätzlich unzulässig sind, falls sie die übrigen Voraussetzungen der Diskriminierung erfüllen, auch wenn es sich um Unterschiede in Bereichen kantonaler Kompetenzen handelt und die Unterschiede nur auf diese Kompetenzordnung zurückzuführen sind.

b «Without discrimination of any kind»

Wie nun festgestellt worden ist, überzeugt die Begründung, dass die Gliedstaaten innerhalb ihrer eigenen Kompetenzbereiche wie eigenständige Völkerrechtssubjekte zu betrachten seien, aus völkerrechtlicher Sicht nicht, wenn es um die Umsetzung des staatsvertraglichen Diskriminierungsverbots durch die Gliedstaaten des Bundesstaates geht.

888 Zitat in Englisch. In anderen offiziellen Sprachvarianten: «*se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence*» (französisch), «*en su territorio y están sujetos a su Jurisdicción*» (spanisch). Weitere offizielle Sprachvarianten: chinesisch und russisch. Unverbindliche deutsche Übersetzung gemäss SR 0.103.2: «*in seinem Gebiet befindlichen und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden*».

889 Zitat in Englisch. In anderen offiziellen Sprachvarianten: «*relevant de leur juridiction*» (französisch), «*sujeto a su Jurisdicción*» (spanisch). Weitere offizielle Sprachvarianten sind russisch, arabisch und chinesisch.

Das heisst nun aber noch nicht, dass eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Zugehörigkeit zu einem Gliedstaat tatsächlich eine verbotene Diskriminierung i. S. der KRK und anderer völkerrechtlicher Verträge ist. Es ist abzuklären, ob eine Andersbehandlung überhaupt eine Diskriminierung darstellt, wenn sie erfolgt, weil das anders behandelte Individuum in einem bestimmten Bereich unter die Kompetenz eines bestimmten Gliedstaats bzw. Kantons fällt und nicht unter die Kompetenz eines anderen, und im Bereich dieser Kompetenz anders behandelt wird.

Zur einleitenden Veranschaulichung sei zunächst die Frage aufgeworfen, warum unterschiedliche Systeme der Familienförderung und der Einschulung behinderter Kinder in verschiedenen Staaten, die je ein Völkerrechtssubjekt sind, nicht als Diskriminierung eingestuft werden. In einigen Regionen ergibt sich so die Situation, dass Kinder als Nachbarn in derselben Ortschaft leben,⁸⁹⁰ die Eltern des einen Kindes aber entweder z. B. die Familienförderung nach deutschem System erhalten, die anderen nach dem schweizerischen. Dennoch werden solche Unterschiede vom Kinderrechtskomitee nicht als Diskriminierung diskutiert. Selbstverständlich ist der naheliegendste Grund, dass jedes Völkerrechtssubjekt die Diskriminierungsverbote je für sein eigenes Staatsgebiet unterschrieben hat. Diese Begründung ist aber nur formeller Natur. Tatsächlich könnte sich ein Kind dennoch gegenüber anderen Kindern in benachbarten Staaten in herabwürdigender Weise benachteiligt sehen.

Wir wissen, dass nicht jede Andersbehandlung einer Diskriminierung gleichkommt. Es drängt sich auf, nach den definierten Kriterien zu beurteilen, ob eine Andersbehandlung aufgrund anderer kantonaler Zuständigkeit eine Diskriminierung beinhaltet. In der KRK selbst ist diese Frage nicht beantwortet, und es ergibt sich auch aus anderen Dokumenten, denen aufgrund der Verbindlichkeit der KRK ebenfalls Rechtskraft erwächst, eine Antwort.

Da damit nicht auf den ersten Blick aus dem Vertragstext ersichtlich ist, ob die Andersbehandlung aufgrund der Zuständigkeit verschiedener Gliedstaaten eines Bundesstaates eine Diskriminierung darstellt, könnte argumentiert werden, *in dubio mitius* sei der Diskriminierungsbegriff so auszulegen, dass er für die Unterzeichnerstaaten die kleinstmögliche Verpflichtung nach sich zieht. Diese Herangehensweise würde aber das Diskriminierungsverbot potentiell seines Sinnes bzw. seines *effet utile* berauben, der auch darin besteht, (noch) nicht bekannte oder spezifizierte konkrete Formen der Benachteiligung einzubeziehen.⁸⁹¹

890 Besonders häufig sind solche Unterschiede natürlich in den grenznahen Städten Genf und Basel, wo die Agglomerationen längst über die Staatsgrenzen hinausgewachsen sind. Ein weiteres anschauliches Beispiel ist Rheinfelden. Ein Teil der Stadt liegt im Kanton Aargau, Schweiz, und der andere Teil namens „Rheinfelden (Baden)“ liegt im Bundesland Baden-Württemberg, Deutschland. Die beiden Teile der seit 1805 geteilten Stadt Rheinfelden sind durch eine nur 147 Meter lange Brücke voneinander getrennt, und im Alltag lebt die Bevölkerung in vielerlei Hinsicht zusammen wie in einer sonstigen Stadt.

891 Verweise auf die Rechtsprechung des IGH und wie dieses diese und andere Interpretationsprinzipien anwendet in MERKOURIS, S. 2 ff.

Die Kriterien für die Feststellung, ob eine Diskriminierung vorliegt sind, wie bereits ausgeführt wurde,⁸⁹² die Benachteiligung einer Person, die Zugehörigkeit der Person zu einer Minderheit, also einer für Benachteiligungen besonders gefährdeter Personengruppe, und der herabwürdigende Zusammenhang, also dass die Benachteiligung und die Zugehörigkeit zur gefährdeten Minderheit in Kombination zu einer Herabwürdigung der Person führt.

i Betrachtete Beispiele von Ungleichbehandlungen

Einer der Fälle der vom Kinderrechtskomitee beanstandeten Benachteiligungen aufgrund der Kantonszugehörigkeit ist die unterschiedliche Bemessung von öffentlichen, finanziellen Hilfeleistungen an Familien. Die KRK sieht in die Art. 18 Abs. 2 sowie 26 und 27 Abs. 3 solche Unterstützungen als soziale Grundrechte vor.⁸⁹³ Die Gewährung dieser Rechte hat gemäss der KRK durch die Vertragsstaaten diskriminierungsfrei, also «*within their jurisdiction without discrimination of any kind*» gewährt zu werden.

Im Kanton Bern bekommt eine Familie für das dritte Kind eine Zulage von 230 Franken pro Monat. Demgegenüber würde dieselbe Familie im benachbarten Kanton Freiburg 265 Franken pro Monat bekommen, und zusätzlich dazu bei der Geburt eine einmalige Unterstützung von 1'500 Franken.⁸⁹⁴ Bis zum 16. Lebensjahr dieses Kindes beträgt der Unterschied also 8'220 Franken, auch wenn die Kinder Nachbarn sind, welche nur eine Kantonsgrenze voneinander trennt.⁸⁹⁵ Auf die ganze Schweiz betrachtet macht dieser Unterschied, je nach Anzahl Kinder im Haushalt, zwischen dem grosszügigsten Kanton Genf und vielen anderen Kantonen, die nur das bundesgesetzlich festgesetzte Minimum auszahlen,⁸⁹⁶ bis zu 51'000 Franken pro Kind aus.

Die unterschiedlich hohen Leistungen zur Unterstützung von Familien sind gerade nicht darin begründet, dass in den verschiedenen Kantonen die Familien z. B. mit unterschiedlich hohen Lebenshaltungskosten konfrontiert sind, zumal solche Unterschiede auch innerhalb des Kantonsgebiets vorhanden sind, wo die Zulagen aber überall gleich hoch sind. Sondern die Unterschiede leiten sich nur daraus ab, dass

892 Teil 2 Kap. 2 V, S. 191 ff.

893 Siehe zu den Sozialrechten Teil 3 Kap. 2 I, S. 212.

894 Quelle: Arten und Ansätze der Familienzulagen nach dem FamZG, dem FLG und den kantonalen Gesetzen 2019, Bundesamt für Sozialversicherungen.

895 Der Einfachheit halber wird hier nicht darauf eingegangen, dass sich die Familienzulagen nach dem Arbeitsort und nicht nach dem Wohnort bemessen, die Geburtszulagen hingegen nach dem Wohnort. Viele in Freiburg Wohnhafte arbeiten in Bern und beziehen dort die Familienzulagen. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass unterschiedliche kantonale Rechtssysteme die Familien in dieser Hinsicht ungleich unterstützen.

896 Dazu gehören Uri, Obwalden, Glarus, Solothurn, Basel Stadt, Basel Land, Schaffhausen, Appenzell-Ausserrhoden, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Tessin. Nahe am Minimum sind auch Zürich und Graubünden.

die Bemessung dieser Leistungen weitgehend in die kantonale Kompetenz fällt, und die Kantone je verschiedene Gesetze haben, die sie in Autonomie voneinander gemäss ihrer eigenen demokratischen Gesetzgebungsverfahren erlassen.⁸⁹⁷

Als anderes Beispiel von ungleicher Behandlung, welches eine Diskriminierung darstelle, beschreibt das Kinderrechtskomitee den Umstand, dass in gewissen Kantonen behinderte Kinder in Sonderklassen zur Schule gingen, während sie in anderen Kantonen in den allgemeinen Schulklassen mit allen anderen Kindern geschult würden.⁸⁹⁸ Tatsächlich kennen verschiedene Kantone unterschiedlich ausgestaltete Massnahmen, um behinderte Kinder zu fördern. 16 Kantone haben sich in der interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007 gegenseitig dazu verpflichtet, den integrativen Unterricht für behinderte Kinder zu fördern, wobei auch dieses Konkordat noch viel Spielraum für Unterschiede lässt: *«Integrative Lösungen sind separierenden Lösungen vorzuziehen, unter Beachtung des Wohles und der Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes oder des Jugendlichen sowie unter Berücksichtigung des schulischen Umfeldes und der Schulorganisation.»* (Art. 2 Abs. 1 lit. b) Namentlich bleibt nichtsdestotrotz die *«[...]stationäre Unterbringung in einer sonderpädagogischen Einrichtung [...]»* (Art. 5 Abs. 1 lit. c) als geeignete Massnahme anerkannt. Zwar einigen sich die Kantone auf die einheitliche Verwendung von Begriffen, einheitliche Qualitätsstandards und Abklärungsverfahren, aber die Umsetzung und Kontrolle bleibt bei den Kantonen. Namentlich führt auch das Konkordat keine zentrale Einrichtung ein, welche die unterschiedliche Umsetzung sicherstellt und allenfalls auch durchsetzt. Daran ändert auch die Integration der Sonderschulung in das nationale Bildungsmonitoring nichts. Insgesamt verpflichtet das Konkordat also die Kantone nicht zu stärkerer Vereinheitlichung, als dies die KRK und Art. 20 BehG es bereits tun.

Das Bildungsmonitoring gibt aber immerhin ein Instrument, um die Vergleichbarkeit der kantonalen Angebote und Strategien in der Sonderpädagogik zu verbessern. Der Bildungsbericht, der periodisch im Rahmen des Bildungsmonitorings erstellt wird, zeigte sowohl 2018 als auch 2023, dass die Integration behinderter Kinder in Regelklassen zwischen den Kantonen tatsächlich unterschiedlich häufig vorkommt, dass aber

897 Der Bund ist gemäss Art. 116 Abs. 2 BV durch eine Kann-Vorschrift zum Erlass von Gesetzen über Familienzulagen, und er hat diese Kompetenz teilweise wahrgenommen durch den Erlass von Mindestbeträgen im Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG). Da es sich um eine konkurrierende Bundeskompetenz handelt, bleiben die Kantone kompetent, soweit der Bund die Kompetenz nicht ausgeschöpft hat, siehe dazu Teil 1 Kap. 3 IV B 3 b, S. 109.

898 Vgl. S. V sowie CRC/C/15/Add.182 vom 13. Juni 2002, Rz. 42 und 43 lit. b, CRC/C/CHE/CO/2-4 vom 26. Februar 2015, Rz. 54 lit. b.

insgesamt eine Tendenz zur Integration feststellbar ist.⁸⁹⁹ Ausserdem soll eine verbesserte statistische Erfassung die Übersicht zukünftig verbessern.⁹⁰⁰ Die Anwendung der Kriterien für die Zuweisung von Massnahmen zugunsten von Kindern sowie die Art der Massnahmen unterscheiden sich aber immer noch erheblich zwischen den Kantonen, und überall bilden auch separative Förderorte noch Teil der Sonderbetreuung.⁹⁰¹

Sind diese Andersbehandlungen als Benachteiligungen i. S. der Definition des Diskriminierungsverbots einzustufen? Als Diskriminierung betrachten wir eine bestimmte benachteiligende Behandlung, wenn die benachteiligte Person einer Minderheit angehört, und zwischen dieser Benachteiligung und der Minderheitszugehörigkeit ein herabwürdigender Zusammenhang besteht, sofern die Benachteiligung nicht auf besonders qualifizierten Gründen beruht.⁹⁰²

ii Benachteiligung

Unproblematisch bejaht werden kann, dass weniger finanzielle Hilfsmittel für Familien mit Blick auf die genannten sozialen Grundrechte der KRK eine Benachteiligung darstellen. Unterschiedliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen je nach Kanton fallen als Rechtfertigung weg, da diese weder der Grund für die Andersbehandlung sind noch als Kriterium für die Bemessung der finanziellen Hilfe dienen. Beim zweiten Beispiel der integrativen bzw. separativen schulischen Förderung von behinderten Kindern geht das Kinderrechtskomitee davon aus, dass separative Schulung im Gegensatz zu integrativer Schulung für behinderte Kinder eine Benachteiligung darstellt.⁹⁰³ Dieser Beurteilung folgend, sind betroffene Kinder, die separativ geschult werden, obwohl sie unter vergleichbaren

899 Bildungsbericht 2018, S. 43, Bildungsbericht 2023, S. 38 ff. Mit besonderem Blick auf die kantonalen Unterschiede, mit Blick auf die Erfahrungen der vorangehenden Jahre aber auch relativierend hinsichtlich der tatsächlichen integrativen Wirkung integrativer Schulung siehe SCHNORF, S. 40 f.

900 Bildungsbericht 2018, S. 42.

901 LUDER et. al., S. 2 f. Obwohl die Wissenschaft die integrative Förderung von Kindern mit psychischen Problemen, anderen Behinderung, Lernschwierigkeiten oder Verhaltensauffälligkeiten gegenüber Modellen wie gesonderten Kleinklassen oder Sonderschulen klar befürwortet, ist sie nach wie vor umstritten, was das unterschiedliche Tempo bei der Einführung und auch Rückwärtsentwicklungen erklärt. Vgl. anstatt vieler: HOMANN / SCHMID, passim.

902 Siehe Teil 2 Kap. 3 1 , S. 196.

903 CRC/C/CHE/CO/2-4 vom 26. Februar 2015, S. 12.

Umständen in einem anderen Kanton integrativ geschult würden, benachteiligt.⁹⁰⁴

In beiden Beispielen erscheint es also als gegeben, dass die unterschiedliche Behandlung der Kinder bzw. der Familien aufgrund der unterschiedlichen Kantonszugehörigkeit eine Benachteiligung beinhaltet, womit das erste Kriterium der untersagten Diskriminierung erfüllt ist.

iii Minderheit

Bei der hier zu beurteilenden mutmasslichen Diskriminierung geht es darum, dass die Bevölkerung eines Kantons oder Teile davon mit Blick auf das Diskriminierungsverbot als Minderheit gegenüber der Bevölkerung oder der entsprechenden Bevölkerungsteile eines anderen Kantons einzustufen wäre. Mit Blick auf das Beispiel der integrativen versus separativen Schulförderung von behinderten Kindern ist also nicht die Frage zu stellen, ob Kinder wegen ihrer Behinderung einer Minderheit angehören, was kaum zu bezweifeln wäre.⁹⁰⁵ Sondern es ist die Frage zu stellen, ob sie wegen ihrer Kantonszugehörigkeit eine Minderheit gegenüber Kindern in vergleichbaren Situationen in anderen Kantonen sind.

Allgemein formuliert bezeichnet eine Minderheit eine Gruppe von Menschen, denen ein bestimmtes Merkmal gemeinsam ist, und deren Mitglieder wegen ihrer Zugehörigkeit zu eben dieser Gruppe einem erhöhten Risiko bestimmter Benachteiligungen ausgesetzt sind, die durch die Rechtsordnung entweder direkt oder indirekt geschaffen oder zementiert werden beziehungsweise verhindert oder gemildert werden können.⁹⁰⁶

Kann die Kantonszugehörigkeit ein erhöhtes Risiko der Schlechterstellung nach sich ziehen? Betrachtet man die erwähnten Unterschiede im Bereich der finanziellen Unterstützung von Familien, erscheint das zunächst plausibel.⁹⁰⁷ Allerdings ist die staatliche Unterstützung von Familien nur ein Aspekt aus einem ganzen System der finanziellen Belastung und der Einkommensumverteilung, das in jedem Kanton ganz anders aussieht. Wie bereits festgestellt, unterstützt der

904 Welche Art der Schulung für welche persönliche Situationen eines Kindes eine Benachteiligung darstellt, wird an dieser Stelle nicht beurteilt, sondern es wird festgestellt, dass in den hier betrachteten Fällen die individuelle Situation des Kindes nicht das Kriterium für die Unterscheidung ist, sondern nur die Kantonszugehörigkeit, verglichen mit Kindern in vergleichbaren individuellen Situationen in anderen Kantonen. Es könnte in gewissen Fällen durchaus auch sein, dass die integrative Schulung für das Kind weniger vorteilhaft ist, und es in einem anderen Kanton separativ geschult würde, und auch hier wäre die Benachteiligung aufgrund der Kantonszugehörigkeit gegeben.

905 Weiterführend dazu: WALDMANN, S. 326 wie auch S. 316, schliesst bei der Prüfung mit Bezug auf Art. 8 BV nicht aus, dass es rechtmässig sein kann an das sensible Merkmal der Behinderung anzuknüpfen für den Entscheid, ob ein Kind eine Sonderschule besucht oder nicht, wobei er darauf hinweist, dass der Entscheid im Einzelfall analysiert werden muss.

906 Siehe Teil 2 Kap. 3 2 , S. 199 ff.

907 Beispiel unter Teil 3 Kap. 4 II B 1 b i ab S. 234.

Kanton Genf Familien wesentlich grosszügiger als viele andere Kantone. Der Unterschied beträgt bis zu 250 Franken pro Monat pro Kind, also bis zu 3'000 Franken pro Jahr, wobei noch einmalige Unterstützungsbeiträge bei der Geburt hinzukommen. Gleichzeitig kann die Steuerbelastung von Kanton zu Kanton, und auch von Gemeinde zu Gemeinde für eine Familie mit durchschnittlichem Einkommen leicht um mehrere Tausend Franken pro Jahr variieren,⁹⁰⁸ und dazu scharen sich diverse andere Unterschiede, die teilweise in der unterschiedlichen Gesetzgebung liegen (wie zum Beispiel die kantonalen Entlastungsbeiträge an Private für die Prämien der obligatorischen Krankenversicherung) und teilweise aus den verschiedenen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Kantone resultieren – wie zum Beispiel die unterschiedlichen Kosten für eine Wohnung, die externe Kinderbetreuung oder unterschiedliche Löhne für dieselben Tätigkeiten – sei es bei privaten oder öffentlichen Arbeitgebern.

Vergleicht man also das Einkommen, das einer Durchschnittsfamilie nach allen obligatorischen und notwendigen Ausgaben übrig bleibt, so ändert sich das Bild vollends: Der in Sachen Familienunterstützung grosszügigste Kanton Genf gehört zu den aus finanzieller Sicht für Familien unattraktivsten Wohnkantonen der Schweiz.⁹⁰⁹ Demgegenüber zahlt Glarus nur das bundesgesetzlich vorgesehene Minimum an Unterstützungsbeiträgen an Familien aus – gehört aber aus finanzieller Gesamtbetrachtung zu den attraktivsten Wohnorten für Familien.

Der Standpunkt, dass Kinder in einem Kanton, der tiefe Familienunterstützung ausbezahlt, zu einer besonders gefährdeten Minderheit gehören und darum der Gefahr der Diskriminierung ausgesetzt sind, kann also nicht in allgemeiner Form vertreten werden. Andererseits zeigen Studien aber, dass Einkommenssituation und Bildungschancen miteinander verknüpft sind.⁹¹⁰ Da der Wohnort einen wichtigen Einfluss auf die Einkommenssituation ausübt, kann daher auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Kinder eines Kantons gefährdeter sind als jene eines anderen Kantons, dass ihre Chancengleichheit wegen der Einkommenssituation ihrer Familie beeinträchtigt ist. So betrachtet ist nicht gänzlich ausgeschlossen, dass die Kantonszugehörigkeit ein Kriterium

908 Übersicht der Steuerbelastung 2018 hier:
<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/steuerstatistiken/fachinformationen/steuerbelastungen/steuerbelastung/karten-kantone-2018.html> und hier:
<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/steuerstatistiken/fachinformationen/steuerbelastungen/steuerbelastung/steuerbelastung-in-den-kantonshauptorten-2018.html>

909 Eine anschauliche Zusammenfassung der verfügbaren Daten bietet die alle fünf Jahre erstellte Studie der Crédit Suisse: Verfügbare Einkommen 2016, Abrufbar https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/news-and-expertise/articles/12/RDI_2016_DE.pdf oder bei fehlender Verfügbarkeit über https://web.archive.org/web/20210627130959/https://www.credit-suisse.com/media/assets/corporate/docs/news-and-expertise/articles/12/RDI_2016_DE.pdf

910 FÖLLMI / MARTÍNEZ, S. 21 f.

darstellt, das zu einer Diskriminierung i. S. von Art. 2 Abs. 1 KRK führen kann.

Beim anderen Beispiel der unterschiedlichen schulischen Unterstützung von behinderten Kindern stellt sich die Frage, ob diese spezifische Gruppe von Kindern eines Kantons verglichen mit der nach dem gleichen Kriterium definierten Gruppe von Kindern in einem anderen Kanton besonders gefährdet ist, benachteiligt zu werden. Geht man davon aus, dass die integrative Unterstützung für die behinderten Kinder ein Vorteil ist, so scheint auch dies auf den ersten Blick plausibel, da festgestellt wurde, dass die Kantone unterschiedliche Praktiken kennen und je nach konkretem Fall behinderte Kinder mit denselben Voraussetzungen in einem Kanton in denselben Klassen zur Schule gehen, wie alle anderen Kinder, und dort spezielle Unterstützung erhalten, während sie in einem anderen Kanton in Sonderklassen oder Sonderschulen gefördert würden.⁹¹¹

Doch auch dieser Befund, dass in einer gewissen Weise behinderte Kinder in einem Kanton stärker gefährdet sind, benachteiligt zu werden, als in einem anderen Kanton, und damit eine der potentiellen Diskriminierung ausgesetzte Minderheit darstellen, ist zu relativieren. Die Unterschiede in den Erziehungssystemen der Kantone unterscheiden sich wiederum in einer ganzen Reihe von Aspekten, und jener der integrativen Förderung von Kindern mit verschiedenen schulischen Voraussetzungen oder Behinderungen ist nur einer davon, und ein Gesamtbild kann sich nur aus dem Zusammenspiel mit allen anderen relevanten Variablen der einzelnen Schulungssysteme ergeben.⁹¹² Der Aspekt der integrativen versus separativen Schulung hat isoliert betrachtet also nur eine eingeschränkte Aussagekraft, und es kann nicht aus ihm alleine geschlossen werden, dass die Förderung in einem Kanton für eine bestimmte Kategorie von Kindern besser ist als in einem anderen. Aber er ist natürlich ein wichtiger Aspekt, der zumindest auf eine Tendenz hinweisen kann.

Die Kantonszugehörigkeit ist sicher nicht ein klassisches Merkmal wie Religionszugehörigkeit oder Hautfarbe, das eine Personengruppe bzw. Kindergruppe zu einer Minderheit macht in dem Sinne, dass die Gruppe besonders verletzlich ist, um benachteiligt zu werden. Bei genauerer Betrachtung kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Zugehörigkeit bzw. der Wohnort in einem bestimmten Kanton Kinder mit

911 Siehe Teil 3 Kap. 4 II B 1 b i, S. 234.

912 Vgl. FELOUZIS / CHARMILLOT, S. 11 und passim., MEYER, Bildungschancen, S. 64 ff., DELLENBACH / HUPKA / STALDER, Z. B. S. 34, 39 und passim., Bildungsbericht 2018, Z. B. S. 42 f., 61 f., 68 und passim. Sowie Bildungsbericht 2023, S. 34, S. 38 ff. und passim. Auch in Kanada mutmasst das Kinderrechtskomitee, dass die föderale Staatsstruktur zu Unterschieden bei der Gewährung von Kinderrechten führt: «[...] the absence of overall coordination results in significant disparities in the implementation of the Convention across the State party's provinces and territories» (Committee on the Rights of the Child, Sixty first session, CRC/C/CAN/CO/3-4, vom 5. Oktober 2012, S. 3). «There is great disparity among the different provinces and territories of the State Party [Canada] in access to inclusive education, with education in several provinces and territories being mostly in segregated schools [...]» (S. 14). Vgl. für Kanada auch FN 5

ansonsten gleichen Voraussetzungen in eine Situation bringt, in der ihre Entwicklungschancen schlechter sind als in einem anderen Kanton. Insofern kann argumentiert werden, die Kantonszugehörigkeit erfülle die Voraussetzungen eines Kriteriums gemäss Art. 2 Abs. 2 KRK, «*other Status*», womit eine Unterscheidung wegen dieses Kriteriums eine Diskriminierung begründen kann. Damit würde die Kantonszugehörigkeit unter Umständen eine Minderheit beschreiben, die einer Herabwürdigung besonders ausgesetzt ist. Die Möglichkeit, dass wegen der Kantonszugehörigkeit eine Diskriminierung vorliegt, ist also mit Blick auf das Kriterium der Minderheit zumindest nicht auszuschliessen.

iv Herabwürdigender Zusammenhang

Die Frage stellt sich, ob eine Benachteiligung für ein bestimmtes Individuum darum besonders schwer erträglich ist und es in seiner Würde betrifft, *weil* dieses Individuum einer bestimmten Minderheit angehört, indem es zu den Einwohnern eines bestimmten Kantons gehört.⁹¹³

Die unterschiedlichen Behandlungen ergeben sich aus unterschiedlichen Rechtssystemen. Diese unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich des einen Gesetzes, aufgrund dessen ein Kind durch mehr oder weniger Familienförderungsgelder unterstützt wird, und aufgrund dessen die schulische Unterstützung bei besonderen Bedürfnissen unterschiedlich gestaltet ist. Sondern die Gesetze sind auch unterschiedlich hinsichtlich der Steuerfüsse, der Nachbarrechte, der Kinderkrippen, der Lehrpläne, der Entlohnung von Staatspersonal, der Strassenverkehrsgestaltung, des Gesundheitswesens und sogar hinsichtlich der über das Mindestmass hinausgehenden sozialen Grundrechte⁹¹⁴ sowie der politischen und administrativen inneren Organisation⁹¹⁵ – um einige Beispiele zu nennen.⁹¹⁶ Dass es solche Unterschiede geben kann, ja soll, ist in grundsätzlicher Weise von der Mehrheit des Stimmvolkes der schweizerischen Eidgenossenschaft sowie der Mehrheit der Stimmvölker in der Mehrheit der Kantone anerkannt worden, indem diese anlässlich des obligatorischen Referendums der Schweizer Bundesverfassung zugestimmt haben.⁹¹⁷

Innerhalb jedes einzelnen Kantons wiederum sind die Verfassungen und Gesetze demokratisch legitimiert, indem alle

913 Vgl. Teil 2 Kap. 3 3 , S. 204.

914 So gewährt in dieser Ausdrücklichkeit einzigartig die Kantonsverfassung von Genf ein Grundrecht auf ausreichende, pluralistische Information: «*Toute personne a droit à une information suffisante et pluraliste [...]*» (Art. 28 Abs. 4 Constitution de la République et canton de Genève vom 14. Oktober 2012, SR 131.234).

915 Dazu insbesondere unter Teil 1 Kap. 3 V , S. 120

916 Zur Kompetenzverteilung siehe unter Teil 1 Kap. 3 IV A , S. 91 ff.

917 Siehe Teil 1 Kap. 3 VI A , S. 123. Wobei die eigenen Kompetenzen der Kantone und ihre Staatlichkeit gar zur originären Legitimationsgrundlage der Bundesverfassung und des Bundesstaats gehören und damit sogar nach einem zustimmenden Referendum die Zusammenführung zu einem Zentralstaat nicht demokratisch legitimiert wäre, sondern einen revolutionären Akt darstellen würde gemäss Teil 1 Kap. 3 II , S. 82.

Kantonsverfassungen demokratisch sein und durch das Volk angenommen werden müssen, wie Art. 51 Abs. 1 BV es in grundsätzlicher Weise vorschreibt.⁹¹⁸ Aus diesen gesetzlichen Grundlagen gehen die Unterschiede zwischen den Kantonen hervor. Dass Menschen in verschiedenen Rechtssystemen leben und entsprechend unterschiedliche Rechte und Pflichten geniessen, ist in grundsätzlicher Weise vom Völkerrecht anerkannt. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker kann nur verwirklicht werden, wenn diese Völker auch autonom sind, sich ihre eigenen Regeln aufzuerlegen, die sich von Regeln anderer Rechtskreise unterscheiden.⁹¹⁹ Das Selbstbestimmungsrecht der Völker wird von der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen sogar als völkerrechtliches *ius cogens* betrachtet.⁹²⁰

Dass eine Person bestimmte Rechte und Pflichten hat aufgrund der Zugehörigkeit zu einem gewissen Rechtskreis, und diese sich unterscheiden von den Pflichten und Rechten in anderen Rechtskreisen, ist grundsätzlich weder herabsetzend, absondernd noch ausgrenzend. Die Behandlung erfolgt für alle Individuen in derselben Situation im gleichen Rechtskreis gleich, und zwar gemäss den Regeln, die sich die Angehörigen dieses Rechtskreises selbst gegeben haben – natürlich immer vorausgesetzt, dass diese Regeln übergeordnetem Recht entsprechen, wozu namentlich Grund- und Menschenrechte gehören, die durch die Bundesverfassung oder das Völkerrecht garantiert sind. Es liegt also zwischen der Benachteiligung und der Gruppenzugehörigkeit (Minderheit) kein Zusammenhang vor, der die Benachteiligung als herabwürdigend erscheinen liesse.

v Rechtmässigkeitstest

Der Rechtmässigkeitstest erübrigt sich zwar, da bereits nach der Prüfung des Kriteriums des Zusammenhangs festgestellt wurde, dass der Tatbestand der Diskriminierung nicht erfüllt ist. Dennoch sei hier der Vollständigkeit halber darauf eingegangen.

Liegen «*triftige und ernsthafte Gründe*» vor, welche eine in tatsächlicher Hinsicht ungleiche Behandlung rechtfertigen und daher (zusätzlich) verhindern, dass die ungleiche Behandlung in den vorliegenden Fällen nicht als verbotene Diskriminierung zu qualifizieren ist? Liegen also Gründe vor, die eine Benachteiligung, welche zunächst wegen der Zugehörigkeit zu einer Minderheit als herabwürdigend erscheint, so triftig

918 Siehe dazu Teil 1 Kap. 3 V B ,S. 121 ff.

919 Teil 3 Kap. 4 II B 3 b S. 250 ff.

920 Vgl. Teil 1 Kap. 1 VIII , S. 31 ff., Verweis in FN 96

und ernsthaft zu erklären, dass sie im Ergebnis doch nicht herabwürdigend wirken?⁹²¹

Der einzige Grund, den wir hier betrachten, der die allfällige Diskriminierung verursacht und gleichsam auch seine Rechtmässigkeit begründen könnte, ist die Tatsache, dass ein Kind auf einem Territorium lebt, welches eine bestimmte Gesetzgebung hat, und dass diese Gesetzgebung nicht jener entspricht, welche auf anderen Territorien gelten. Zugespißt ausgedrückt kann die Frage gestellt werden, warum eine Andersbehandlung zweier Kinder, eines aus dem schweizerischen Kanton Jura und das andere aus dem angrenzenden französischen Département Doubs oder des etwas weiter westlich gelegenen Départements Jura weniger diskriminierend sein soll, als die Andersbehandlung zwischen demselben Kinde aus dem Kanton Jura mit einem Kind aus dem Berner Jura, also jenes Teils der Jura-Region, der dem Kanton Bern angehört. Dieser Vergleich führt uns aber wieder zum Ausgangspunkt zurück. Immerhin kann festgehalten werden, dass die eine Andersbehandlung aufgrund der Zugehörigkeit zu verschiedenen Hoheitsgebieten nicht als Diskriminierung gilt und damit rechtmässig ist, wenn die verschiedenen Hoheitsgebiete verschiedenen Völkerrechtssubjekten entsprechen.

Das scheint auf den ersten Blick aber nicht gegeben zu sein. Denn Völkerrechtssubjekt ist die Schweiz in erster Linie als Ganze, auch wenn den Kantonen je nach Lesart eine begrenzte Völkerrechtssubjektivität zugestanden wird.⁹²² Dennoch muss es aber auch das Völkerrecht erlauben, dass Teilstaaten von Bundesstaaten eigene voneinander unabhängige Kompetenzbereiche haben, und diese Kompetenzbereiche wären keine solchen, würden sie sich nicht auch unterschiedliche Rechte und Pflichten für die Einwohner dieser Teilstaaten bewirken. Dies ergibt sich namentlich aus dem Recht auf Selbstbestimmung der Völker.⁹²³ Würde das Diskriminierungsverbot Unterschiede in Bundesstaaten verbieten, würde damit ein wichtiger Teil des Selbstbestimmungsrechts der Völker aufgehoben, nämlich das Recht, die interne Organisation des Staates selbst zu bestimmen, was auch die Organisation als Bundesstaat einschliesst. Das aufzuheben kann nicht der Sinn der Diskriminierungsverbote sein. Insofern ist davon auszugehen, dass das Völkerrecht die unterschiedliche Kantonszugehörigkeit als triftigen, objektiven, ernsthaften Grund

921 ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 110 ff., lehnt es vehement ab, eine Diskriminierung zu «erlauben», weil sie «vernünftig» sei. Gemäss ihm darf das Recht auf Nicht-Diskriminierung nicht vom Verhältnismässigkeitsprinzip abhängen. Das ist aber bei der hier mit dem Namen Rechtmässigkeitstest bezeichneten Erwägung genau genommen nicht der Fall: Es geht darum, festzustellen, dass keine Diskriminierung vorliegt, weil keine Benachteiligung vorliegt, und nicht, dass eine Diskriminierung rechtens oder «vernünftig» ist.

922 KLEY / PORTMANN, Rz. 18 ff., gestehen den Kantonen qua BV eine eigene partielle Völkerrechtssubjektivität zu und verweisen dafür auf die Dissertation von BAUMANN, der seinerseits (ausgehend von der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Bundes auch für Akte der Kantone) von der alleinigen Völkerrechtssubjektivität des Bundes spricht.

923 Siehe Teil 3 Kap. 4 II B 3 b, S. 250.

anerkennt, der eine Andersbehandlung, ja Benachteiligung, erlaubt, sofern diese nicht aus anderen Gründen diskriminierend ist.

c *Fazit: Keine Diskriminierung*

Die Auslegung nach dem Sprachgebrauch führt zum Ergebnis, dass eine Ungleichbehandlung zweier Kinder allein aufgrund ihrer Kantonszugehörigkeit keine Diskriminierung darstellt, sofern die in Frage stehende benachteiligende Behandlung nicht aus anderen Gründen diskriminierend ist.

Aufgrund der ersten zwei Kriterien der Benachteiligung und der Minderheit konnte eine Diskriminierung zwar nicht ausgeschlossen werden. Doch das Kriterium des Zusammenhangs zwischen Benachteiligung und Zugehörigkeit zur Minderheit, welches der Benachteiligung den herabwürdigenden Charakter gibt, war nicht gegeben. Die Benachteiligung muss jedoch herabwürdigend sein, um diskriminierend zu wirken. Es kann daher festgehalten werden, dass eine Behandlung, auch wenn sie eine Benachteiligung beinhalten sollte, an sich nicht herabwürdigend und damit herabsetzend und aussondernd wirkt, wenn sie sich allein aus der Kantonszugehörigkeit ergibt, da dieses Kriterium die Andersbehandlung nicht als Herabwürdigung erscheinen lässt. Zusätzlich ist davon auszugehen, dass das Selbstbestimmungsrecht der Völker eine bundesstaatliche innere Organisation des Staates erlaubt, und damit Unterschiede aufgrund unterschiedlicher Kantonszugehörigkeit als begründet betrachtet werden können, womit die Unterschiede auch aus diesem Grund nicht als Herabwürdigung bzw. Diskriminierung einzustufen sind.

2 **Spätere Übung oder Übereinkunft**

Eine spätere zwischenstaatliche Übung oder Übereinkunft kann gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a und b VRK allenfalls die Interpretation des Staatsvertrags beeinflussen. Eine solche Vereinbarung, ist zunächst nicht ersichtlich. Hingegen hat sich das UNO-Kinderrechtskomitee hinsichtlich der kantonalen Unterschiede geäussert, und der Bundesrat hat, die Schweiz als Vertragsstaat vertretend, darauf geantwortet.

Dies geschah insbesondere, als es anlässlich einer Anhörung der Schweizer Delegation um die Umsetzung des Diskriminierungsverbots ging, und die die Vertreter des Komitees kritisierten, dass Familien in verschiedenen Kantonen unterschiedlich hohe Unterstützungsbeiträge bekämen, dass nur in einige Kantonen physisch behinderte Kinder in die Normalschulen integriert würden, und dass die Kantone unterschiedliche Systeme im Erziehungswesen oder in der religiösen Erziehung kannten. Art. 28 KRK gebe allen Kindern das Recht auf Erziehung und Chancengleichheit.⁹²⁴ In der abschliessenden Zusammenfassung wird daher der Schweizer Regierung aufgetragen, sie möge das nötige unternehmen, damit solche Disparitäten eliminiert würden, welche das Komitee für

924 CRC/C/SR.791 vom 3. Juni 2002, Rz. 31 ff. Zitate siehe S. V.

diskriminierend hielt. Weiter sei in der nächsten Berichtsperiode über die Fortschritte Rechenschaft zu geben.⁹²⁵

Diesen Bericht erstattete der Bundesrat 10 Jahre später und zählte eine grosse Anzahl von Projekten und Massnahmen auf, die gegen Diskriminierungen ergriffen worden seien. Der Fokus lag dabei auf Projekten gegen faktische und rechtliche Rassendiskriminierungen und Diskriminierungen im Immigrations- und Integrationsbereich, da das Kinderrechtskomitee auch in diesem Problemfeld Verbesserungen gefordert hatte. Auf die Unterschiede zwischen Kantonen ging der Bericht des Bundesrats hingegen nicht ein. Vielmehr subsummierte er unter den Massnahmen, die zur Umsetzung der KRK ergriffen worden seien, auch eine Vielzahl kantonaler Projekte und kantonaler Gesetze zur Bekämpfung von Rassismus und Diskriminierung.⁹²⁶ Diese kamen naturgemäss wiederum nur Kindern in den betreffenden Kantonen zugute und damit nicht allen Kindern auf dem ganzen Staatsgebiet der Schweiz gleichermassen – trotzdem beschrieb sie der Bundesrat als Massnahmen zur Umsetzung der KRK. Dass die Massnahmen wegen ihrer kantonalen Unterschiede eine andere Art der Diskriminierung gar verstärken könnten, wurde durch den Bundesrat nicht in Erwägung gezogen.

Die Frage stellt sich, ob solchen Interaktionen zwischen dem Kinderrechtskomitee und der Schweizer Regierung als spätere Praxis i. S. von Art. 31 Abs. 3 lit. b VRK eine Bedeutung bei der Auslegung der VRK zuzumessen ist. Gemäss Art. 45 lit. d KRK gibt das Kinderrechtskomitee insbesondere Empfehlungen ab. Durch das Abkommen haben sich die Unterzeichnerstaaten aber nicht verpflichtet, die Praxis des Komitees umzusetzen. Dennoch könnte die Spruchpraxis des Komitees die Interpretation der Konvention beeinflussen hinsichtlich der gestellten Frage, ob unterschiedliche Gewährleistungen von Kinderrechten zwischen Gliedstaaten bzw. Kantonen Diskriminierungen, bzw. «*discriminatory disparities*»⁹²⁷ darstellen oder nicht.

Die ILC bezeichnet die Expertenkommissionen, zu denen auch das Kinderrechtskomitee gehört, als «*Expert Treaty Bodies*.» Die Interpretationsvorschriften in Art. 31 und 32 VRK gehen nicht spezifisch auf diese Kommissionen ein. Allerdings könnte diese Praxis als Teil der «*supplementary means of interpretation*» i. S. von Art. 32 VRK oder – noch verbindlicher – als «*subsequent practice*» i. S. von Art. 31 VRK gewertet werden. Nach eingehender Studie der Staatenpraxis sowie jener des ICJ und nach Einholung des Feedbacks der Völkerrechtssubjekt äusserte sich die ILC im Jahre 2018 ausführlich dazu, was als «*subsequent agreements*» und «*subsequent practice*» gemäss Art 31 und 32 VRK gelte, und namentlich auch zur Frage nach der Bedeutung von Äusserungen der *Expert Treaty Bodies* bei der Interpretation von völkerrechtlichen Verträgen:

A pronouncement of an expert treaty body may give rise to, or refer to, a subsequent agreement or subsequent practice by

925 CRC/C/15/Add.182 vom 13. Juni 2002, Rz. 22 f.

926 Kinderrechtsbericht 2, Rz. 65 ff.

927 CRC/C/15/Add.182 vom 13. Juni 2002, Rz. 22.

*parties under article 31, paragraph 3, or subsequent practice under article 32. Silence by a party shall not be presumed to constitute subsequent practice under article 31, paragraph 3 (b), accepting an interpretation of a treaty as expressed in a pronouncement of an expert treaty body.*⁹²⁸

Die Stellungnahmen des Kinderrechtskomitees geben also grundsätzlich keine Vorgaben für die Interpretation der KRK,⁹²⁹ solange sie nicht durch einen zusätzlichen Akt der betroffenen Staaten anerkannt worden sind.⁹³⁰ Und das teilweise Schweigen durch die Schweiz zur Kritik oder zu den Empfehlungen kann nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Auslegung des Diskriminierungsverbots der KRK durch dieses «*Expert Treaty Body*», also das Kinderrechtskomitee, durch die Schweiz in verbindlicher Weise akzeptiert worden ist.⁹³¹ Damit ist die Haltung des Kinderrechtskomitees, dass interkantonale Unterschiede «*discriminatory disparities*» sein können, nicht massgebend für die Interpretation des Diskriminierungsverbots der KRK. Die Stellungnahmen des Komitees beeinflussen also die zwischenstaatlich verbindliche Interpretation des Diskriminierungsverbots nicht. Es kann ihnen folglich auch keine Antwort entnommen werden zur Frage, ob die Schweiz dadurch, dass sie

928 ILC 2018, subsequent practice, S. 90. Ebenso KANETAKE, S. 218.

929 Obwohl naheliegenderweise in der Literatur gerne auf die Stellungnahmen des Kinderrechtskomitees Bezug genommen wird für Auslegungsfragen, so z. B. LAVALLÉE, S. 49 ff.

930 Vgl. Teil 1 Kap. 1 VII, S. 25.

931 Zum Unterschied zwischen der Praxis von Organen der UNO und jener von Expert Treaty Bodies siehe DÖRR, Art. 31 VRK, Rz. 85 f., S. 600. Er weist jedoch darauf hin, dass «*subsequent practice*» ein Teil der authentischen Auslegung sei, also der Auslegung durch die Vertragsparteien selbst, welche auf einer Einigung durch die Parteien beruhe (Rz. 87, S. 601).

Unterschiede zwischen Kantonen in Bereichen der Kinderrechte zulässt, das Diskriminierungsverbot der KRK verletzt oder nicht.⁹³²

3 Weitere anwendbare Völkerrechtssätze

Das richtige Verständnis des Wortlauts durch Interpretation wird gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c VRK auch durch andere zwischen den Vertragsparteien anwendbare, einschlägige Völkerrechtssätze beeinflusst. Diese können sämtlichen Völkerrechtsquellen entspringen, namentlich Staatsvertragsrecht zwischen denselben Vertragsparteien, Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsprinzipien.⁹³³ Da es sich bei Menschenrechtsverträgen um multilaterale Verträge handelt und sich Differenzen um die Vertragsauslegung kaum zwischen einzelnen Staaten sondern regelmässig zwischen Staaten und natürlichen Personen (oder allenfalls «*Expert Treaty Bodies*»⁹³⁴) ergeben, kommen als relevantes Staatsvertragsrecht ebenfalls multilaterale Verträge zwischen denselben Vertragsparteien infrage,⁹³⁵ mitunter also namentlich UNO-Übereinkommen. Dass Regeln des Völkerrechts, welche in dem zu interpretierenden Vertrag nicht ausdrücklich genannt sind, eine Rolle spielen, ergibt sich aus dem Prinzip von Treu und Glauben, indem jede Vertragspartei davon ausgehen

932 Dabei müsste auch die Methodologie der Vertragsinterpretation durch diese Expert Treaty Bodies genauer analysiert werden.

MECHLEM, S. 919 ff. und 930 ff., identifiziert ein Defizit der Treaty Bodies, indem diese die Menschenrechtsverträge nicht systematisch gemäss den Regeln der VRK auslegen. Sie sieht darin eine Schwächung des Schutzes der Menschenrechte. So auch ABRAMSON, Art. 2 CRC, Rz. 248 ff., der zudem die Praxis des Komitees erdrückend inhaltlich und methodologisch kritisiert.

Das Committee on International Human Rights Law and Practice (1997–2008) der International Law Association gelangte in seinem ILA Report 2004 zur Auffassung, «[...] *that most courts have recognised that, as expert bodies entrusted by the States parties with functions under the treaties, the treaty bodies' interpretations deserve to be given considerable weight in determining the meaning of a relevant right and the existence of a violation.*» (Rz. 175). KANETAKE, S. 231, teilt diesen Befund aber nicht und stellt nach seiner Analyse einer grösseren Anzahl innerstaatlicher Urteile fest, dass die Akzeptanz durch innerstaatliche Gerichte der Interpretationen von Treaty Bodies sehr unterschiedlich ausfällt. Eine direkte Beeinflussung der Auslegung auf innerstaatlicher Ebene durch Äusserungen der Treaty Bodies ist selten feststellbar. Etwas häufiger benützen die innerstaatlichen Gerichte die Äusserungen als zusätzliches Argument für die Nutzung ihres eigenen, innerstaatlich vorgegebenen Interpretationsspielraums. SCHMAHL, Handkommentar, S. 458, Rz. 27 spricht hingegen unter Verweis auf andere Studien davon, dass die Empfehlungen zwar oft umgesetzt werden, dass das Individualbeschwerdeverfahren aber dennoch eine notwendige Ergänzung der KRK wäre.

933 Vgl. ILC, Fragmentation, RZ 17 ff., sowie BROEKHUIJSEN, S. 3 ff. Zu den Völkerrechtsquellen im Allgemeinen siehe Teil 1 Kap. 1 III 14 ff.

934 Näheres dazu unter Teil 3 Kap. 4 II B 2 S. 243 ff.

935 Zur Frage, zwischen welchen Staaten ein Vertrag abgeschlossen sein muss, damit er für die Interpretation eines multilateralen Vertrags bei der Anwendung auf einen bestimmten Disput relevant ist, siehe LINDERFALK, Parties.

darf und muss, dass sich die anderen Parteien an ihre grundsätzlichen völkerrechtlichen Pflichten halten.⁹³⁶ Betrachtet werden in der Folge zwei wichtige Rechte bzw. Rechtsprinzipien, die sich aus verschiedenen Völkerrechtsquellen ergeben, und die allenfalls einen Einfluss auf die Auslegung des Diskriminierungsverbots der KRK haben könnten.

a Achtung der Menschenwürde

Als Teil der Prüfung des Tatbestands der Diskriminierung ist bereits darauf eingegangen worden, ob die betrachteten Möglichkeiten der Andersbehandlung einen herabwürdigenden Charakter haben.⁹³⁷ Doch geht die Pflicht zur Achtung der Menschenwürde auch aus verschiedenen anderen Völkerrechtsquellen hervor,⁹³⁸ was allenfalls das Ergebnis beeinflussen könnte.⁹³⁹

Eine besonders oft zitierte Quelle der Menschenwürde ist die allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UNO, deren erster Satz der Präambel mit der *«angeborenen Würde»* des Menschen beginnt, und die in verschiedenen weiteren Artikeln auf die Würde des Menschen Bezug nimmt.⁹⁴⁰ Allerdings ist diese Erklärung eine Resolution der Generalversammlung der Vereinten Nationen und nicht ein Staatsvertrag. Die Generalversammlung kann kein verbindliches Völkerrecht schaffen, sondern sie gibt Empfehlungen ab.⁹⁴¹

Staatsvertraglich bindend ist hingegen die Charta der Vereinten Nationen. Diese erwähnt in der Präambel die Würde der menschlichen Persönlichkeit, aber nur als *«Glauben»* der Völker der Vereinten Nationen. Die Präambel ist nicht rechtsverbindlich, aber immerhin mit Blick auf die Auslegung der Charta allenfalls zu beachten. Doch angesichts der fehlenden Konkretisierung des Begriffs der Menschenwürde kann der Präambel in dieser Hinsicht dennoch nichts Rechtsgestaltendes entnommen werden.⁹⁴²

Mit der Verbindlichkeit eines Staatsvertrags ausgestattet ist ebenfalls der IPBPR. Doch auch dort ist die Menschenwürde in allgemeiner Form nur im programmatischen Teil der Präambel angesprochen. In den rechtsetzenden Artikeln kommt sie nur im Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug in Art. 10 ausdrücklich zur Sprache. Das Verbot von

936 DÖRR, Art. 31 VRK, Rz. 88, S. 602.

937 Siehe Teil 2 Kap. 3 3 , S. 204 ff. sowie Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv , S. 240 ff.

938 Auch in der BV ist die Menschenwürde verankert, indem das Kapitel über Grundrechte mit dem Satz beginnt: *«Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.»* (Art. 7 BV)

939 Zur universellen Bedeutung der Menschenwürde für unsere ganzen Rechtssysteme vgl. HABERMAS, Menschenwürde, S. 347: *«Die Idee der menschlichen Würde ist das begriffliche Scharnier, welches die Moral der gleichen Achtung für jeden mit dem positiven Recht und der demokratischen Rechtsetzung so zusammenfügt, dass aus deren Zusammenspiel unter entgegenkommenden historischen Umständen eine auf Menschenrechte begründete politische Ordnung hervorgehen konnte.»*

940 UNO Resolution 217 A (III) vom 10.12.1948: *«Inherent dignity»*

941 Art. 10 Charta der Vereinten Nationen, SR 0.120.

942 Vgl. MOLINARI, Menschenwürde, Rz 89 mit Verweisen.

grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Strafe in Art. 7 ist ebenfalls Ausdruck der Achtung der Menschenwürde, und dieser Artikel ist gemäss Art. 4 sogar notstandsfest, wobei Art. 4 präzisiert, dass Diskriminierungen allgemein auch nicht durch Notstand gerechtfertigt werden können – was wiederum Ausdruck der Achtung der Menschenwürde ist. Ähnlich sieht es im IPWSKR aus, wo in Art. 13 die Achtung der Menschenwürde in der Schulbildung festgeschrieben ist.

Die EMRK, welche hinsichtlich des Durchsetzungsmechanismus mit dem EGMR für die Schweiz ein besonders starkes internationales Instrument zum Schutze der Menschenrechte darstellt,⁹⁴³ erwähnt die Menschenwürde selbst hingegen nicht ausdrücklich in allgemeiner Form, verbietet aber in Art. 3 unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, und zwar auch in Notstandssituationen gemäss Art. 15 Abs. 2. Ausserdem nimmt die Präambel auf die allgemeine Erklärung der Menschenrechte Bezug, in der die Menschenwürde genannt ist. Und im zusätzlichen Protokoll über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe von 2002⁹⁴⁴ wird die Menschenwürde zwar explizit beim Namen genannt, aber auch nur in der Präambel. Hingegen ist dort von der «vollen Ankerkennung der allen Menschen innewohnenden Würde» die Rede. Dass die Menschenwürde explizit nirgends in rechtsetzender Weise festgeschrieben ist, hält den EGMR allerdings nicht davon ab, sich zur Begründung seiner Urteile direkt auf die Menschenwürde zu beziehen.⁹⁴⁵

In der KRK selbst wird in den rechtsetzenden Artikeln die Menschenwürde des Kindes zwar ebenfalls nicht in allgemeiner Form geschützt, aber es wird in verschiedenen anderen Artikeln auf sie Bezug genommen.⁹⁴⁶

In keinem der erwähnten völkerrechtlichen Verträge kann der Vorschrift zur Achtung der Menschenwürde ein Gehalt entnommen werden, der nicht bereits in der Prüfung der Verletzung des Diskriminierungsverbots nach den hier angewendeten Kriterien enthalten wäre.⁹⁴⁷ Es bleibt zu diskutieren, ob der Achtung der Menschenwürde als allgemeinem

943 Vgl. Teil 1 Kap. 2 III C 4 a S., 58.

944 SR 0.101.093

945 So dient dem EGMR die Menschenwürde z. B. für die Auslegung von Art. 3 EMRK für das Verständnis einer «erniedrigenden Strafe»: «Treatment is considered to be 'degrading' within the meaning of Article 3 when it humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity.» (Svinarenko and Slyadnev v. Russia, applications nos. 32541/08 and 43441/08 vom 17.7.2014 oder z. B. Natig Jafarov v. Azerbaijan, application no. 64581/16 vom 7.11.2019). Oft zitiert wird der Satz «The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.» (346/02, Pretty v. United Kingdom, 29. April 2002, Rz. 65).

946 KRK Art. 23 Abs. 1 zu behinderten Kindern, Art. 28 Abs. 2 hinsichtlich der Durchsetzung schulischer Disziplin, Art. 37 Abs. c im Falle von Freiheitsentzug, Art. 39 über die Opferrechte, Art. 40 Abs. 1 bei Strafverfolgung.

947 Konkret der Prüfung des herabwürdigenden Zusammenhangs zwischen Benachteiligung und Kantonszugehörigkeit, siehe Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv, S. 240.

völkerrechtlichem Rechtsprinzip ein weitergehender Inhalt entnommen werden kann.

Zunächst ist zu klären, ob die Menschenwürde als Rechtsprinzip des Völkerrechts Geltung beanspruchen kann. Sicherlich ist sie insbesondere seit dem zweiten Weltkrieg eine Konstante, und zwar sowohl im Völkerrecht als auch im innerstaatlichen Recht.⁹⁴⁸ Ihre vielfältige Verwendung in verschiedenen Kulturen und Zeitepochen sowie auch in anderen Disziplinen wie Philosophie, Medizin oder Biologie macht es aber praktisch unmöglich, dem Begriff einen allgemein anerkannten und präzise umschreibbaren Gehalt zu verleihen.⁹⁴⁹ Das zeigt sich nur schon darin, dass die Menschenrechte in diversen Abkommen verbindlich einzeln vereinbart werden und der Gehalt der einzelnen Rechte nicht in jedem Übereinkommen deckungsgleich sind, obwohl *«sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten,»* wie es in der Präambel UN-Antifolterkonvention⁹⁵⁰ steht. Etwas überspitzt ausgedrückt hätte man auf die Formulierung von einzelnen Menschenrechten in multinationalen Abkommen verzichten können, wäre die Würde des Menschen ein völkerrechtliches Prinzip, das genügend bestimmt ist, um justiziabel zu sein.

Dennoch ist nicht zu übersehen, dass sich der Begriff der Menschenwürde durch das ganze moderne Völkerrecht zieht. Doch selbst, wenn es als völkerrechtliches Grundprinzip anzuerkennen wäre, könnte auch daraus keine Antwort hergeleitet werden zur Frage, ob eine ungleiche Behandlung aufgrund der Zuständigkeit verschiedener Kantone diesem Prinzip widerspricht oder nicht. Nach dem hier vertretenen Verständnis der Würde im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot ist eine ungleiche Behandlung aufgrund der Zuständigkeit verschiedener Kantone nicht herabwürdigend, es sei denn, die Behandlung an sich sei es aus einem anderen Grund als jener der kantonalen Zuständigkeit.⁹⁵¹ Dieser Sichtweise widerspricht auch kein anderer, allgemein anerkannter Gehalt des Begriffs Menschenwürde, der dem Völkerrecht entnommen werden könnte.

948 Das Bundesgericht geht dazu über, der Menschenwürde eine selbständige justiziable Bedeutung zu geben, so in BGE 130 I 16 E. 3 S. 18, wo beurteilt wurde, ob eine psychiatrische medikamentöse Zwangsbehandlung in das Recht auf Menschenwürde eingreife.

949 Eine regelrechte Kampfschrift gegen die rechtliche Verwendung der Menschenwürde mangels kriterialen Gehalts veröffentlichte KLEY (KLEY, Menschenwürde). Er nennt sie *«ethische Kosmetik»* (S. 21 f.) und führt nach einer langen Reihe von Beispielen der vielfältigen, uneinheitlichen Verwendung des Begriffs aus: *«Die Menschenwürde ist ein beliebig gebrauchtes Wort. Jedes politische Problem kann zu einem Problem der Menschenwürde (hochstilisiert) werden.»* Die versuchte Verwendung der Menschenwürde als Rechtsprinzip führe zu einer Sakralisierung von Politik und Recht und gleiche den *«Verdammungsurteilen der römischen Päpste»* aus der Enzyklika Quanta Cura von 1864 (S. 29). Er macht diese Verwendung der Menschenwürde für den grassierenden Populismus mitverantwortlich (S. 31).

950 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.

951 Siehe Teil 3 Kap. 4 II B 1 b i, S. 234 ff.

b **Selbstbestimmungsrecht, Demokratieprinzip,
Verfassungsautonomie**

Anlässlich der Schriftenwechsel wurde das UNO-Komitee für die Rechte der Kinder (CRC) nicht müde, zu bekräftigen, der Föderalismus dürfe die Vielfalt fördern, Kinder aber nicht de-facto diskriminieren.⁹⁵² Demgegenüber stützte die Schweiz ihre Begründung, warum der Zusammenhang zwischen Benachteiligung und bestimmter Kantonszugehörigkeit nicht herabwürdigend und damit auch nicht diskriminierend sei darauf, dass die Schweiz ein föderal aufgebauter Staat sei und die Kantone hinsichtlich der angesprochenen Ungleichbehandlungen unterschiedliche Rechtskreise darstellen.⁹⁵³

Dieser Standpunkt der Schweizer Vertretung, dass der innere Staatsaufbau letztlich die Anwendung des Diskriminierungsverbots beeinflusst, könnte allenfalls durch weitere völkerrechtliche Regeln gestützt oder geschwächt werden. Deshalb ist abzuklären, ob dem Völkerrecht hinsichtlich der internen Organisation der Staaten und seinem Gewicht hinsichtlich der Auslegung und Anwendung von Völkerrecht zusätzliche Rechtssätze entnommen werden können. Die beiden Elemente des Völkerrechts, die am direktesten auf die innere Ordnung des Staats eingehen, sind das Selbstbestimmungsrecht der Völker und das Demokratieprinzip.

Sowohl des IPWSKR als auch des IPBPR beginnen ihre normativen Teile mit den Sätzen «*All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status [...]*» (Art. 1 Abs. 1 IPBPR und IPWSKR). Schon mit Art. 1 Abs. 2 der UN-Charta hatten die Unterzeichnerstaaten anerkannt, das Recht auf Selbstbestimmung zu achten und in Art. 73 lit. b unter anderem erklärt, dass Selbstbestimmung auch «*self government*» beinhaltet.

Das historische Hauptmotiv für die Einführung dieser Artikel in Menschenrechtskonventionen war der einsetzende Prozess der Dekolonialisierungen.⁹⁵⁴ Die Legitimität der postkolonialen Staatsmacht wurde regelmässig von der internationalen Gemeinschaft überprüft, und zwar namentlich darauf, ob Wahlen in einer demokratischen und damit legitimitätsstiftenden Form abgehalten wurden.⁹⁵⁵ In der Folge wurde das Selbstbestimmungsrecht auch in verschiedenen anderen Konstellationen angerufen, namentlich aber nicht ausschliesslich bei Sezessionsbestrebungen. So berufen sich nationale Minderheiten, die nach Sezession oder stärkerer Unabhängigkeit streben, regelmässig auf ihr

952 Vgl. S. V.

953 Vgl. Teil 2 Kap. 3 3 , S. 204 ff.

954 PETERSEN, S. 83 sowie BOYSEN, S. 428 m. w. V. sowie S. 435 f. Wobei die historischen Wurzeln natürlich viel weiter zurückliegen, auf was an dieser Stelle nicht weiter eingegangen wird. Vgl. dazu etwa FRANCK, S. 53 ff. oder GALLAGHER CUNNINGHAM, S. 11 ff.

955 FRANCK, S. 52.

Selbstbestimmungsrecht.⁹⁵⁶ Nicht weiter verwunderlich, führt die Frage der Abgrenzung dessen, was ein «Volk» («people») ist, das sich auf das Selbstbestimmungsrecht berufen kann, zu vielen Meinungsverschiedenheiten, die aber für die vorliegende Fragestellung nicht relevant sind.

Das Demokratieprinzip liegt namentlich Art. 25 lit. a IPBPR zugrunde: «*Every citizen shall have the right [...] to take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives.*» Der IPBPR wurde durch 173 Staaten ratifiziert. Damit sind nur 24 Staaten übrig, wovon 6 das Abkommen unterzeichnet aber noch nicht ratifiziert haben.⁹⁵⁷ Diese weitverbreitete Gültigkeit des Abkommens stützt den Standpunkt, dass die Inhalte des Abkommens und namentlich das Demokratieprinzip allgemeine völkerrechtliche Anerkennung findet.⁹⁵⁸ Ob aber ohne Zweifel auf globaler Ebene angenommen werden kann, dass eine demokratische Rechtsform als Rechtsprinzip oder gar als völkerrechtliches Gewohnheitsrecht angenommen werden kann, wird an dieser Stelle offengelassen. Denn namentlich China hat zwar unterschrieben aber noch nicht ratifiziert und weitere namhafte Staaten wie Malaysia oder Myanmar stehen noch immer ganz abseits. Damit liegt ein beachtlicher Teil der Weltbevölkerung ausserhalb des Geltungsbereichs des Abkommens. Und ausserdem muss bei vielen anderen Staaten, auch Unterzeichnern, das reale Vorhandensein einer tatsächlich auf Volkswillen basierenden und damit demokratischen Staatsgewalt angezweifelt werden.⁹⁵⁹ An dieser Stelle ist denn aber auch die Frage nach der allgemeinen Anerkennung als Gewohnheitsrecht zu beantworten, sondern nur jene, ob das Demokratieprinzip für die Schweiz aus völkerrechtlicher Sicht angenommen werden kann. Das wiederum kann als gegeben betrachtet werden, da die Schweiz es selbst mit der Ratifizierung des IPBPR anerkannt hat.

Neben den demokratierelevanten Individualrechten wie namentlich der Rechtsgleichheit, der Vereins- und Versammlungs- sowie der Informations- und Meinungsäusserungsfreiheit ist das zentrale, prozedurale Element des Demokratieprinzips aus völkerrechtlicher Sicht das aktive und passive Wahlrecht bzw. die Legitimation von Staatsgewalt durch Wahlen.⁹⁶⁰ Die Unterzeichnerstaaten des IPBPR haben sich somit auf den Grundsatz der durch freie Wahlen charakterisierten Demokratie für ihre innere Staatsorganisation verpflichtet. Auch die Allgemeine Erklärung der

956 GALLAGHER CUNNINGHAM spricht von weltweit über hundert «*stateless nations*», die eine stärkere Selbstbestimmung verlangen.

957 Stand am 18. Februar 2022, Quelle <https://indicators.ohchr.org/>.

958 BUENO, S. 160 f., sieht das Demokratieprinzip nicht nur mit dem Selbstbestimmungsrecht verknüpft, sondern erkennt darin die notwendige Voraussetzung für alle Menschenrecht.

959 Vgl. dazu PETERSEN, S. 61 f. und S. 93, wobei er allerdings noch von Nichtunterzeichnerstaaten wie Pakistan ausging, die unterdessen ratifiziert haben sowie China, das mit der Unterschrift immerhin ein wichtiges Zeichen gegeben hat, die Werte in der Konvention anzuerkennen.

960 PETERSEN, S. 91; BUENO, zusammenfassend S. 158.

Menschenrechte sieht in Art. 21 das Recht auf freie Wahlen der staatlichen Regierung vor.

Die Völker können gemäss dem Selbstbestimmungsrecht zunächst jedes einzeln für sich ihren Platz in der internationalen Völkergemeinschaft wählen – was den externen Aspekt des Rechts beleuchtet. Andererseits sind sie frei, sich intern zu organisieren, wie sie wollen. Das ist der interne Aspekt des Selbstbestimmungsrechts,⁹⁶¹ der nicht nur in den zwei Pakten festgehalten ist, sondern auch zum Völkergewohnheitsrecht gezählt wird.⁹⁶² Daraus abgeleitet wird, quasi als grösster gemeinsamer Nenner,⁹⁶³ das Recht jedes Menschen, an der politischen Macht teilzuhaben – zumindest durch die Teilnahme an Wahlen und die Freiheit, sich zur Wahl zu stellen.⁹⁶⁴

Bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts haben sich die Völker an gewisse Grundregeln zu halten, die das Völkerrecht vorgibt, so besonders natürlich an das zwingende Völkerrecht. Und namentlich jene Völker bzw. Staaten, die sich durch den IPBPR staatsvertraglich darauf verpflichtet haben, müssen sich insofern demokratisch organisieren, als dass ihre Bürger selbst oder durch gewählte Vertreter öffentliche Angelegenheiten mitgestalten und die staatlichen Machtträger in «*echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen*» Wahlen gewählt werden.⁹⁶⁵

Diese Vorgaben hinsichtlich der Staatsform schliessen einen föderalen Staatsaufbau nicht aus. Im Gegenteil muss es geradezu in der Freiheit des selbstbestimmten, demokratisch organisierten Volkes liegen, auch seine interne Organisation und seinen Staatsaufbau selbst zu

961 So festgehalten in der oft zitierten «*Friendly relations*» – Deklaration, die am 24. Oktober 1970 von der UNO-Generalversammlung verabschiedet wurde: «*The principle of equal rights and self-determination of peoples: By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter.*» Und: «*Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State.*» (A/RES/2625 (XXV), 2626 (XXV): Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations)

962 BOYSEN, S. 437 f.

963 Wobei BOYSEN, S. 433, natürlich zutreffenderweise darauf hinweist, dass funktionierende Demokratien auf vielen sozialen Faktoren beruhen, die sich dem rechtswissenschaftlichen Betrachtungswinkel entziehen.

964 FRANCK, S. 59. Allerdings wird die Ableitung des Demokratieprinzips allein aus dem Recht der Völker auf Selbstbestimmung auch kritisiert, so namentlich durch BOYSEN, S. 429 ff. Er sieht in der Unbestimmtheit des Begriffs zwar die Möglichkeit der breiten Anerkennung aber auch die Risiken ungewünschter oder gegenteiliger Entwicklungen (s. auch Konklusionen S. 451 ff.)

965 So beispielsweise auch das Committee on the Elimination of Racial Discrimination in seiner General Recommendation No. 21, Abs. 4, vom 23. August 1996.

bestimmen. Nicht von ungefähr hat die UNO-Generalversammlung diesen Aspekt des Selbstbestimmungsrechts auch als *«unveräusserlich»* bezeichnet.⁹⁶⁶ So betrachtet können auch Menschenrechtsübereinkommen wie die KRK und deren Diskriminierungsverbote das Recht auf die Wahl eine *in casu* föderalen Staatsaufbaus nicht in Frage stellen.⁹⁶⁷ Ansonsten würde die Selbstbestimmung kaum einen Sinn ergeben.

*«There is no single model of democracy.»*⁹⁶⁸ Bestätigt wird diese Aussage durch die Formulierung von Art. 21 Abs. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, die sagt: *«The will of the people shall be the basis of the authority of government.»* Die Selbstbestimmung hinsichtlich der Gestaltung des demokratischen Systems ist zwar nicht unbegrenzt, die Gestaltungsfreiheit ist aber sehr breit und die Limite liegt erst dort, wo die Menschenwürde verletzt wird. Verpönt sind *«all totalitarian and other ideologies and practices, in particular Nazi, Fascist and neo-Fascist, based on racial or ethnic exclusiveness or intolerance, hatred, terror, systematic denial of human rights and fundamental freedoms, or which have such consequences, are incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations.»*⁹⁶⁹

Darüber hinaus verpflichtet Abs. 3 des gemeinsamen Art. 1 IPBRP/IPWSKR die Staaten zusätzlich zur Förderung und zur Achtung des Rechts auf Selbstbestimmung von Völkern, die keinen eigenen Staat besitzen. Zwar war auch dieses Recht zunächst auf Kolonialstaaten ausgerichtet, wie die Formulierung vermuten lässt. Dennoch beschränkt es sich nicht auf Kolonialstaaten. Dezentralisierung und insbesondere Föderalismus sind dabei erprobte und legitime Mittel zur Förderung und zur Achtung der Selbstbestimmung verschiedener Völker oder Teile davon innerhalb eines Staates.⁹⁷⁰

Zusammenfassend kann den völkerrechtlichen Vorgaben hinsichtlich Selbstbestimmung und Demokratie kein Hinweis zur Beantwortung der Frage entnommen werden, ob Andersbehandlungen aufgrund von Kantonszugehörigkeiten diskriminierend sind. Ein föderaler

966 A/RES/2625 (XXV), *«Every State has an inalienable right to choose its political, economic, social and cultural systems, without interference in any form by another State.»*

967 UNO-Menschenrechtskomitee, General Comment No. 25 (57) vom 27. August 1996 zu Art. 25 IPBPR, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, Ziff. 2: *«By virtue of the rights covered by article 1 (1), peoples have the right to freely determine their political status and to enjoy the right to choose the form of their constitution or government. Article 25 deals with the right of individuals to participate in those processes which constitute the conduct of public affairs.»* So auch PAUST, S. 3: *«What is most relevant is the free determination of the political status, not the particular form of that status. Thus, self-determination may result in the formation of a new state, a new bloc of states, or 'any other political status'...»*

968 UN Doc. A/RES/60/1, Resolution der Generalversammlung zum 2005 World Summit Outcome vom 16.9.2005, para. 135.

969 UN Doc. A/RES/36/162, Resolution der Generalversammlung vom 16.12.1981, Preamble, para. 9. Vgl. auch PIPPAN S. 23.

970 GALLAGHER CUNNINGHAM, S. 72 und 107. Verweise auf Literatur mit verschiedenen Ansichten zur Frage, ob Föderalismus geeignet ist zur Konfliktbeilegung: Cunningham, S. 16 FN 47.

Staatsaufbau ist nicht nur legitim, sondern er erfüllt das völkerrechtliche Erfordernis der demokratischen Selbstbestimmung in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist es die Freiheit des Volks des Bundesstaats, seine Staatsstruktur frei zu definieren – und damit auch, den föderalen Staatsaufbau zu wählen. Je nach Motiv und Gestaltung des föderalen Staats ist dieser zudem geeignet dafür, Untergruppen im Staat eine grössere Selbstbestimmung zu verleihen. Durch die Gewährung eigener Kompetenzbereiche, in denen die Einwohner jedes Kantons ihre Rechte und Pflichten selbst definieren, und die sich damit unterscheiden von jenen von anderen Kantonen, wird diese Selbstbestimmung ausgeübt. Sie ist demokratisch legitimiert, blickt auf eine lange und gewichtige historische Entwicklung und Teile davon geniessen präkonstitutionellen Charakter,⁹⁷¹ so namentlich auch der Grundsatz, dass die Kantone eigene Gestaltungsspielräume besitzen.⁹⁷² Zusammengefasst ergibt sich, dass das Völkerrecht mit dem Recht auf demokratische Selbstbestimmung also auch Unterschiede innerhalb eines Völkerrechtssubjekts legitimiert, mehr noch, es deren Existenz sogar suggeriert.⁹⁷³

971 Teil 1 Kap. 3 II , S. 82 und namentlich Teil 1 Kap. 3 VIII , S. 132 sowie auch 0, S. 168

972 Zum Ganzen: Teil 1 Kap. 3 , S. 76 ff.

973 Zum Ganzen vgl. namentlich auch PIPPAN, S. 23 sowie 26 ff.

Teil 4 Föderalismus diskriminiert nicht – Fazit und Empfehlungen

Kap. 1 Unterschiedliche Behandlungen über Kantonsgrenzen hinweg sind gemäss KRK zulässig.

Dass aus innerstaatlicher Betrachtungsweise unterschiedliche Behandlungen im Bereich kantonaler Kompetenzen nicht als Diskriminierungen gelten, ist naheliegend. Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote gehorchen so betrachtet genauso wie innerstaatliche Diskriminierungsverbote dem bundesstaatlichen Staatsaufbau. Sie widersprechen ihm nicht, sondern sie finden die Grenze ihrer Anwendung – hier Vergleichsradius genannt – an den Grenzen des Rechtskreises, und die Rechtskreise können je nach Kompetenzbereich die ganze Schweiz umfassen oder aber nur die Kantone einzeln. Ist letzteres der Fall, liegt eine unterschiedliche Behandlung von Kanton zu Kanton nicht im Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots.

Spannender wird die völkerrechtliche Betrachtungsweise. Die «*jurisdiction*», als der Rechtskreis, innerhalb dessen die Rechte beispielsweise aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (KRK) diskriminierungsfrei auf alle Kinder angewendet werden müssen, umfasst das gesamte Staatsgebiet des Völkerrechtssubjekts. Es liegt nahe, dass völkerrechtliche Gremien in der unterschiedlichen Behandlung zweier Personen innerhalb der Grenzen eines Völkerrechtssubjekts eine Diskriminierung vermuten.

Doch eine verbotene Diskriminierung muss neben der Andersbehandlung eines Kindes auch einen Eingriff in dessen Menschenwürde beinhalten. Darum wurden den kritischen Beobachtungen des Kinderrechtskomitees der UNO zwei Fallkonstellationen entnommen. Anhand von diesen wurde geprüft, ob unterschiedliche Behandlungen innerhalb unterschiedlicher Kantone diskriminierend sind. Die eine Konstellation betraf die unterschiedliche schulische Förderung behinderter Kinder in verschiedenen Kantonen, und die andere die unterschiedlich hohen Bemessungen von staatlichen finanziellen Unterstützungsbeiträgen an Familien.

Diskriminierung ist eine Benachteiligung einer Person, die zu einer Herabwürdigung führt, und zwar aufgrund Zugehörigkeit dieser Person zu einer Minderheit (herabwürdigender Zusammenhang). Die benachteiligte Person muss also zu einer Minderheit gehören. Die Minderheit ist dadurch charakterisiert, dass ihre Angehörigen wegen einer bestimmten Eigenschaft besonders verletzlich sind. Zusätzlich muss beides zusammenhängen, indem die Benachteiligung den wunden Punkt trifft, also genau in einem Bereich erfolgt, in dem die Minderheit besonders vulnerabel ist. Eine Kausalität zwischen der Benachteiligung und der Eigenschaft,

welche die Angehörigen der Minderheit auszeichnet, ist dabei nicht erforderlich. Wenn allerdings triftige, objektive, ernsthafte Gründe für die Andersbehandlung vorliegen, was mittels Rechtmässigkeitstest überprüft wird, ist sie nicht herabwürdigend und damit auch nicht diskriminierend.

Die Andersbehandlung eines Kindes im Kanton A gegenüber einem Kind im Kanton B kann durchaus eine Benachteiligung sein, womit das erste Kriterium in beiden Beispielen als erfüllt angenommen werden kann.

Beim zweiten Erfordernis tauchen erste Zweifel auf. Es stellt sich die Frage, ob ein Kind als einer Minderheit zugehörig gelten kann, weil es in einem bestimmten Kanton wohnt. Auf den ersten Blick scheint das nicht zuzutreffen, da Kantone im Bereich ihrer Kompetenzen als Rechtskreise unterschiedliche aber in sich selbst geschlossene Systeme sind. In diesen sind verschiedenste Aspekte des Zusammenlebens unterschiedlich geregelt und in jedem Kanton anders aufeinander abgestimmt. Das macht nicht die ganze Einwohnerschaft zu einer vulnerablen Minderheit. Ganz ausgeschlossen kann aber nicht werden, dass etwa via den Effekt einer Ghettoisierung die Einwohner eines bestimmten Kantons eher dem Risiko ausgesetzt werden, zum Beispiel aufgrund wirtschaftlicher Rahmenbedingungen schlechtere Chancen zu haben, was dann mit tieferen Familienunterstützungsbeiträgen noch verschärft werden könnte.

Das Erfordernis des herabwürdigenden Zusammenhangs ist jedoch auch dann nicht gegeben, wenn das Erfordernis der vulnerablen Minderheit hätte als erfüllt betrachtet werden können. Eine Person hat bestimmte Rechte und Pflichten im Staat, und diese unterscheiden sich von Staat zu Staat bzw. Kanton zu Kanton. Dies ist grundsätzlich weder herabsetzend, absondernd noch ausgrenzend. Denn diese Behandlungen erfolgen für alle Individuen in derselben Situation im gleichen Rechtskreis gleich und diskriminierungsfrei. Die Zugehörigkeit zur Einwohnerschaft eines Kantons macht die Benachteiligung also nicht zur Herabwürdigung.

Dieser Befund wird bestätigt durch den Rechtmässigkeitstest. Es ist davon auszugehen, dass das Völkerrecht die bundesstaatliche Struktur des Völkerrechtssubjekts und damit die unterschiedliche Kantonszugehörigkeit als triftigen, objektiven, ernsthaften Grund anerkennt, der eine Andersbehandlung, ja Benachteiligung, erlaubt.

Kap. 2 Föderalismusblindheit systematisch mit Vorbehalten oder Interpretationserklärungen begegnen

Der Schweiz wurde zum Vorwurf gemacht, sie diskriminiere Kinder bei der Anwendung von Rechten aus der Kinderrechtskonvention. Die vorliegende Arbeit zeigt auf, dass dies mit Blick auf die beiden betrachteten Szenarien aus rechtlicher Sicht nicht zutrifft. Weder die innerstaatliche Anwendung

des staatsvertraglichen Diskriminierungsverbots noch die völkerrechtliche Betrachtungsweise führen dazu, dass unterschiedliche Behandlungen aufgrund unterschiedlicher Kantonszugehörigkeit als diskriminierend einzustufen sind. Der Grund ist letztlich, dass sich eine bestimmte Behandlung aufgrund kantonaler Vorschriften nicht als herabwürdigend auswirkt. Diese Schlüsse stützen sich auf die Interpretation des Diskriminierungsverbots der KRK ab.

Doch auch im Kontext anderer Menschenrechtsübereinkommen könnte die unterschiedliche Umsetzung in Kantonen zu Beanstandungen Anlass geben. Als Beispiel haben sich die Vertragsstaaten des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) durch seinen Art. 13 Abs. 2 lit. e verpflichtet, «*ein angemessenes Stipendiensystem einzurichten*», das gemäss Art. 2 Abs. 2 nicht diskriminierend sein darf. Die Schweiz hat aber nicht *ein* Stipendiensystem, sondern 26 kantonale Stipendiengesetzgebungen. Immerhin haben sich 22 der 26 Kantone dem Stipendienkonkordat⁹⁷⁴ angeschlossen und damit aus eigenem Antrieb vor allem verschiedene Verfahrensregeln harmonisiert. Sie haben sich auch auf einige inhaltliche Mindeststandards geeinigt, so namentlich auf einen Mindestbetrag für den höchsten jährlichen Stipendienbeitrag (Art. 15). Aber die Abstufung der Stipendienhöhe bleibt kantonal. So kann es sein, dass die Stipendien einer Studentin, die vor dem Studium im Kanton Glarus wohnhaft war, anders bemessen werden als die Stipendien einer gleichaltrigen Studentin, die aus dem Aargau kommt, obwohl sie beide an der Universität Zürich den gleichen Studiengang besuchen und ihre finanziellen Verhältnisse äquivalent sind.⁹⁷⁵ Nebeneinander die gleiche Schulbank drückend, dürfte sich dies für die eine Kommilitonin durchaus diskriminierend anfühlen.

In Analogie zu den voranstehenden Analysen kann auch hier davon ausgegangen werden, dass aus rechtlicher Warte keine verbotene Diskriminierung vorliegt. Und zwar ebenso wenig, wie dies der Fall wäre, wenn diese schweizerischen durch die Kantone bemessenen Stipendien jenen einer dritten hypothetischen Kommilitonin gegenübergestellt würden, welcher die Stipendien durch ihr Heimatland Kanada ausbezahlt würden. Doch bleibt dieses Ergebnis jenes einer juristischen Interpretation der internationalen Übereinkommen. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei einer künftigen Anwendung der genannten Übereinkommen ein nationales oder internationales Organ zu einem anderen Resultat gelangt. Besonders politisch gewählte Gremien, die sich bei ihren Beurteilungen weniger stark auf juristische Kriterien abstützen und für ihre Stellungnahmen auch nicht strikte an solche Kriterien gebunden sind, könnten dazu neigen, zu anderen Auffassungen zu gelangen. So dürften «*Expert Treaty Bodies*» Schwierigkeiten damit haben, Unterschiede

974 Interkantonale Vereinbarung zur Harmonisierung von Ausbildungsbeiträgen vom 18. Juni 2009, <https://www.edk.ch/de/themen/stipendien>

975 Hinweise auf die erheblichen Unterschiede zwischen Kantonen ergeben sich aus der Publikation des Bundesamts für Statistik, Kantonale Stipendien und Darlehen, Rechnungsjahr 2021, Neuenburg 2021, S. 3, Übersicht G6.

innerhalb eines einzigen Vertragsstaats eines Menschenrechtsübereinkommens als diskriminierungsfrei zu akzeptieren.

Es stellt sich die Frage, wie Konflikte zwischen den oben geschilderten Sichtweisen ausgeschlossen werden könnten. *«Die Organe, die über die Vertragsabschlusskompetenz verfügen, haben die wichtige Aufgabe, präventiv den Konflikten zwischen Landes- und Völkerrecht vorzubeugen.»*⁹⁷⁶ Das Problem wäre nicht unbedingt für alle denkbaren Konstellationen gelöst, aber die Ausgangslage wäre sicher klarer, wenn die Schweiz bei der Unterzeichnung der Verträge systematisch Vorbehalte zugunsten der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung angebracht hätte. Ein Vorbehalt würde beinhalten, dass Unterschiede in den Gesetzgebungen der Kantone vorbehalten bleiben, auch betreffend der Umsetzung von individuellen Rechten, welche durch die jeweilige Konvention garantiert sind, solange innerhalb jedes Kantons diskriminierungsfrei umgesetzt wird.⁹⁷⁷ Ähnlich einem Vorbehalte würde alternativ dazu eine Interpretationserklärung klarstellen, dass die Schweiz das Diskriminierungsverbot dahingehend interpretiert, dass es den föderativen Staatsaufbau nicht infrage stellt und kantonale Unterschiede zulässt.⁹⁷⁸ Durch die Formulierung könnte auch nachvollziehbar gemacht werden, dass Kantone innerhalb ihrer Kompetenzbereiche unabhängige Rechtskreise bilden, ähnlich wie Staaten, und dass Unterschiede zwischen Kantonen eine natürliche Folge des föderativen Staatsaufbaus sind, mit dem sich die Schweizer Bevölkerung demokratisch und unter Inanspruchnahme des Selbstbestimmungsrechts der Völker organisiert hat. Man könnte auch ausführen, dass die Unterschiede unter Kantonen für einzelne Einwohner sowohl Vor- als auch Nachteile nach sich ziehen, und dass sie daher grundsätzlich keine Herabwürdigungen und damit auch keine Diskriminierungen darstellen. Es könnte weiter angemerkt werden, dass dies aus Sicht der Schweiz natürlich auch ohne die Erklärung gelten würde.

976 KELLER, S. 723.

977 WALTER, Art. 19 VRK, Rz. 91 ff., S. 295 f. bezeichnet Vorbehalte zugunsten von Regeln des internen Rechts als besonders heikel, und zwar namentlich bei Verträgen, deren Zweck es ja gerade ist, innerstaatliche Situationen zu beeinflussen – wie namentlich Menschenrechtsübereinkommen (Rz. 94 ff., S. 296 ff.). Beim Beispiel von Menschenrechtsübereinkommen ist es der Zweck dieser Verträge, einen Mindeststandard an Individualrechten zu garantieren. Hingegen bezwecken sie nicht, die Staatsordnung der Unterzeichnerstaaten abzuändern. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass der Vorbehalt zugunsten unterschiedlicher Regelungen in Kantonen, die alle den vorgegebenen Mindeststandard der KRK oder anderer Menschenrechtsübereinkommen entsprechen, den *«Sinn und Zweck»* des Übereinkommens nicht tangieren. Anders sähe es aus bei einem Übereinkommen, dessen Zweck gerade darin besteht, eine grenzüberschreitende Vereinheitlichung herbeizuführen. So wäre es wohl beispielsweise sinnwidrig gewesen, einen Vorbehalt zugunsten kantonaler Unterschiede anzubringen zum Übereinkommen über den Strassenverkehr vom 8. November 1968, SR 0.741.10, dessen Zweck in der *«Annahme einheitlicher Verkehrsregeln»* (Präambel) liegt.

978 Zum Unterschied zwischen Vorbehalt und Interpretationserklärung vgl. WALTER, Guide, S. 385.

Im Gegensatz zum Vorbehalt wäre eine Interpretationserklärung weniger verbindlich, aber sie würde dafür dem Effekt vorbeugen, dass im Bereich von Übereinkommen, welche nicht mit diesem Vorbehalt ausgestattet sind, erst recht Diskriminierungen angenommen werden.

«*Expert Treaty Bodies*» könnten natürlich den Vorbehalt oder die Interpretationserklärung überprüfen und auch kritisieren.⁹⁷⁹ Das würde aber wenigstens die Diskussion über die diskriminierungsfreie Umsetzung von Menschenrechten im Bundesstaat auf eine von Einzelfällen unabhängige Ebene heben, was letztlich die Akzeptanz der föderalistischen Praxis stärken und auch deren Vorteile bei der Garantie von Menschenrechten in die Waagschale bringen könnte. Im Bereich der KRK hätte der Vorbehalt der Schweizer Delegation jedenfalls einigen Erklärungsbedarf erspart, und vielleicht auch etwas das Gefühl, rechtfertigen zu müssen, was von den Menschenrechtsgremien als «*De-Fakto-Diskriminierung*»⁹⁸⁰ von Kindern betrachtet wird.

979 Dazu BESSON, 1102 ff.

980 Referenz in FN 4.

Zusammenfassung ausgewählter Ergebnisse

1 Föderalismus diskriminiert im Grundsatz nicht, der «Föderalismusblindheit» sollte aber präventiv begegnet werden

Durch die KRK haben sich die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, die einzelnen Konventionsrechte allen Kindern auf Ihrem Hoheitsgebiet diskriminierungsfrei zu gewähren: «[...] *to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind* [...]». Damit bezieht sich der Vertragstext auf das ganze Staatsgebiet des Unterzeichnerstaats, also des Bundesstaats und nicht der Gliedstaaten, *in casu* der Kantone. Im Falle des IPBPR wurde dies sogar zusätzlich unterstrichen: «*The provisions of the present Covenant shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions.*».

Die Argumentation, einzelne Kantone seien wie einzelne Staaten zu betrachten, greift zunächst zu kurz, um zu begründen, dass ein Vertragsstaat seine völkerrechtliche Pflicht, nicht zu diskriminieren, auch dann erfüllt, wenn in verschiedenen Gliedstaaten den Kindern die Rechte aus der KRK in unterschiedlicher Weise gewährt werden. Denn einer staatsvertraglichen Pflicht kann nicht mit dem Vorbehalt anderslautenden innerstaatlichen Rechts begegnet werden, nämlich der in der Bundesverfassung festgehaltenen Kompetenzordnung, was in der VRK klar festgehalten ist.⁹⁸¹

Eine Stütze findet die Argumentation hingegen in den Grundsätzen des Selbstbestimmungsrechts der Völker sowie des Demokratieprinzips, die in der UN-Charta, dem IPBPR und dem IPWSKR festgehalten sind, und welche eine bundesstaatliche innere Organisation des Staates erlauben. Damit kann aus dem Völkerrecht selbst eine Rechtfertigung unterschiedlicher Rechtsstellungen in verschiedenen Gliedstaaten hergeleitet werden.⁹⁸²

Besonders bei der vertieften Prüfung der Diskriminierung stellt sich klar heraus, dass solche Unterschiede keine durch die KRK verbotene Diskriminierung darstellen. Denn Diskriminierung ist nicht gleich zu setzen wie Andersbehandlung. Damit eine bestimmte Behandlung beziehungsweise Rechtsstellung diskriminierend wirkt, muss sie immer auch eine Herabwürdigung beinhalten. Ob sie dies tut, wird durch die im nachfolgenden Abschnitt dargestellte Methode überprüft.⁹⁸³

Zunächst ist eine Benachteiligung (1. Kriterium der Diskriminierung) von Kindern aufgrund der Kantonszugehörigkeit hinsichtlich der Gewährung von Kinderrechten durchaus denkbar und in den betrachteten Beispielen je nach Standpunkt auch gegeben. Das reicht aber

981 Teil 3 Kap. 4 II A S. 226

982 Teil 3 Kap. 4 II B 3 b S. 250

983 Teil 3 Kap. 4 II B 1 c, S. 243

noch nicht für die verbotene Diskriminierung.⁹⁸⁴ Ebenfalls möglich, wenn auch unwahrscheinlich ist auch, dass sich die Kantonszugehörigkeit als Merkmal der Zugehörigkeit zu einer stigmatisierungsgefährdeten Minderheit (2. Kriterium) auswirkt, auch wenn das in den untersuchten Beispielen nicht als gegeben betrachtet wird.⁹⁸⁵

Hingegen fehlt es am herabwürdigenden Zusammenhang (3. Kriterium). Ein Gliedstaat, z. B. Kanton, ist im Bereich seiner eigenen Kompetenzen ein eigener Rechtskreis. Die Rechte und Pflichten der Einwohner sind durch diese selbst demokratisch legitimiert. Daraus ergeben sich für die Einwohner Rechtsstellungen, die sich von jenen in Nachbarkantonen unterscheiden. Das zieht regelmässig gewisse Vor- und Nachteile für die Einwohner nach sich. Die Tatsache, Einwohnerin, Einwohner eines Kantons zu sein macht eine allfällige Benachteiligung im Vergleich zu Einwohnerinnen, Einwohnern von anderen Kantonen nicht zur Herabwürdigung, da alle anderen Einwohnerinnen und Einwohner grundsätzlich den gleichen Regeln unterliegen und sie mit ihren eigenen demokratischen Mitteln auch beeinflussen können.⁹⁸⁶

Trotz dieses Ergebnisses empfiehlt es sich, bei der Unterzeichnung von Staatsverträgen der föderalen Staatsstruktur der Schweiz mehr Beachtung zu geben, als dass dies in der Vergangenheit und namentlich bei der Unterzeichnung der KRK geschehen ist. Die Schweiz sollte systematisch die Möglichkeiten prüfen, durch Vorbehalte oder Interpretationserklärungen die Einhaltung der staatsvertraglichen Pflichten mit der bundesstaatlichen Kompetenzstruktur in Einklang zu bringen, um möglichen oder auch nur scheinbaren Widersprüchen bei der Umsetzung der Staatsverträge vorbeugend entgegenzuwirken.⁹⁸⁷

2 Vereinfachte Prüfmethode für Diskriminierung macht Ausnahmen überflüssig

Diese Studie folgt grundsätzlich dem Teil der Lehre, welche im Diskriminierungsverbot ein Herabwürdigungsverbot sieht, eher denn ein absolutes Anknüpfungsverbot. Die an dieser Stelle vorgeschlagenen und verwendeten Schritte der Überprüfung machen es aber unnötig, Ausnahmen für sogenannte positive Diskriminierungen oder «*affirmative Actions*» zu beachten oder zwischen direkten und indirekten Diskriminierungen zu unterscheiden. Die Schritte bestehen darin, zu prüfen, ob eine Benachteiligung einer Person vorliegt, ob diese einer bestimmten Gruppe angehört, die hinsichtlich der Benachteiligung besonders gefährdet ist, und ob diese Gruppenzugehörigkeit zum Effekt hat, dass sich die Benachteiligung herabwürdigend auswirkt. Liegen besonders triftige

984 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b ii, S. 236

985 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iii, S. 237

986 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv, S. 240

987 Teil 4 Kap. 2, S. 256

Gründe vor, kann aber auch eine solche Benachteiligung legitim sein, womit sie keine Diskriminierung darstellt.⁹⁸⁸

Damit eine Diskriminierung vorliegen kann, ist zunächst als immer eine Benachteiligung vorausgesetzt. Dabei ist unerheblich, ob sich die Benachteiligung aus einem Akt gegenüber dem benachteiligten Individuum oder aus anderweitigem staatlichen Verhalten (inklusive Passivität) ergibt. Weiter muss das benachteiligte Individuum einer Minderheit angehören, die sich durch ein Kriterium abgrenzen lässt, welche unter Umständen eine besondere Verwundbarkeit mit sich bringt. Entscheidend für die Herleitung der Diskriminierung ist der dritte Schritt: Es braucht einen herabwürdigenden Zusammenhang zwischen der Benachteiligung und der Zugehörigkeit zur Minderheit. Nicht vorausgesetzt ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Minderheit und Entstehung der Benachteiligung. Hingegen ist wichtig, dass die in Frage stehende Benachteiligung sich gerade darum herabwürdigend auswirkt, weil die Person, für welche das Diskriminierungsverbot überprüft wird, einer Minderheit angehört. Dieselbe Benachteiligung könnte sich für eine andere Person ohne entsprechender Zugehörigkeit zu einer Minderheit auch nicht diskriminierend auswirken. Als letzten Schritt wird geprüft, ob für die Benachteiligung besonders triftige Gründe fehlen. Denn solche würden nicht eine an sich verbotene Diskriminierung «heilen», aber sie könnten eine Benachteiligung in einem legitimen Lichte erscheinen lassen, und dazu führen, dass sie in der Gesamtbetrachtung keinen herabwürdigenden Charakter aufweist.

3 Die Problematik von politischen Motiven für Gerichtsurteile

Beim Studium von Urteilen des schweizerischen Bundesgerichts hinsichtlich der Umsetzung völkerrechtlicher Verträge, und zwar auch der KRK fällt auf, dass das Gericht gewisse Bestimmungen nicht anwendet mit dem Hinweis auf die fehlende direkte Anwendbarkeit der Artikel. Dies betrifft namentlich Art. 9 und 10 KRK in asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren. Konkret geht es dabei darum, ein Recht auf Familiennachzug zu verweigern.

Der Verdacht liegt nahe, dass solchen Urteilen zumindest teilweise politische Motive zugrundeliegen. Dennoch werden sie durch das Gericht formalistisch begründet. Doch die Urteile marginalisieren die Rechtswirkung der genannten Artikel, und sie laufen dem Willen des Gesetzgebers zuwider, der mit der Ratifikation (und der Tatsache, dass er nicht wieder aus der KRK austritt) auch den Willen ausdrückt, dass die Bestimmungen innerstaatlich umgesetzt werden.

Zunächst ist die Berücksichtigung der genügenden Bestimmtheit von Artikeln aus völkerrechtlichen Verträgen zu begrenzen. Und im Falle der Umsetzung von Art. 9 und 10 KRK reicht es nicht, allgemein das Recht der Staaten, ihre Einwanderungsgesetze selbst zu gestalten, anzurufen. Wenn die völkerrechtlichen Verträge durch den innerstaatlichen

Gesetzgeber in analoger Weise demokratisch legitimiert wurden, wie das für Bundesgesetze der Fall ist, was bei der KRK zutrifft, dann darf es nur darum gehen, durch Auslegung zu determinieren, ob der Gesetzgeber eine Bestimmung innerstaatlich angewendet sehen will. Wenn das zutrifft, richtet sich diese an die rechtsanwendenden Behörden und ist umzusetzen. Dabei ist die Bestimmtheit der Formulierung ein Hinweis unter vielen, sie darf aber nicht als alleiniges Kriterium herangezogen werden, um die Umsetzung von Völkerrecht abzulehnen.

Ergibt sich aus der Auslegung eines Bundesgesetzes, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dass es durch die Behörden umgesetzt wird, so haben die rechtsanwendenden Behörden und namentlich die Gerichte dem zu folgen. Fehlt es an der Bestimmtheit, greifen sie zu den Mitteln der Lückenfüllung. Es erschliesst sich nicht, warum das bei innerstaatlich gleichwertig legitimierten Staatsverträgen anders sein soll.

Es sei hier dafür plädiert, dass Gerichte den Willen des Gesetzgebers, der Staatsverträge ratifiziert, respektieren und die Bestimmungen von Staatsverträgen anwenden, wenn sie sich ihrem Sinn nach an die rechtsanwendenden Behörden wenden.⁹⁸⁹ Sollte ein besonders wichtiges Motiv aus Sicht des Gerichts eine unterschiedliche Beurteilung notwendig machen, müsste dieses Motiv beim Namen genannt werden. Es trifft zu, dass es nicht die Aufgabe von Gerichten ist, zwischen politischen Fronten zu entscheiden. Wenn dieser Gedanke ihren Entscheid leitet, sollten die Gerichte dies auch so deklarieren, anstatt die schwache Bestimmtheit als selbständiges «Killerkriterium» vorzuschieben.

4 Vorrang grundlegender innerstaatlicher Rechtsprinzipien gegenüber Völkerrecht ist legitim, nicht aber ein formell begründeter Vorrang

Zunächst gilt in der Schweiz das Völkerrecht unmittelbar, womit die Schweiz in dieser Hinsicht zu den monistischen Systemen gehört.⁹⁹⁰ Ergibt sich ein Normenkonflikt zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, so gilt in der Schweiz Völkerrecht grundsätzlich als höherrangig gegenüber innerstaatlichem Recht.⁹⁹¹ Das gilt gegenüber innerstaatlichem Recht aller bundesstaatlichen Ebenen und aller Hierarchiestufen, also gegenüber kantonalem Recht, Bundesgesetzesrecht und auch Bundesverfassungsrecht.

Das BGer und damit auch alle anderen Gerichte und rechtsanwendenden Behörden sind aufgrund von Art. 190 BV verpflichtet, sowohl Bundesgesetze als auch Völkerrecht anzuwenden, und zwar grundsätzlich auch, wenn diese der Bundesverfassung widersprechen. Dabei nennt die BV diese beiden Rechtsquellen im gleichen Atemzug, ohne eine Hierarchie unter ihnen zu etablieren. Daraus hat das BGer abgeleitet,

989 Allgemein Teil 1 Kap. 2 IV, S. 71 und insbesondere Teil 1 Kap. 2 IV C, S. 75. Auf die KRK bezogen: Teil 3 Kap. 2 III, S. 216, insbesondere Teil 3 Kap. 2 III D, S. 219

990 Teil 1 Kap. 2 II, S. 45

991 Teil 1 Kap. 2 III C 2, S. 53

dass im Falle eines Normenkonflikts zwischen diesen beiden Rechtsquellen unter Umständen die *lex posterior derogat legi priori* – Regel gilt und Staatsvertragsrecht nicht angewendet wird. Das Bundesgericht tut dies unter den zwei Voraussetzungen, dass das Bundesgesetz nach dem Staatsvertrag erlassen wurde, und dass der Gesetzgeber die Verletzung von Völkerrecht mit den entsprechenden Konsequenzen bewusst in Kauf nimmt. Diesen Willen des Bundesgesetzgebers respektiert das BGer und setzt das Völkerrecht nicht um. Namentlich bei der Gewährung von Rechten aus der EMRK hat das höchste Gericht diese Rechtsprechung zwar teilweise relativiert. Nichtsdestotrotz wurde der Grundsatz dieser «*Schubert-Praxis*», die den Vorrang des Völkerrechts einschränkt, aber beibehalten.⁹⁹² Die Frage nach dem Rang von Völkerrecht führt indes in der Doktrin immer wieder zu Diskussionen.⁹⁹³

Die Debatten zeigen, dass sich die Frage nicht auf der Basis verfassungsrechtlicher Prinzipien und erst recht nicht wertneutral beantworten lässt. Die Auffassung, dass neueres Bundesgesetzrecht älterem Völkerrecht unter Umständen vorgehen kann, ist vertretbar, aber mindestens so sehr auch andere Auffassung, dass Völkerrecht grundsätzlich vorgeht, auch wenn ein neueres Bundesgesetz dem entgegensteht. Es ist bedauerlich, dass es der Verfassungsgeber unterlässt, den Gerichten hier eindeutige Anweisungen zu geben, da damit eine heikle politische Frage auf eine grundsätzlich nicht für Politik eingesetzte richterliche Behörde, das BGer, abgewälzt wird.

Die verschiedenen Argumente der Doktrin abwägend wird geschlossen, dass dem Völkerrecht grundsätzlich der Vorrang zu gewähren ist, und zwar auch bei (bewusst) widersprechendem jüngeren Bundesrecht. Es ist aber legitim, ja notwendig, dass sich ein Rechtsstaat die Möglichkeit vorbehält, Völkerrecht zu brechen. Das sollte aber nicht aufgrund formalistischer Kriterien wie der *lex posterior derogat legi priori* – Regel erfolgen. Ein Bruch von Völkerrecht ist nur dann als legitim zu werten, wenn der dazu dient, grundlegende Werte des eigenen Rechtsstaats zu schützen.⁹⁹⁴

992 Teil 1 Kap. 2 III C 4 , S. 57

993 Teil 1 Kap. 2 III C 4 b , S. 61

994 Teil 1 Kap. 2 III C 5 , S. 65

Resumen de resultados seleccionados en español castellano

1 El federalismo no discrimina en principio, pero se debe responder de forma preventiva a la «ceguera al federalismo»

A través de la CDN, los estados parte se han comprometido a reconocer los derechos individuales de la Convención a todos los niños que se encuentren en su territorio sin discriminación: «[...] a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna [...]» (Art. 2.1). Así pues, el texto del tratado se refiere a todo el territorio del Estado firmante, es decir, al estado federal y no a los estados miembros, en Suiza, los cantones. En el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, esto se subrayó incluso de forma adicional: «Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.» (Art. 50)

El argumento de que los cantones individuales deben ser considerados como estados en sí mismos no es suficiente para establecer que un estado parte cumple con su deber de no discriminar en virtud del Derecho internacional, incluso si a los niños y niñas se les reconocen los derechos de la CDN de diferentes maneras en los distintos estados miembros. Esto se debe a que una obligación derivada de un tratado internacional no puede ser contestada con una reserva de Derecho interno, lo que se recoge claramente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y el orden de competencias establecido en la Constitución Federal hace parte del derecho interno.⁹⁹⁵

Por otro lado, la argumentación encuentra apoyo en los principios del derecho a la autodeterminación de los pueblos y del principio democrático, que se establecen en la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que permiten una organización interna federal del Estado. Por lo tanto, del propio derecho internacional se podría derivar una justificación de los diferentes estatus jurídicos en los distintos estados miembros de un estado federal.⁹⁹⁶

Especialmente al examinar la discriminación en profundidad, queda claro que tales diferencias no constituyen una discriminación prohibida por la CDN. La discriminación no debe equipararse a un trato diferente. Para que un determinado trato o posición jurídica tenga un efecto discriminatorio, siempre debe contener también una denigración. Esto es lo que ha sido examinado utilizando el método descrito en la sección siguiente.⁹⁹⁷

995 Teil 3 Kap. 4 II A S. 226

996 Teil 3 Kap. 4 II B 3 b S. 250

997 Teil 3 Kap. 4 II B 1 c , S. 243

En primer lugar, un trato menos favorable (primer criterio de discriminación) de los niños sobre la base de la pertenencia cantonal con respecto a la concesión de los derechos del niño es bastante concebible y, según el punto de vista, también existe en los ejemplos considerados.⁹⁹⁸ También es posible, aunque poco probable, que la pertenencia a un cantón genere un rasgo de pertenencia a una minoría con riesgo de estigmatización (segundo criterio), aunque no se considere así en los ejemplos examinados.⁹⁹⁹

Por otra parte, no se puede encontrar la relación entre los dos primeros criterios, lo que haría que el trato desfavorable pareciera denigrante (tercer criterio). Un estado miembro de un estado federal, por ejemplo, un cantón, es una entidad jurídica autónoma en el ámbito de sus propias competencias. Los derechos y deberes de los habitantes están legitimados democráticamente por ellos mismos. Esto da lugar a posiciones jurídicas de la ciudadanía diferentes de las de los cantones vecinos, lo que conlleva habitualmente ciertas ventajas y desventajas para los habitantes. El hecho de ser residente de un cantón no supone una desventaja frente a los residentes de otros cantones, ya que todos los demás residentes están sujetos básicamente a las mismas normas y también pueden influir en ellas con sus propios medios democráticos.¹⁰⁰⁰

A pesar de este resultado, es aconsejable prestar más atención a la estructura federal del Estado suizo a la hora de firmar tratados internacionales de lo que se ha hecho en el pasado, concretamente al firmar la CDN. Suiza debería examinar sistemáticamente las posibilidades de utilizar reservas o declaraciones de interpretación para adecuar el cumplimiento de las obligaciones de los tratados a la estructura federal y las competencias cantonales, con el fin de evitar posibles contradicciones en la aplicación de los tratados.¹⁰⁰¹

2 El test simplificado de la discriminación hace superfluas las excepciones

En relación con el establecimiento de si hay discriminación prohibida, se ha seguido al sector doctrinal que ve en la prohibición de discriminación una prohibición de denigración más que una prohibición absoluta de trato diferencial. Sin embargo, el análisis aquí presentado hace innecesario considerar excepciones para la denominada discriminación positiva o acciones afirmativas, o distinguir entre discriminación directa e indirecta. Los pasos del razonamiento desplegado en la tesis se concretan en examinar si una persona está en desventaja, si pertenece a un determinado grupo especialmente vulnerable a la desventaja y si esta pertenencia a un grupo tiene el efecto que la desventaja sea denigrante. Sin embargo, si existen razones especialmente válidas, una desventaja por comparación

998 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b ii , S. 236

999 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iii , S. 237

1000 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv , S. 240

1001 Teil 4 Kap. 2 , S. 256

también puede ser legítima, lo que significa que no constituye discriminación.¹⁰⁰²

Para que exista discriminación, en primer lugar, es necesario que siempre haya una desventaja. Es irrelevante si la desventaja resulta de un acto dirigido hacia el individuo desfavorecido o de otro comportamiento estatal. Además, el individuo desfavorecido debe pertenecer a una minoría que pueda delimitarse mediante un criterio, lo que en determinadas circunstancias conlleva una vulnerabilidad particular. El tercer paso es decisivo para la derivación de discriminación, a saber, se requiere una conexión denigrante entre la desventaja y la pertenencia a la minoría. Esto no significa que deba existir una conexión causal entre la minoría y la aparición de la desventaja. Sin embargo, es importante que la desventaja en cuestión tenga un efecto degradante precisamente porque la persona para la que se examina la prohibición de discriminación pertenece a una minoría. La misma desventaja podría no tener un efecto discriminatorio para otra persona que no pertenezca a una minoría. Como último paso, se examina si existen razones especialmente justificadas para la desventaja. Dichas razones no «sanarían» la discriminación prohibida per se, pero podrían arrojar una luz legítima sobre la desventaja y hacer que no tuviera un carácter denigrante vista en su conjunto.

3 La problemática de los motivos políticos implícitos en las sentencias judiciales

Al estudiar las sentencias del Tribunal Federal suizo sobre la aplicación de tratados internacionales, incluida la CDN, se observa que el tribunal no aplica determinadas disposiciones, alegando la falta de aplicabilidad directa de los artículos (que carecerían de carácter *self executing*). Esto se aplica en particular a los artículos 9 y 10 CDN en los procedimientos de asilo y extranjería. En concreto, se trata de la denegación del derecho a la reagrupación familiar.

Se sospecha que tales sentencias se basan, al menos en parte, en motivos políticos. No obstante, el tribunal las justifica de manera formalista. Pero las sentencias marginan el efecto jurídico de los artículos mencionados, y van en contra de la voluntad del poder legislativo, que al ratificar (y no retirarse de) la CDN expresa también la voluntad de que las disposiciones se apliquen a nivel nacional.

En primer lugar, debe limitarse la consideración de la suficiente concreción de los artículos de los tratados internacionales. En el caso concreto de la aplicación de los artículos 9 y 10 CDN, no basta con invocar en general el derecho de los estados a elaborar sus propias leyes de inmigración. Si los tratados internacionales han sido legitimados democráticamente por el legislador nacional de forma análoga a como ocurre con las leyes federales, lo que es el caso de la CDN, entonces sólo debe tratarse de determinar mediante la interpretación si el legislador desea que una disposición se aplique a nivel nacional. En caso afirmativo,

se dirige a las autoridades que aplican la ley y debe aplicarse. En este contexto, el carácter concreto de la redacción es un indicio entre muchos otros, pero no debe utilizarse como único criterio para rechazar la aplicación del Derecho internacional.

Si la interpretación de una ley federal muestra que la voluntad del legislador es que sea aplicada por las autoridades, entonces las autoridades que aplican la ley, es decir, los tribunales, deben seguirla. Si hay falta de certeza, se debe recurrir a los medios establecidos para colmar lagunas. No está claro por qué esto debería ser diferente en el caso de los tratados internacionales que son igualmente legítimos dentro del Estado.

Cabe abogar aquí por qué los tribunales respeten la voluntad del legislador que ratifica los tratados internacionales y apliquen sus disposiciones.¹⁰⁰³ Si, desde el punto de vista del tribunal, un motivo especialmente importante hace necesaria una valoración diferente, habría que mencionar este motivo de manera transparente. Es cierto que no es tarea de los tribunales decidir entre frentes políticos. Si esta idea orienta su decisión, los tribunales deberían expresarla de este modo, en lugar de utilizar la supuesta falta de concreción para denegar el carácter *self executing* del Derecho internacional.

4 La primacía de los principios jurídicos internos fundamentales sobre el derecho internacional es legítima, pero no es una primacía justificada por motivos formales

En Suiza, el Derecho internacional se aplica directamente, que pertenece a los sistemas monistas.¹⁰⁰⁴ Si surge un conflicto de normas entre el Derecho internacional y el Derecho interno, en Suiza se considera generalmente que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno.¹⁰⁰⁵ Esto se aplica al Derecho interno en todos los niveles federales y en todos los niveles de la jerarquía normativa, es decir, al Derecho cantonal y al Derecho federal, particularmente también al Derecho constitucional federal.

Por el Art. 190 de la Constitución Federal, el Tribunal Federal Suizo y, con él, todos los tribunales y las autoridades deben aplicar las leyes federales y el Derecho internacional, aunque contradigan la CF. Pero la CF menciona las leyes federales y el derecho internacional en el mismo lugar, sin imponer una jerarquía entre ellos. De ello, el Tribunal Federal ha deducido que, en caso de conflicto de normas entre estas dos fuentes del Derecho, se aplica en determinadas circunstancias la regla *lex posterior derogat legi priori* y no se aplica el Derecho convencional internacional. El Tribunal Federal hace esto bajo las condiciones de que la ley federal haya sido promulgada después del tratado internacional y que el legislador

1003 Allgemein Teil 1 Kap. 2 IV , S. 71 und insbesondere Teil 1 Kap. 2 IV C , S. 75. Auf die KRK bezogen: Teil 3 Kap. 2 III , S. 216, insbesondere Teil 3 Kap. 2 III D , S. 219

1004 Teil 1 Kap. 2 II , S. 45

1005 Teil 1 Kap. 2 III C 2 , S. 53

accepte conscientemente la posibilidad de la violación del derecho internacional con las correspondientes consecuencias. El Tribunal Federal respeta esta voluntad del legislador federal y no aplica el derecho internacional. Es cierto que este órgano jurisdiccional superior ha relativizado parcialmente esta jurisprudencia a lo largo del tiempo, en particular cuando se trataba de aplicar los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, principalmente se ha mantenido esta práctica que limita la supremacía del Derecho internacional, llamada «*práctica Schubert*».¹⁰⁰⁶ Con todo, la cuestión del rango del Derecho internacional repite discusiones en la doctrina.¹⁰⁰⁷

Esto muestra, que cuestión no puede responderse de forma concluyente sobre la base de principios constitucionales y, desde luego, no de manera neutral desde el punto de vista de los valores. La opinión de que el Derecho federal más reciente puede prevalecer sobre el Derecho internacional más antiguo en determinadas circunstancias es justificable, pero lo es en la misma medida la opinión de que el Derecho internacional prevalece en general incluso si una ley federal más reciente lo contradice. Es lamentable que el legislador constitucional no dé aquí instrucciones claras a los tribunales, ya que esto traslada una delicada cuestión política a una autoridad judicial que fundamentalmente no está designada para la política, el Tribunal Federal.

Sopesando los argumentos de la doctrina en esta área de fricción, se concluye que debe darse primacía al Derecho internacional, incluso en el caso de leyes federales recientes (deliberadamente) contradictorias. Sin embargo, es legítimo, incluso necesario, que un Estado constitucional se reserve siempre la posibilidad de infringir el Derecho internacional. Pero esto no debe hacerse sobre la base de argumentos formalistas como la regla *lex posterior derogat legi priori*. La violación del Derecho internacional sólo debería tener lugar si sirve para proteger los valores fundamentales del propio Estado constitucional.¹⁰⁰⁸

Summary of selected findings in English

1 Federalism does not discriminate as such, but the «federalism blindness» should be countered preventively

Through the CRC, the signatory states have committed themselves to granting the individual convention rights «[...] to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind [...]». The treaty text thus refers to the entire territory of the signatory state, i.e. the federal country and not the member states, *in casu* the cantons. In the case of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), this is even

1006 Teil 1 Kap. 2 III C 4 , S. 57

1007 Teil 1 Kap. 2 III C 4 b , S. 61

1008 Teil 1 Kap. 2 III C 5 , S. 65

underlined additionally: «*The provisions of the present Covenant shall extend to all parts of federal States without any limitations or exceptions.*»

The argument that individual cantons are to be regarded as individual signatory states does seem sufficient in establishing that a state party fulfills its duty under international law not to discriminate even if children are granted CRC rights in different ways in different member states. This is because a treaty obligation cannot be contested with the reservation of domestic law, *in casu* the order of competences laid down in the Federal Constitution (FC), as the Vienna Convention on the Law of Treaties clearly states.¹⁰⁰⁹

On the other hand, the argumentation finds support in the principles of the right of self-determination of peoples and the principle of democracy, which are laid down in the UN Charter, the ICCPR and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), and which permit a federal internal organization of the country. Thus, a justification of different legal statuses in different member states can be derived from international law itself.¹⁰¹⁰

Especially when examining discrimination in depth, it becomes clear that such differences do not constitute discrimination prohibited by the CRC. This is because discrimination is not to be equated with different treatment. For a particular treatment or legal position to have a discriminatory effect, it must always also involve degradation. Whether it does so is tested by the method outlined in the following section.¹⁰¹¹

First of all, a disadvantageous different treatment (1st criterion of discrimination) of children on the basis of cantonal residence with regard to the granting of children's rights is quite imaginable and, depending on the point of view, also given in the examples considered. However, this is not yet sufficient for the establishing of prohibited discrimination. It is also possible, although unlikely, that cantonal residence has an effect as a characteristic of belonging to a minority at risk of stigmatization (2nd criterion), even if this is not seen as true in the examples studied.¹⁰¹²

On the other hand, the context that could make a certain treatment derogatory, is missing (3rd criterion). A member state, e.g. a canton, is a separate legal entity in the area of its own competences and has its own jurisdiction within this areas. The rights and duties of the inhabitants are democratically legitimized by the inhabitants themselves. This results in legal positions for the inhabitants that differ from those in neighboring cantons. This regularly entails certain advantages and disadvantages for the residents. The fact of being a resident of a canton does not make a possible disadvantage in comparison to residents of other cantons a degradation, since all other residents of the canton are basically

1009 Teil 3 Kap. 4 II A S. 226

1010 Teil 3 Kap. 4 II B 3 b S. 250

1011 Teil 3 Kap. 4 II B 1 c , S. 243

1012 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iii , S. 237

subject to the same rules and can also influence them with their own democratic means.¹⁰¹³

Despite this result, it is advisable to pay more attention than in the past to Switzerland's federal state structure when signing international covenants, namely when signing the CRC. Switzerland should systematically examine the possibilities of using reservations or declarations of interpretation to bring compliance with state treaty obligations into line with the federal state structure of competences in order to prevent possible or even apparent contradictions in the implementation of state treaties.¹⁰¹⁴

2 Simplified test method for discrimination makes exceptions superfluous

This study basically follows the part of the doctrine which sees in the prohibition of discrimination a prohibition of degradation, rather than an absolute prohibition of distinction on the base of certain criteria. However, the steps of review proposed and used at this place make it unnecessary to consider exceptions for so-called positive discrimination or affirmative actions or to distinguish between direct and indirect discrimination. The steps consist of examining whether a person is disadvantaged, whether he or she belongs to a certain group that is particularly vulnerable to disadvantage, and whether this group membership has the effect of causing the disadvantage to have a degrading effect. If there are particularly strong reasons, however, such a disadvantage can also be legitimate, which means that it does not constitute discrimination.¹⁰¹⁵

In order for discrimination to exist, it is first of all required that there is a disadvantage. It is irrelevant whether the disadvantage results from an act towards the disadvantaged individual or from other state behavior (including passivity). Furthermore, the disadvantaged individual must belong to a minority that can be distinguished by a criterion, which under certain circumstances entails a particular vulnerability. The third step is decisive for the establishment of discrimination: A derogatory connection between the disadvantage and the membership of the minority is required. A causal connection between the minority and the occurrence of the disadvantage is not a prerequisite. However, it is important that the disadvantage in question has a degrading effect precisely because the person for whom the prohibition of discrimination is being reviewed belongs to a minority. The same disadvantage could also not have a discriminatory effect on another person without corresponding membership of a minority. As a final step, it is examined whether there are particularly valid reasons for the disadvantage. Such reasons would not «cure» a discrimination that is prohibited *per se*, but they could make a disadvantage appear in a legitimate light, which results in it not having a degrading character.

1013 Teil 3 Kap. 4 II B 1 b iv , S. 240

1014 Teil 4 Kap. 2 , S. 256

1015 Vgl. insb. Teil 2 Kap. 3 , S. 194

3 The trouble with political motives for court rulings

When studying judgments of the Swiss Federal Court regarding the implementation of international treaties, including the CRC, it is noticeable that the court does not apply certain provisions with reference to the lack of direct applicability of the articles. This concerns namely Art. 9 and 10 CRC in the context of asylum and immigration proceedings. Specifically, this way of deciding appears when it justifies a court ruling that denies a right to family reunification.

The suspicion is obvious that such rulings are at least partly based on political motives. Nevertheless, they are justified by the court in formalistic terms. But the judgments marginalize the legal effect of the articles mentioned, and they run counter to the will of the legislator, who, by ratifying (and not withdrawing from) the CRC, also expresses the will that the provisions be implemented in domestic jurisdiction.

First of all, the consideration of the sufficient precision as a precondition of the self-executing character of articles from international treaties must be limited. And in the case of the implementation of articles 9 and 10 CRC, it is not sufficient to invoke in general the right of states to make their own immigration laws, as formulated by the Swiss Federal Court. If the international treaties, such as the CRC, have been democratically legitimized by the domestic legislator in an analogous way as is the case for federal laws, then it must only be a matter of determining by interpretation whether the legislator wishes to see a provision applied domestically. If this is the case, it is addressed to the authorities applying the law and must be implemented. In this context, the precision of the wording is one indication used for the interpretation, among many others, but it may not be used as the sole criterion for rejecting the implementation of international law.

If the interpretation of a federal law shows that it is the will of the legislator that it be implemented by the authorities, then the authorities applying the law and namely the courts must follow this. If there is a lack of precision, they resort to the means of filling gaps. It is not clear why this should be different in the case of international treaties with equivalent legitimacy.

The present study pleads that courts respect the will of the national legislator who ratifies international treaties and apply the provisions according to their meaning when these treaties address the law-applying authorities.¹⁰¹⁶ If, from the court's point of view, a particularly important motive necessitates a different assessment, this motive would have to be openly mentioned. It is true that it is not the task of courts to decide between political fronts. If this idea guides their decision, the courts should express it as such, instead of using the weak precision in order to declare a provision as not-self-executing.

1016 Allgemein Teil 1 Kap. 2 IV , S. 71 und insbesondere Teil 1 Kap. 2 IV C , S. 75. Auf die KRK bezogen: Teil 3 Kap. 2 III , S. 216, insbesondere Teil 3 Kap. 2 III D , S. 219

4 Precedence of fundamental domestic legal principles over international law is legitimate, but precedence supported by procedural justifications is not

In Switzerland, international law is directly applicable, which means that Switzerland in this respect belongs to the monistic systems.¹⁰¹⁷ If a conflict of norms arises between international law and domestic law, international law in Switzerland is generally considered to take precedence over domestic law.¹⁰¹⁸ This applies to domestic law at all federal levels and at all hierarchical levels, i.e. to cantonal law, federal statutory law and also federal constitutional law.

The Swiss Federal Court and with it, all courts and law applying authorities are required by Art. 190 of the Federal Constitution (FC) to implement federal laws and international law, even if these contradict the FC. However, the FC mentions federal laws and international law in the same breath, without imposing a hierarchy among them. From this, the Swiss Federal Court has deduced that in the event of a conflict of norms between these two sources of law, the *lex posterior derogat legi priori* rule applies under certain circumstances and thus, international treaty law may not be applied. The Federal Court does this on two conditions. Firstly it requires, that the federal law was enacted after the state treaty, and secondly, that by enacting the federal law, the legislator consciously accepted the possibility of a violation of international law, accepting also the corresponding consequences. Under these conditions, the Federal Court respects the will of the federal legislator and does not implement international law. It is true that the Federal Court has differentiated this jurisprudence over time, in particular when applying rights from the European Convention on Human Rights. Nevertheless, the base of this jurisdiction known as «*Schubert practice*», that limits the primacy of international law, has been maintained.¹⁰¹⁹ However, the question of the rank of international law continues to lead to discussions within the doctrine.¹⁰²⁰

The ongoing debates show that the question cannot be answered conclusively on the basis of legal principals and certainly not in a value-free manner. Both views can be argued for, the one that newer federal law can take precedence over older international law under certain circumstances, and at least as much the view that international law generally takes precedence, even if a newer federal law contradicts it. Regrettably, the FC omits to give clear instructions to the Swiss courts in this regard. With its silence, the constitutional legislator shifts a sensitive political issue to a judicial authority that is in principle is not in place for dealing with political differences, i.e. the Federal Court.

1017 Teil 1 Kap. 2 II, S. 45

1018 Teil 1 Kap. 2 III C 2, S. 53

1019 Teil 1 Kap. 2 III C 4, S. 57

1020 Teil 1 Kap. 2 III C 4 b, S. 61

Weighing the various arguments of the doctrine in this sensitive area, it is concluded that international law must in principle prevail over internal rules, even in the case of (deliberately) contradictory recent federal law. Anyway, it is legitimate, indeed even necessary, for a state governed by the rule of law to always reserve the possibility of breaking international law. However, this should not be done on the basis of procedural, formalistic criteria such as the *lex posterior derogat legi priori* rule. A breach of international law can only be considered legitimate if it serves to protect the fundamental values of its own constitutional state.¹⁰²¹

Literatur

Werke

Adamzik	Kirsten Adamzik Sprache: Wege zum Verstehen 3., überarbeitete Auflage Tübingen, 2010
Arbeitsgruppe, Schlussbericht	Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung Band VI: Schlussbericht Bern 1973
Aubert	Bundesstaatsrecht der Schweiz Basel und Frankfurt am Main, 1995 Band I: Rz. 1, S. 1 – Rz. 1042, S. 559 Band II: Rz. 1043, S. 560 – Rz. 2216, S. 1210
Auer, droits	Andreas Auer Les droits politiques dans les cantons suisse Genf 1978
Bauer	Hartmut Bauer Die Bundestreue Tübingen 1992
Baumann, Gewaltenteilung	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 (Diss) Zürich, 2002
Baumann, Kohärenz	Robert Baumann Die Kohärenz der Rechtsordnung ZSR Beiheft 60 Basel, 2023
Baumann, Umsetzung	Robert Baumann Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen In: ZBl 111/2010, S. 241
Baumgartner	Serge Baumgartner Die Standesinitiative: Eine Untersuchung der rechtlichen und politischen Funktion dieses föderalistischen Mitwirkungsrechts Basel 1980
Belser / Waldmann, Grundrechte II	Eva Maria Belser, Bernhard Waldmann Grundrechte II, die einzelnen Grundrechte 2. Auflage, Zürich 2021

Besson	Samantha Besson Droit international public Bern 2019
Bieri	Andreas Bieri Vollzugsföderalismus - Probleme, Ursachen, Lösungen Diss. Freiburg Luzern 1979
Bildungsbericht 2018	Stefan C. Wolter, Maria A. Cattaneo, Stefan Denzler, Andrea Diem, Stefanie Hof, Ramona Meier, Chantal Oggenfuss Bildungsbericht Schweiz 2018 Schweizerische Koordinationsstelle für Bildungsforschung (skbf / csre) Bern, 2018 In Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch verfügbar auf https://www.skbf- csre.ch/bildungsbericht/bildungsbericht/
Bildungsbericht 2023	Stefan C. Wolter, Janine Albiez, Maria A. Cattaneo, Stefan Denzler, Andrea Diem, Samuel Lüthi, Chantal Oggenfuss, Ramona Schnorf Bildungsbericht Schweiz 2018 Schweizerische Koordinationsstelle für Bildungsforschung (skbf / csre) Aarau, 2023 In Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch verfügbar auf https://www.skbf- csre.ch/bildungsbericht/bildungsbericht/
Bridel	Marcel Bridel Précis de droit constitutionnel et public suisse Lausanne 1965
Brockhaus	Der Brockhaus in einem Band 9., vollständig überarbeitete und aktualisierte Auflage Mannheim 2002
Brügger	Friedrich Brügger Die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen Chur 1922
Bueno	Nicolas Bueno Le droit de prendre son destin en Main – le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques Zürich, 2015

Campiglio	Cristina Campiglio Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati Padova, 1995
Cereghetti	Remo Cereghetti Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesrecht, Diss., Winterthur 1956
De Villiers	Bertus de Villiers Bundestreue: The Soul of an Intergovernmental Partnership Johannesburg 1995
Detrick, Commentary	Sharon Detrick A Commentary on the United Nations Convention On the Rights of the Child The Hague / Boston / London 1999
Duden, Herkunftswörterbuch	Der Duden in zwölf Bänden Band 7: Das Herkunftswörterbuch 5., neu bearbeitete Auflage Berlin, 2014
Duden, Universalwörterbuch	Duden – Deutsches Universalwörterbuch 8., überarbeitete und erweiterte Auflage Berlin, 2015
Egan	Suzanne Egan The UN Human Rights Treaty System: Law and Procedure West Sussex, 2011
Ehrenzeller / Nobs / Gertsch, Art. 139	Bernhard Ehrenzeller, Roger Nobs, Gabriel Gertsch BV 139 In: St. Galler Kommentar, S. 2461 ff.
Ehrenzeller / Portmann / Pfisterer	Bernhard Ehrenzeller, Roland Portmann, Thomas Pfisterer Art. 54 In: St. Galler Kommentar, S. 1114 ff.
Favre, Droit constitutionnel	Antoine Favre Droit constitutionnel suisse 2. Auflage Freiburg 1970
Fleiner / Basta	Thomas Fleiner, Lidija R. Basta Fleiner Allgemeine Staatslehre Berlin, Heidelberg, 2004
Fleiner / Giacometti	Fritz Fleiner, Zaccaria Giacometti Schweizerisches Bundesstaatsrecht Zürich, 1949 (Nachdruck 1978)

Fleiner-Gerster, Verwaltungsrecht	Thomas Fleiner-Gerster Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts 2. Auflage Zürich 1980
Flückiger	Max Flückiger Die Anhörung der Kantone und der Verbände im Gesetzgebungsverfahren Diss. Bern 1968
Föderalismushearings	Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit (Hrsg.) Föderalismushearings, Band III Zürich 1973
Frenkel, Bundesstaat	Max Frenkel Föderalismus und Bundesstaat, Band II: Bundesstaat Bern/Frankfurt a.M./Nancy/New York 1986
Gallagher Cunningham	Kathleen Gallagher Cunningham Inside the Politics of Self-Determination Oxford, 2014
Geiger	Rudolf Geiger Grundgesetz und Völkerrecht 2. Auflage München 1994
Giacometti, Kantone	Zaccaria Giacometti Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941
Giacometti, Verwaltungsrecht	Zaccaria Giacometti Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts Zürich, 1960
Giacometti, Vollmachtenregime	Zaccaria Giacometti Das Vollmachtenregime der Eidgenossenschaft Zürich, 1945
Giersch	Carsten Giersch Das internationale Soft Law Diss., Berlin, 2015

González-Trevijano Sánchez	Pedro González-Trevijano Sánchez Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de Derecho Comparado – España Brüssel, 2020 (Sowie deutsche Fassung: Die Grundsätze der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung, eine rechtsvergleichende Perspektive - Spanien Brüssel, 2023)
Greber	Anton R. Greber Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates Diss Freiburg i. Ue. Basel, Genf, München 2000
Grisel, Egalité	Etienne Grisel Egalité - Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 Bern 2000
Grisel, Traité	André Grisel Traité de droit administratif Band 1 Neuchâtel 1984
Guggenheim, Traité	Paul Guggenheim Traité de droit international public 2. Auflage Genf 1967
Habermas, Menschenwürde	Jürgen Habermas Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte In: DZPhil, Akademie Verlag, 58 (2010) 3, 343 ff.
Häfelin / Haller / Keller / Thurnherr	Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller, Daniela Thurnherr Schweizerisches Bundesstaatsrecht 10 vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage Zürich 2020
Häfelin / Müller / Uhlmann	Ulrich Häfelin, Georg Müller, Felix Uhlmann Allgemeines Verwaltungsrecht 8. Auflage Zürich 2020
Hangartner, Kompetenzverteilung	Yvo Hangartner Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen Bern, Frankfurt am Main 1974

Hangartner, Staatsrecht I	Yvo Hangartner Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Erster Band: Organisation Zürich 1980
Hennebel / Tigroudja	Ludovic Hennebel, Hélène Tigroudja Traité du droit international des Droits de l'homme 2. Auflage Paris, 2018
Hobe	Stephan Hobe Einführung in das Völkerrecht 10. Auflage des von Otto Kimminich begründeten Werks Tübingen 2014
Homann / Schmid	Birthe Homann und Conny Schmid «Die Qualität der Volksschule ist in Gefahr» In: Der schweizerische Beobachter, auf «Beobachter online» vom 11. Oktober 2018.
Hutter	Silvan Hutter Die Gesetzeslücke im Verwaltungsrecht Diss. Freiburg 1989
Ipsen et al.	Knut Ipsen, Volker Epping, Wolff Heintschel von Heinegg, Ulrich Haltern, Hans-Joachim Heintze Völkerrecht. Ein Studienbuch München 2014
Jaag / Rüssli	Tobias Jaag, Markus Rüssli Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich 5. Auflage Zürich, 2019
Jaag, Europarecht	Tobias Jaag Europarecht. Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht Zürich 2003
Jaag, zweite Kammer	Tobias Jaag Die zweite Kammer im Bundesstaat: Funktion und Stellung des schweizerischen Ständerates, des deutschen Bundesrates und des amerikanischen Senats Diss. Zürich 1976
Jellinek, Georg	Die rechtliche Natur der Staatenverträge: ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts Wien 1880

Kälin / Künzli	Walter Kälin, Jörg Künzli Universeller Menschenrechtsschutz Basel 2019
Kälin, staatsrechtliche Beschwerde	Walter Kälin Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde 2. Auflage Bern 1994
Keller	Helen Keller Rezeption des Völkerrechts Heidelberg 2003
Kiener / Kälin / Wyttenbach	Regina Kiener, Walter Kälin, Judith Wyttenbach Grundrechte 3. Auflage Bern 2018
Knapp, Verwaltungsrecht	Blaise Knapp Grundlagen des Verwaltungsrechts (Band I) Basel 1990
Kölz, Quellenbuch	Alfred Kölz Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte Bern 1992
Kramer	Ernst A. Kramer Juristische Methodenlehre Zürich 2019
Lavallée	Carmen Lavallée La protection internationale des droits de l'enfant Bruxelles 2015
Lerner	Natan Lerner Group Rights and Discrimination in International Law Second Edition The Hague 2003
Locke	John Locke Two Treatises of Government In: The Works of John Locke, in Nine Volumes Ninth Edition Volume the Fourth London 1794.
Lüchinger	Hans Georg Lüchinger Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung Diss. Zürich 1954

Luchsinger	Martin Luchsinger Die Prinzipien des Rechtsstaates als materielle Schranken der Verfassungsrevision Diss. Zürich 1960
Luder et. al.	Reto Luder, André Kunz, Kai Felkendorff Integrative Förderung in der Schweiz. Wissenschaftlicher Schlussbericht, Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse für die teilnehmenden Schulen. Zürich 2017.
Marro	Pierre-Yves Marro Allgemeine Rechtsgrundsätze Zur Verfassungsordnung des Völkerrechts Zürich 2010
Maunz / Zippelius	Theodor Maunz, Reinhold Zippelius Deutsches Staatsrecht 29. Auflage München 1994
McKay	David McKay Designing Europe: Comparative Lessons from the Federal Experience Oxford 2001.
Meyer, Bildungschancen	Thomas Meyer Wie das Schweizer Bildungssystem Bildungs- und Lebenschancen strukturiert. Empirische Befunde aus der Längsschnittstudie TREE Bern 2018
Molinari, Menschenwürde	Eva Maria Molinari Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung - Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion Diss Freiburg Zürich 2018
Moor, Volume I	Moor Droit administratif Volume I – Les fondements Bern 2012
Müller, Grundrechte	Jörg Paul Müller Grundrechte in der Schweiz 3. Auflage Bern 1999

Nabholz / Kläui	Hans Nabholz, Paul Kläui Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone Aarau 1940
Perolini	Kurt Perolini Die Anforderungen der Bundesverfassung an die Staatsform der Kantone (Art. 6 BV), Diss. Münsingen 1954
Petersen	Niels Petersen Demokratie als teleologisches Prinzip - Zur Legitimität von Staatsgewalt im Völkerrecht Heidelberg 2009
Pulver	Bernhard Pulver L'interdiction de la discrimination Diss. Neuenburg 2003
Rhinow / Schefer / Uebersax	René Rhinow, Markus Schefer, Peter Uebersax Schweizerisches Verfassungsrecht Basel 2016
Rieder	Andreas Rieder Form oder Effekt? : Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns Bern 2003
Rousseau, Contract	Jean-Jacques Rousseau Du contract social ou principes du droit politique In: Oeuvres complètes Band III: Du contrat social, écrits politiques Paris 1964
Saganek	Przemyslaw Saganek Unilateral Acts of States in Public International Law Leiden 2016
Schubert, Affirmative Action	Björn Gerd Schubert Affirmative Action und Reverse Discrimination Baden-Baden 2003
Speiser	Speiser Béatrice Der grenzüberschreitende Regionalismus am Beispiel der oberrheinischen Kooperation Diss. Basel/Frankfurt a. M. 1993
Sturny	Thiemo Sturny Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes Diss. Freiburg i. Ue. Freiburg i. Ue. 1998

Töpperwien	Nicole Töpperwien Nation-State and Normative Diversity Diss. Fribourg Basel 2001
Trachsel	Daniel Trachsel Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung Zürich 1980
Tschannen, Organisationsrecht	Pierre Tschannen Eidgenössisches Organisationsrecht : Grundlagen für das Studium Bern 1997
Tunkin	Gregorij I. Tunkin Völkerrechtstheorie Übersetzt aus dem Russischen Berlin 1972
Verdross / Simma	Alfred Verdross, Bruno Simma Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis Dritte Auflage Berlin 1984
Verdross, Quellen	Alfred Verdross Die Quellen des universellen Völkerrechts Freiburg i. Br. 1973
Verschraegen	Bea Verschraegen Die Kinderrechtskonvention Wien 1996
VUČKOVIĆ / DOEK / ZERMATTEN	Nevena Vučković Šahović, Jaap E. Doek, Jean Zermatten The Rights of the Child in International Law Bern 2012
Waldmann	Bernhard Waldmann Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz Bern 2003
Watts	Ronald L. Watts Comparing Federal Systems Second Edition Montreal etc. 1999.

Wili	Hans-Urs Wili Kollektive Mitwirkungsrechte von Gliedstaaten in der Schweiz und im Ausland: Geschichtlicher Werdegang, Rechtsvergleichung, Zukunftsperspektiven Bern 1988
Ziegler, Völkerrecht	Andreas R. Ziegler Einführung in das Völkerrecht 4. Auflage Bern 2020
Zoller	Elisabeth Zoller La Bonne Foi en Droit International Public Paris 1977
Kommentare	
Aubert / Mahon	Jean-François Aubert, Pascal Mahon Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999. Zürich, Bâle, Genève 2003
Biaggini, BV Kommentar	Giovanni Biaggini BV Kommentar - Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 2., überarbeitete und erweiterte Auflage Zürich 2017
CRC Commentary	André Alen, Johan Vande Lanotte, Eugene Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans, Mieke Verheyde (Hrsg.) A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child Leiden, Boston 2008 - 2016
Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender	Bernhard Ehrenzeller, Philippe Mastronardi, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar Zürich, Basel, Genf, Lachen 2002
Kommentar aBV	Jean-François Aubert, Kurt Eichenberger, Jörg- Paul Müller, René A. Rhinow, Dietrich Schindler (Hrsg.) Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1974 Basel, Zürich, Bern 1986

Martenet / Dubey	Vincent Martenet, Jacques Dubey (Hrsg.) Commentarie Romand. Constitution fédérale. Basel 2021
Schmahl, Handkommentar	Stefanie Schmahl Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar 2. Auflage Baden-Baden 2017
St. Galler Kommentar	Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung St. Galler Kommentar 3. Auflage Zürich 2014
Vienna Convention Commentary	Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach (Hrsg.) Vienna Convention on the Law of Treaties – A commentary Second Edition Berlin 2018
Sammelwerke	
Argullol / Velasco	Enric Argullol i Murgadas, Clara Isabel Velasco Rico (Hrsg.) Instituciones y competencias en los estados descentralizados Barcelona 2011 Zum Download zweisprachig verfügbar: http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/IEA_76_e ng.pdf http://www.gencat.cat/drep/iea/pdfs/IEA_76_e sp.pdf
Diggelmann / Hertig / Schindler	Oliver Diggelmann, Randall Hertig, Benjamin Schindler (Hrsg.) Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020. Band I: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus Band II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte Band III: Verfassungsorgane, Verfahren, Bereichsverfassungen
Fleiner / Forster / Misic / Thalmann	Thomas Fleiner, Peter Forster, Alexander Misic, Urs Thalmann (Hrsg.) BV – CF 2000 - Die neue schweizerische Bundesverfassung Basel/Genf/München 2000

FS Bindschedler	Emanuel Diez, Jean Monnier, Jörg Paul Müller, Heinrich Reimann, Luzius Wildhaber (Hrsg.) Festschrift für Rudolf Bindschedler zum 65. Geburtstag 78039 Bern 1980
FS ch Juristentag 1988	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins Die schweizerische Rechtsordnung in ihren Internationalen Bezügen Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988 Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Band 124bis Bern 1988
FS Ermacora	Manfred Nowak, Dorothea Steuber, Hannes Tretter (Hrsg.) Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte Festschrift für Felix Ermacora Kehl am Rhein etc. 1988
FS Koller	Walter R. Schluep (Hrsg.) Recht, Staat und Politik am Ende des 20. Jahrhunderts Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat Arnold Koller Bern, Stuttgart, Wien 1993
FS Mader	Sophie Weerts, Colette Rossat-Favre, Christine Guy-Ecabert, Anne Benoit, Alexandre Flückiger (Hrsg.) Révision imaginaire de la Constitution fédérale : mélanges en hommage au prof. Luzius Mader Basel 2018
FS Nef	Ulrich Häfelin, Walter Haller, Georg Müller, Dietrich Schindler (Hrsg.) Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef Zürich 1981
FS Schindler	Walter Haller, Alfred Kölz, Georg Müller, Daniel Thürer (Hrsg.) Im Dienst an der Gemeinschaft Festschrift für Dietrich Schindler zum 65. Geburtstag Basel, Frankfurt am Main 1989
Handbuch der Grundrechte	Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa Band I-IX Heidelberg 2004 - 2018

International Bill of Rights	Louis Henkin (Hrsg.) The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights. New York 1981
International Human Rights Law	Daniel Moecki, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran (Hrsg.) International Human Rights Law Second Edition, Oxford 2014
Kantone und Europa	Dieter Freiburghaus Dieter (Hrsg.) Die Kantone und Europa Bern 1994
Manifest zur Verteidigung des Rechtsstaats	Vereinigung für Rechtsstaat und Individualrechte (Hrsg.) Manifest zur Verteidigung des Rechtsstaats Zürich 1993
Neirinck / Bruggeman	Claire Neirinck, Maryline Bruggemann (Hrsg.) La convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), une convention particulière Paris 2014
Noske, Rechtsstaat	Heiner Noske (Hrsg.) Der Rechtsstaat am Ende? München und Landsberg am Lech 1995
Regional- und Sicherheitspolitische Aspekte Europas	Daniel Thürer, Elmar Ledergerber Regional- und Sicherheitspolitische Aspekte Europas Zürich 1995
St. Galler Festgabe 1981	Beiträge zur Methode des Rechts St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981 Bern 1981
Thürer / Aubert / Müller	Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (Hrsg.) Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse Zürich 2001
Wildhaber, Wechselspiel	Luzius Wildhaber (Hrsg.) Wechselspiel zwischen Innen und Aussen Basel und Frankfurt am Main 1996

Zimmerli, Neue Bundesverfassung

Ulrich Zimmerli (Hrsg.)

Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für
Praxis und Wissenschaft
Berner Tage für die juristische Praxis 1999
Bern 2000.

Aufsätze

Abramson, Art. 2 CRC

Bruce Abramson
Article 2, The Right of Non-Discrimination
In: CRC Commentary
Leiden, Boston 2008

Alston / Quinn

Philip Alston and Gerhard Quinn
The Nature and Scope of State Parties'
Obligations under the International Covenant on
Economic, Social and Cultural Rights.
In: HRQ 9 (1987), 156-229

Baumann, Bundesrecht bricht

Robert Baumann
Bricht Bundesrecht kantonales Recht?
In: ZBl 117/2016, S. 643 ff.

Baumann, Ingress

Robert Baumann
Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress
der Bundeserlasse
In: LeGes 2014/3, S. 463-487

Belser, Föderalismuskonzeption

Eva Maria Belser
Föderalismuskonzeption der Bundesverfassung
In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I,
S. 667 ff.

Biaggini, Covid-Notrecht

Giovanni Biaggini
Titel «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus –
Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats
zu Art. 185 Abs. 3 BV
In: ZBl 121/220, S. 239 ff.

Biaggini, Stresstest

Giovanni Biaggini
Titel Das Verfassungsgefüge im Stresstest der
Pandemie
In: ZBl 123/2022, S. 59 ff.

Biaggini, Verfassungsauslegung

Giovanni Biaggini
Verfassungsauslegung
In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I,
S. 235 ff.

Bleckmann, VGR	Albert Bleckmann Zur Feststellung und Auslegung von Völkergewohnheitsrecht In: In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV, Band 37, 1977, S. 504 ff.
Boysen	Sigrid Boysen Demokratische Selbstbestimmung? Zum Verhältnis von staatlicher Integrität und Gruppenrechten im Völkerrecht In: Archiv des Völkerrechts, Bd. 47, 2009, S. 427 ff.
Breitenmoser / Hirsbrunner	Stephan Breitenmoser, Simon Hirsbrunner Das Recht und die Souveränität In: Neue Zürcher Zeitung Nr. 6, 09.01.2020, S. 10
Breitenmoser, Rechtsstaatlichkeit	Stefan Breitenmoser Rechtsstaatlichkeit in der Schweiz In: Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 41-81
Broekhuijsen	Dirk M. Broekhuijsen A Modern Understanding of Article 31(3)(c) of the Vienna Convention (1969): A New Haunt for the Commentaries to the OECD Model? In: Bulletin for International Taxation, 2013 (Volume 67), No. 9
Buergenthal	Thomas Buergenthal To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations In: International Bill of Rights, S. 72 ff.
Caroni / Taylan	Martina Caroni, Maya Taylan Zwingendes Völkerrecht In: Recht, 2015, S. 55
Dellenbach / Hupka / Stalder	Wege in die nachobligatorische Ausbildung: Der Kanton Bern im Vergleich zur restlichen Deutschschweiz. Ergebnisse des Jugendlängsschnitts TREE Bern 2004
Diggelmann, Verfassung und Völkerrecht	Oliver Diggelmann Verfassung und Völkerrecht In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 265 ff.
Dörr, Art. 31 VRK	Oliver Dörr Art. 31 In: Vienna Convention Commentary, S. 599 ff.

Egli, BV 46	Partricia Egli Art. 46 In: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, S. 979 ff.
Egli, BV 47	Partricia Egli Art. 47 In: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, S. 991 ff.
Ehrenzeller / Konrad, BV 63a	Bernhard Ehrenzeller, Konrad Sahlfeld Art. 63a In: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, S. 1326 ff.
Eichenberger, Bedeutung	Kurt Eichenberger Von der Bedeutung und von den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung In: Recht als Prozess und Gefüge: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag Bern 1981, S. 155 ff.
Epiney, EG - Verfassungsgerichtsbarkeit	Astrid Epiney EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie In: SJZ (88), 1992, S. 261-270
Epiney, Kern	Astrid Epiney, Markus Kern Aussenverfassung In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band III, S. 2151 ff.
Epiney, Primat	Astrid Epiney Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips In: ZBl (12) 1994, S. 537-611
Epiney, Subsidiarität	Astrid Epiney Subsidiarität als verfassungsrechtlicher Grundsatz In: Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Nr. 24, Rapports suisses présentés au XIVème Congrès international de droit comparé Zürich 1994, S. 9 ff.
Fassbender, Gleichheit	Bardo Fassbender Die souveräne Gleichheit der Staaten - ein angefochtenes Grundprinzip des Völkerrechts In: Aus Politik und Zeitgeschichte, Band 43, 2004, S. 7 ff.

Fassbender, plurale Verfassung	Bardo Fassbender Verfassung als plurales Gefüge In: In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 187 ff.
Felouzis / Charmillot	Felouzis et Samuel Charmillot Schulische Ungleichheit in der Schweiz Genf 2017
Fleiner / Misic	Thomas Fleiner/Alexander Misic Föderalismus als Ordnungsprinzip der Verfassung In: Thürer / Aubert / Müller, S. 429 ff.
Fleiner-Gerster, Völkerrecht-Landesrecht	Thomas Fleiner-Gerster Völkerrecht-Landesrecht Rechtsvergleichende Überlegungen zum Verhältnis des Landesrechts zum internationalen Recht In: FS Schindler, S. 687-699
Föllmi / Martínez	Reto Föllmi, Isabel Martínez Die Verteilung von Einkommen und Vermögen in der Schweiz In: UBS Center Public Paper #6 UBS International Center of Economics in Society, University of Zurich, 2017
Franck	Thomas M. Franck The Emerging Right to Democratic Governance In: The American Journal of International Law, Vol. 86, No. 1, Januar 1992, S. 46
Gemeinsame Stellungnahme	Gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, vom 26. April 1989 In: VPB 53 I (1989), S. 393-436
Häfelin, Lückenfüllung	Ulrich Häfelin Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht In: FS Nef, S. 91 ff.
Hangartner / Ehrenzeller	Yvo Hangartner, Bernhard Ehrenzeller 6. Titel: Revision der Bundesverfassung und Übergangsbestimmungen / Vorbemerkungen zu Art. 192-195 In: St. Galler Kommentar, S. 3103 ff.
Hangartner, Art. 5	Yvo Hangartner Art. 5 In: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender, S. 48 ff.

Hangartner, Erfüllung	Yvo Hangartner Die Erfüllung der Staatsaufgaben durch Bund und Kantone In: ZSR 1974 I, S. 379 ff.
Hangartner, Verfassungstheorie	Yvo Hangartner Verfassungstheorie, Verfassungsrechtsetzung und Verfassungsrechtsfindung In: St. Galler Festgabe 1981, S. 153 ff.
Hangartner, Verhältnis	Yvo Hangartner Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht Auslegeordnung eines Kernproblems von Verfassungspraxis und Verfassungsreform In: SJZ (94), 1998, S. 201-208
Hangartner, Völkerrecht und Landesrecht	Yvo Hangartner Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht In: FS Koller
Hänni, 25 Jahre	Peter Hänni 25 Jahre Recht lehren In: ZBl 119/2018, S. 327 ff.
Hoffmann, Völker- und Landesrecht	Benedikt Hoffmann Neuere Entwicklungen im Verhältnis von Völker- und Landesrecht In: SJZ (94) 1998, S. 460
Hoffmeister, Art 10 VRK	Frank Hoffmeister Art 10 In: Vienna Convention Commentary, S. 163 ff.
Hoffmeister, Art. 14 VRK	Frank Hoffmeister Art 14 In: Vienna Convention Commentary, S. 199 ff.
Hofmann, Macht	Rainer Hofmann Die Bindung staatlicher Macht In: Rechtsstaatlichkeit in Europa, S. 3-29
Howe	R. Brian Howe Implementing children's rights in a federal state: The case of Canada's child protection system In: IJCR, 2001, S. 361 ff.
Huber, Gedanken	Hans Huber Gedanken über die Ausscheidung der Zuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen In: ZSR 1968 I, S. 481 ff.

ILA Report 2004	Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies. International Law Association, Berlin Conference (2004), International Human Rights Law and Practice. http://www.ila-hq.org/index.php/committees
ILC, Fragmentation	International Law Commission Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law Report of the Study Group of the International Law Commission Geneva, 2006
Imboden, Problematik	Die staatsrechtliche Problematik des schweizerischen Föderalismus In ZSR 1955 I, S. 209 ff.
Jaag, Kantone	Tobias Jaag Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung In: Thürer / Aubert / Müller, S. 473 ff.
Jacobs	Francis G. Jacobs Varieties of Approach to Treaty Interpretation: With Special Reference to the Draft Convention on the Law of Treaties before the Vienna Diplomatic Conference In: The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 18, No. 2 (April 1969), S. 318-346
Jacot-Guillarmod, applicabilité	Olivier Jacot-Guillarmod L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse : histoire d'un détour inutile In: SJIR Jubiläumsband 1989, S. 129-151
Jacot-Guillarmod, fondements	Olivier Jacot-Guillarmod Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse ZBJV (120) 1984, S. 227-244
Jacot-Guillarmod, primauté	Olivier Jacot-Guillarmod La primauté du droit international ZSR (104) 1985, S. 383-428
Kägi, Rechtsfragen	Werner Kägi Rechtsfragen der Volksinitiative auf Paritalrevision In ZSR 1956 II, S. 739a ff.

Kälin / Caroni	Walter Kälin und Martina Caroni Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft In: Kälin, ethnisch-kulturelle Diskriminierung, S. 67 ff.
Kälin, ethnisch-kulturelle Diskriminierung	Walter Kälin Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung Basel, Genf, München 1999
Kälin, Schubert	Walter Kälin Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge? In: ZSR (112) 1993, . 73-77
Kälin, Völkerrecht bricht Landesrecht	Walter Kälin Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht» In: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, S. 45 ff.
Kanetake	Machiko Kanetake UN Human Rights Treaty Monitoring Bodies before Domestic Courts. ICLQ vol 67, Januar 2018, S. 201–232
Kiener	Regina Kiener Grundrechte in der Bundesverfassung In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band II, S. 1193 ff.
Kley / Portmann	Roland Kley, Roland Portmann Vorbemerkungen zur Aussenverfassung In: St. Galler Kommentar, S. 1096 ff.
Kley, Föderalismus und Demokratie	Andreas Kley Verhältnis von Föderalismus und Demokratie In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 621 ff.
Kley, Geschichte	Andreas Kley Geschichte des schweizerischen Verfassungsrechts von 1798 bis in die Gegenwart In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 57 ff.
Kley, Grundrechtskatalog	Andreas Kley Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen In: ZBJV (135) 1999, S. 301-347

Kley, Menschenwürde	Andreas Kley Menschenwürde als Rechtsprinzip? Überlegungen zur Rolle der Menschenwürde als Argument in rechtlichen und politischen Verfahren In: Veröffentlichungen der Gesellschaft für Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte, Bd. 10, , S. 259-289 Basel 2008
Knapp, fédéralisme	Blaise Knapp Le fédéralisme ZSR 103 1984, S. 275 – 430
Knapp, quel fédéralisme	Blaise Knapp Quel fédéralisme demain? In: ZSR 1991 I, S. 83 ff.
Knapp, recours	Blaise Knapp Le recours de droit public – Facteur d'unification des droits cantonaux et d'émiettement du droit fédéral In ZSR 1975 II, S. 207 ff.
Koller, unmittelbare Anwendbarkeit	Arnold Koller Die unmittelbare Anwendbarkeit von Staatsverträgen in der Schweiz Vortrag gehalten am Staats- und verwaltungsrechtlichen Kolloquium Montreux, 26. - 28 März 1980
Kölz	Alfred Kölz Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte: Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848 Bern 1992
Kölz, Bundestreue	Alfred Kölz Bundestreue als Verfassungsprinzip? In ZBl 1980, S. 145 ff.
Kölz, Geschichte	Alfred Kölz Geschichtliche Grundlagen In: Thürer / Aubert / Müller, S. 111 ff.
Kölz, Rechtsstaat	Alfred Kölz Was kann der Rechtsstaat heute leisten? In: Manifest zur Verteidigung des Rechtsstaats, S. 15-33

Linderfalk, Parties	Ulf Linderfalk Who are the Parties? Article 31, Paragraph 3 c) of the 1969 Vienna Convention and the 'Principle of Systemic Integration' Revisited In: Netherlands International Law Review, 2018, S. 343 ff.
Linderfalk, Right Thing	Ulf Linderfalk Doing the Right Thing for the Right Reason - Why Dynamic or Static Approaches Should be Taken in the Interpretation of Treaties In: International Community Law Review 10, 2008, 109 ff.
Lombardi	Aldo Lombardi Mitwirkungsrechte der Kantone an der Europapolitik des Bundes: Perspektiven im Gesamtzusammenhang des politischen Systems In: Kantone und Europa, S. 203 ff.
Lundy, Kilkelly, Byrne	Laura Lundy, Ursula Kilkelly, Bronagh Byrne Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review In: Michael Freeman (Hrsg.) The Future of Children's Rights Leiden, 2014
Mahlmann, Schutz	Matthias Mahlmann Schutz der Verfassung In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 211 ff.
Mahon, Art. 7	Pascal Mahon Art. 7 In: Aubert / Mahon
Mahon, Art. 8	Pascal Mahon Art. 8 In: Aubert / Mahon
Martenet / Baumann	Vincent Martenet, Robert Baumann Art. 8 Egalité In: FS Mader, S. 42 ff.
Martenet, Art. 8	Vincent Martenet Art. 8 In: Martenet / Dubey, S. 304 ff.
Marti, Föderalismus-Rechtstaatlichkeit	Arnold Marti Verhältnis von Föderalismus und Rechtsstaatlichkeit In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 595 ff.

Mastor	Wanda Mastor À propos de son caractère self executing In : Neirinck / Bruggeman, S. 7 ff.
Mbengue	Makane Moïse Mbengue Rules of Interpretation (Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties) In: ICSID Review, Vol. 31, No. 2 (2016), pp. 388–412
Mechlem	Kerstin Mechlem Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights VJTL, Vol 42, pp. 905-947, 2009
Merkouris	Panos Merkouris and Daniel Peat The Interpretative Practice of the PCIJ/ICJ, Preliminary Report Sydney 2018 ("do not quote" - Hinweis ist respektiert – nur die Verweise auf die IGH – Rechtsprechung werden wiedergegeben.
Mock	Peter Mock Quelques réflexions sur les réserves déposées par la Suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques AJP 1994, S. 984 ff.
Moeckli	Daniel Moeckli Equality and Non-Discrimination In: International Human Rights Law, S. 157 ff.
Mohler	Markus Mohler Dem PMT-Gesetz fehlt die Verfassungsgrundlage sui generis 2021, S. 61 ff. http://sui-generis.ch/169
Müller, Art. 4 aBV	Georg Müller Kommentar zu Art. 4 BV In: Kommentar aBV.
Müller, Diskriminierungsverbot	Jörg Paul Müller Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung In: Zimmerli, Neue Bundesverfassung, S. 103 – 130
Müller, Entwicklung	Jörg Paul Müller Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band II, S. 1165 ff.

Müller, Rechtssetzungsbefugnisse	Georg Müller Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtssetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat In: ZBl (99), 1998, S. 1-23
Nussbaumer	Markus Nussbaumer «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich» - anekdotisches Nachwort zum Gendern in Gesetzen LeGes 30 (2019) 2, Nr. 4
Oesch, Globalisierung	Matthias Oesch Verfassungswandel durch Globalisierung und Europäisierung In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 137 ff.
Oesch, Übernahme	Matthias Oesch Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht In: AJP 2017, S. 638 ff.
Opsahl	Torkel Opsahl Equality in Human Rights Law With Particular Reference to Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights In: FS Ermacora S. 52-65
Paust	Jordan J. Paust Self-Determination: A definitional focus, In: Y. Alexander/ R. A. Friedlan- der (Hrsg.), Self-Determination: National, Regional, and Global Dimensions, Boulder, Colorado, 1980, S. 1 ff.
Peters / Pagotto	Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz ius.full, 2/04, S. 54 ff.
Pippan	Christian PIPPAN Sovereignty Tamed: Some Thoughts on the Constitutional Autonomy of States in International Law International and Comparative Law Review 2008, S. 17 ff.
Previtali / Montavon	Adriano Previtali, Michael Montavon L'interdiction des discriminations In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band II, S. 1453 ff.

Ramcharan	B. G. Ramcharan Equality and Nondiscrimination In: International Bill of Rights, S. 246 ff.
Rensmann, Art. 46 VRK	Thilo Rensmann Art. 46 In: Vienna Convention Commentary, S. 837 ff.
Robertson	Arthur Henry Robertson The Implementation System: International Measures In: International Bill Of Rights S. 332 ff.
Rupp	Hans Heinrich Rupp Einteilung und Gewichtung der Grundrechte In: Handbuch der Grundrechte, Band II, S. 573 ff. Heidelberg, 2006
Rüst-Hehli	Klausfranz Rüst-Hehli Die Uno-Kinderrechtskonvention - Schutz vor Diskriminierung In Plädoyer 4/16, S. 36 ff.
Saladin, Art. 3 aBV	Peter Saladin, Art. 3 In: Kommentar aBV
Saladin, Art. 6 aBV	Peter Saladin, Art. 6 In: Kommentar aBV
Saladin, Bund und Kantone	Peter Saladin Bund und Kantone: Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat In ZSR 1984 II, S. 431 ff.
Saladin, ius cogens	Peter Saladin Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Landsrecht In: FS ch Juristentag 1988
Schachter	Oscar Schachter Obligation to Implement Covenant in Domestic Law In: International Bill of Rights, S. 311 ff.
Schindler, Art. 102 Ziff. 8 aBV	Dietrich Schindler Kommentar zu Art. 85 Ziff. 5 BV In: Kommentar aBV.
Schindler, Art. 85 Ziff. 8 aBV	Dietrich Schindler Kommentar zu Art. 85 Ziff. 5 BV In: Kommentar aBV.

Schindler, Art. 89 Abs. 5 aBV	Dietrich Schindler Kommentar zu Art. 89 Abs. 5 BV In: Kommentar aBV.
Schindler, Entwicklungstendenzen	Dietrich Schindler Entwicklungstendenzen des schweizerischen Föderalismus In: Schweizer Monatshefte, Sonderheft, Föderalismus in der heutigen Welt, 1959 (39), S. 697 ff.
Schindler, Föderalismus	Dietrich Schindler Schweizerischer Föderalismus - Europäischer Föderalismus In: Regional- und sicherheitspolitische Aspekte Europas
Schnorf	Romana Schnorf Integrative Beschulung: Was zeigen die Daten? In: Schulblatt Aargau und Solothurn, 138. Jahrgang, 5/23, S. 40 f.
Schürer, PKK-Rechtsprechung	Stefan Schürer Eine Analyse der PKK-Rechtsprechung und ihrer Auswirkungen auf die Schubert-Praxis ZBI 116/2015 S. 115
Schweizer / Eggenberger / Kägi-Diener, Art. 8	Rainer J. Schweizer, Margrith Bigler-Eggenberger, Regula Kägi-Diener Art. 8 In: St. Galler Kommentar, S. 201 ff.
Schweizer / Müller, Art. 43a	Rainer J. Schweizer, Lucien Müller Art. 43a In: St. Galler Kommentar, S. 949 ff.
Schweizer / Müller, Art. 5a	Rainer J. Schweizer, Lucien Müller Art. 5a In: St. Galler Kommentar, S. 143 ff.
Schweizer / Müller, Art. 42-135	Rainer J. Schweizer, Lucien Müller 3. Titel: Bund, Kantone und Gemeinden / Vorbemerkungen zu Art. 42-135 (zur bundesstaatlichen Aufgabenteilung) In: St. Galler Kommentar, S. 915 ff.
Schweizer, Art. 3	Rainer J. Schweizer Art. 3 In: St. Galler Kommentar, S. 96 ff.
Schweizer, Föderalismus	Rainer J. Schweizer Entstehung und Entwicklung des schweizerischen Föderalismus In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band 1, S. 543 ff.

Schweizer, Verteilung	Rainer J. Schweizer Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 691 ff.
Schweizer, Verteilung	Rainer J. Schweizer Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen In: Diggelmann / Hertig / Schindler, Band I, S. 691 ff.
Seiler, Noch einmal	Hansjörg Seiler Noch einmal: Staatsvertrag und Bundesgesetz ZBI (10) 1995, s. 451-456
Seiler, Völkerrechtswidriges Bundesgesetz	Hansjörg Seiler Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz; Artikel 113 Abs. 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR In: SJZ (88), 1992, S. 377-387
Siegenthaler, Völkerrecht und Landesrecht	Paul Siegenthaler Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung In: ZbJV (120) 1984, S. 201-226
Simma, Reziprozität	Bruno Simma Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge 1972
Skubiszewski	Krzysztof Skubiszewski Elements of Custom and the Hague Court In: In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV, Band 31, 1971, S. 810 ff.
Stadler	Hans Stadler Bund und Kantone In: Civitas 31/1975, S. 237 ff.
Strebel, Quellen	Helmut Strebel Quellen des Völkerrechts als Rechtsordnung In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV, Band 36, 1976, S. 301 ff.
Thalmann, Medienförderung	Urs Thalmann Medienförderung ist Pflicht In: Jusletter, 25. Juni 2018

- Thalmann, parallele Kompetenz Urs Thalmann
Die parallele Kompetenz zur Medienförderung
von Bund und Kantonen
In: Jusletter, 2. Juli 2018.
- Thalmann, Subsidiaritätsprinzip Urs Thalmann
Urs Thalmann
Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung,
In: Fleiner / Forster / Misic / Thalmann, S.
153 ff.
- Thalmann, Verfassungsrecht Urs Thalmann
Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone
In Peter Hänni (Hrsg.), Schweizerischer
Föderalismus und europäische Integration,
Zürich 2000, S. 56 ff.
- Thürer / Diggelmann, 141 d Daniel Thürer/Oliver Diggelmann
Art. 141 - Völkerrechtliche Verträge (Bst. d)
In: Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer /
Vallender, S. 2523 ff.
- Thürer, Bundesverfassung und Völkerrecht Daniel Thürer
Bundesverfassung und Völkerrecht
In: Kommentar aBV, Mai 1995
- Tomuschat, Issues Christian Tomuschat
Human Rights in a World-Wide Framework –
Some Current Issues
In: Zeitschrift für Ausländisches öffentliches
Recht und Völkerrecht, Band 45, 1985,
S. 547 ff.
- Tschannen, Aufgabenteilung Pierre Tschannen
Bundesstaatliche Aufgabenteilung und
politisches System: Grenzen der
Verfassungsästhetik
In ZSR 114(1995), 1. Halbband, S.143-169
- Tschannen, Verfassungsauslegung Pierre Tschannen
Verfassungsauslegung
In Thürer / Aubert / Müller, S. 149 ff.
- Vallender, Auslegung Klaus Vallender
«Objektive Auslegung» und Erkenntnis
In: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler
Festgabe zum Schweizerischen Juristentag,
Bern 1981, S. 71 ff.

Vernet / Jaria	Jaume Vernet / Jordi Jaria El derecho a un medio ambiente sano: Su reconocimiento en el constitucionalismo comparado y en el derecho internacional In: UNED, Teoría y Realidad Constitucional, Ausgabe 20, 2007, S. 513 ff.
Viver / Vilalta	Carles Viver i Pi-Sunyer, Maite Vilalta Ferrer Instituciones y competencias (España) In: Argullol / Velasco (über das ganze Werk verteilte Beiträge)
Vokinger	Hans W. Vokinger Die Standesinitiative gemäss Art. 93 Abs. 2 der Bundesverfassung in der bundesrechtlichen Praxis In: SJZ 1973, S. 219 f.
Waldmann, Symbolik	Bernhard Waldmann Verfassungsrechtlicher Rahmen des schweizerischen Föderalismus – nur noch Symbolik? In: AJP 2013, S. 1332 ff.
Walter, Art, 19 VRK	Christian Walter Art. 19 In: Vienna Convention Commentary, S. 263 ff.
Walter, Guide	Christian Walter Guide to Practice on Reservations to Treaties In: Vienna Convention Commentary, S. 383 ff.
Wassermann	Rudolf Wassermann Wen und wovon schützt der Rechtsstaat? In: Noske, Rechtsstaat, S. 9-15
Weber-Dürler, Gleichbehandlung	Beatrice Weber-Dürler Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung In: ZBl, 2004 S. 1-36
Weber-Dürler, Rechtsgleichheit	Beatrice Weber-Dürler § 41 Rechtsgleichheit In: Thürer / Aubert / Müller, S. 657 ff.
Werner	Jacques Werner Interprétation constitutionnelle: Pour le rejet de la méthode subjective In: SJZ 1977, S. 117 ff.
Wildhaber, Rechtsfragen	Luzius Wildhaber Rechtsfragen der Verfassungsrevision In Wechselspiel zwischen Innen und Aussen, S. 545 ff.

Wildhaber, Staatsvertragsreferendum	Luzius Wildhaber Das neue Staatsvertragsreferendum In: FS Bindschedler, S. 201 ff.
Wolf, Kindesrecht	Stephan Wolf Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht In ZBJV (134), 1998, S. 113-153
Zermatten, moitié	Jean Zermatten La Suisse et les droits de l'enfant: verre à moitié plein ou verre à moitié vide? In: Bulletin suisse des droits de l'enfant . - 11(2005), no 4, Dossier DEI-Suisse, p. I-IV
Zeitschriften	
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle (PJA)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift Kehl am Rhein
HRQ	Human Rights Quarterly
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly Cambridge, seit 1952.
IJCR	The International Journal of Children's Rights, Leiden
ILC-Yearbook	Yearbook of the International Law Commission
ius.full	Forum für juristische Bildung.
LesGes / Gesetzgebung heute	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation, Hrsg. Schweizerische Bundesverwaltung
Plädoyer	Plädoyer, das Magazin für Recht und Politik, Zürich seit 1983
Praxis	Die Praxis – Bundesgericht, EGMR.
Recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
sui generis	Die juristische Open-Access-Zeitschrift, Zürich https://sui-generis.ch/
VJTL	Vanderbilt Journal of Transnational Law Vanderbilt, seit 1967
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Bern

Kinderrechtsbericht 2

Zweiter, dritter und vierter Bericht der
Schweizerischen Regierung zur Umsetzung des
Übereinkommens über die Rechte des Kindes
Bern, 20. Juni 2012

Verweise auf <http> bzw. <https> – Internetressourcen wurden am 7. August 2023
überprüft.

Abkürzungen

Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874 (Stand Ende 1999)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, vormals Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957
aRG	Allgemeine Rechtsgrundsätze
Art.	Artikel
ATF	Arrêt du Tribunal
BB	Bundesbeschluss
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung vom 19. April 1978
BBl	Bundesblatt, veröffentlicht von der schweizerischen Bundeskanzlei
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002
BFA	Bundesamt für Ausländerfragen
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft von 1998, in Kraft seit dem 1.1.2000
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986, SR 823.21
C.E.	Constitución Española vom 29. Dezember 1978
CDN	Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre 1989
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one Part, and the European Union and its Members States, vom 30. Oktober 2016

CF	Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999, en vigor desde el 1 de enero de 2000
CRC	Committee on the Rights of the Child
CRC	Uno-Komitee für die Rechte der Kinder (Committee on the Rights of the Child)
E.	Erwägung
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft Zitiert wird dieser Vertrag gemäss der geänderten Nummerierung nach Amsterdamer Vertrag.
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 (SR 0.101)
EUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Union von Maastricht, dem 7. Februar 1992, in Kraft seit dem 1. November 1993, Zitiert wird dieser Vertrag gemäss der geänderten Nummerierung nach Amsterdamer Vertrag.
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006, (SR 836.2)
f.	folgende / folgender / folgendes
ff.	fortfolgende
FC	Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999, in force since January 1, 2000
Fn.	Fussnote
FzA	Freizügigkeitsabkommen: Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (0.142.112.681)

GASP	Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik (Art. 11 ff. EUV)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Traffics and Trade, SR 0.632.21). Das GATT-Abkommen vom 30. Oktober 1947 trat am 1. August 1966 für die Schweiz in Kraft und hat das Ziel, Sicherheit und Vorhersehbarkeit im internationalen Warenhandel zu gewährleisten.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, SR 151.1
i.e.	that is (<i>id est</i>)
i. S.	Im Sinne
i. V. m.	In Verbindung mit
ICJ	International Court of Justice
IGH-Statut	Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501)
ILC	International Law Commission
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2) (auch UNO-Pakt II)
IPWSKR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.1) (auch UNO-Pakt I)
KRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention)
lit.	Buchstabe
m. w. V.	Mit weiteren Verweisen
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002
passim	Im ganzen Text
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 29 ff EUV)
RDÜ	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, SR 0.104

RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997
Rz.	Randziffer
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts / Systematische Rechtssammlung, https://www.fedlex.admin.ch/
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional (Urteil des Verfassungsgerichts)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
s.	siehe
TF	Tribunal Federal suizo
u. w. m.	und weitere mehr
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120, www.unric.org/de/charta)
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
URV	Universität Rovira i Virgili
v.	versus (lat. gegen)
vgl.	vergleiche
VGR	Völkergewohnheitsrecht
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, 1987- 2017 auf dem Schweizerischen Bundesarchiv, https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/s tart.do
VRK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (Vertragsrechtskonvention)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.
WHO-Satzung	Verfassung der Weltgesundheitsorganisation (SR0.810.1)
Ziff.	Ziffer
Zuständigkeitsverordnung	Verordnung über die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden vom 20. April 1983, SR 142.202
[...]	Erklärende Einfügungen des Autors in direkten Zitaten sind zwischen eckigen Klammern [...] erkennbar