

Widerstand gegen ein  
verschärftes Kartellgesetz Seite 12Pro-und-Contra-Diskussion  
um die 1:12-Initiative Seite 13Bundesgericht erweitert den  
Schutz von Witwen nicht Seite 14Neue Impulse für Luzerns  
Einwandererquartier Seite 15

## Zwischen Aktivismus und Abwehr

Wie das Bundesgericht mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte umgeht – und wie es sich dabei uneins ist

Der Umgang mit der Strassburger Rechtsprechung sorgt am Bundesgericht für Dissonanzen. Die einen Richter wollen ihr blindlings den Vorrang einräumen, die anderen fordern Zurückhaltung. Nun mischt sich die Politik in die Debatte ein.

Katharina Fontana, Lausanne

In der Herbstsession sind im Parlament mehrere Vorstösse eingereicht worden, die sich mit dem Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht befassen (vgl. Zusatzartikel). Es ist nicht mehr nur die SVP, die auf diesem Gebiet aktiv ist. Mittlerweile sind auch die Freisinnigen zur Ansicht gelangt, dass das Zusammenspiel von Völkerrecht und Landesrecht Probleme aufwirft, die zu lösen sind. Im Vordergrund stehen dabei die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Frage, welche Stellung ihr in der schweizerischen Rechtsordnung zukommen soll.

### Setzt Strassburg die Grenzen?

Dass sich die Politik gerade jetzt dieses Themas annimmt, das schon seit vielen Jahren in Lehre und Rechtsprechung heiss diskutiert wird, hat unter anderem mit einem spürbaren Unbehagen gegenüber dem Bundesgericht zu tun. Es wird kritisiert, dass sich die Richter in Lausanne zu einseitig an der EMRK orientierten und dem Landesrecht zu wenig Gewicht beimessen. Dieser Eindruck wird bestätigt durch einen aufsehenerregenden Entscheid der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung vom Oktober 2012, bei dem es um die Ausschaffung eines kriminellen Mazedoniers ging (BGE 139 I 16). Darin hatte das höchste Gericht in einem Obiter Dictum die Meinung vertreten, dass die EMRK beziehungsweise die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg selbst gegenüber der Bundesverfassung Vorrang genieße. Würde sich diese Auffassung am Gericht durchsetzen, hätte dies zur Konsequenz, dass jedes von Volk und Ständen gutgeheissene Volksbegehren, wie etwa die Aus-



Der Sitz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg.

MARTIN RÜTSCHI / KEYSTONE

schaftungsinitiative, seine Grenzen an der Strassburger Rechtsprechung finden müsste.

Ein näherer Blick zeigt allerdings, dass sich die Bundesrichter in diesem Punkt keineswegs einig sind. Die Bereitschaft, den Urteilen des EGMR blindlings den Vorrang vor Landesrecht – Bundesgesetzen oder gar der Verfassung – einzuräumen, ist nicht in allen Abteilungen des höchsten Gerichts vorhanden. Das zeigt sich am Umgang mit der Schubert-Praxis. Diese vom Bundesgericht 1973 begründete Praxis besagt, dass ein Bundesgesetz einem Staatsvertrag vorgeht, wenn sich der Gesetzgeber bewusst über Völkerrecht hinweggesetzt hat. 1999 relativierten die Lausanner Richter diese Rechtsprechung und hielten fest, dass im Konflikt zwischen Bundesgesetzen und EMRK die Konvention stets Vorrang genieße

### Leitplanken für das Bundesgericht

fon. · Die Bundesverfassung regelt nicht, wie bei einem Konflikt zwischen einer landesrechtlichen und einer völkerrechtlichen Norm vorzugehen ist. Der Bündner SVP-Nationalrat Heinz Brand verlangt nun mit einer parlamentarischen Initiative, der Verfassung ausdrücklich Vorrang gegenüber dem Völkerrecht zuzugestehen (vorbehaltlich der zwingenden Bestimmungen). Brand will damit gewährleisten, dass von Volk und Ständen angenommene Volksinitiativen auch dann umzusetzen und vom Bundesgericht anzuwenden sind, wenn sie der EMRK oder sonstigen Staatsverträgen widersprechen. Hängig ist auch ein Postulat der FDP-Fraktion. Die Freisinnigen möchten das Völkerrecht analog zum Landesrecht hierar-

chisch ordnen. So würden Staatsverträge mit Verfassungscharakter wie die EMRK neu dem obligatorischen Referendum unterstellt und wären gleichauf mit der Bundesverfassung, während Staatsverträge, die dem fakultativen Referendum unterstehen, Bundesgesetzen gleichgestellt wären. Was bei einer Kollision gelten soll – wenn also etwa eine Initiative die EMRK verletzt –, dazu hat sich die FDP noch nicht ausgesprochen. Es sei zu prüfen, ob das jüngere Recht (also die Initiative) dem älteren vorgehen solle, heisst es im Vorstoss. Der Tenor in der Partei geht dahin, dass das Bundesgericht in jedem Fall zuerst das Landesrecht anwenden und sich nicht vorausleitend einem möglichen Urteilspruch aus Strassburg fügen soll.

und die Schubert-Praxis nicht gelte. 2010 kam eine zivilrechtliche Abteilung indessen zu einem anderen Schluss. In einem Entscheid zum Namensrecht bekannte sie sich nach wie vor umfassend zur Schubert-Praxis und sprach sich für den Vorrang eines gegen die EMRK verstossenden Gesetzes aus, wenn das Parlament bewusst eine andere Lösung als der Europäische Gerichtshof gewählt habe. Von ihrer eher defensiven Haltung ist die zivilrechtliche Abteilung bis heute nicht abgerückt.

### Zwei Typen von Richtern

Dass sich das Bundesgericht in einem Spannungsfeld von Abwehr und Aktivismus gegenüber dem EGMR bewegt, rührt daher, dass die einzelnen Richter sehr unterschiedliche Auffassungen haben, welche Rolle sie wahrnehmen sollen. Die einen sind bestrebt, die Menschenrechte in allen ihren Dimensionen offensiv in die hiesige Rechtsordnung zu transponieren und die Schweizer Gesetze so auszulegen, wie sie es im Lichte der EMRK für richtig halten – dies selbst dann, wenn kein Präjudiz aus Strassburg vorliegt. Die anderen dagegen legen sich Zurückhaltung auf und wollen nicht ohne Not Entscheide des Parlaments und des Volkes übergehen. Kommt hinzu, dass die Urteile des Menschenrechtsgerichtshofs seit ein paar Jahren auch in Lausanne zunehmend auf Kritik stossen. Selbst von überzeugten EMRK-Anhängern wird moniert, dass die Strassburger Richter den Handlungsspielraum der nationalen Gerichte zu stark einschränken.

Es liegt auf der Hand, dass die Meinungsverschiedenheiten am Bundesgericht über den Umgang mit der EMRK und der Strassburger Rechtsprechung unbefriedigend sind. Immerhin handelt es sich dabei um eine Grundsatzfrage, deren Beantwortung nicht davon abhängen sollte, wer gerade im Richterstuhl sitzt. Insofern ist es zu begrüssen, wenn sich die Politik in die Diskussion einschaltet und um eine Klärung der strittigen Punkte besorgt ist. Denn letztlich ist die Frage, wem das Bundesgericht in erster Linie verpflichtet ist – Parlament und Volk oder dem Europäischen Gerichtshof –, keine rechtliche, sondern eine politische.

## Grünes Licht für Bundesrat Burkhalter

Ständeratskommission stärkt dem Bundesrat für die Verhandlungen mit der EU den Rücken

Ohne Gegenstimme spricht sich die Kommission für das Verhandlungsmandat des Bundesrates aus. Wenn auch vorwiegend aus strategischen Gründen. Die Anbindung an die Efta-Strukturen bleibt eine Option.

flj. Bern · Überraschend deutlich stärkt die Aussenpolitische Kommission des Ständerates (APK) dem Bundesrat und Aussenminister Didier Burkhalter (fdp.) den Rücken für die Verhandlungen mit der EU über die institutionellen Fragen. Mit 10 zu 0 Stimmen bei 2 Enthaltungen stimmte die APK dem Verhandlungsmandat mit der EU zu, wie Kommissionspräsident Hannes Germann (Schaffhausen, svp.) am Freitag vor den Medien in Bern sagte. Aussenpolitische Verhandlungen gehören zur alleinigen Kompetenz des Bundesrates; die Parlamentskommissionen werden lediglich konsultiert. Ihre Stellungnahmen haben jedoch Signalwirkung.

Den klaren Entscheid fasste die Kommission vor allem aus strategischen Gründen: Sie habe sich für ein Vorgehen entschieden, das dem Bundesrat für die Verhandlungen den Rücken

stärkte, sagte Germann. Damit ist auch klar, dass es inhaltlich durchaus noch Differenzen gibt. Andere Wege wie die Anbindung an die Efta-Strukturen, wie sie namentlich von einer Gruppe von 15 Rechtsprofessoren vorgeschlagen wurde, scheinen für die Kommission eine Option zu bleiben. So habe die Kommission darüber heftig diskutiert und mit Thomas Cottier auch einen der Befürworter dieser Variante angehört.

### Geheimer Brief mit Nuancen

Genauer wollte Germann indes nicht verraten: Die APK werde dem Bundesrat in einem Brief die «Nuancen» darlegen, sagte er. Der Inhalt des Briefes soll geheim bleiben, damit der Bundesrat in den Verhandlungen nicht geschwächt werde.

Die Schweiz und die EU wollen unter anderem darüber verhandeln, wie sie künftig bei Streitfällen zu den bilateralen Verträgen vorgehen wollen. Der Bundesrat schlägt vor, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Streitfall Stellung nehmen soll. Sollte die Schweiz mit der Stellungnahme nicht einverstanden sein, wäre sie nicht zu einer Umsetzung gezwungen. Allerdings könnte die EU dann das betrof-

fene Abkommen teilweise oder vollständig kündigen. Der Vorschlag löste heftige Kritik aus. Während die einen die «fremden Richter» kritisieren, bezweifeln die anderen, dass der EuGH eine solche Rolle akzeptieren würde.

### Rote Linien bekräftigt

Zu reden gab in der Kommission auch ein Mechanismus, der es dem Bundesgericht erlauben würde, dem EuGH Fragen zur Auslegung von binnenmarktrelevanten Bestimmungen zu unterbreiten. Die Kommission möchte dort eine Kann- anstelle einer Muss-Formulierung, sagte Germann. Der Bundesrat sei mit dieser Präzisierung einverstanden. Schliesslich hat sich die Kommission mit den roten Linien befasst, die der Bundesrat festgelegt hatte. Germann bekräftigte, dass an den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit nicht gerüttelt werden dürfe und dass die Unionsbürgerschaft nicht zur Debatte stehe.

Zum Entwurf des Verhandlungsmandats werden nun noch die nationalrätliche Schwesterkommission und die Kantone Stellung nehmen. Die Verhandlungen mit der EU könnten schon nächstes Jahr beginnen.

## SVP-Initiative strikt umsetzen

Parlamentskommission zur Ausschaffung verurteilter Ausländer

C. W. · Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats will die von Volk und Ständen angenommene Ausschaffungsinitiative strikt umsetzen. Mit 14 zu 8 Stimmen bei 1 Enthaltung hat sie vor kurzem den Grundsatzentscheid gefällt, dass die gesetzliche Konkretisierung dem Wortlaut der Durchsetzungsinitiative folgen soll, mit der die Schweizerische Volkspartei dem Abstimmungsergebnis vom 28. November 2010 Nachdruck verleihen will. Die Verwaltung soll nun bis Ende Jahr neue Vorschläge ausarbeiten. Auf dieser Grundlage will die Kommission dann im ersten Quartal 2014 ihre Anträge beschliessen.

Die Ausschaffungsinitiative verlangt, dass Ausländer, die wegen bestimmter Delikte verurteilt worden sind, ihr Aufenthaltsrecht verlieren. Die im neuen Verfassungstext genannten Tatbestände – schwere Gewalttaten, aber auch Einbruchsdelikte sowie der missbräuchliche Bezug von Sozialversicherungsleistungen oder Sozialhilfe – sind vom Gesetzgeber (Parlament) innert fünf Jahren näher zu umschreiben und können auch ergänzt werden.

Weil der starre Mechanismus, der keinen Spielraum zur Beurteilung des Einzelfalls lässt, unter anderem dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnis-

mässigkeit widerspricht und zu Konflikten mit der Menschenrechtskonvention, dem Freizügigkeitsabkommen und anderem Völkerrecht führen kann, beantragte der Bundesrat, auf Gesetzesstufe eine Differenzierung vorzunehmen. Danach wären im Fall einer Verurteilung zu höchstens sechs Monaten Freiheitsentzug die Interessen der Öffentlichkeit und die des Betroffenen gegeneinander abzuwägen. Bei höheren Strafen könnte noch ausnahmsweise von einer Landesverweisung abgesehen werden.

Noch bevor die Botschaft des Bundesrates vorlag, hatte die SVP mit Erfolg Unterschriften für ihre Durchsetzungsinitiative gesammelt, die alle zur Landesverweisung führenden Straftatbestände und die Grundsätze für den Vollzug explizit festhält. Der Verfassungstext wäre direkt, ohne gesetzliche Umsetzung, anwendbar. Der Bundesrat hat seine Stellungnahme dazu für Ende Jahr in Aussicht gestellt.

Die Mitte-Rechts-Mehrheit der Nationalratskommission will sich nun gleich an der zweiten Initiative orientieren, so dass diese als überflüssig zurückgezogen werden könnte. Trotz dem relativ deutlichen Entscheid und dem politischen Druck dürfte das Thema im Parlament weiter sehr umstritten sein.