

Völkerrecht und Landesrecht: Ist die «Schubert-Rechtsprechung» noch aktuell?

Zu BGE 148 II 169

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Ist die „Schubert-Rechtsprechung“ noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht. Mit besonderem Blick auf BGE 148 II 169, AJP 2023, 699-708.

Es ist möglich, dass diese publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

In BGE 148 II 169 formulierte das Bundesgericht wegweisende Aussagen zur Anwendbarkeit und Tragweite der sog. Schubert-Rechtsprechung. Ausgehend vom bisherigen Stand von Rechtsprechung und Literatur zum Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht analysiert der Beitrag diesen Ansatz des Bundesgerichts und zeigt auf, dass für die Schubert-Rechtsprechung – unabhängig davon, ob sie grundsätzlich aufgegeben wurde oder nicht – kaum noch Raum bleibt und sie damit – in den Worten des Bundesgerichts – «weitgehend nicht mehr anwendbar» ist, wenn auch noch nicht alle Fragen abschliessend geklärt sind.

I. Einleitung

Das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht wurde vor einigen Jahren sowohl in der breiteren Öffentlichkeit als auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur sehr intensiv und mitunter kontrovers diskutiert,¹ dies unter anderem im Zuge der Lancierung und teilweisen Annahme

¹ Vgl. aus der weitverzweigten Literatur z.B. YVO HANGARTNER, Unklarheiten bei Volksinitiativen, AJP 2011, 471 ff.; ROGER NOBS, Volksinitiative und Völkerrecht, 2006; ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 ff.; JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.; ROBERT KOLB, Völkerrecht und Völkerpolitik – Gedanken zur Minarettinitiative, SZIER 2010, 467 ff.; JOHANNES REICH, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff.; REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.; HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl. 2008, 121 ff.; MATTHIAS GOLDMANN, Völkerrechtliche Vereinbarungen und direkte Demokratie, ZaöRV 2018, 281 ff.; s. auch verschiedene Beiträge zur sog. „Minarettinitiative“ im Jusletter vom 1.3.2010. Vgl. aus der älteren Literatur die Nachweise bei ASTRID EPINEY, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 (mit Fn. 1); s. sodann auch die ausführlichen Nachweise bei THOMAS COTTIER/ALBERTO ACHERMANN/DANIEL WÜGER/VALENTIN ZELLWEGER, Der

verschiedener Volksinitiativen, die in Konflikt zu völkerrechtlichen Pflichten der Schweiz standen bzw. zu diesen zumindest ein gewisses Spannungsverhältnis aufweisen, gewisser Klarstellungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung² sowie der Lancierung der sog. Selbstbestimmungsinitiative³. Nach deren klarer Ablehnung durch Volk und Stände im November 2018 ist es um diese Frage aber wieder deutlich ruhiger geworden.

Dabei äusserte sich das Bundesgericht in der jüngeren Vergangenheit insbesondere in einem Urteil⁴ sehr deutlich zum Thema, wobei das Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen und damit die sog. Schubert-Rechtsprechung im Vordergrund stand. Dies soll zum Anlass genommen, die in diesem Urteil formulierten die grundsätzlichen Aussagen des Bundesgerichts zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht und ihren Zusammenhang zu erörtern und einer kurzen Bewertung (insbesondere in Bezug auf ihre Bedeutung über die konkreten Fallgestaltungen hinaus) zu unterziehen (IV.), dies auf der Grundlage der Skizzierung des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalte und seiner Hauptaussagen bzw. Ergebnisse (III.) sowie der Skizzierung des Standes der Diskussion und der Rechtsprechung zum Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht (II.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (V.).

II. Das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht: Problemaufriss und Stand der Diskussion

Dem Völkerrecht selbst (etwas anderes gilt nur für das EU-Recht, das als solches sowohl unmittelbare Geltung als auch Vorrang gegenüber nationalem Recht beansprucht)⁵ lassen sich keine irgendwie gearteten Vorgaben über die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in nationales Recht entnehmen, so dass die Staaten aus völkerrechtlicher Sicht nicht verpflichtet

Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000. S. sodann die Ausführungen und weiteren Nachweise bei SAMANTHA BESSON, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), *Commentaire romand: Constitution fédérale (CR-Cst.)*, Art. 5, Rn. 137 ff.; ASTRID EPINEY, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung*, 2015, Art. 5, Rn. 77 ff.; s. auch BUNDESRAT, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263; BUNDESRAT, *Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht*, BBl 2011 3613 ff.; BUNDESRAT, *Stärkung der präventiven Rechtskontrolle*, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2187 ff.; BUNDESRAT, *Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative*, BBl 2017 5355 ff.

² S. insbesondere BGE 139 I 16. Zu diesem Urteil und der diesbezüglichen Diskussion, m.w.N., ASTRID EPINEY, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts*. Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, Jusletter vom 18.3.2013; ASTRID EPINEY, *Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung*. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter vom 6.10.2014.

³ Vgl. BUNDESRAT, *Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative*, BBl 2017 5355 ff. Aus der Literatur z.B. ROBERT KOLB, *L’initiative de l’UDC sur „l’autodétermination“ (juges étrangers)*, SZIER 2016, 567 ff.

⁴ BGE 148 II 169; s. auch BGE 146 II 201.

⁵ Vgl. nur EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1; EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141.

sind, einen monistischen Ansatz zu verfolgen und sie auch nicht gehalten sind, im innerstaatlichen Recht einen (Anwendungs-)Vorrang des Völkerrechts vorzusehen.⁶ Die verschiedenen staatlichen und supranationalen Rechtsordnungen kennen hier denn auch durchaus unterschiedliche Lösungen.⁷

In der Schweiz ergibt sich aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung (insbesondere Art. 189, 190 BV),⁸ dass die schweizerische Verfassungsordnung der monistischen Konzeption – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen.⁹ Auf dieser Grundlage können völkerrechtliche Bestimmungen auch unmittelbar anwendbar sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität und damit hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung der staatlichen Behörden) – die Rechtsstellung Einzelner regeln, die damit ihre Rechte direkt gestützt auf die einschlägige völkerrechtliche Bestimmung geltend machen können.¹⁰

⁶ Vgl. bereits, mit ausführlicher Begründung und m.w.N., EPINEY, ZBl. 1994 (Fn. 1), 537 (546 ff.). Zu beachten ist allerdings, dass das Völkerrecht als solches insofern „absolute“ Geltung beansprucht, als kein Staat sich unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann (vgl. Art. 26, 27 Wiener Vertragsrechtskonvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111, VRK). Hieraus folgt zwar keine Aussage über die Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, da sich diese Aussage lediglich auf die völkerrechtliche Ebene bezieht. Jedoch wird damit klargestellt, dass eine Nichtbeachtung völkerrechtlicher Pflichten – auch wenn diese auf der in der innerstaatlichen Rechtsordnung vorgesehenen Normenhierarchie beruht – die völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht. So auch ausdrücklich CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5, Rn. 148; WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI/BENEDIKT PIRKER, Völkerrecht, 5. Aufl., Bern 2022, 119 ; s. auch BGE 125 II 417; BGE 122 II 485.

⁷ Vgl. etwa die Länderberichte bzw. Beiträge in JAN WOUTERS/ANDRÉ NOLLKAEMPER/ERIKA DE WET (Hrsg.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, 2008, *passim*. S. neuerdings auch den instruktiven Überblick zur Stellung des Völkerrechts in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen bei CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5 Rn. 146 ff.

⁸ Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze „umgewandelt“ werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

⁹ Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 Erw. 4a; BGE 120 Ib 360 Erw. 2c; BGE 127 II 177; aus der Literatur z.B. CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5 Rn. 173 ff.; DANIEL THÜRER, *Kosmopolitisches Staatsrecht*, 2005, 76 f.; TOBIAS TSCHUMI/BENJAMIN SCHINDLER, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 5, Rn. 65 ff.; ALBERTO ACHERMANN, *Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht*, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, 2000, 33 (38 f.); ROBERT BAUMANN, *Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung*, 2002, Nr. 342; s. auch BUNDESRAT, *Bericht Völkerrecht – Landesrecht* (Fn. 1), BBl 2010 2263 (2302).

¹⁰ Vgl., neben dem hier angezeigten Urteil, z.B. BGE 118 Ia 116 f. Erw. 2b; BGE 124 III 91 Erw. 3a; BGE 19 I 16; BGE 142 II 35. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen*,

Dem monistischen Verständnis der Verfassung lässt sich keine Aussage über die Frage des „Ranges“ des Völkerrechts im Verhältnis zum nationalen Recht entnehmen, geht es hier doch nur um die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in das in dem jeweiligen Staat geltende Recht.¹¹ Vielmehr ergibt sich der Rang des Völkerrechts in der innerstaatlichen Rechtsordnung aus den einschlägigen Regeln des nationalen (Verfassungs-)Rechts, wobei die Bundesverfassung keine klare Aussage zur Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht enthält; immerhin bringen jedoch verschiedene verfassungsrechtliche Bestimmungen eine grosse Offenheit gegenüber dem Völkerrecht zum Ausdruck.¹²

Im Ergebnis legt insbesondere Art. 5 Abs. 4 BV – wonach Bund und Kantone das Völkerrecht « beachten » – in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip, wonach einmal eingegangene Verpflichtungen und nach einem bestimmten Verfahren erlassene Normen nur nach demselben Verfahren « aufgehoben » werden können, einen grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts nahe.¹³ Dass Art. 5 Abs. 4 BV nicht ausdrücklich – wie im Vorfeld der Totalrevision von 1999 vorgeschlagen – vom (absoluten) Vorrang des Völkerrechts spricht und daher keine eigentliche Kollisionsregel darstellt,¹⁴ dürfte keine grundsätzliche Absage an den Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts implizieren, sondern sich vielmehr dadurch erklären, dass man sich eine gewisse Flexibilität in Ausnahmekonstellationen bewahren und eine zu absolut formulierte Dichotomie vermeiden wollte.¹⁵ Im Übrigen ist an Art. 190 BV zu erinnern, wonach

Methoden und Kriterien, 2005; YVO HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

¹¹ Vgl. nur ACHERMANN, in: Staatsvertrag (Fn. 9), 33 (39 f.); siehe auch schon EPINEY, ZBl. 1994 (Fn. 1), 537 (542 ff.).

¹² Insgesamt lässt eine Gesamtschau der diesbezüglichen Bestimmungen der Bundesverfassung eine bemerkenswerte Offenheit der Verfassungsordnung in Bezug auf die Einbindung in die internationale Gemeinschaft erkennen. So ergibt sich aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen, dass das Völkerrecht – wobei man wohl hinzufügen muss, das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht – in der Schweiz anzuwenden und zu beachten ist. Hinzuweisen ist – neben Art. 5 Abs. 4 BV – insbesondere auf folgende Bestimmungen: Die Präambel betont die „Offenheit gegenüber der Welt“. Der Zweckartikel nimmt Bezug auf den Einsatz der Schweiz für eine „friedliche und gerechte internationale Ordnung“ (Art. 2 Abs. 4 BV). In Art. 54 Abs. 2 BV wird dieser Aspekt ausgeführt und präzisiert, indem dem Bund aufgetragen wird „zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ beizutragen. Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV ist zu entnehmen, dass Revisionen der Verfassung „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ nicht verletzen dürfen; Initiativen auf Teilrevision der Verfassung sind im Falle der Nichtbeachtung dieser Vorgabe für ganz oder teilweise nichtig zu erklären. Art. 140 Abs. 1 BV sieht das obligatorische Referendum von Volk und Ständen u.a. für den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Organisationen vor, während Art. 141 Abs. 1 lit. d BV gewisse völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt. Nach Art. 190 BV ist (neben den Bundesgesetzen) das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

¹³ Vgl. im Einzelnen, mit ausführlicher Begründung, EPINEY, in: Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 5, Rn. 84 ff.; ebenfalls auf das Rechtsstaatsprinzip in diesem Zusammenhang bezugnehmend PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, § 9, Rn. 413 ff.

¹⁴ Vgl. EPINEY, in: Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 5, Rn. 85, m.w.N. So auch die Rechtsprechung, vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1. Ebenfalls in diese Richtung BUNDESRAT, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370 f.

¹⁵ So CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5, Rn. 141.

Völkerrecht und Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgeblich sind.

Auf dieser Grundlage hat das Bundesgericht in einer gefestigten Rechtsprechung (gefolgt, trotz Kritik von Einzelaspekten, von der herrschenden Lehre in der Literatur)¹⁶ diesbezüglich¹⁷ klare Grundsätze entwickelt, die vom prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts ausgehen, wobei jedoch in Bezug auf die genaue dogmatische Begründung gewisse Fragen bestehen, könnte die Rechtsprechung doch dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Vorrang aus dem Völkerrecht ergebe.¹⁸ Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen und demjenigen von Völkerrecht und Verfassung:¹⁹

- In Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht kommt letzterem – soweit sich ein Konflikt nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung vermeiden lässt²⁰ – grundsätzlich Vorrang zu, der sich auch auf spätere Bundesgesetze bezieht, so dass die *Lex-posterior*-Regel nicht zur Anwendung kommt.²¹ Hiervon ist jedoch dann ausnahmsweise abzuweichen, wenn der Bundesgesetzgeber „bewusst“ gegen das Völkerrecht verstossen wollte bzw. sich „bewusst“ und eingehend mit der Frage nach der Völkerrechtskonformität auseinandergesetzt und die Nonkonformität in Kauf genommen hat;²² diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. Schubert-Rechtsprechung).²³ Im

¹⁶ Vgl. im Einzelnen, m.w.N., EPINEY, in: Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 5, Rn. 84 ff. S. auch die Nachweise in Fn. 1.

¹⁷ Wobei es in erster Linie um die Stellung völkervertragsrechtlicher Bestimmungen zu solchen der Bundesverfassung und zu Bundesgesetzen geht. Nach einhelliger Ansicht und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt dem Völkerrecht jedenfalls Vorrang vor Verordnungen des Bundesrates sowie kantonalem Recht jeder Stufe zu (letzteres dürfte sich schon aus Art. 49 BV ergeben), vgl. nur KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht (Fn. 6), 118 f.; CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5, Rn. 184.

¹⁸ S. insbesondere BGE 142 II 35, wo das Bundesgericht zur Begründung des Vorrangs auf Art. 27 VRK hinweist. Vgl. hierzu ASTRID EPINEY, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 25. November 2016, Jusletter vom 14.3.2016, Rn. 7, 24 ff.

¹⁹ Wobei zwingendes Völkerrecht in jedem Fall widersprechendem nationalen Recht vorgeht, vgl. nur TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn. 13), § 9, Rn. 440; BUNDESRAT, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5370.

²⁰ Letzteres ist im Übrigen schon aufgrund der Flexibilität vieler völkerrechtlicher Vorgaben die Regel, hierzu nur, m.w.N., HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, in: ZBl. 2008, 121 (139 ff.).

²¹ Vgl. aus der Rechtsprechung, wenn auch mitunter mit unterschiedlicher Akzentsetzung, BGE 125 II 417 E. 4d; 128 IV 201 E. 1.3; 122 II 485 E. 3a; 122 III 414 E. 3a; 125 III 209 E. 6e; 136 II 241 E. 16.1; 119 V 171 E. 4; 138 II 524 E. 5.1; 139 I 16 E. 5.1; BGE 142 II 35.

²² Zu den Voraussetzungen des Greifens der Schubert-Praxis die erfreulichen Klarstellungen in BGE 138 II 524 E. 5.3.2, wo das Bundesgericht einen generellen Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht genügen liess, sondern festhielt, es sei eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht notwendig, unter Einschluss seiner Implikationen; s. aber auch BVGer C-7487/2008 vom 4.1.2013.; BVGer C-1026/2009 vom 31.10.2013. Siehe auch die ebenfalls andere Akzentsetzung bei TSCHUMI/SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar (Fn. 9), Art. 5, Rn. 79.

²³ Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt z.B. in BGE 112 II 1 E. 8; 118 Ib 277 E. 3b; BGE 139 I 16. Zur Schubert-Rechtsprechung und der nachfolgenden Rechtsprechungsentwicklung instruktiv ROBERT BAUMANN, Die Tragweite der *Schubert*-Praxis, AJP 2010, 1009 ff., m.w.N.

Verhältnis von Bundesgesetzen und staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträgen gilt aber eine „Gegenausnahme“, so dass letztere in jedem Fall vorrangig (auch im Verhältnis zu „bewusst“ gegen ihre Vorgaben verstossenden Bundesgesetzen) anzuwenden sind.²⁴ Dies dürfte im Wesentlichen auf der überragenden Bedeutung derartiger Abkommen beruhen, die es rechtfertigt, die Schubert-Rechtsprechung – die ihrerseits letztlich auf pragmatischen und politischen Erwägungen beruhen dürfte und insofern als Ausdruck einer *Political-Question*-Doktrin angesehen werden kann – hier nicht heranzuziehen. Die jüngere Rechtsprechung hat diese „Gegenausnahme“ auf das Freizügigkeitsabkommen ausgedehnt.²⁵ Auf die Problematik der Reichweite der Schubert-Rechtsprechung wird im Zusammenhang mit dem hier besprochenen Urteil zurückzukommen sein.²⁶

- Soweit es um Konflikte zwischen Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht geht, ist Art. 190 BV massgeblich: Danach ist das Völkerrecht (neben den Bundesgesetzen) „massgebend“, so dass im Falle eines Konflikts dieses anzuwenden ist und die entsprechende Verfassungsbestimmung unanwendbar ist,²⁷ was auch für unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gelten muss. Zwar wird dieser vom Bundesgericht vertretene Ansatz in der Lehre und vom Bundesrat teilweise kritisiert,²⁸ zu überzeugen vermag diese Kritik jedoch nicht: Denn Art. 190 BV regelt grundsätzlich die Frage, wie im Falle eines Konflikts zwischen Völkerrecht und Verfassung umzugehen ist, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede punktuelle Verfassungsrevision – die eine bestimmte Sachfrage betrifft – auch die Tragweite dieser

²⁴ BGE 117 Ib 367 E. 2; 125 II 417 E. 4d (sog. PKK-Entscheid; das Bundesgericht betonte hier, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4; 136 II 120; den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; 136 II 241 E. 16.1; 129 II 193; 139 I 16 E. 5.1; siehe auch BGE 135 II 243 E. 3.1; 128 III 113 E. 3a; 128 IV 201 E.1.2; BGer 2C_459/2011 vom 26.4.2012.

²⁵ BGE 142 II 35. Die Begründung wirft jedoch einige Fragen auf, vgl. hierzu ASTRID EPINEY, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Jörg Künzli/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2015/2016, Bern 2016, 3 (18 ff.); EPINEY, Jusletter vom 14.3.2016 (Fn. 18).

²⁶ Unten III., IV.

²⁷ BGE 133 II 450 E. 6; 133 II 460; 133 V 233 E. 3.5; 139 I 16 E. 5.2, 5.3.

²⁸ Vgl. ROBERT BAUMANN, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2010, 241 (260 ff.), der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; in diese Richtung wohl auch BUNDESRAT, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613 (3658), wobei er diesen Ansatz aber später zumindest etwas relativiert, vgl. BUNDESRAT, Botschaft zur Selbstbestimmungsinitiative, BBl 2017 5355, 5371 ff.; s.a. LUCA CIRIGLIANO, Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, in: Jusletter vom 1.3.2010, Rz. 31 ff., der von einem Vorrang neuer, durch Volksinitiative eingeführter Verfassungsbestimmungen ausgeht. Siehe sodann die Darstellung des Meinungsstands in der Doktrin bei JÖRG KÜNZLI, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 (70 f.); TSCHUMI/SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar (Fn. 21), Art. 5, Rz. 84 ff.

Bestimmung modifiziert, unterscheidet sich doch der Regelungsgegenstand dieser Vorschrift von demjenigen konkreter verfassungsrechtlicher Normen.²⁹ In der Sache kommt damit völkerrechtlichen Verträgen ein umfassender (Anwendungs-)Vorrang vor diesen ggf. widersprechenden Verfassungsbestimmungen zu, was auch in Bezug auf jüngere und unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gilt. Die „Schubert“-Praxis ist damit in Bezug auf Verfassungsrecht nicht relevant.³⁰

III. Das Urteil des Bundesgerichts in BGE 148 II 169

In BGE 148 II 169 ging es im Wesentlichen um die Vereinbarkeit der sog. «Dublin-Renitenzhaft» (Art. 76a Abs. 4 AIG) mit den einschlägigen Vorgaben der sog. Dublin III-Verordnung³¹ (Art. 28 VO 604/2013) – welche durch die Schweiz aufgrund des Dublin-Assoziierungsabkommens³² und des auf diesem beruhenden nachfolgenden Bundesbeschlusses³³ zu beachten ist – bzw. um die Auslegung dieser Bestimmungen:

- Nach Art. 76a Abs. 4 AIG kann eine Person, die sich weigert, ein Transportmittel zur Durchführung der Überstellung in den zuständigen Dublin-Staat zu besteigen, oder in anderer Art und Weise durch ihr persönliches Verhalten die Überstellung verhindert, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Haft nach Art. 76a Abs. 3 lit. c AIG (Dublin-Ausschaffungshaft) nicht mehr zulässig ist und die Verhältnismässigkeit gewahrt

²⁹ Im Ergebnis ebenso etwa KÜNZLI, ZSR 2009 I (Fn. 1), 47 (70 ff.); TSCHANNEN, Staatsrecht (Fn.13), § 9, Rn. 423; KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht (Fn. 6), 128 ff.; ANDREAS AUER/BÉNÉDICTE TORNAY, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative „Pour des naturalisations démocratiques“, in: AJP 2007, S. 740 (745 f.); ANNE BENOÎT, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit suisse?, ZSR 2009 I, 453 (468 f.); REGINA KIENER/MELANIE KRÜSI, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 (250); YVO HANGARTNER, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 (702 f.); GIORGIO MALINVERNI, Démocratie directe et droits de l'homme, in: FS Andreas Auer, Bern 2013, S. 453 (462 f.).

³⁰ So ausdrücklich neben den in Fn. 29 zitierten Autoren z.B. auch REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2013, 22 f. Allerdings wird häufig angenommen, dass im Fall einer Volksinitiative, die gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstösst, diese als Auftrag zur Kündigung des betreffenden Vertrages zu verstehen sei (zumindest soweit dies völkerrechtlich möglich ist), vgl. SÉVÉRINE KNUCHEL, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale „Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)“, Jusletter vom 12.11.2013, Rn. 18, m.w.N. Zwingend erscheint dies freilich nicht: Denn eine solche Kündigung und ihre Konsequenzen werfen häufig komplexe Fragen auf, ganz abgesehen davon, dass z.B. ein Verstoss gegen eine einzelne vertragliche Bestimmung etwas anderes ist als die Kündigung des gesamten betroffenen Vertrages; zum Problemkreis im Einzelnen KÜNZLI, ZSR 2009 I (Fn. 1), 47 (67 ff.).

³¹ VO 604/2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl. 2013 L 180, 31.

³² Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, SR 0.142.392.68.

³³ Bundesbeschluss vom 26. September 2014, AS 2015 1841.

ist. Die Höchstdauer der Haft ist sechs Wochen, wobei eine Verlängerung bis zu drei Monaten mit richterlicher Zustimmung möglich ist, falls der Betreffende sein Verhalten weiterhin nicht ändert.

- Nach Art. 28 VO 604/2013 dürfen die Mitgliedstaaten eine Person nicht allein deshalb in Haft nehmen, weil sie dem in dieser Verordnung geregelten Verfahren unterliegt. Allerdings können die Mitgliedstaaten eine gesuchstellende Person auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung inhaftieren, wenn eine erhebliche Fluchtgefahr besteht und den Anforderungen der Verhältnismässigkeit entsprochen wird, wobei in einer zwingenden Vorschrift mit allgemeiner Geltung die diesbezüglich relevanten Kriterien festzulegen sind (vgl. insoweit die Legaldefinition in Art. 2 lit. n VO 604/2013). Im Übrigen beschränkt die Verordnung die Dauer der Inhaftierung in zeitlicher Hinsicht. Sind die in Art. 28 VO 604/2013 formulierten Voraussetzungen bzw. Anforderungen nicht erfüllt, ist die Festhaltung einer dem Dublin-Verfahren unterliegenden Person wegen Fluchtgefahr unzulässig.³⁴

Der Beschwerdeführer machte geltend, dass die Dauer der gegen ihn angeordneten Haft nicht den Vorgaben des Art. 28 VO 604/2013 (so wie diese Bestimmung durch die Rechtsprechung des EuGH ausgelegt wird) entspreche, obwohl sie gemäss Art. 76a Abs. 4 AIG zulässig gewesen sei. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde insoweit gut, wobei es sich massgeblich – wie im Einzelnen im Urteil dargelegt – auf die Auslegung des Art. 28 VO 604/2013 durch den EuGH in einem Urteil aus dem Jahr 2017³⁵ bezog. Aus diesem lasse sich insbesondere ableiten, dass die Festhaltungsmöglichkeit ab Wegfall der aufschiebenden Wirkung bzw. der Vollziehbarkeit des Überstellungsentscheids auf sechs Wochen begrenzt sei, so dass die Haft des Beschwerdeführers – die für einen längeren Zeitraum angeordnet worden war – unrechtmässig gewesen sei.

Im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht und insbesondere demjenigen von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen sind insbesondere die Ausführungen des Bundesgerichts mit Bezug zur Ansicht der Vorinstanz, der Gesetzgeber habe mit Art. 76a Abs. 4 AIG bewusst von den Vorgaben des Dublin-Rechts abweichen wollen, so dass diese Bestimmung dem Dublin-Recht vorgehe,³⁶ von Bedeutung: Mit Bezug auf seine bisherige Rechtsprechung³⁷ stellt das Bundesgericht lapidar fest, diese Auffassung der Vorinstanz verletze Bundesrecht, da in «Übereinstimmung» mit Art. 27 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK)³⁸ völkerrechtliche Normen in der Rechtsanwendung widersprechendem Landesrecht vorgingen. Zwar «könnte» von diesem Grundsatz «nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung» dann

³⁴ S. insoweit EuGH, Rs. C-528/15 (Al Chodor), ECLI:EU:C:2017:713.

³⁵ EuGH, Rs. C-60/16 (Amayry), ECLI:EU:C:2017:675.

³⁶ Vgl. insoweit BGE 148 II 169 E. 5.

³⁷ BGE 144 I 126 E. 3; BGE 144 II 293 E. 6.3; BGE 142 II 35 E. 32; BGE 139 I 16 E. 5.1; BGE 138 II 524 E. 5.1, m.w.N.

³⁸ SR 0.111.

eine Ausnahme zum Zuge kommen, «wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will»³⁹. Jedenfalls könne diese Ausnahme aber dann nicht herangezogen werden, wenn – «wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs» – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stünden,⁴⁰ so dass in einer solchen Konstellation die völkerrechtliche Bestimmung der abweichenden nationalen Norm auch dann vorgehe, wenn der Gesetzgeber von den völkerrechtlichen Vorgaben abweichen wollte. Mit Bezug auf die VO 604/2013 betont das Gericht, diese werde – das Verfahren nach Art. 4 DAA vorbehalten – von der Schweiz «akzeptiert, umgesetzt und angewendet» (vgl. Art. 1 Abs. 1, 3 DAA), so dass die nationalen Bestimmungen zur Umsetzung des Art. 28 VO 604/2013 (wie Art. 76a AIG) unter Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu dieser Verordnungsbestimmung auszulegen seien;⁴¹ sei dies nicht möglich, gehe Art. 28 VO 604/2013 nationalem Recht vor, und für die Anwendung der «Schubert»-Praxis bleibe kein Raum. Ergänzend weist das Bundesgericht noch darauf hin, dass im Übrigen («selbst wenn es hierauf überhaupt ankäme, was nach dem (...) Dargelegten von vornherein nicht der Fall ist»)⁴² nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber bei Art. 76a Abs. 4 AIG bewusst von den für die Schweiz verbindlichen dublinrechtlichen Vorgaben habe abweichen wollen. Denn – wie das Bundesgericht im Einzelnen ausführt – es habe keine eingehende Thematisierung und Erörterung dieser Frage in der Parlamentsberatung gegeben, was jedoch für ein bewusstes Abweichen von den völkerrechtlichen Verpflichtungen notwendig sei. Damit bestätigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach für die Annahme eines bewussten Abweichens von völkerrechtlichen Vorgaben eher strenge Anforderungen zum Zuge kommen, so dass z.B. das Äussern von Zweifeln der Vereinbarkeit einer gesetzlichen Bestimmungen mit einer völkerrechtlichen Norm nicht ausreichen, sondern eine eingehende Auseinandersetzung mit der Thematik gefordert wird, in welcher einerseits klar zum Ausdruck kommt, dass das Völkerrecht nicht beachtet werden sollte und andererseits die Implikationen einer solchen Nichtbeachtung erörtert werden.⁴³

IV. Bewertung

³⁹ BGE 148 II 169 E. 5.2, wobei das Bundesgericht auf BGE 99 Ib39 E. 3, 4 («Schubert»-Praxis) sowie auf BGE 138 II 524 E. 5.3.2 verweist.

⁴⁰ Hier verweist das Bundesgericht auf BGE 125 II 417 E. 4d («PKK»-Urteil) sowie auf BGE 139 I 16 E. 5.1 und BGE 142 II 35 E. 3.2.

⁴¹ Hier verweist das Bundesgericht auf BGE 146 II 201 E. 4., wo das Gericht im Zusammenhang mit den Vorgaben des Schengen-Rechts für den Vollzug der Ausschaffungshaft eines abgewiesenen Asylbewerbers die Notwendigkeit einer schengenrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts betonte, was in dem konkreten Fall auch möglich war, dies im Gegensatz zur Konstellation in BGE 148 II 169.

⁴² BGE 148 II 169 E. 5.3.

⁴³ Vgl. insoweit schon BGE 138 II 524 E. 5.3.2.

In Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht⁴⁴ bestätigt das bislang insgesamt wenig beachtete Urteil des Bundesgerichts in BGE 148 II 169 zunächst in weiten Teilen die bisherige Rechtsprechung. So hebt es insbesondere den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts hervor, wobei bemerkenswert ist, dass es sich nicht nur auf Bundesgesetze, sondern allgemein auf «widersprechendes Landesrecht» bezieht, so dass diese Aussage – zumal noch auf Art. 27 VRK hingewiesen wird – auch das Verfassungsrecht einschliesst, ohne dass das Gericht dies freilich ausdrücklich festhält. Wie oben gezeigt,⁴⁵ ist aber der Anwendungsvorrang des Völkerrechts vor der Bundesverfassung – unabhängig von der Rangfrage – durch Art. 190 BV gewährleistet.

Auch in diesem Urteil bleibt – wie schon in der bisherigen Rechtsprechung – aber die dogmatische Grundlage des Vorrangs des Völkerrechts etwas im Dunkeln: Das Bundesgericht bezieht sich auf Art. 27 VRK, dies aber mit einer auslegungsbedürftigen Formulierung («In Übereinstimmung mit Art. 27»), die nahelegen könnte, dass der Vorrang im Völkerrecht begründet wäre, was jedoch nicht der Fall ist.⁴⁶ Die Aussage des Bundesgerichts könnte vor diesem Hintergrund so ausgelegt bzw. verstanden werden, dass zwar aus Art. 27 VRK nicht selbst unmittelbar eine Pflicht der Vertragsstaaten folgt, dem Völkerrecht innerstaatlich Vorrang einzuräumen, diese Bestimmung aber in der Schweiz aufgrund des monistischen Systems gilt und insofern den Vorrang des Völkerrechts zumindest nahelegt, dies jedenfalls unter Berücksichtigung weiterer Aspekte, wie Art. 5 Abs. 4 BV (der Bund und Kantone aufgeben, das Völkerrecht zu beachten) und dem Rechtsstaatsprinzip, wonach einmal eingegangene Verpflichtungen und nach einem bestimmten Verfahren erlassene Normen grundsätzlich nur nach demselben Verfahren «aufgehoben» werden können wie dasjenige, das bei ihrem Erlass zur Anwendung kam (dies jedenfalls soweit es um denselben Hoheitsträger geht).

Neben dieser Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung⁴⁷ sind aber einige weitere Aussagen in dem Urteil bemerkenswert und fanden sich zumindest in dieser Form so nicht in den früheren (vom Bundesgericht auch zitierten) Urteilen:

- Erstens formuliert das Bundesgericht in einem Nebensatz, die «ältere» Schubert-Rechtsprechung sei «weitgehend nicht mehr anwendbar», ohne dass weitere Präzisierungen erkennen lassen, was damit gemeint ist (eine eigentliche bzw. grundsätzliche Abkehr von dieser Rechtsprechung oder ihre weitgehende Nichtanwendbarkeit bzw. Irrelevanz aufgrund der Einschränkungen der Voraussetzungen

⁴⁴ Auf die im Urteil ausführlich erörterten Fragen der Auslegung des Art. 28 VO 604/2013 und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH soll nachfolgend nicht weiter eingegangen werden.

⁴⁵ Oben II.

⁴⁶ S.o. II.

⁴⁷ Welche übrigens – im Gegensatz zu gewissen, im Zusammenhang mit BGE 139 I 16 vertretenen Ansichten – auf einer langjährigen Praxis beruht, die durch BGE 139 I 16 lediglich bestätigt wurde, so dass dieses Urteil keineswegs eine Kehrtwende o.ä. der Rechtsprechung darstellte, vgl. im Einzelnen hierzu EPINEY, Jusletter vom 18.3.2013 (Fn. 2). S. auch noch die Bemerkungen in Fn. 53.

ihrer Einschlägigkeit bzw. der Erweiterung des Kreises der «Gegenausnahmen»). Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass eine «echte» Revidierung der Rechtsprechung im Sinne einer Aufgabe der Schubert-Rechtsprechung wohl den Einbezug der anderen Kammern des Bundesgerichts erfordert hätte. In jedem Fall deutet diese Formulierung darauf hin, dass das Bundesgericht keinen oder allenfalls ganz wenig Raum für die Schubert-Rechtsprechung sieht, mit der Folge, dass der Vorrang des Völkerrechts zum Zuge kommt bzw. gestärkt wird.

- Bei der vom Bundesgericht gleichwohl thematisierten Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung (also der «Gegenausnahme») nennt das Gericht – zweitens – «menschen- oder freizügigkeitsrechtliche» völkerrechtliche Pflichten nebeneinander. Offenbar unterscheidet er also die freizügigkeitsrechtlichen von den menschenrechtlichen Pflichten (wobei aber gute Gründe dafür sprechen, die Freizügigkeitsrechte als grund- oder menschenrechtsähnliche Garantien anzusehen, zumal bei ihrer Tragweite Grundrechte wie Art. 8 EMRK häufig eine gewisse Rolle spielen). Bei den freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen nimmt das Gericht auf BGE 142 II 35 Bezug, wo es um das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EU (FZA) ging, welches das Bundesgericht in Bezug auf die Ausnahme von der Anwendung der Schubert-Rechtsprechung den menschenrechtlichen Verträgen gleichgestellt hat. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob der Begriff der «freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen» auch andere völkerrechtliche Verträge (wie zum Beispiel bilaterale Niederlassungs- oder Freizügigkeitsverträge) erfassen kann. Angesichts der (nicht allesamt überzeugenden) Argumente, welche das Bundesgericht für den Vorrang des FZA angeführt hat (demokratische Legitimation des FZA in der Schweiz, Gewährung von Rechtsschutz für Betroffene, Vorrang des FZA in der EU, Angleichung von Rechtsordnungen),⁴⁸ die sich teilweise sehr spezifisch auf das Verhältnis zur EU beziehen und teilweise auch für zahlreiche weitere Abkommen zutreffen, ist die Antwort auf diese Frage nicht auf den ersten Blick ersichtlich, wenn auch mit Blick auf den grundrechtsähnlichen Charakter von Freizügigkeitsrechten Vieles für eine Gleichstellung von anderen Freizügigkeitsverträgen mit dem FZA spricht, zumal es wenig kohärent erschiene, (weitgehend) parallele Rechte diesbezüglich unterschiedlich zu behandeln. Nicht zu verkennen ist darüber hinaus, dass die genaue Eingrenzung der Gegenausnahme damit nochmals an Konturen eingebüsst hat, stellt sich doch auch darüber hinaus die Frage, ob angesichts der erwähnten Argumente des Bundesgerichts für den Einbezug des FZA in den Anwendungsbereich der «Gegenausnahme» nicht auch noch zahlreiche weitere Abkommen, insbesondere solche mit der EU, erfasst sein müssten.
- Drittens ist die Formulierung des Bundesgerichts, die durch die Schubert-Rechtsprechung vorgesehene Ausnahme könne «von vornherein» nicht zum Zuge kommen, wenn solche

⁴⁸ Hierzu im Einzelnen EPINEY, Jusletter vom 14.3.2016 (Fn. 18); EPINEY, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016 (Fn. 25), 3 (18 ff.).

menschen- oder freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen «infrage stehen», bemerkenswert, auch und gerade unter Berücksichtigung der Konstellation des Ausgangsfalls: Denn solche Verpflichtungen stünden – so das Bundesgericht – vorliegend zur Debatte, da es um einen Freiheitsentzug gehe, ohne dass präzisiert wird, welche Bestimmungen hier gemeint sind (Art. 28 VO 604/2013 oder Art. 5 EMRK, beide Bestimmungen enthalten ja Vorgeben für die Zulässigkeit eines Freiheitsentzugs). Jedenfalls wird der Vorrang des Dublin-Rechts vom Bundesgericht betont, ohne dass es prüft, ob neben einer Verletzung des Dublin-Rechts durch Art. 76a Abs. 4 AIG auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK (der allgemein einen Freiheitsentzug bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist, erlaubt) vorliegt. Schliessen kann man daraus nur, dass die Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung bzw. die Gegenausnahme auch dann zum Zuge kommt, wenn nur schon der Schutzbereich einer menschenrechtlichen Garantie eröffnet ist, so dass der unbedingte Vorrang des Völkerrechts auch in Bezug auf solche völkerrechtlichen Normen greift, welche unter bestimmten Voraussetzungen und Grenzen einen Eingriff in ein Menschenrecht erlauben, dies auch dann, wenn die entgegenstehende nationale Norm zwar weitergehende Eingriffsmöglichkeiten vorsieht, die aber (noch) mit der menschenrechtlichen Garantie vereinbar sind. Damit wird der Anwendungsbereich der Gegenausnahme deutlich ausgeweitet, geht es doch nicht nur um die Beachtung der menschenrechtlichen Pflichten als solche, sondern um all diejenigen völkerrechtlichen Normen, bei denen – wie das Bundesgericht es formuliert – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen «infrage stehen», unter Einbezug derjenigen Bestimmungen, die über die menschen- oder freizügigkeitsrechtlichen Verpflichtungen hinausgehende Rechte der Einzelnen vorsehen.

- Schliesslich illustriert der bundesgerichtliche Entscheid auch die Bedeutung der Frage, ob und inwieweit die Grundrechtecharta der EU im Rahmen der Bilateralen Abkommen relevant ist. Für die EU-Mitgliedstaaten sind die Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 GRCh bei der Anwendung und Durchführung des EU-Rechts zu beachten, so dass sie allgemein in alle Bereiche des EU-Rechts «hineinwirken» und diese nicht nur entsprechend auszulegen sind, sondern auch z.B. bei der Durchführungsgesetzgebung massgeblich sind (auch wenn sich in Bezug auf die Frage, ob eine Durchführung des EU-Rechts vorliegt oder nicht, Abgrenzungsfragen stellen).⁴⁹ Zwar ist die Grundrechtecharta als solche nicht Teil der Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU; soweit jedoch in die Abkommen übernommenes EU-Recht in Frage steht, spielt die Grundrechtecharta insofern eine Rolle, als die Tragweite und Auslegung dieses Rechtsbestand unter Berücksichtigung der Grundrechtecharta zu eruieren ist, so dass sie im Rahmen des Grundsatzes der parallelen

⁴⁹ Hierzu nur, m.w.N., MARCEL HAAG, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag/Markus Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 15. Aufl., 2023, § 2, Rn. 16 ff.

Auslegung⁵⁰ zu berücksichtigen ist.⁵¹ Da bei zahlreichen Abkommen Grundrechte im skizzierten und vom Bundesgericht zugrundegelegten Sinn «infrage stehen», dürfte somit vom unbedingten Vorrang zahlreicher Bestimmungen der Bilateralen Abkommen auszugehen sein.

Im Ergebnis erschliesst sich somit, dass das Urteil des Bundesgerichts in BGE 148 II 169 deutlich weitergehende Aussagen enthält als auf den ersten Blick ersichtlich sein mag, wobei sich einige Fragen stellen, welche möglicherweise in der zukünftigen Rechtsprechung einer Klärung zugeführt werden. Jedenfalls sollte die Tragweite dieses Urteils auch für zahlreiche andere Konstellationen nicht unterschätzt werden, und die Infragestellung der Schubert-Rechtsprechung ist – insofern im Gegensatz zu BGE 139 I 16, auch wenn diesbezüglich mitunter anderes vertreten wurde⁵² – explizit, dies mit wohl auch weitgehenden praxisrelevanten Implikationen.

V. Schluss

⁵⁰ S. zur Auslegung des FZA aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 136 II 5; BGE 142 II 35; 140 II 112 Aus der Literatur zu den Auslegungsgrundsätzen der Bilateralen Abkommen (insbesondere des FZA) FRANCESCO MAIANI, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.; MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ 2016, 53 ff.; THOMAS BURRI/BENEDIKT PIRKER, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: Von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.; THOMAS COTTIER, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; BENEDIKT PIRKER, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295 ff.; MATTHIAS OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl 2014, 171 ff.; JOVAN DIMITRIJEWITSCH, Scheinselbstständigkeit im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – Eine Analyse des Unionsrechts und des bilateralen Rechts Schweiz – EU, 2020, 152 ff.; VÉRONIQUE BOILLET, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'accord sur la libre circulation, 2010, 53 ff.; CHRISTA TOBLER, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten – Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug?, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 319 (327); ausführlich bereits ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz: Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», 2012, 169 ff.

⁵¹ Ausführlich hierzu ASTRID EPINEY, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Bernhard Altermatt/Gilbert Casarus (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141 ff.; ebenso OESCH, ZBl 2014 (Fn. 50), 171 ff.

⁵² S. aber auch die Kritik bei CR-Cst.-BESSON (Fn. 1), Art. 5, Rn. 198 (mit Bezug auf BGE 139 I 16), die für eine Differenzierung zwischen Menschenrechten, welche die Basis des Staates bildeten, und (offenbar allen anderen) völkerrechtlichen Verpflichtungen (unter Einschluss der Freizügigkeitsrechte des FZA, welche « nur » den Zugang zum Binnenmarkt betreffen) plädiert und nuancieren möchte (offenbar dahingehend, dass die Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung strikt auf menschenrechtliche Verträge beschränkt sein soll). Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass die im FZA verankerten Freizügigkeitsrechte keineswegs nur wirtschaftlichen Charakter haben, wie insbesondere die Aufenthaltsrechte der Nichterwerbstätigen und die Familiennachzugsrechte, bei denen im Übrigen ein enger Bezug zu Art. 8 EMRK besteht, zeigen. Hierzu schon ASTRID EPINEY, Strafrechtliche Landesverweisung und FZA, Jusletter vom 19. August 2019.

Mit Bezug auf die im Titel dieses Beitrags gestellte Frage, ob die Schubert-Rechtsprechung noch aktuell ist, bleibt festzuhalten, dass auch diese jüngere Rechtsprechung zwar nicht den Schluss erlaubt, es habe eine eindeutige Abkehr von dieser Rechtsprechung stattgefunden. Aber auch für den Fall, dass man sie nicht als «aufgehoben» ansieht, ist ihr Anwendungsbereich angesichts der insbesondere in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts allgemein und in dem angezeigten Urteil insbesondere erfolgten und in ihren genauen Umrissen noch präzisierungsbedürftigen Ausdehnung der Gegenausnahmen sehr beschränkt; Menschen- und Freizügigkeitsrechte sind in zahlreichen Konstellationen bzw. in Bezug auf zahlreiche völkerrechtliche Bestimmungen relevant (und sei es im Sinne einer Ausstrahlungswirkung, durchdringen sie doch zahlreiche Gebiete des Völkerrechts), so dass die bundesgerichtliche Formulierung, die Schubert-Rechtsprechung sei «weitgehend nicht mehr anwendbar» in der Sache jedenfalls zutrifft und (auch) in diesem Sinn (sehr enger Anwendungsbereich der Schubert-Rechtsprechung) zu verstehen sein könnte.

Insgesamt ist diese Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu begrüßen:⁵³ Sie trägt der in der Bundesverfassung zum Ausdruck gekommenen Einbettung der Schweiz in die Völkerrechtsgemeinschaft Rechnung – welche für alle völkerrechtlichen Pflichten, nicht nur für die Menschenrechte, von Bedeutung ist (zumal es auch jenseits der Menschenrechte für die internationale Gemeinschaft und die Staaten sehr bedeutende völkerrechtliche Pflichten gibt, wie z.B. im Bereich des Umwelt- und Klimaschutzes) – und vermeidet den Eindruck, Völkerrecht könne «leicthin» – wenn es nur bewusst erfolge – verletzt werden. Im Übrigen stösst die Schubert-Rechtsprechung auch grundsätzlich auf Bedenken, da sich der Vorrang des Völkerrechts letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet, dem es widerspräche, wenn einmal eingegangene völkerrechtliche Verpflichtungen durch einseitige Entscheidung desselben Hoheitsträgers und desselben Organs (die Bundesversammlung) unanwendbar würden, so dass die Limitierung ihres potentiellen Anwendungsbereichs auch vor diesem Hintergrund notwendig erscheint. Gleichzeitig und immerhin lässt die nicht erfolgte ausdrückliche Abkehr

⁵³ Teilweise wird bzw. wurde angenommen, das Bundesgericht habe in BGE 139 I 16 die Schubert-Praxis aufgegeben, da es formuliert habe, eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibe regelmässig unanwendbar (E. 5.1 a.E.), vgl. so HANGARTNER, AJP 2013 (Fn. 29), 698 (701 f.); i. Erg. ebenso CR-Cst.-BESSION (Fn. 1), Art. 5, Rn. 195; ähnlich wohl auch KNUCHEL, Jusletter vom 12.11.2013 (Fn. 30), Rn. 11, die davon spricht, dass sich das Bundesgericht von der Schubert-Rechtsprechung distanziert habe. Zwingend ist diese Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils jedoch nicht, da das Bundesgericht „regelmässig“ Raum für Ausnahmen lässt; zudem spricht die in dem Urteil auch erfolgende Bezugnahme auf die Schubert-Rechtsprechung eher dafür, dass man diese nicht (zudem noch in einem *obiter dictum*) aufgeben wollte, hätte eine derart weitgehende Rechtsprechungsänderung doch wohl klarer formuliert werden müssen. Jedenfalls knüpfte das Bundesgericht in BGE 139 I 16 in jeder Beziehung an seine bisherige, langjährige Rechtsprechung an (auch wenn dies insbesondere in der politischen Diskussion teilweise anders dargestellt wurde), vgl. im Einzelnen EPINEY, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 2), Rn. 25 ff.; ASTRID EPINEY, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter v. 6.10.2014, Rn. 20 ff. S. ansonsten den Überblick über die langjährige und im Wesentlichen konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vorrang des Völkerrechts bei WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Verträge können nicht einseitig abgeändert werden, NZZ v. 9.10.2014.

von der Schubert-Rechtsprechung auch noch eine Tür für ganz besondere Konstellationen offen (wenn diese auch in der Praxis kaum vorkommen dürften), welche *political questions*-Erwägungen Rechnung tragen könnten. Insgesamt dürfte hiermit eine angemessene Antwort auf die sich im komplexen Feld des Verhältnisses Völkerrecht – Landesrecht stellenden Fragen gefunden werden können, so dass zu hoffen ist, dass diese Rechtsprechung bestätigt, fortgeführt und – soweit nötig und sachdienlich – präzisiert wird, dies in allen Abteilungen des Bundesgerichts.