

Jörg Künzli / Walter Kälin

## **Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts? Gedanken zu Art. 139 Abs. 3 BV**

---

Welche Position nimmt das Verhältnismässigkeitsprinzip im Völkerrecht ein? Vor dem Hintergrund neuer Volksinitiativen, deren Inhalte im Spannungsfeld oder gar im Widerspruch zu diesem zentralen rechtsstaatlichen Prinzip stehen, untersucht der Beitrag, ob das Verhältnismässigkeitsgebot an sich heute Bestandteil des zwingenden Völkerrechts oder notstandsfester vertraglicher Vorgaben ist. Er gelangt zum Schluss, dass Bestimmungen, welche auch im Fall klarer Unverhältnismässigkeit Eingriffe in Freiheitsrechte automatisch anordnen und die Prüfung der Verhältnismässigkeit vollständig unterbinden, für die Schweiz zwingend verboten sind.

---

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Völkerrecht; Übriges Verfassungsrecht; Staatsorganisation und Behörden

Zitiervorschlag: Jörg Künzli / Walter Kälin, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, in: Jusletter next: 23. Juni 2014

## Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Der Verfassungsbegriff des zwingenden Völkerrechts
  - 1. Haltung von Bundesrat und Bundesversammlung
  - 2. Einschätzung der Lehre
- III. Verhältnismässigkeit als zwingendes Prinzip des allgemeinen Völkerrechts?
- IV. Verhältnismässigkeitsprinzip als zwingendes Prinzip des völkerrechtlichen Individualschutzes?
  - 1. Humanitäres Völkerrecht
  - 2. Menschenrechte: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil von Notstandsklauseln
- V. Schlussfolgerungen

### I. Ausgangslage

[Rz 1] «Staatliches Handeln muss (...) verhältnismässig sein». Mit diesen Worten verankert Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) unter der Marginalie «Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns» wohl *das* zentrale Leitprinzip des modernen Rechtsstaates.<sup>1</sup> In seinem Kern soll durch die Garantie der Individualangemessenheit staatlicher Entscheide das Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und Gemeinwohl einerseits und Rechten des Individuums andererseits aufgelöst werden.<sup>2</sup> In einem umfassenderen Sinn verstanden bildet das Prinzip der Verhältnismässigkeit aber auch eine Grundlage der Gewaltenteilung, indem es der Judikative und der Exekutive ermöglicht, gestützt auf offene generell-abstrakte Regelungen des Gesetzgebers einzelfallgerechte Entscheidungen zu treffen.

[Rz 2] In den letzten Jahren hatten Volk und Stände indessen verschiedentlich über Volksinitiativen zu befinden, welche in einem Spannungsfeld oder gar in einem Widerspruch zu diesem kardinalen Verfassungsprinzip stehen. Dies, weil sie rechtsanwendende Behörden und Gerichte verpflichten, bei Vorliegen eines verfassungsrechtlich umschriebenen Sachverhaltes quasi automatisch eine ebenso bereits strikt umschriebene Rechtsfolge anzuordnen, oder – falls nicht direkt anwendbar – den Gesetzgeber zum Erlass einer solchen gesetzlichen Grundlage anhalten. Zur ersten Kategorie zählt besonders deutlich die sog. «Durchsetzungsinitiative»<sup>3</sup>, welche vorsieht, dass Personen ausländischer Nationalität, die sich im Initiativtext umschriebener Delikte schuldig machen, unabhängig von der Höhe der strafrechtlichen Sanktion – und damit ihrem Verschulden – und ebenso unabhängig vom Bestehen familiärer und sozialer Kontakte in der Schweiz automatisch mindestens für fünf resp. zehn Jahre des Landes verwiesen werden. Mit dieser Initiative soll bekanntlich die nicht direkt anwendbare, von Volk und Ständen im Jahr 2010 angenommene sog. «Ausschaffungsinitiative»<sup>4</sup> möglichst dem Wortlaut entsprechend direkt auf Verfassungsebene umgesetzt werden.<sup>5</sup> Indirekt soll damit politischer Druck auf den Gesetzgeber ausgeübt

---

<sup>1</sup> Siehe etwa MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013, S. 2.

<sup>2</sup> So explizit Art. 36 BV.

<sup>3</sup> Eidgenössische Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBl 2012 7373.

<sup>4</sup> Art. 121 Abs. 3–6 BV. Dass diese Bestimmung nicht justiziabel ist, ergibt sich aus Abs. 4, der einen ausdrücklichen Gesetzgebungsauftrag verankert. Eidgenössische Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)», BBl 2008 1927.

<sup>5</sup> Die Durchsetzungsinitiative verlangt eine Änderung der Übergangsbestimmungen (Art. 197) der Verfassung zur Umsetzung von Art. 121 BV.

werden, damit er die Ausschaffungsinitiative ohne Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgebots umsetzt. Zumindest der Nationalrat hat diesem Druck mittlerweile nachgegeben und eine Änderung des Strafgesetzbuches<sup>6</sup> beschlossen, wonach bei Begehung gewisser Straftatbestände ein automatischer Landesverweis ausgesprochen werden muss.<sup>7</sup> Dass die Durchsetzungsinitiative, aber auch die vom Nationalrat beschlossene Umsetzung der Ausschaffungsinitiative nicht nur zentrale Säulen der Verfassung missachten,<sup>8</sup> sondern völkerrechtswidrig sind,<sup>9</sup> steht ausser Zweifel: Dies wurde nicht nur selbst von Mitgliedern des Nationalrats eingeräumt, welche die erwähnten Änderungen des Ausländergesetzes befürworteten, sondern dieser Schluss ergibt sich auch aus dem Text der Durchsetzungsinitiative selbst, welche einen expliziten Vorbehalt ihres Regelungssubstrats vor dispositivem Völkerrecht vorsieht und überdies den Begriff des zwingenden Völkerrechts in einer äusserst restriktiven Art selber umschreibt.<sup>10</sup> Weitere Initiativen, deren Regelungen dem Verhältnismässigkeitsprinzip diametral widersprechen, wurden von Volk und Ständen angenommen<sup>11</sup> oder sind bei der Bundeskanzlei eingereicht<sup>12</sup>.

[Rz 3] Vorliegend wird nicht untersucht, ob mittels rechtlich offenkundig problematischer Initiativen auf Partialrevision überhaupt Änderungen des Rechtsstaatsgefüges herbeigeführt werden können, welche materiell einer Totalrevision entsprechen. Ebenso wenig soll analysiert werden, ob solchen neu in die Verfassung eingeführten Normen quasi mechanisch gestützt auf die Vorrangregeln von *lex specialis* resp. *lex posterior* Vorrang vor grundlegenden Säulen des Rechtsstaats gemäss Art. 5 BV eingeräumt werden kann oder ob vielmehr der Grundsatz der praktischen Konkordanz differenziertere Lösungen nahelegt.<sup>13</sup>

[Rz 4] Dieser Beitrag möchte vielmehr die bisher soweit ersichtlich weder in der wissenschaftlichen noch in der politischen Diskussion aufgeworfene Frage untersuchen, ob das Verhältnismässigkeitsgebot an sich Teil des zwingenden Völkerrechts im Sinne einer heteronomen Schranke der Verfassungsrevision darstellt. Verfassungsrechtliche Regelungen wie etwa die Durchsetzungsinitiative, die explizit den Vorrang des zwingenden Völkerrechts anerkennt, würden bei einem solchen Befund zumindest in jenen Fällen ins Leere laufen, in welchen sich ihre Umsetzung als klar unverhältnismässig erweist. Damit würden überzeugende Gründe für die Ungültigkeit von Initiativen vorliegen, welche die Anwendung des Prinzips der Einzelfallgerechtigkeit zu verhindern beabsichtigen.<sup>14</sup> Ebenso wäre bei einem solchen Resultat die vom Nationalrat gewählte harte Umsetzung der Ausschaffungsinitiative rechtlich nur mehr schwierig haltbar.

[Rz 5] Vor diesem Hintergrund soll in diesem kurzen Beitrag analysiert werden, wie der verfassungsrechtliche Begriff des «zwingenden Völkerrechts» einzugrenzen ist (Ziff. II). Danach wird

---

<sup>6</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937; SR 311.0.

<sup>7</sup> AB NR 2014 489 ff.

<sup>8</sup> Siehe BGE 139 I 16E. 4.2.

<sup>9</sup> Sie verstossen insbesondere gegen das in Art. 8 EMRK und Art. 17 Pakt II verankerte Recht auf Privatleben, das einzig unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, d.h. basierend auf einer den Einzelfall berücksichtigenden Güterabwägung beschränkt werden kann.

<sup>10</sup> Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 IV (neu) BV. Aus diesem Grund beantragte der Bundesrat eine Teilungültigkeit dieser Initiative. Der Nationalrat schloss sich dieser Sichtweise an. Siehe dazu hinten Ziff. II.1.

<sup>11</sup> Etwa die Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen»; d.h. Art. 123c BV.

<sup>12</sup> So etwa die Initiative «Haftung für Rückfälle von Sexual- und Straftätern» (neu Art. 123e BV); siehe BBl 2014 3295.

<sup>13</sup> So das Bundesgericht in BGE 139 I 16E. 4.2.

<sup>14</sup> Eine Teilungültigkeit kommt gemäss Haltung des Bundesrats in Frage, «sofern der gültige Teil sinnvoll vollzogen werden kann und angenommen werden darf, dass die Volksinitiative auch im reduzierten Umfang unterzeichnet worden wäre»; BBl 2013 9459, S. 9472.

geprüft, ob der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im allgemeinen Völkerrecht Ius-cogens-Charakter aufweist (Ziff. III) oder ob er zumindest im Bereich des völkerrechtlichen Schutzes des Individuums von zwingender Natur ist (Ziff. IV). Dieses Vorgehen soll es ermöglichen, die eingangs aufgeworfene Frage zu beantworten (Ziff. V).

## II. Der Verfassungsbegriff des zwingenden Völkerrechts

### 1. Haltung von Bundesrat und Bundesversammlung

[Rz 6] Nach Art. 139 Abs. 3 BV ist eine Volksinitiative unter anderem für ungültig zu erklären, wenn sie «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» verletzt. Dieser Gedanke wird in Art. 194 BV gespiegelt, der bestimmt, dass Teilrevisionen der Verfassung, unabhängig davon, ob sie von Volk oder Behörden initiiert werden, «die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen» dürfen.

[Rz 7] Bereits in seiner Botschaft zu diesen Bestimmungen aus dem Jahr 1996 hielt der Bundesrat klar fest, dass zur Interpretation dieses Verfassungsbegriffs auf den völkerrechtlichen Begriff des Ius cogens im Sinne von Art. 53 VRK<sup>15</sup> abzustellen ist, d.h. auf Verpflichtungen, «die für einen Rechtsstaat von derart grundlegender Bedeutung sind, dass er sich den daraus fliessenden Verpflichtungen auf keine Weise entziehen kann».<sup>16</sup> In seinen Botschaften zur sog. «Verwahrungssinitiative»<sup>17</sup> aus dem Jahr 2001 und zur sog. «Minarettinitiative»<sup>18</sup> aus dem Jahr 2008 bestätigte er, dass es sich dabei um Normen handle, die «unbedingte Geltung» beanspruchten. Darunter fallen gemäss bundesrätlicher Sichtweise neben den zwingenden Normen des allgemeinen Völkerrechts auch «die notstandsfesten Garantien der EMRK<sup>19</sup> oder des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte».<sup>20</sup> Obwohl «die politischen Konsequenzen einer Kündigung der EMRK (...) sehr schwer wiegen» würden, lehnte es der Bundesrat aber ab, den gesamten Inhalt dieses Vertrages und denjenigen des Pakts II<sup>21</sup> als zwingendes Völkerrecht im Sinne der BV anzuerkennen.<sup>22</sup> Diese Haltung vertritt der Bundesrat mit geringen Nuancen bis heute: In seiner Botschaft zur «Ausschaffungsinitiative» hielt er fest, «[d]as zwingende Völkerrecht macht den fundamentalen Kern des Völkerrechts aus, von dem unter keinen Umständen abzuweichen ist».<sup>23</sup> Einer autonomen Bedeutung des zwingenden Völkerrechts erteilte er damit erneut eine klare Absage.

[Rz 8] Auch der bundesrätliche Bericht Völkerrecht – Landesrecht bestätigt, dass die klassischen Inhalte des Ius cogens, wie etwa die Grundzüge des humanitären Völkerrechts, aber zusätzlich

---

<sup>15</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969; SR 0.111.

<sup>16</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, Sonderdruck, S. 362 (zu Art. 129 Abs. 3 Verfassungsentwurf).

<sup>17</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter» vom 4. April 2001, BBl 2001 3433, S. 3438 f.

<sup>18</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» vom 27. August 2008, BBl 2008 7603, S. 7609 ff.

<sup>19</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; SR 0.101.

<sup>20</sup> BBl 2001 3433, S. 3439 und BBl 2008 7603, S. 7611.

<sup>21</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966; SR 0.103.2.

<sup>22</sup> BBl 2008 7603, S. 7611.

<sup>23</sup> Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 24. Juni 2009, BBl 2009 5097, S. 5102.

auch die notstandsfesten Garantien von EMRK und Pakt II, «Teil des zwingenden Völkerrechts» im Sinne der Verfassung sind. Beim Pakt II müsse indes besonders geprüft werden, ob «[eine Garantie] als notstandsfest betrachtet werden» könne.<sup>24</sup> Der Zusatzbericht Völkerrecht – Landesrecht aus dem Jahr 2011 wiederholt diese Sichtweise im Wesentlichen. Er betont, der Begriff des «zwingenden Völkerrechts» der Bundesverfassung sei ein landesrechtlicher Begriff, der durch die Praxis konkretisiert werden müsse,<sup>25</sup> aber «vorab an das zwingende Völkerrecht (Ius cogens) an[knüpft], wie es Artikel 53 Satz 2 WVK allgemein umschreibt».<sup>26</sup> Inhaltlich gehören auch gemäss diesem Bericht neben klassischen Inhalten des Ius cogens, wie etwa die Grundzüge des humanitären Völkerrechts, auch die notstandsfesten Garantien der EMRK und – einschränkender als noch im Jahr 2010 – «punktuell» diejenigen des Pakts II zum zwingenden Völkerrecht. Letztgenannte seien Bestandteil des zwingenden völkerrechtlichen Normbestandes, soweit diese tatsächlich «eingriffsresistent seien».<sup>27</sup> Wiederum ein Jahr später bestätigte der Bundesrat in seiner Botschaft zur sog. «Pädophileninitiative», dass «[d]er Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» (...) offensichtlich weiter als der im Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge verankerte Begriff «ius cogens» [sei], da er insbesondere auch die notstandsfesten Garantien der EMRK umfasst».<sup>28</sup> Wenige Monate später betonte der Bundesrat in seiner Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative erneut: «Der landesrechtliche Begriff «zwingende Bestimmungen des Völkerrechts» knüpft vorab an den völkerrechtlichen Begriff des Ius cogens an». Im Bereich der Menschenrechte würden insbesondere «die meisten notstandsfesten Garantien» der EMRK und des Pakts II in diese Kategorie fallen. Erneut wird an dieser Stelle betont, die materielle Verfassungsschranke des zwingenden Völkerrechts betreffe Normen, «von denen keine Abweichung zulässig ist».<sup>29</sup> Schliesslich bestätigt auch die Botschaft des Bundesrats zur Durchsetzungsinitiative, dass unter den verfassungsrechtlichen Begriff sowohl die klassischen Garantien mit Ius-cogens-Charakter als auch die notstandsfesten Garantien von EMRK und Pakt II fallen, soweit deren «Schutzgehalte auch in Notstandssituationen vollständig eingriffsresistent sind».<sup>30</sup> Mit besonderer Prägnanz fasst an dieser Stelle der Bundesrat zusammen, dass «[g]emäss Behördenpraxis zu Artikel 139 Absatz 3 BV (...) der landesrechtliche Begriff der *zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts* (...) über das *zwingende Völkerrecht (ius cogens)* hinaus weitere Völkerrechtsnormen – nämlich die notstandsfesten Garantien der EMRK und des

---

<sup>24</sup> Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 in Erfüllung des Postulats 07.3764 der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 16. Oktober 2007 und des Postulats 08.3765 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 20. November 2008, BBl 2010 2263, S. 2314.

<sup>25</sup> Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30. März 2011, BBl 2011 3613, S. 3619: «Der Begriff, wie er in der BV verwendet wird, ist ein landesrechtlicher Begriff, dessen Auslegung und Tragweite vom Bundesrat wiederholt präzisiert wurde, allerdings unter Hinweis darauf, dass es schliesslich Sache der Praxis sei, unter Einbezug der Lehre letzte Klarheit über die Tragweite des Begriffes zu schaffen».

<sup>26</sup> A.a.O., S. 3625.

<sup>27</sup> A.a.O., S. 3626 f. Beim Pakt II sei daher – so der Bundesrat – «stets durch Auslegung zu prüfen (...), inwieweit die betreffende Grundrechtsgarantie des UNO-Pakts II auch in Notstandssituationen eingriffsresistent ist.»

<sup>28</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen» sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag vom 10. Oktober 2012, BBl 2012 8819, S. 8826.

<sup>29</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013 291, S. 298.

<sup>30</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBl 2013 9459, S. 9469. Die Botschaft betont dabei, insbesondere der Art. 18 Pakt II sei nur teilweise eingriffsresistent.

UNO-Pakts II – als Schranken für Verfassungsrevisionen gelten sollen».<sup>31</sup> Damit wird erstmals in dieser Deutlichkeit betont, dass der verfassungsrechtliche Begriff des zwingenden Völkerrechts nicht nur klassische Inhalte des *Ius cogens* nach Art. 53 VRK, sondern auch menschenrechtliche Vorgaben umfasst, von welchen Vertragsstaaten unter keinen Umständen, d.h. selbst während Notstandssituationen wie etwa einem Krieg oder einer Naturkatastrophe, abweichen dürfen. Namentlich wegen der engen Umschreibung des «zwingenden Völkerrechts» in der Durchsetzungsinitiative, welche etwa die Grundzüge des humanitären Völkerrechts und die notstandsfesten Garantien der Menschenrechtsabkommen nicht auflistet,<sup>32</sup> beantragte der Bundesrat folgerichtig eine Teilungültigkeit dieser Initiative.<sup>33</sup>

[Rz 9] Diese Sichtweise teilt auch das Parlament, welches diese Einschätzung des Bundesrats nie in Zweifel gezogen hat. Insbesondere der *Nationalrat* vertritt diese Haltung explizit: Er machte dies im Jahr 2010 deutlich, als er beschloss, einer Parlamentarischen Initiative, welche eine enge Definition des zwingenden Völkerrechts verlangte<sup>34</sup>, keine Folge zu geben. Jüngst bestätigte er seine Haltung durch seinen Beschluss einer Teilungültigkeit der Durchsetzungsinitiative.<sup>35</sup> Extensiver scheint hingegen zumindest in gewissen Urteilen das *Bundesgericht* den Umfang zwingenden Völkerrechts zu beurteilen, wenn es den Grundsatz von Treu und Glauben<sup>36</sup> oder Verfahrensgarantien der EMRK und des Pakts II als internationalen «*ordre public*»<sup>37</sup> und damit wohl als zwingendes Recht einstuft.

## 2. Einschätzung der Lehre

[Rz 10] Die Lehre vertritt zu dieser Frage vielfältige Positionen: Eine Schule der Doktrin redet wegen der angeblichen Unschärfe des Bestandes zwingender Völkerrechtsnormen einem rein *autonomen Begriff* des zwingenden Völkerrechts das Wort.<sup>38</sup> Diese Auffassung ist u.E. abzulehnen: Sie widerspricht nicht nur dem Willen des historischen Verfassungsgebers,<sup>39</sup> sondern bewirkt eine nur schwer erklärbare Begriffsverwirrung und führt zu einer Trivialisierung der Rechtsfigur des zwingenden Völkerrechts. Überdies erweckt sie Bedenken hinsichtlich ihrer politischen Redlichkeit, erlaubte sie doch der Bundesversammlung, den Entscheid über eine Ungültigkeits-

---

<sup>31</sup> BBl 2013 9459, S. 9470 (Hervorhebungen im Original).

<sup>32</sup> Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 IV (neu) BV.

<sup>33</sup> Botschaft zur Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)», BBl 2013 9459, S. 9472.

<sup>34</sup> Parlamentarische Initiative der Schweizerischen Volkspartei «Definition des zwingenden Völkerrechts» vom 12. Juni 2009, 09.466. Der Nationalrat gab dieser Initiative mit 117 zu 56 Stimmen keine Folge.

<sup>35</sup> AB NR 2014 524 ff.

<sup>36</sup> BGE 117 Ib 340.

<sup>37</sup> BGE 126 II 327. Zurückhaltender aber BGE 133 II 461.

<sup>38</sup> Siehe etwa GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, S. 632; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in Daniel Thüerer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, S. 184 f.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 724; MARTIN KAYSER, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung, Zürich 2001, S. 193; YVO HANGARTNER, Art. 139 (neu), in Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar (St. Galler Kommentar), 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 29.

<sup>39</sup> Botschaft BV (Fn. 16), S. 361 f.

erklärung mit völkerrechtlichen Scheinargumenten zu kaschieren.<sup>40</sup> Ebenso zu verwerfen ist die Ansicht, die EMRK bilde integral einen Bestandteil zumindest des europäischen *Ius cogens*.<sup>41</sup> Denn ein Vertrag, welcher ausdrücklich die Möglichkeit von Vorbehalten und einer Derogation während Notstandssituationen vorsieht, stellt wenigstens in einem gewissen Rahmen dispositives Völkerrecht und damit das Gegenteil von *Ius cogens* dar.

[Rz 11] Sollen zum verfassungsrechtlichen Begriff des zwingenden Völkerrechts über den Bestand von Verpflichtungen mit *Ius-cogens*-Charakter auch diejenigen vertraglichen internationalen Vorgaben gehören, die in dem Sinn zwingend sind, dass sie *de iure* nicht auflösbar sind?<sup>42</sup> Auch diese von gewissen Stimmen der Doktrin vertretene Lösung überzeugt u.E. wenig.<sup>43</sup> Nicht nur eine historische Interpretation der Verfassung muss zum gegenteiligen Schluss führen, sondern auch eine systematische, unterliegt doch der Abschluss selbst unbefristeter und unkündbarer Verträge keinem obligatorischen, sondern nur dem fakultativen Referendum. Eine obligatorische Partizipation von Volk und Ständen wäre aber angezeigt, wenn solche Abkommen unter dem Gesichtspunkt des zwingenden Völkerrechts eine materielle Schranke der Verfassungsrevision bilden würden.

[Rz 12] Kaum überzeugend erscheint schliesslich diejenige Lehrmeinung, welche die Auffassung von Bundesrat und Parlament zum Bestand des zwingenden Völkerrechts im Sinne der BV generell für unerheblich hält, da bei divergierenden Begriffsverständnissen «allein Volk und Stände die massgebliche Definitionsmacht»<sup>44</sup> besässen. Sie verkennt, dass die von Volk und Ständen abgesegnete Verfassung die Entscheidung zumindest über die Ungültigkeit und damit über die Interpretation dieses Begriffs gerade dem Parlament zuweist.<sup>45</sup>

[Rz 13] Aus den genannten Gründen erscheint daher die Sichtweise von Bundesrat und Parlament, wonach sich der verfassungsrechtliche Begriff des zwingenden Völkerrechts an denjenigen des *Ius cogens* anlehnt, aber auch den notstandsfesten Kerngehalt von EMRK und Pakt II mitumfasst, sachgerecht.<sup>46</sup> Diese Haltung entspricht nicht nur einer historischen Auslegung, sondern besticht auch unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten: So verhindert sie wie erwähnt die Möglichkeit, mit juristischen Scheinargumenten unliebsame Initiativen für ungültig zu erklären, ohne dabei die Grundidee und den Ausnahmecharakter von völkerrechtlichen

---

<sup>40</sup> So im Resultat auch etwa PIERRE TSCHANNEN, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 3. Aufl., Bern 2011, S. 545 f.; MARKUS SCHEFFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Bern 2001, S. 174 f.; THOMAS COTTIER/MAYA HERTIG, *Das Völkerrecht in der neuen BV: Stellung und Auswirkungen*, in Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung*, Bern 2000, S. 21; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, 3. Aufl., Bern 2013, Bd. I, S. 252 und 458 f.; ANNE PETERS/ISABELLA PAGOTTO, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz*, *ius.full* 2004, S. 61; HELEN KELLER/MARKUS LANTER/ANDREAS FISCHER, *Volksinitiativen und Völkerrecht: Die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 2008, S. 136. Wohl ebenso ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012, S. 564.

<sup>41</sup> So etwa HANGARTNER (Fn. 38), Rz. 32.

<sup>42</sup> So LUZIUS WILDHABER, *Neues zur Gültigkeit von Initiativen*, in Andreas Auer/Piermarco Zen-Ruffinen (Hrsg.), *De la constitution*, *Festschrift Aubert*, Basel 1996, S. 299, und HANGARTNER (Fn. 38), Rz. 30.

<sup>43</sup> So auch TSCHANNEN (Fn. 40), S. 546; ROGER NOBS, *Volksinitiative und Völkerrecht*, Zürich/St. Gallen 2006, S. 112 und KELLER/LANTER/FISCHER (Fn. 40), S. 136.

<sup>44</sup> ANDREAS GLASER, *Zwingendes Völkerrecht: Wer hat die Deutungshoheit?*, *ZBl* 2014, S. 205.

<sup>45</sup> Der Bundesrat hat dabei die Aufgabe, in seiner Botschaft an das Parlament, *Stellung zur Gültigkeit der Initiative zu nehmen*; siehe Art. 97 f. Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002; SR 171.10. Selbstverständlich können aber die Vorgaben von Art. 139 Abs. 3 BV und 194 Abs. 2 BV von Volk und Ständen abgeändert werden.

<sup>46</sup> Ähnlich JOHANNES REICH, *Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts? – Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 2008, S. 506 ff.

Verpflichtungen, die zum Korpus des *Ius cogens* zählen, zu verwischen oder im Spannungsfeld zwischen staatlicher Souveränität und Rechten des Individuums Positionen preiszugeben, welche selbst in absoluten Ausnahmesituationen, wie etwa während eines Bürgerkriegs oder einer Naturkatastrophe, zwingend zu beachten sind.

[Rz 14] Hingegen ist u.E. näher zu prüfen, ob das Normsubstrat des so zu umschreibenden Verfassungsbegriffs des zwingenden Völkerrechts durch den Bundesrat adäquat erfasst wird. Diese Frage stellt sich etwa für das Diskriminierungsverbot und das hier primär interessierende Verhältnismässigkeitsgebot.

### III. Verhältnismässigkeit als zwingendes Prinzip des allgemeinen Völkerrechts?

[Rz 15] Bis heute finden sich in der Praxis völkerrechtlicher Gerichte und anderer Organe weder explizite Aussagen darüber, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip an sich allgemeiner Bestandteil des *Ius cogens* im Sinne von Art. 53 VRK<sup>47</sup> sei, noch gegenteilige Verlautbarungen. Folglich ist basierend auf Art. 53 VRK zu untersuchen, ob das Verhältnismässigkeitsprinzip «eine Norm [ist], die von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf». Klarere Hinweise zur Identifikation zwingender völkerrechtlicher Bestimmungen finden sich in der VRK nicht. Die herrschende Lehre setzt *Ius cogens* mit einem *ordre public*, der von der Staatengemeinschaft insgesamt anerkannt ist,<sup>48</sup> gleich.<sup>49</sup> Beruhend auf dieser Theorie sind jene Bestimmungen zwingendes Völkerrecht, welche infolge ihrer Bedeutung für das Zusammenleben der Staatengemeinschaft insgesamt als zwingend eingestuft werden müssen.

[Rz 16] Bereits ein cursorischer Blick über verschiedene völkerrechtliche Regelungsbereiche illustriert, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit Bestandteil zwingender völkerrechtlicher Vorgaben ist: So darf etwa Waffengewalt zur *Selbstverteidigung* als Ausnahme vom zweifellos zwingenden Gewaltverbot in zwischenstaatlichen Verhältnissen einzig bei erwiesener Notwendigkeit und in einem verhältnismässigen Ausmass angewendet werden. Diese Sichtweise wurde vom Internationalen Gerichtshof (IGH) in verschiedenen Urteilen bestätigt.<sup>50</sup> Damit anerkennt der Gerichtshof, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip im Bereich des *ius ad bellum* eine zwingend zu

---

<sup>47</sup> Zu dieser Bestimmung siehe etwa ERIC SUY, Art. 53, in Olivier Corten/Pierre Klein, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, Oxford 2011, S. 224 ff.; MARK E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston 2009, S. 665 ff.

<sup>48</sup> Eine derartige universelle Anerkennung kann ihre Grundlage etwa in universell geltenden Verträgen oder im Gewohnheitsrecht finden.

<sup>49</sup> Siehe dazu die Übersicht in KARL ZEMANEK, *The Metamorphosis of Jus Cogens: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Legal Order?*, in Enzo Cannizzaro (Hrsg.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford 2011, S. 381 ff.

<sup>50</sup> So hielt er etwa im Jahr 2003 fest, dass die «rule whereby self-defence would warrant only measures which are proportional to the armed attack and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law»; IGH, *Iranian Oil Platforms Case*, *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, ICJ Reports 2003, Ziff. 77. Im Jahr 1996 statuierte er in einem Gutachten, «[t]he submission of the exercise of the right of self-defence to the conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law»; IGH, *Advisory Opinion on the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Report 1996, 245 Ziff. 41. Siehe für weitere Belegstellen auch IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America*, ICJ Reports 1986, 94, Ziff. 176, und IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 2005, 59, Ziff. 147.

beachtende Schranke des Einsatzes militärischer Gewalt zur Selbstverteidigung darstellt.

[Rz 17] Weiter stellt das Verhältnismässigkeitsprinzip auch eine zweifellos zwingend zu beachtende Schranke der Selbsthilfe im Völkerrecht dar und bildet so die zentrale Barriere, damit ein an sich zulässiges unilaterales Vorgehen in einem dezentralen Rechtsgebiet wie dem Völkerrecht nicht zu einer gefährlichen gegenseitigen Eskalation führt.<sup>51</sup> Aus diesem Grund erstaunt es kaum, dass die Völkerrechtskommission dieses Prinzip als gewohnheitsrechtlich geltende Schranke rechtskonformer *Gegenmassnahmen* in Art. 51 des Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit<sup>52</sup> einstuft; eine Sichtweise, die wiederum auch der IGH teilt.<sup>53</sup>

[Rz 18] Eine bestimmende Rolle spielt das Verhältnismässigkeitsprinzip im Völkerrecht ferner bei der *Festlegung der Staatsgrenzen*<sup>54</sup> im Küstenmeer und im *humanitären Völkerrecht*<sup>55</sup> oder im *Welthandelsrecht*<sup>56</sup>. Zusammengefasst bildet es zweifellos ein Schlüsselprinzip zum Ausgleich divergierender Interessen von Staaten in verschiedensten Bereichen und dies teilweise in engem Konnex oder gar als Bestandteil zwingender Normen des Völkerrechts.

[Rz 19] Basierend auf diesen Erwägungen halten daher bereits einige Stimmen der Doktrin dafür, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit heute Bestandteil des allgemeinen *Ius cogens* sei.<sup>57</sup> Unter dem Titel der *Ius-cogens-Beschränkungen* der Kompetenzen des Sicherheitsrats führt etwa ein Autor aus, die Kompetenzen dieses Organs zur Autorisierung von Gewalt seien nur zulässig, soweit unter anderem das Prinzip der Verhältnismässigkeit beachtet werde. Zudem seien auch Wirtschaftssanktionen dieses Organs nur rechtmässig, wenn zwingende Normen des Völkerrechts und insbesondere fundamentale humanitäre Regeln wie das Prinzip der Verhältnismässigkeit beachtet würden.<sup>58</sup> Andere Autoren äussern sich hingegen gegenüber dieser Schlussfolgerung skeptisch, weil das Verhältnismässigkeitsprinzip keine genügend homogene Bedeutung besitze, um in allen Gebieten des Völkerrechts als zwingendes Recht im Sinne von Art. 53 VRK anerkannt werden zu können.<sup>59</sup>

[Rz 20] Zweifellos stellt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein fundamentales Prinzip des allgemeinen Völkerrechts dar und nimmt auch in der Praxis des Internationalen Gerichtshofs einen zentralen Platz ein. Hingegen lässt sich die Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht ohne Weiteres auf staatliche Eingriffe in individuelle Rechtspositionen übertragen, denn die aufgeführten Anwendungsbeispiele beschlagen regelmässig das zwischenstaatliche Verhältnis. Deswegen ist u.E. die Erkenntnisbasis für die Schlussfolgerung der integralen *Ius-cogens*-

---

<sup>51</sup> JAMES CRAWFORD, *State Responsibility, The General Part*, Cambridge 2013, S. 698 f.

<sup>52</sup> General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001.

<sup>53</sup> IGH, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, ICJ Report 1996, 53, Ziff. 85 und 87.

<sup>54</sup> Siehe IGH, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands; Federal Republic of Germany/Denmark)*, ICJ Reports 1969, 53, Ziff. 98; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, 323, Ziff. 85, und 335, Ziff. 218, sowie *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Reports 1985, 43 ff., Ziff. 54 ff.

<sup>55</sup> Siehe dazu hinten Ziff. IV.1.

<sup>56</sup> Siehe etwa EMILY CRAWFORD, *Proportionality*, in Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Vol. VIII, S. 537.

<sup>57</sup> Siehe etwa ALEC STONE SWEET/JUD MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, *Columbia Journal of Transnational Law* 2008, S. 160; ALEXANDER ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford 2006, S. 53 ff.

<sup>58</sup> ALEXANDER ORAKHELASHVILI, *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, *EJIL* 2006, S. 67: «subject to peremptory norms, particularly the fundamental humanitarian rules, such as the principles of proportionality and necessity».

<sup>59</sup> Siehe etwa MICHAEL NEWTON/LARRY MAY, *Proportionality in International Law*, Oxford 2014, S. 39.

Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips (noch) zu unsicher und zu schmal.

[Rz 21] Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob dieser Schluss auch spezifisch in denjenigen völkerrechtlichen Rechtszweigen gilt, die sich mit dem Schutz des Individuums beschäftigen, d.h. dem humanitären Völkerrecht<sup>60</sup> und den Menschenrechten.

#### **IV. Verhältnismässigkeitsprinzip als zwingendes Prinzip des völkerrechtlichen Individualschutzes?**

##### **1. Humanitäres Völkerrecht**

[Rz 22] Nicht nur in jenem Rechtsbereich, der sich mit der Rechtmässigkeit des Einsatzes militärischer Gewalt beschäftigt (*ius ad bellum*), spielt das Prinzip der Verhältnismässigkeit eine zentrale Rolle,<sup>61</sup> sondern ebenso im eigentlichen Kriegsführungsrecht, dem humanitären Völkerrecht (*ius in bello*). So bildet der Grundsatz, dass eine kriegführende Partei nur diejenigen militärischen Mittel einsetzen darf, welche dazu dienen, den Feind zu besiegen und dabei kein unnötiges Leiden verursachen, seit Beginn seiner Existenz das prägende Grundprinzip dieses Völkerrechtszweigs, welcher auf diese Weise einen Ausgleich zwischen den Prinzipien der militärischen Notwendigkeit und der Humanität anstrebt.<sup>62</sup> Konkret hält etwa<sup>63</sup> Art. 51 Ziff. 5 lit. b Zusatzprotokoll I<sup>64</sup> unter der Marginalie «Schutz der Zivilbevölkerung» fest, dass während internationaler bewaffneter Konflikte ein Angriff verboten ist, wenn «damit zu rechnen ist, dass er auch Verluste an Menschenleben unter der Zivilbevölkerung, die Verwundung von Zivilpersonen, die Beschädigung ziviler Objekte oder mehrere derartige Folgen zusammen verursacht, die in keinem Verhältnis zum erwarteten konkreten und unmittelbaren militärischen Vorteil stehen».<sup>65</sup> Ebenfalls eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes stellen etwa die Verbote der Verwendung militärischer Mittel, welche unnötige Leiden oder ausgedehnte und schwere Umweltschäden verursachen, dar.<sup>66</sup> Das während nicht internationaler Konflikte anwendbare Zusatzprotokoll II<sup>67</sup> enthält keine entsprechenden Regelungen. Die gewohnheitsrechtliche Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist indes nicht nur während internationaler Konflikte,<sup>68</sup>

---

<sup>60</sup> Das moderne humanitäre Völkerrecht, als während bewaffneter Konflikte anwendbares Sonderrecht, verankert zwischenstaatliche Verpflichtungen insbesondere zu Gunsten von Individuen, ohne den Letztgenannten aber subjektive Rechtsansprüche einzuräumen.

<sup>61</sup> Siehe dazu vorne Ziff. III.

<sup>62</sup> Siehe dazu etwa CHRISTOPHER GREENWOOD, *Scope and Application of Humanitarian Law*, in Dieter Fleck (Hrsg.), *Handbook of International Humanitarian Law*, 2. Aufl., Oxford 2008, S. 35 ff. mit weiteren Hinweisen, und MICHAEL BOTHE/KARL JOSEF PARTSCH/WALDEMAR A. SOLF, *New Rules for Victims of Armed Conflicts*, 2. Aufl., Leiden/Boston 2013, S. 350.

<sup>63</sup> Siehe auch etwa Art. 57 ZP I, welche als weitere Ausprägung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes das Vorsorgeprinzip verankert; vgl. BOTHE/PARTSCH/SOLF (Fn. 62), S. 402.

<sup>64</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (ZP I) vom 8. Juni 1977; SR 0.518.521.

<sup>65</sup> Siehe dazu etwa MICHAEL N. SCHMITT, *Targeting in Operational Law*, in Terry D. Gill/Dieter Fleck (Hrsg.), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, Oxford 2010, S. 257 ff., ERIC DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 5. Aufl., Brüssel 2012, und BOTHE/PARTSCH/SOLF (Fn. 62), S. 350 ff.

<sup>66</sup> Art. 35 ZP I und dazu etwa STEFAN OETER, *Methods and Means of Combat*, in Fleck (Fn. 62), S. 126 ff.

<sup>67</sup> Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (ZP II) vom 8. Juni 1977; SR 0.518.522.

<sup>68</sup> Siehe statt vieler JEAN MARIE HENCKAERTS/LOUISE DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules, Cambridge 2005, S. 46 ff.

sondern auch während Bürgerkriegen unbestritten.<sup>69</sup> All diese grundlegenden Regeln sind heute aber nicht nur Bestandteil des ungeschriebenen Völkerrechts, sondern werden infolge der Tatsache, dass sie spezifisch für die Notstandssituation des Krieges geschaffen wurden und daher von ihnen unter keinen Umständen abgewichen werden darf, als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts eingestuft. Diese Haltung vertritt nicht nur der Bundesrat<sup>70</sup>, sondern – wenn auch in einer etwas sybillinischen Wendung – der Internationale Gerichtshof.<sup>71</sup>

[Rz 23] Wenn auch angesichts der Tatsache, dass das humanitäre Völkerrecht für die Anwendung im bewaffneten Konflikt geschaffen wurde, der Schluss einer zwingenden Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips in Friedenszeiten nicht automatisch erfolgen kann, so stellt diese Rechtslage doch immerhin ein starkes Indiz für seine zwingende Geltung im völkerrechtlichen Individualschutz dar.

## 2. Menschenrechte: Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil von Notstandsklauseln

[Rz 24] Ein starkes Indiz für die zwingende Natur einer völkerrechtlichen Norm ist die vertragliche Statuierung ihrer Nichtderogierbarkeit, eine Schlussfolgerung, die nicht nur etwa das Straftribunal für das ehemalige Jugoslawien,<sup>72</sup> sondern auch der Menschenrechtsausschuss,<sup>73</sup> das Überwachungsorgan des Pakts II, teilt. Wie vorne erläutert,<sup>74</sup> verwendet auch der Bundesrat diese Methode zur Festlegung des Inhalts des verfassungsrechtlichen Begriffs des zwingenden Völkerrechts.

[Rz 25] Nach Art. 4 Pakt II darf «im Fall eines öffentlichen Notstands, der das Leben der Nation bedroht» von Vorgaben einzelner Garantien dieses Vertrages abgewichen werden. Diese Bestimmung setzt aber einer solchen Derogation nicht nur inhaltliche Grenzen durch die Statuierung notstandsfester Garantien,<sup>75</sup> sondern auch durch die Vorgabe, dass ein Abweichen von nicht notstandsfesten Menschenrechtsgarantien auch während Notstandszeiten nur zulässig ist «in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert». Art. 15 EMRK sieht in analoger Weise vor, dass die Derogation nicht notstandsfester Garantien nur zulässig ist, «soweit es die Lage unbedingt erfordert.» Zu Art. 4 Pakt II dürfen keine Vorbehalte angebracht werden,<sup>76</sup> was den absoluten

---

<sup>69</sup> Siehe z.B. DAVID(Fn. 65), S. 301, sowie SANDESH SIVAKUMARAN, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford 2012, S. 349 f.

<sup>70</sup> Siehe dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>71</sup> IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, 226, Ziff. 83: «a great many rules of humanitarian law had acquired the legal quality of being intransgressible».

<sup>72</sup> So die Begründung des Internationalen Straftribunals für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) für den Ius-cogens-Charakter des Folterverbots; ICTY, Trial Chamber, *The Prosecutor v. Furundžija* (IT-95-17/1), Ziff. 144.

<sup>73</sup> Menschenrechtsausschuss (MRA), General Comment 29 (2001): «11. The enumeration of non-derogable provisions in article 4 is related to, but not identical with, the question whether certain human rights obligations bear the nature of peremptory norms of international law. The proclamation of certain provisions of the Covenant as being of a non-derogable nature, in article 4, paragraph 2, is to be seen partly as recognition of the peremptory nature of some fundamental rights ensured in treaty form in the Covenant. (...)».

<sup>74</sup> Siehe vorne Ziff. II.1.

<sup>75</sup> Art. 4 Abs. 2 Pakt II.

<sup>76</sup> Siehe MRA, General Comment No. 24 (1994), Ziff. 10 («At the same time, some provisions are non-derogable exactly because without them there would be no rule of law. A reservation to the provisions of article 4 itself, which precisely stipulates the balance to be struck between the interests of the State and the rights of the individual in times of emergency, would fall in this category») und ALEXANDRE BALGUY-GALLOIS, *Article 4*, in Emmanuel Decaux (Hrsg.), *Le*

Charakter der Bestimmung unterstreicht.

[Rz 26] Da die Derogation von Bestimmungen, die nicht notstandsfest sind, angesichts des für Menschenrechte geltenden Schrankenregimes<sup>77</sup> erst aktuell wird, wenn sich eine bestimmte, nicht absolut geltende Garantie nicht mehr in verhältnismässiger Weise einschränken lässt, kommt Art. 15 EMRK und Art. 4 Pakt II für die hier diskutierte Frage eine bisher in der Diskussion verkannte weitreichende Bedeutung für den Begriff des zwingenden Völkerrechts im Sinne der notstandsfesten Garantien als Schranke des Initiativrechts zu. Diese Bestimmungen verbieten, von an sich einschränkbar und derogierbaren Menschenrechtsgarantien abzuweichen, wo dies nicht unbedingt erforderlich und damit klar unverhältnismässig ist. Dieses menschenrechtliche Prinzip der Verhältnismässigkeit, welches nicht mit demjenigen gemäss Art. 5 Abs. 2 BV gleichzusetzen ist, bildet damit eine Grenze zulässiger Notstandsmassnahmen,<sup>78</sup> d.h. es ist stets zu beachten, lässt in diesem Sinne keine Abweichung zu,<sup>79</sup> und umschreibt damit den notstandsfesten Kern der an sich derogierbaren Rechte. Dieser feste Kern lautet: *An sich derogierbare Menschenrechte dürfen nie ausser Kraft gesetzt werden, soweit dies (a) gemäss anwendbaren Schrankenklauseln unverhältnismässig ist, und (b) gleichzeitig nicht als notwendige Massnahme in einer Notstandssituation gerechtfertigt werden kann.*

[Rz 27] Diese Auffassung findet eine klare Stütze in der Praxis der Vertragsorgane. Gemäss Menschenrechtsausschuss genügt es nicht, dass ein Abweichen von einer Paktgarantie an sich angesichts der Notstandssituation gerechtfertigt erscheint. Vielmehr muss ein Staat, der rechtmässig von materiellen Garantien abweichen möchte, nachweisen können, dass jede einzelne Notstandsmassnahme strikt notwendig ist, um gezielt der Ausnahmesituation begegnen zu können und kein milderes Mittel existiert, mit welchem dieses Ziel erreicht werden kann.<sup>80</sup> Nach Auffassung dieses Organs stellt die verhältnismässige Einschränkung relevanter Freiheitsrechte im Rahmen der Schrankenbestimmungen in aller Regel ein genügendes milderes Mittel dar, um solchen Gefahren begegnen zu können.<sup>81</sup>

---

pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article, Paris 2011, S. 157. Zur Frage, ob mittels Vorbehalt die Schranken des Derogationsrechts gemäss Art. 15 EMRK beseitigt werden können, gibt es, soweit ersichtlich, keine Praxis.

<sup>77</sup> Dazu WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl. Basel 2013, S. 106 ff.

<sup>78</sup> Siehe dazu MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2. Aufl., Kehl 2005, S. 97, ALEXANDRE BALGUY-GALLOIS (Fn. 76), S. 157.

<sup>79</sup> Siehe dazu MRA, General Comment No. 29 (2001), Ziff. 4: «A fundamental requirement for any measures derogating from the Covenant, as set forth in article 4, paragraph 1, is that such measures are limited to the extent strictly required by the exigencies of the situation. Nevertheless, the obligation to limit any derogations to those strictly required by the exigencies of the situation reflects the principle of proportionality which is common to derogation and limitation powers».

<sup>80</sup> MRA, General Comment No. 29 (2001), Ziff. 4 und 5: «Moreover, the mere fact that a permissible derogation from a specific provision may, of itself, be justified by the exigencies of the situation does not obviate the requirement that specific measures taken pursuant to the derogation must also be shown to be required by the exigencies of the situation. This condition requires that States parties provide careful justification (...) for any specific measures based on a proclamation [of a state of emergency]. If States purport to invoke the right to derogate from the Covenant (...) they must be able to justify not only that such a situation constitutes a threat to the life of the nation, but also that all their measures derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation». Dazu auch Syracuse Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights, UN Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985), Nos. 51 und 42.

<sup>81</sup> MRA, General Comment No. 29 (2001), Ziff. 5: «States purport to invoke the right to derogate from the Covenant during, for instance, a natural catastrophe, a mass demonstration including instances of violence, or a major industrial accident, they must be able to justify not only that such a situation constitutes a threat to the life of the nation, but also that all their measures derogating from the Covenant are strictly required by the exigencies of the situation. In the opinion of the Committee, the possibility of restricting certain Covenant rights under the terms of, for instance, freedom of movement (art. 12) or freedom of assembly (art. 21) is generally sufficient during such situations and

[Rz 28] Für die EMRK ist anerkannt, dass die Verwendung des Adverbs «unbedingt»<sup>82</sup>, auf dessen Verwendung etwa in den Schrankenklauseln dieses Vertrages verzichtet wurde, nahelegt, dass Derogationsmassnahmen strengsten Verhältnismässigkeitsanforderungen zu genügen haben.<sup>83</sup> Mit anderen Worten dürfen einzig diejenigen konkreten Massnahmen ergriffen werden, welche zur Bewältigung einer Notsituation essenziell notwendig sind.<sup>84</sup> Zudem müssen zulässige Derogationsmassnahmen die mildesten Massnahmen darstellen, mit welchen dieses Ziel erreicht werden kann.<sup>85</sup> Unter Abstützung auf diese Vorgaben gelangte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zum Schluss, die Massnahmen, welche das Vereinigte Königreich in Abweichung von Art. 5 EMRK zur Bewältigung einer terroristischen Gefährdungslage ergriffen hatte und welche sich primär gegen ausländische Verdächtige richteten, seien unverhältnismässig im Sinne von Art. 15 Abs. 1 EMRK und damit völkerrechtswidrig.<sup>86</sup>

[Rz 29] Mit anderen Worten dürfen Eingriffe in Freiheitsrechte oder gar ihre Ausserkraftsetzung nie ohne Beachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit, d.h. ohne Berücksichtigung des Einzelfalls, erfolgen. Zwar können in Ausnahmesituationen weitergehende Einschränkungen gerechtfertigt werden, ein generelles Beiseiteschieben des Prinzips der Individualangemessenheit behördlicher Entscheide, mit welchen in Freiheitsrechte eingegriffen wird, bleibt aber selbst in Notstandszeiten ausgeschlossen.

[Rz 30] Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt somit die wichtigste Schranke des Rechts zur Abweichung von Menschenrechten während Notstandszeiten dar:<sup>87</sup> Es untersagt selbst während Situationen, welche die Existenz eines Staates bedrohen, jeden Automatismus, welcher die Berücksichtigung der individuellen Interessen des von einer Einschränkung oder Derogation betroffenen Individuums durch rechtsanwendende Behörden verhindert. Dies muss erst recht in Zeiten gelten, in welchen kein Notstand im Sinne der Derogationsklauseln herrscht.

[Rz 31] Damit ist erstellt, dass im Bereich des Eingriffs in völkerrechtlich garantierte Freiheitsrechte das Prinzip der Verhältnismässigkeit als solches notstandsfest gilt. Dieser Schluss steht dem Befund nicht entgegen, dass den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum beim Entscheid zusteht, wie sie das Verhältnismässigkeitsprinzip konkret handhaben und wie sie die divergierenden Interessen gewichten wollen. Dabei dürfen sie auch streng sein und gewisse generell-abstrakte Regeln vorsehen, welche die Verhältnismässigkeitsprüfung vorwegnehmen. So wäre es beispielsweise zulässig, Freiheitsstrafen mit einer gewissen Mindestdauer automatisch mit verwaltungsrechtlichen Nachteilen zu verknüpfen, weil bei der Strafzumessung zumindest gewissen Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung getragen werden kann und muss. Dem notstandsfesten Kern der Freiheitsrechte widerspricht es aber, Einzelfallgerechtigkeit zwingend und vollständig auszuschliessen, etwa wenn ein klares Missverhältnis zwischen der Begehung eines relativ leicht-

---

no derogation from the provisions in question would be justified by the exigencies of the situation.» In diesem Sinn auch Syracuse Principle (Fn. 80), No. 53.

<sup>82</sup> Resp. «strictly» oder «stricte» in den Originalsprachen.

<sup>83</sup> DAVID HARRIS/MICHAEL O'BOYLE/ED BATES/CARLA BUCKLEY, in David Harris/Michael O'Boyle/Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2. Aufl., Oxford 2009, S. 632.

<sup>84</sup> CEES FLINTERMANN, in Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (Hrsg.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. Aufl., Antwerpen/Oxford 2006, S. 1063.

<sup>85</sup> Siehe dazu etwa ROBIN C.A. WHITE & CLARE OVEY, in Francis G. Jacobs/Robin C.A. White/Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5. Aufl., Oxford 2010, S. 119; HARRIS/O'BOYLE/BATES/BUCKLEY (Fn. 83), S. 631 ff.

<sup>86</sup> EGMR (Grand Chamber), *A. and Others v. The United Kingdom*, 3455/05(2009), Ziff. 182 ff.

<sup>87</sup> Siehe dazu auch NOWAK (Fn. 78), S. 97, und bereits THOMASBUERGENTHAL, *To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogation*, in Louis Henkin (Hrsg.), *The International Bill of Rights*, New York 1981, S. 80 ff.

ten Strafdelikts und einem erheblichen Eingriff in ein Freiheitsrecht besteht.

## **V. Schlussfolgerungen**

[Rz 32] Zumindest im Bereich des völkerrechtlichen Individualschutzes sprechen gewichtige Indizien für die Zugehörigkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips im Sinne des Verbots eines Automatismus', welcher die Individualangemessenheit eines Entscheides im Schutzbereich eines Freiheitsrechts gänzlich unterbindet, zum Korpus des zwingenden Völkerrechts, wie es von Bundesrat und Parlament verstanden wird. Gar mit Sicherheit kann von der Notstandsfestigkeit dieses Prinzips im Pakt II und der EMRK ausgegangen werden. Konkret bedeutet dies, dass Eingriffe in menschenrechtlich verankerte Freiheitsrechte, die im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht einmal im Notstand gerechtfertigt werden könnten, menschenrechtlich zwingend verboten sind. Folglich erfüllt das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Sinn die durch Bundesrat und Parlament anerkannten Kriterien für die Qualifikation als zwingende Bestimmung des Völkerrechts im Sinne von Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV. Es gibt deshalb gute Gründe dafür, Volksinitiativen, welche Garantien der EMRK und von Pakt II infolge von Automatismen in klar unverhältnismässiger Weise verletzen, in diesem Ausmass ganz oder teilweise für ungültig zu erklären.

---

Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Ordinarius für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern  
Prof. Dr. WALTER KÄLIN, Ordinarius für Staats- und Völkerrecht an der Universität Bern