

# Der UBS-Staatsvertrag und die EMRK

## Bemerkungen zum Urteil A-4013/2010 des Bundesverwaltungsgerichts – gleichzeitig eine Studie zur Hierarchie des Völkervertragsrechts



MARTIN SCHAUB  
Dr. iur., Heidelberg/Zürich

### I. Einleitung

Im «UBS-Staatsvertrag»<sup>1</sup> verpflichtete sich die Schweiz, den USA nicht nur bei Steuerbetrug, sondern auch in gewissen Fällen der Steuerhinterziehung Amtshilfe zu leisten. Die Vertragsparteien erwarteten, dass etwa 4'450 Konten unter die Kriterien des Staatsvertrags fielen<sup>2</sup>.

Mittlerweile ist dieses Amtshilfverfahren weitgehend abgeschlossen. Gut 4'100 Kundendossiers sind an die USA übermittelt worden<sup>3</sup>, während noch ca. 35 Beschwerden von betroffenen Kunden beim Bundesverwaltungsgericht hängig sind<sup>4</sup>.

In den Beschwerden wurde bzw. wird vereinzelt gerügt, dass im konkreten Fall die Voraussetzungen für Amtshilfe nach dem Staatsvertrag gar nicht erfüllt seien<sup>5</sup>. Daneben

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Verletzung von Art. 8 EMRK durch die Amtshilfekriterien in Bezug auf rein fiktive Kapitalgewinne
  - A. Die Amtshilfekriterien nach Ziff. 1.A i.V.m. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag
  - B. Tangierung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK
  - C. Eingriffsvoraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK
    - 1. Gesetzliche Grundlage
    - 2. Eingriffszweck
      - a. Hilfe zur Ahndung von Steuerhinterziehung unter US-Recht
      - b. Gegenrechtsüberlegungen
      - c. Wirtschaftliches Wohl der Schweiz
      - d. Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen
    - 3. Notwendigkeit
    - 4. Verhältnismässigkeit
- III. Restriktive Auslegung des UBS-Staatsvertrags als Ausweg?
- IV. Vorrang der EMRK oder des UBS-Staatsvertrags?
  - A. Keine Antwort in Art. 190 BV
  - B. Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)
    - 1. Keine direkte Anwendbarkeit der VRK auf die USA
    - 2. Keine Lösung der Vorrangfrage durch Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK
  - C. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze
    - 1. Allgemeines
    - 2. Auffassungen in Lehre und Staatenpraxis zur Vorrangfrage
    - 3. Sonderfall EMRK bzw. Menschenrechtsverträge
    - 4. Vorrang der lex specialis
    - 5. Vorrang und Staatenverantwortlichkeit
  - D. Autonome schweizerische Vorrangsregelung
- V. Aufschiebende Wirkung der EMRK-Beschwerden
- VI. Konsequenzen einer erfolgreichen EMRK-Beschwerde
- VII. Fazit

<sup>1</sup> SR 0.672.933.612. – Zur Vorgeschichte und den Hintergründen des Staatsvertrags s. insbesondere MARTIN SCHAUB, Konflikt um Kundendaten: Die Situation der UBS vor dem Abkommen 09, ZSR 130 (2011) I 209–238.

<sup>2</sup> S. Art. 1 Ziff. 1 UBS-Abkommen.

<sup>3</sup> Auskunft der Eidgenössischen Steuerverwaltung (EStV) vom 14. September 2011. Eine nur wenig darunter liegende Zahl von 4'000 Dossiers wurde schon in einer Medienmitteilung des Internal Revenue Service (IRS) vom 16. November 2010 (<[www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=231520,00.html](http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=231520,00.html)>) genannt. Es scheint, dass die Schätzung von 4'450 Konten etwas zu hoch gegriffen war, so dass seit einiger Zeit kaum mehr Kunden zu finden sind, auf welche die Amtshilfekriterien zutreffen. Eine andere, theoretische Möglichkeit ist, dass zwar noch solche Kunden vorhanden wären, die UBS diese aber nicht bekanntgeben wollte, etwa weil sie zu wichtig sind. Einzelne Betroffene und deren Anwälte haben solches vermutet (s. LUKAS HÄSSIG, Mysteriöser Verrat, Handelszeitung vom 12. Mai 2011, 24; vorsichtiger YVES BONNARD/GUILLAUME GRISEL, L'Accord UBS: spécificités, validité, conformité aux droits de l'homme, RDAF 2010 II 361–400, 371 f.). Ein solches Verhalten würde allerdings gegen die Editionsverfügung der EStV verstossen, in welcher die Bank angewiesen wird, der EStV «von sämtlichen Kunden, die in eine der im Anhang zum Staatsvertrag 10 genannte Kategorie fallen, die vollständigen Dossiers herauszugeben» (so BVGer Urteile A-7156/2010 vom 17. Januar 2011, E. 5.2.2, A-6678/2010 vom 23. März 2011, E. 4.3, und A-1644/2011 vom 20. Juni 2011, E. 4.2). Der Autor dieses Aufsatzes nimmt hier ausdrücklich keine Stellung zu dieser Frage und unterstellt der UBS insbesondere keine illegalen Handlungen in diesem Amtshilfverfahren.

<sup>4</sup> Auskunft der EStV vom 14. September 2011.

<sup>5</sup> S. z.B. BVGer Urteil A-4911/2010 vom 30. November 2010 (fehlender Wohnsitz in den USA i.S.v. Ziff. 1.A/2.A des Anhangs zum Staatsvertrag – Beschwerde gutgeheissen), A-6053/2010 vom 10. Januar 2011 (BVGE-Publikation vorgesehen) (Rügen u.a.: fehlender Wohnsitz in den USA – ab-

werden auch Verfahrensmängel geltend gemacht<sup>6</sup>. Diese Beschwerden setzen also den Staatsvertrag als gültig voraus und rügen nur seine Anwendung im Einzelfall. Rund zehn Prozent der Beschwerden dieser Art sind erfolgreich gewesen<sup>7</sup>.

Andere Beschwerdeführer zielen auf den Staatsvertrag selbst und argumentieren, dieser sei wegen Verletzung übergeordneten Rechts teilweise ungültig bzw. nicht anwendbar. Dabei geht es zum einen um behauptete Verstösse gegen schweizerisches Verfassungsrecht<sup>8</sup>. Diese Rüge ist freilich aussichtslos, da nach Art. 190 BV ein völkerrechtlicher Vertrag für die Gerichte und Behörden selbst dann verbindlich ist, wenn er gegen verfassungsmässige Rechte verstösst oder in verfassungswidriger Weise zustande kam, indem z.B. ein vorgeschriebenes Referendum nicht stattfand<sup>9</sup>. Es handelt

sich also um eine rein theoretische Frage, auf die hier nicht weiter eingegangen wird. Zum anderen haben UBS-Kunden eine Verletzung der EMRK und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte geltend gemacht. Das Bundesverwaltungsgericht hat bisher alle derartigen Beschwerden zurückgewiesen: Der UBS-Staatsvertrag verstösse nicht gegen die betreffenden Völkervertragsbestimmungen und gehe diesen zudem ohnehin vor<sup>10</sup>. Mehrere dieser Urteile sind beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angefochten worden<sup>11</sup>.

Der vorliegende Aufsatz überprüft die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, wobei er sich aus Platzgründen auf die Frage der Vereinbarkeit der Amtshilfekriterien von Ziff. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag mit Art. 8 EMRK beschränkt<sup>12</sup>. Auf materieller Ebene ergibt sich, dass

gelehnt, da die Beschwerdeführerin US-Staatsangehörige war und deswegen auch ohne Wohnsitz als «U.S. person» i.S.v. Ziff. 1.B/2.B des Anhangs galt; kein «offshore company account» i.S.v. Ziff. 1.B/2.B – abgelehnt, da auch liechtensteinische Stiftung als «offshore company» gilt; fehlende wirtschaftliche Berechtigung – auch abgelehnt, A-6179/2010 vom 3. März 2011, E. 3.2 (keine «U.S. person» i.S.v. Ziff. 1.B/2.B mangels US-Staatsangehörigkeit – abgelehnt, massgebend sei allein die subjektive Steuerpflicht in den USA), und A-6640/2010 vom 19. Mai 2011 (fehlende wirtschaftliche Berechtigung – Beschwerde gutgeheissen).

<sup>6</sup> S. z.B. BVGer Urteil A-4873/2010 vom 15. Oktober 2010, E. 2 (Verletzung des rechtlichen Gehörs – vom Gericht verneint); A-6711/2010 vom 1. Dezember 2010 (Amtshilfeverfügung betraf einen Toten – Verfügung für nichtig erklärt); A-6668/2010 vom 6. Dezember 2010, E. 5 (Verletzung des rechtlichen Gehörs – Beschwerde gutgeheissen); A-6926/2010 vom 10. Dezember 2010 (dito).

<sup>7</sup> S. «Klagen gegen Schweiz im Fall UBS nehmen zu», TA-Online vom 24. Mai 2011, <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Klagen-gegen-Schweiz-im-Fall-UBS-nehmen-zu-/story/12838658>.

<sup>8</sup> S. z.B. BVGer Urteile A-4873/2010 vom 15. Oktober 2010, E. 3.2 (u.a. Nichtunterstellung unter das fakultative Referendum sowie Verstoss gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot gerügt), und A-6678/2010 vom 23. März 2011, E. 3 (Verletzung des Legalitätsprinzips, des Rechts auf Privatsphäre, des Diskriminierungsverbots, des Willkürverbots und des Rückwirkungsverbots gerügt).

<sup>9</sup> Nach der herrschenden Lehre schliesst Art. 190 BV auch aus, dass geprüft wird, ob die dort für massgebend erklärten Erlasse verfassungsmässig zustande gekommen sind, ausser allenfalls in Extremfällen (s. THOMAS SCHERRER, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, St. Gallen 2001, 207–232); dies gilt ganz besonders für Staatsverträge, sofern diese nur völkerrechtlich verbindlich sind (ebd., 219 f.; BGE 120 Ib 360, 365 f. [ein völkerrechtlich verbindlicher Staatsvertrag ist vom Richter anzuwenden, «selbst wenn die landesrechtliche Kompetenzordnung beim Abschluss nicht respektiert worden sein sollte» (365)]; extrem und zu weitgehend in diese Richtung BGE 38 I 551, 601 f., wo sogar eine Überprüfung auf Willensmängel abgelehnt und dabei offenbar übersehen wird, dass es dabei um die völkerrechtliche Verbindlichkeit

ginge, welche Voraussetzung für das Massgeblichkeitsgebot ist – ablehnend diesbezüglich auch SCHERRER, 219). SCHERRER selber bejaht freilich jedenfalls für Bundesgesetze eine weitergehende Prüfung (s. 211, 214 f.), insbesondere auch darauf, ob sie nicht zu Unrecht dem Referendum vorenthalten wurden (223). Da er aber Staatsverträge hierbei nicht erwähnt, ist anzunehmen, dass er diese etwa auch bei einem vorenthaltenen Referendum als massgeblich erachtet. A.M. jedoch BONNARD/GRISEL (FN 3), 383, und im Anschluss an diese AURELIA RAPPO, Le secret bancaire, les droits de la défense et la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dans l'affaire UBS, RDAF 67 (2011) 233–251, 237, wonach der UBS-Staatsvertrag von den Gerichten als «nichtig» zu betrachten wäre, wenn die Referendumsmöglichkeit zu Unrecht nicht eröffnet wurde.

<sup>10</sup> S. den Pilotentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3–6 (gemäss Urteil A-7032/2010 vom 29. August 2011, E. 4.1, ist der Entscheid vom 15. Juli 2010 teilweise als BVGE 2010/40 publiziert worden, auf der Gerichtswebsite ist jedoch keine BVGE-Version auffindbar). S. weiter etwa die Urteile A-4835/2010 vom 11. Januar 2011, E. 5.1.2–5.2, A-7156/2010 vom 17. Januar 2011, E. 4.1.2 und 4.2, A-6258/2010 vom 14. Februar 2011, E. 7.1.2, A-7022/2010 vom 15. Februar 2011, E. 4–5, A-6678/2010 vom 23. März 2011, E. 3.2–4.4, A-4166/2010 vom 17. Mai 2011, E. 1.3.2, und A-6944/2010 vom 7. September 2011, E. 6.1, welche auf den Entscheid vom 15. Juli 2010 verweisen und keine eigenständige Begründung enthalten. – Im Piloturteil wirkte der Autor an der Beschwerde mit, auf die denn auch gewisse Teile dieses Aufsatzes zurückgehen. Andere Teile beruhen auf einer weiteren vom Autor mitverfassten Beschwerde, die jedoch zu keinem Urteil führte, da sie später zurückgezogen wurde.

<sup>11</sup> S. «Klagen gegen Schweiz im Fall UBS nehmen zu» (FN 7); «Amtshilfeabkommen Schweiz/USA wird Fall für Strassburg», TA-Online vom 5. Mai 2011, <www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/agenturen-ticker/Amtshilfeabkommen-SchweizUSA-wird-Fall-fuer-Strassburg/story/30244054>.

<sup>12</sup> Gemäss den vorzitierten Artikeln machen die Beschwerdeführer in Strassburg auch Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots sowie des Rückwirkungsverbots geltend (s. zur Argumentation näher BONNARD/GRISEL [FN 3], 391–393, 396–398). Diese Rügen scheinen deutlich weniger aussichtsreich (ablehnend auch schon die in FN 10 zitierten Urteile) und werden hier deshalb nicht erörtert.

der Staatsvertrag in einzelnen Konstellationen wohl gegen Art. 8 EMRK verstösst (Abschnitt II). Da nach Art. 190 BV sowohl UBS-Staatsvertrag als auch EMRK für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich sind, ihre gleichzeitige Anwendung in einem Konfliktfall jedoch nicht möglich ist und auch eine harmonisierende Auslegung des UBS-Staatsvertrags ausscheidet (s. Abschnitt III), ist anschliessend näher zu untersuchen, welches der beiden Vertragswerke Vorrang genießt (Abschnitt IV)<sup>13</sup>. Dabei wird festgestellt, dass wohl der EMRK als älterem und bedeutsamerem Vertrag Vorrang zukommt. Das Bundesverwaltungsgericht hätte deshalb dem UBS-Staatsvertrag die Anwendung versagen müssen, soweit er gegen die EMRK verstösst. – Zum Schluss geht der Aufsatz auf prozessuale Fragen im Zusammenhang mit dem hängigen Verfahren vor dem EGMR (Abschnitt V) und auf die Auswirkungen eines allfälligen gutheissenden Ausgangs desselben (Abschnitt VI) ein.

## II. Verletzung von Art. 8 EMRK durch die Amtshilfekriterien in Bezug auf rein fiktive Kapitalgewinne

### A. Die Amtshilfekriterien nach Ziff. 1.A i.V.m. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag

Nach Ziff. 1.A i.V.m. Ziff. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag ist die Schweiz u.a. verpflichtet, den USA jene amerikanischen Kunden zu melden, deren undeclarierete («non-W-9») Konten oder Depots bei der UBS zwischen 2001 und 2008 den Wert von CHF 1 Mio. überstiegen und in einer Dreijahresperiode jährliche Durchschnittserträge von mehr als 100'000 Franken abwarfen. Als Einkünfte gelten neben Zinsen und Dividenden auch Kapitalgewinne. Der springende Punkt ist, dass letztere nicht konkret bzw. effektiv berechnet werden, sondern schlicht und unwiderlegbar 50 % der Bruttoverkaufserlöse als «Kapitalgewinne» gelten<sup>14</sup>. Hat also ein UBS-Kunde im Jahr 2000 Aktien

im Wert von einer Million Franken gekauft und diese 2003 zum Preis von 700'000 Franken verkauft, hat er nach der Rechnungsweise des Staatsvertrags Kapitalgewinne von 350'000 Franken erzielt und erfüllt damit die Amtshilfekriterien. In Wirklichkeit liegen aber gar keine Kapitalgewinne vor, sondern Kapitalverluste, und der Kunde hat keine Einkommenssteuern hinterzogen (wenn auch die Dividenden aus diesen Aktien nicht mehr als 300'000 Franken – oder, wenn die Kapitalverluste davon abgezogen werden können, sogar 600'000 Franken – betrogen). Ihm ist höchstens vorzuwerfen, dass er das ausländische Konto nicht deklariert hat<sup>15</sup>. Dabei handelt es sich nicht um eine fiktive Konstellation, sondern es wurde gemäss gut informierter Quelle in verschiedenen solchen Fällen tatsächlich Amtshilfe geleistet<sup>16</sup>.

### B. Tangierung des Schutzbereichs von Art. 8 EMRK

Art. 8 Abs. 1 EMRK garantiert den Schutz des Privat- und Familienlebens. Darunter fallen auch der Anspruch auf eine persönliche Geheimsphäre sowie der Schutz persönlicher Daten, z.B. vor Weitergabe an andere Personen oder ans Ausland. Dabei ist nach dem EGMR das geschützte «Privatleben» in einem weiten Sinne zu verstehen; insbesondere sollen offenbar jegliche personenbezogene Informationen dazu gehören, auch wenn sie wirtschaftlicher Natur sind<sup>17</sup>.

bei Aktienfonds rechnet sie mit 25 %, bei Geldmarktfonds mit 12,5 %, bei hybriden und strukturierten Produkten mit 6,25 % und bei Obligationen mit 0 % (s. ZOÉ BACHES, Streit um Auslieferungskriterium für UBS-Daten – Kunden beanstanden «willkürliche» Berechnung ihres Kapitalgewinns, NZZ online vom 17. Juni 2010, <[www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/kriterien\\_katalog\\_mit\\_massgeblichem\\_fehler\\_1.6103505.html](http://www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/kriterien_katalog_mit_massgeblichem_fehler_1.6103505.html)>; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7156/2010 vom 17. Januar 2011, E. 6.4.2, und A-2064/2011 vom 30. August 2011, E. 3.5). Dies ändert jedoch – für andere Anlagekategorien als Aktien mutatis mutandis – an der Gültigkeit der vorliegenden Argumentation nichts.

<sup>15</sup> Nach 31 C.F.R. §§ 1010.350 und 1010.306(c) (2011) sind ausländische Konten im Wert von über 10'000 USD dem IRS mit dem Formular «Report of Foreign Bank and Financial Accounts» (FBAR) zu melden.

<sup>16</sup> S.a. BERNHARD LÖTSCHER/AXEL BUHR, Kann ein fingierter Verdacht auf «Betrugsdelikte und dergleichen» Amtshilfegrundlage in Steuersachen sein?, Jusletter vom 18. Oktober 2010, Rz. 7, wonach in vielen Fällen Amtshilfe geleistet wurde, obwohl den Betroffenen der Nachweis gelungen sei, «dass kein massgebliches Einkommen erzielt wurde». Es ist allerdings unklar, ob damit gemeint ist, dass das Einkommen weniger als 300'000 Franken betrug oder ganz fehlte. S.a. BACHES (FN 14), nach welcher 75–90 % der Amtshilfefälle nicht möglich gewesen wären, wenn man die effektiven Einkünfte zu Grunde gelegt hätte.

<sup>17</sup> S. *Wypych v. Poland* (dec.), no. 2428/05, 25 October 2005. In diesem Fall ging es um ein Gesetz, welches Lokalpolitiker verpflichtete, sämtliches Vermögen und Einkommen öffentlich

<sup>13</sup> Die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, wegen Art. 190 BV sei der UBS-Staatsvertrag einer Überprüfung gänzlich entzogen und müsse schlicht immer nach seinem Wortlaut angewendet werden (Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 8.3.3, S. 41: «... Zudem ist die Sachgerechtigkeit der von den Vertragsstaaten vereinbarten Kriterien vom Bundesverwaltungsgericht nicht zu hinterfragen: Dieses ist an den Staatsvertrag 10 und an die darin festgelegten Kriterien gebunden [Art. 190 BV]»), trifft also nicht zu. Eine Überprüfung auf seine Vereinbarkeit mit anderem *Völkerrecht*, und im verneinenden Fall die Beantwortung der Vorrangfrage, ist nicht nur zulässig, sondern sogar unausweichlich.

<sup>14</sup> Die EStV hat dies allerdings in ihrer Verfügungspraxis insoweit abgemildert, als sie den Satz von 50 % nur bei Aktien anwendet;



Der Gerichtshof dürfte demnach der – von der früheren Europäischen Menschenrechtskommission sowie in der schweizerischen Lehre und Praxis geäusserten<sup>18</sup> – Auffassung ohne weiteres zustimmen, wonach auch Angaben über die finanziellen Verhältnisse zu den von Art. 8 EMRK geschützten persönlichen Daten gehören. Art. 8 Abs. 1 EMRK wird demnach durch die Herausgabe der Bankdaten durch die schweizerischen Behörden an die USA tangiert.

### C. Eingriffsvoraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK

Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK ist nach Abs. 2 zulässig, wenn er «gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer».

Wesentlich ist hierbei, dass *jede einzelne Eingriffsnorm* diese Voraussetzungen erfüllen muss. Es genügt also nicht, wenn ein Erlass nur in seiner Hauptstossrichtung bzw. mit der Mehrzahl seiner Bestimmungen legitime Eingriffszwecke in verhältnismässiger Weise verfolgt. Dies muss viel-

---

bekannt zu machen. Dies geht zwar deutlich weiter als der vorliegende Eingriff gegenüber den UBS-Kunden. Die allgemeinen Ausführungen des Gerichts lassen aber annehmen, dass es auch hierin eine Einschränkung von Art. 8 EMRK sähe, denn es spricht sich für eine Auslegung des «Privatlebens» aus, die mit dem Schutzbereich des Europarats-Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten von 1981 (SR 0.235.1) identisch ist (so etwa auch *Rotaru v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 43, ECHR 2000-V). Dieses Übereinkommen erfasst als «personenbezogene Daten» jegliche «Information über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person» (Art. 2 lit. a).

<sup>18</sup> EKMR-Entscheid vom 1. Dezember 1986 i.S. A. und A. gegen die Schweiz, wiedergegeben in VPB 51.82 («[L]es activités financières du premier requérant en Suisse relèvent en principe de son domaine privé. [L]a transmission d'informations concernant ses activités financières, qui bénéficie en principe du secret bancaire, constitue une ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée»); BVGE 2009/31, E. 5.1; BVGer Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 5.4.4 (beide m.N.); BONNARD/GRISEL (FN 3), 388 f.; RAINER J. SCHWEIZER, Der Rechtsstaat und die EMRK im Fall der Kunden der UBS AG, Eine Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, AJP/PJA 2011, 1007–1017, 1011. A.M. jedoch wohl noch LUZIUS WILDHABER, in: Wolfram Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/Berlin/Bonn/München 1986 ff. (1992), Rz. 336 zu Art. 8 (Art. 8 gewähre bisher nur den Schutz von «Informationsvorgängen, die eine besondere Nähe zum privaten oder familiären Lebensbereich der betroffenen Personen haben»).

mehr für jede einzelne seiner Bestimmungen zutreffen. Dies hat, wie in Abschnitt 3 dargelegt wird, das Bundesverwaltungsgericht bei der Prüfung der Notwendigkeit übersehen.

### 1. Gesetzliche Grundlage

Die gesetzliche Grundlage für die Amtshilfe stellt der UBS-Staatsvertrag selbst dar. Das Kriterium der Bestimmtheit erfüllt er zweifellos. Aufgrund seiner zumindest unechten bzw. faktischen Rückwirkung – es wird auch Amtshilfe geleistet bei Kunden, die zur Zeit der fraglichen Transaktionen nicht wissen konnten, dass später Amtshilfe geleistet würde – könnte man sich jedoch fragen, ob die notwendige Vorhersehbarkeit – d.h. die Möglichkeit, sein Verhalten an der Norm auszurichten<sup>19</sup> –, gegeben ist. EGMR-Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht ersichtlich. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben sich jedoch aus Sicht der EMRK wie des schweizerischen Rechts (Art. 36 Abs. 1 BV) damit befasst und eine Rückwirkungsproblematik verneint, da es sich um Verfahrensrecht handle, das grundsätzlich sofort anzuwenden sei<sup>20</sup>. Entgegen anderswo geäusselter Auffassung<sup>21</sup> dürfte diese Meinung zutreffen. Schliesslich richtet sich der Staatsvertrag mit seinen Verhaltens- und Verfahrensvorschriften nur an die Behörden und nicht an Private, so dass letztere ihr Verhalten auch nicht an dessen Bestimmungen ausrichten können müssen. Eine Norm muss nur für ihre Adressaten «vorhersehbar» sein, nicht für Dritte. Dies gilt auch, wenn diese Dritten faktisch von der Norm stark betroffen sind und sich in Kenntnis der zukünftigen Rechtsänderung anders verhalten hätten. – Umso weniger kann von einer rückwirkenden Strafbarkeit im Sinne von Art. 7 EMRK die Rede sein<sup>22</sup>; der Staatsvertrag ändert am materiellen Steuerrecht nichts, sondern erleichtert nur die Verfolgung von – stets als solche erkennbaren – Verstössen dagegen.

Ob eine gesetzliche Grundlage unter der EMRK auch generell-abstrakt sein muss und welche Kriterien dafür gelten, scheint in der Rechtsprechung des EGMR kaum angesprochen zu werden. Offenbar bietet diese Voraussetzung aber in der Praxis keine Schwierigkeiten, jedenfalls solange es sich um einen parlamentarischen Erlass handelt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass auch der vom Parlament abgesegnete UBS-Staatsvertrag diese allfällige Voraussetzung erfüllt, obwohl er als «generell-konkret» zu qualifizieren sein wird<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> *S. Sunday Times v. United Kingdom* (Plenary Court), 26 April 1979, § 49, Series A no. 30.

<sup>20</sup> S. Urteil BVGer A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.5.2.

<sup>21</sup> BONNARD/GRISEL (FN 3), 390.

<sup>22</sup> Zweifelnd hingegen BONNARD/GRISEL (FN 3), 397 f.

<sup>23</sup> S. Urteil BVGer A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.5.3; ablehnend BONNARD/GRISEL (FN 3), 390.

## 2. Eingriffszweck

Näherer Betrachtung bedarf das Erfordernis, dass sich der Eingriff auf einen der in Art. 8 Abs. 2 EMRK abschliessend genannten Zwecke (öffentliche Interessen) abstützt.

Ob der Staatsvertrag bzw. die einzelnen hier in Frage stehenden Bestimmungen zur Verfolgung dieser Zwecke auch *notwendig* waren, ist eine andere Frage, die hinten separat zu prüfen ist.

### a. Hilfe zur Ahndung von Steuerhinterziehung unter US-Recht

Der primäre Eingriffszweck liegt darin, dass die Schweiz zur *Ahndung von Steuerhinterziehung* unter US-Recht beiträgt bzw. den USA dabei behilflich ist. Gerade in der heutigen Zeit, wo die internationale Kooperation bei der Kriminalitätsbekämpfung – insbesondere im Steuerbereich – immer stärker gewichtet wird<sup>24</sup>, muss auch ein solches Rechtshilfeinteresse – und nicht nur die Durchsetzung *eigenen* Rechts – unter Art. 8 Abs. 2 EMRK («Aufrechterhaltung der Ordnung, ... Verhütung von Straftaten») fallen.

### b. Gegenrechtsüberlegungen

Das Bundesverwaltungsgericht erwähnte in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 den vorgenannten Eingriffszweck nicht. Wahrscheinlich ging es davon aus, dass nur die Verfolgung *eigener* Interessen der Schweiz als Eingriffszweck in Frage komme. In diesem Sinne sah es ein erstes öffentliches Interesse darin, dass die Datenherausgabe (bzw. ihre Vereinbarung im Staatsvertrag) aufgrund des *Gegenrechtsaspekts* indirekt auch dem *Interesse der Schweiz an der Durchsetzung schweizerischen Rechts* durch Amts- oder Rechtshilfe durch andere Staaten diene<sup>25</sup>. Auch dies stellt gewiss eine im Grundsatz legitime Eingriffsmotivation dar.

### c. Wirtschaftliches Wohl der Schweiz

Als weiteren Eingriffszweck nennt das Bundesverwaltungsgericht die Wahrung des *wirtschaftlichen Wohls des Landes* (s. Art. 8 Abs. 2 EMRK). Ohne den Staatsvertrag bzw. das Amtshilfeverfahren könnte die UBS existenziell bedroht sein, und der Untergang dieser Grossbank müsste die schweizerische Volkswirtschaft erheblich schädigen<sup>26</sup>. Dem ist zuzustimmen, da tatsächlich nicht auszuschliessen war, dass der UBS ohne den Staatsvertrag gravierende Sanktionen von amerikanischer Seite drohten, die ihren Ruin hätten bedeuten können<sup>27</sup>. Dies hätte erhebliche volkswirtschaftli-

che Schäden in der Schweiz verursacht, deren Abwendung sicher einen legitimen Eingriffszweck darstellt<sup>28</sup>.

Abgesehen von einem drohenden Konkurs der UBS kann man in der Leistung bzw. Vereinbarung der Amtshilfe auch insofern eine Verfolgung des wirtschaftlichen Wohls der Schweiz sehen, als sie dadurch erkennbar und glaubhaft gegen den Missbrauch ihrer Banken zur Begehung von Delikten vorging. Dadurch erhöhte sie die diesbezügliche Reputation des schweizerischen Finanzplatzes, welche für dessen langfristige Attraktivität wichtig ist.

### d. Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen

Als dritten Eingriffszweck führt das Gericht das Bestreben an, eingegangene *völkerrechtliche Verpflichtungen zu erfüllen*<sup>29</sup>. Dies hält nun aber einer Überprüfung nicht stand. Das Gericht verkennt, dass es gerade darum geht, diese völkerrechtliche Verpflichtung – also den UBS-Staatsvertrag – auf ihre bzw. seine Rechtmässigkeit und Anwendbarkeit zu überprüfen. Diese Prüfung und überhaupt der Schutz der EMRK-Rechte liefe leer, wenn allein die Tatsache, dass der Staatsvertrag bereits abgeschlossen wurde – und seine Erfüllung damit nunmehr eine völkerrechtliche Pflicht der Schweiz darstellt –, die darin enthaltenen EMRK-Verletzungen rechtfertigen könnte. Wäre dem so, könnte die Schweiz mit den USA auch vereinbaren, sämtliche Finanzdaten von Schweizer Bürgern herauszugeben oder in jeder Wohnung eine Überwachungskamera zu installieren – schliesslich geschähe dies, sobald das Abkommen einmal abgeschlossen ist, zum zulässigen Zweck der Einhaltung eines Staatsvertrags und wäre dafür auch notwendig. Wollte man dies tatsächlich zulassen, müsste man konsequenterweise sogar noch weiter gehen und dasselbe auch auf innerstaatliche Rechtsakte übertragen, deren Anwendung und Aufrechterhaltung schliesslich ebenfalls im öffentlichen Interesse (Rechtsstaatlichkeit, Rechtssicherheit) liegt. Damit wären praktisch überhaupt keine EMRK-Eingriffe – basierten sie auf einem Staatsvertrag oder auf Landesrecht – mehr erfolgreich anfechtbar, weil sie sich «durch sich selbst» rechtfertigen könnten. Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage fiele schlicht mit jenen des legitimen Eingriffszwecks und der Verhältnismässigkeit zusammen. Dass dem nicht so sein kann, versteht sich von selbst.

Daran ändert auch der vom Bundesverwaltungsgericht angeführte<sup>30</sup> *Bosphorus*-Entscheid des EGMR nichts. Der Gerichtshof sah dort das öffentliche Interesse an einem Grundrechtseingriff in der «compliance with legal obligations flowing from the Irish State's membership of the Eu-

<sup>24</sup> Was auch von der Schweiz anerkannt wird, wie insbesondere in der neuen Amtshilfepraxis nach OECD-Standard zum Ausdruck kommt.

<sup>25</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.5.4.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> S. im Einzelnen SCHAUB (FN 1), 218–220, 229–236.

<sup>28</sup> Ablehnend hingegen BONNARD/GRISEL (FN 3), 391: «[L]' Accord semble tendre davantage au bien-être économique de l'UBS qu'à celui de la Suisse». Zweifelnd auch SCHWEIZER (FN 18), 1011 Fn. 49.

<sup>29</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.5.4.

<sup>30</sup> Ebd.

ropean Community»<sup>31</sup>. Diese Verpflichtung bestand in der Einhaltung einer vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassenen Verordnung, welche für die EG-Mitglieder verbindlich und direkt anwendbar war. Irland war damit gezwungen, sich in der gerügten Weise zu verhalten; andernfalls hätte es gegen seine gemeinschaftsrechtlichen Pflichten verstossen. Eine ähnliche Situation lag in den Fällen vor, in denen die Beachtung völkerrechtlicher Immunität (soweit sie überhaupt bestand) als Rechtfertigung einer EMRK-Einschränkung anerkannt wurde<sup>32</sup>. Auch hier standen die völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsregeln nicht zur Disposition der betreffenden Staaten. Vorliegend stellt sich die Situation ganz anders dar, indem die Schweiz nicht aufgrund supranationaler oder völkergewohnheitsrechtlicher Verpflichtungen gehalten war, durch den UBS-Staatsvertrag EMRK-Rechte einzuschränken. Sie ist dieses Abkommen vielmehr aus – rechtlich gesehen – freien Stücken eingegangen und musste und muss deshalb die EMRK in vollem Umfang beachten<sup>33</sup>.

### 3. Notwendigkeit

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK muss ein Eingriff in die Privatsphäre «notwendig» sein zur Wahrung der genannten öffentlichen Interessen. Daran fehlt es, wenn mildere Massnahmen zur Verfügung stünden, mit denen dasselbe Ziel erreicht werden könnte. Es stellt sich die Frage, ob die Leistung von Amtshilfe im Umfang von Ziff. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag notwendig ist.

Dazu gilt es zunächst festzustellen, dass die staatsvertragliche Methode zur «Berechnung» der Kapitalgewinne dazu führt, dass diese Gewinne in den allermeisten Fällen weit überschätzt werden. In Wirklichkeit dürften diese nur sehr selten 50 % des Bruttoverkaufserlöses betragen. Schliesslich hätte dazu der Kurs der verkauften Aktie um mehr als 50 % ansteigen müssen, und es dürfte diese Kurssteigerung auch nicht durch andere (realisierte) Kapitalverluste soweit wettgemacht worden sein, dass der Gewinn netto unter 50 % fiel. Dies allein ist nun noch wenig problematisch, als der Kunde wenigstens doch gewisse effektive Kapitalgewinne erzielte. Kaufte er etwa Aktien für 600'000 Franken und verkaufte er diese für 700'000 Franken, beträgt der effektive Kapitalgewinn zwar nicht 350'000 Franken – wie vom Staatsvertrag angenommen –, aber immerhin 100'000 Franken. Diesen Kapitalgewinn hätte der Kunde in den USA als Einkommen versteuern müssen. Die Leistung von Amtshilfe zur Aufklärung dieser Steuerhinterziehung erscheint ohne weiteres «notwendig» und gerechtfertigt.

Problematisch wird es allerdings, wenn nicht nur geringere effektive Kapitalgewinne vorliegen als vom Vertrag angenommen, sondern überhaupt keine, so dass der Kunde gar keine Einkommenssteuern hinterzog (s. das Beispiel vorne in Abschnitt II.A). Dennoch müssen, da der Staatsvertrag keine Ausnahmen und keine Möglichkeit eines Beweises des Gegenteils vorsieht, auch die Daten dieses Kunden an die USA übermittelt werden<sup>34</sup>. Nicht ganz klar ist, was danach geschieht. Zwar hat der Kunde, wie vorne erwähnt<sup>35</sup>, gegen die FBAR-Meldepflichten für ausländisches Vermögen verstossen. Das schweizerisch-amerikanische Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)<sup>36</sup>, das dem UBS-Staatsvertrag zugrunde liegt<sup>37</sup>, sieht Amtshilfe jedoch nur im Bereich der Einkommenssteuern vor<sup>38</sup>. Weder darf Amtshilfe zu anderen Zwecken geleistet werden, noch dürfen überlieferte Daten zu anderen Zwecken «zweitverwendet» werden<sup>39</sup>. Die USA

<sup>31</sup> *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* (GC), no. 45036/98, § 150, ECHR 2005-VI.

<sup>32</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* (GC), no. 35763/97, § 54, ECHR 2001-XI (völkerrechtliche Immunität in casu bejaht und Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 6 EMRK deshalb verneint); *Cudak v. Lithuania* (GC), no. 15869/02, § 57, 23 March 2010 (völkerrechtliche Immunität in casu verneint und Verletzung von Art. 6 EMRK deshalb bejaht); *Sabeh el Leil v. France* (GC), no. 34869/05, §§ 49, 52, 29 June 2011 (dito). Zu erwähnen ist, dass der EGMR in diesen Urteilen die Beachtung völkergewohnheitsrechtlicher Immunitäten nicht per se als Rechtfertigung einer Einschränkung von Art. 6 EMRK bezeichnete, sondern bloss eine entsprechende Vermutung aufstellte und im Übrigen eine Verhältnismässigkeitsprüfung forderte. Allerdings ist seine Verhältnismässigkeitsprüfung genau besehen nichts anderes als eine Prüfung, ob überhaupt eine völkerrechtliche Immunität besteht. Im Ergebnis scheint deshalb für den EGMR die Beachtung völkergewohnheitsrechtlicher Immunitäten eine Einschränkung der Rechtsweggarantie per se zu rechtfertigen. – S. zu dieser Rechtsprechung auch CORNELIA JANIK/THOMAS KLEINLEIN, *When Soering Went to Iraq...: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect and Norm Conflicts in Light of the European Court of Human Rights' Al-Saadoon Case*, *Goettingen J. Int'l L.* 1 (2009) 459–518, 512–515.

<sup>33</sup> S. zur Pflicht der vollen Beachtung der EMRK auch beim Abschluss von Staatsverträgen die Nachweise hinten in FN 140 und 144.

<sup>34</sup> Dies hält auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 8.3.3, ausdrücklich fest.

<sup>35</sup> S. FN 15.

<sup>36</sup> SR 0.672.933.61.

<sup>37</sup> S. insbesondere den Schlusssatz der Präambel: «vereinbaren die Vertragsparteien nun, mit Bezug auf Artikel 26 des Doppelbesteuerungsabkommens, was folgt». – Art. 7a des UBS-Staatsvertrags sieht zwar vor, dass dieser dem DBA «im Falle eines Normkonflikts» vorgeht. Dies setzt aber voraus, dass der UBS-Staatsvertrag eine abweichende Regelung enthält, was in Bezug auf die Zwecke der Amtshilfe nicht der Fall ist.

<sup>38</sup> Art. 26 Ziff. 1 i.V.m. Art. 2 DBA.

<sup>39</sup> Zum letzteren Punkt s. Art. 26 Ziff. 1 Sätze 3 und 4 DBA («Alle Informationen, die ein Vertragsstaat erhalten hat, ... dürfen nur Personen oder Behörden zugänglich gemacht werden, die mit der Veranlagung, Erhebung oder Verwaltung, der Vollstreckung oder Strafverfolgung ... hinsichtlich der unter dieses Abkommen fallenden Steuern befasst sind. Diese Personen oder Behörden dürfen die Informationen nur für diese Zwecke verwenden»).



dürften den Kunden deshalb wohl nicht wegen FBAR-Verstössen verurteilen und müssten seine Daten löschen, sobald sich herausstellt, dass keine Einkommenssteuern hinterzogen wurden<sup>40</sup>. Praktisch gesehen ist der Kunde und sein UBS-Konto nun aber dem IRS unwiderruflich bekannt, und es wird ihm nicht mehr möglich sein, dieses und die darauf erzielten Erträge in Zukunft geheimzuhalten. Und selbst wenn dem anders wäre, würde dies nichts daran ändern, dass in sein Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK eingegriffen wurde. Die blosser Bekanntheit seiner Identität bzw. Finanzinformationen an die USA stellt einen solchen Eingriff dar, ungeachtet dessen, welche Folgen sich daran knüpfen. Die Folgen können einzig bei der Beurteilung der Schwere des Eingriffs (im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung, hinten Abschnitt 4) eine Rolle spielen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich allerdings noch nicht ohne weiteres, dass dieser Eingriff auch nicht «notwendig» ist. Denn wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht feststellte, ist es nicht zu vermeiden, dass sich nach geleisteter Amtshilfe gelegentlich herausstellt, dass gar kein Steuerdelikt vorlag<sup>41</sup>. Eine umfassende Sachprüfung kann vom Amtshilfe leistenden Staat nicht verlangt werden; eine gewisse Schematisierung ist aus praktischen Gründen notwendig. Andererseits kann es aber auch nicht angehen, dass Amtshilfe ganz ohne Sachprüfung und aufgrund allzu pauschaler Schematisierungen geleistet wird. Eigentliche «fishing expeditions» dürfen nicht unbesehen gutgeheissen werden; eine angemessene Vorprüfung ist notwendig. Von einer solchen kann nun aber unter dem UBS-Staatsvertrag nicht die Rede sein. Es mag vertretbar sein, das Vorliegen von Einkommen bzw. die Hinterziehung von Einkommenssteuern in einem ersten Schritt anhand einer schematischen Formel (50 % der Bruttoverkaufs Erlöse) zu «berechnen» bzw. zu vermuten. In einem zweiten Schritt müsste aber dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt werden, diesen Verdacht durch den Beweis des Gegenteils auszuräumen. Diese Möglichkeit besteht unter dem Vertrag nicht. Insoweit kann der Staatsvertrag nicht als «notwendig» gelten. Das öffentliche Interesse an der Ahndung von Einkommenssteuerhinterziehung wird insoweit nicht gefördert, da es ja gerade an einer solchen Hinterziehung fehlt.

Auch Gegenrechtserwägungen können eine Amtshilfe in diesen Fällen nicht rechtfertigen. Zwar ist nicht a priori auszuschliessen, dass die USA möglicherweise der Schweiz in Zukunft leichter Amtshilfe gewähren, wenn diese im UBS-Fall einem schematischen, breit gefassten amerikanischen Gesuch Folge leistet. Diese Möglichkeit kann jedoch sicher nicht jegliche EMRK-Eingriffe legitimieren. Vielmehr darf

das Gegenrechtsargument vernünftigerweise nur dann zum Tragen kommen, wenn der um Amtshilfe ersuchende Staat ein schutzwürdiges Interesse an der Übermittlung der Informationen hat und/oder die Schweiz in einem spiegelbildlichen Fall ebenfalls um Amtshilfe ersuchen könnte. Beides ist beim vorliegenden Ersuchen nicht der Fall, soweit es auch Fälle erfasst, wo es an einer Steuerhinterziehung fehlt und dies vom Kunden bewiesen werden könnte.

Schwieriger zu beurteilen ist die Notwendigkeit im Hinblick auf das «wirtschaftliche Wohl» der Schweiz. Vielleicht war der Bundesrat der Ansicht, dass die USA eine andere Ausgestaltung der Amtshilfekriterien nicht akzeptiert hätten, so dass diese notwendig war, um die existentielle Gefahr für die UBS abzuwenden. Diese Beurteilung ist von aussen schlecht zu falsifizieren, und es ist fraglich, ob ein Gericht solche aussenpolitischen Entscheidungen der Exekutive überhaupt nachprüfen sollte (vgl. die political question doctrine in den USA). Andererseits ist es doch unplausibel, dass die USA unbedingt auf dieser Ausgestaltung der Amtshilfekriterien beharren. Ohne eine Stellungnahme des Bundesrats zu dieser Frage lässt sich die Notwendigkeit jedenfalls kaum beurteilen. Vielleicht bräute diese an den Tag, dass man sich beiderseitig gar nicht bewusst war, wozu die Ausgestaltung der Amtshilfekriterien in Einzelfällen führen kann – womit diese insoweit auch nicht notwendig waren –, oder dass sachfremde Gründe zu diesen führten<sup>42</sup>.

Wie bereits aus dem Vorstehenden hervorgeht, hätte eine *mildere Alternative* darin bestanden, den UBS-Kunden vor Leistung der Amtshilfe die Möglichkeit zu geben, die schematische Kapitalgewinnberechnung zu widerlegen<sup>43</sup>. Dies

<sup>40</sup> Dies übersieht vielleicht SCHWEIZER (FN 18), 1008, wenn er davon ausgeht, den amtshilfeweise gemeldeten UBS-Kunden drohe in den USA Strafverfolgung u.a. aufgrund Nichteinreichung von FBARS.

<sup>41</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 8.3.3.

<sup>42</sup> In Zeitungsartikeln ist gemutmasst worden, die fragliche Berechnungsmethode sei gewählt worden, um entweder die Zahl der effektiven Amtshilfefälle hochzutreiben (so wohl ERIC BUIS/PAUL BÜRGI, Staatsvertragliche Neudefinition von Kapitalgewinn – Fiktive Ermittlung von Einkünften im UBS-Abkommen, NZZ vom 8. Juni 2010, 28) oder aber die der potentiellen, was es der UBS ermöglichen sollte, unter den auszuliefernden Kunden eine Auswahl zu treffen (so BACHES [FN 14]; dazu aber schon die Vorbehalte in FN 3).

<sup>43</sup> Diese Möglichkeit fordern aus Gründen der Verhältnismässigkeit auch THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Das UBS-Amtshilfeabkommen ist verbindlich, NZZ vom 18. November 2009, 31: «Immerhin haben Steuerbehörden und Bundesverwaltungsgericht mit voller Kognition zu prüfen, ob bei den in das Amtshilfeverfahren einbezogenen Personen sich der Verdacht auf eine schwere, fortgesetzte Steuerhinterziehung erhärtet. Dies wäre beispielsweise dann nicht der Fall, wenn die verdächtige Person den Nachweis erbringen könnte, dass sie ihre steuerlichen Meldepflichten erfüllt oder bei einer effektiven Ermittlung der erzielten Kapitalgewinne während der relevanten Dreijahresperiode Durchschnittseinkünfte von deutlich unter 100'000 Franken beziehungsweise gar keine Einkünfte erzielt hat. In einer solchen Konstellation kann nicht mehr von einer amtshilfefähigen fortgesetzten, schweren Steuerhinterziehung gesprochen werden. Die Gewährung der Amtshilfe erwiese sich dann als unverhältnismässig.».

hätte generell geschehen können oder auch nur in Fällen, in denen die EStV auf konkrete Hinweise gestossen war, dass in Wirklichkeit kein Einkommen erzielt worden war. In solchen Verdachtsfällen – kaum aber generell – wäre auch eine detaillierte Überprüfung von Amtes wegen vorstellbar gewesen<sup>44</sup>. In all diesen Alternativen wären weniger sensitive Daten an die USA geliefert worden. Dabei wären die Interessen der USA (und indirekt auch der Schweiz) nicht weniger gut gewahrt gewesen als unter der geltenden Regelung. Schliesslich liegt das – schützenswerte und damit hier einzig interessierende – Interesse der USA darin, die Daten effektiver Steuerhinterzieher zu erhalten, und nicht die Daten von Personen, die in ein bestimmtes schematisches Verdachtsraster fallen, aber tatsächlich gar keine Steuern hinterzogen haben.

Damit erweist sich Ziff. 2.A.b des Anhangs zum UBS-Staatsvertrag insofern als nicht «notwendig» i.S.v. Art. 8 Abs. 2 EMRK und somit EMRK-widrig, als gestützt darauf auch Daten von Personen übermittelt werden müss(t)en, die effektiv gar keine Kapitalgewinne erzielten.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat erkannt, dass die Leistung von Amtshilfe in diesen Fällen nicht sachgerecht ist (was auf eine Verneinung der Notwendigkeit hinausläuft)<sup>45</sup>. Dennoch hat es eine EMRK-Widrigkeit verneint, weil es offenbar annahm, es könne nur den *Staatsvertrag als Ganzes* überprüfen<sup>46</sup>. Dass dieser gesamthaft betrachtet notwendig usw. ist, wird man kaum bestreiten können. Wie schon in der Einleitung zu Abschnitt C erwähnt, wäre jedoch zu prüfen gewesen, ob die *konkrete Bestimmung* (Ziff. 2.A.b des Anhangs) die Eingriffsvoraussetzungen der EMRK erfüllt.

#### 4. Verhältnismässigkeit

Art. 8 Abs. 2 EMRK verlangt weiter, dass die mit dem Eingriff verfolgten öffentlichen Interessen die privaten Interessen des Betroffenen überwiegen<sup>47</sup>. In der hier in Frage stehenden Konstellation liegt das Interesse der USA an einem Erhalt der Bankdaten letztlich höchstens darin, feststellen

zu können, dass keine Steuerhinterziehung vorliegt, möglicherweise aber Meldepflichten verletzt wurden. Dieses Interesse ist als gering zu veranschlagen, was ebenfalls für das entsprechende Interesse der Schweiz gilt, zu diesem Zweck Amtshilfe zu leisten.

Auf der anderen Seite ist der Eingriff in die Privatsphäre der Bankkunden grundsätzlich als erheblich zu beurteilen. Weniger einschneidend ist er allerdings, wenn die Daten – wie es unter dem DBA an sich vorgeschrieben ist<sup>48</sup> – gelöscht und nicht zu anderen Zwecken verwendet werden, sobald sich herausstellt, dass effektiv keine Einkommenssteuern hinterzogen wurden.

Es ist zumindest vertretbar, die Amtshilfe in derartigen Fällen auch mangels Verhältnismässigkeit als EMRK-widrig zu betrachten.

### III. Restriktive Auslegung des UBS-Staatsvertrags als Ausweg?

In der Literatur ist verschiedentlich gefordert worden, dass in Fällen, wo zwar die schematischen Amtshilfekriterien erfüllt sind, nachgewiesenermassen aber effektiv gar keine Einkommenssteuern hinterzogen wurden, entgegen dem Vertragswortlaut keine Amtshilfe zu leisten sei. Dies führte im Ergebnis zu einer EMRK-konformen Auslegung bzw. Anwendung des Staatsvertrags.

WALDBURGER hat diese restriktive Auslegung bzw. Anwendung damit begründet, dass in solchen Fällen keine schwere Steuerhinterziehung vorliege, welche eine Amtshilfe unter dem DBA erlaube. Das bundesrätliche UBS-Abkommen (was es damals war) sei insofern vom parlamentarisch gebilligten DBA nicht abgedeckt und dürfe vom Gericht in diesen Fällen nicht angewendet werden<sup>49</sup>. Dies beruhte auf der Auffassung, dass Art. 26 DBA auch gewisse Fälle der Steuerhinterziehung erfasse und somit eine Grundlage für das UBS-Abkommen bieten könne – eine Annahme, die bekanntlich vom Bundesverwaltungsgericht widerlegt worden ist<sup>50</sup>. Stattdessen ist aus dem bundesrätlichen UBS-Abkommen mittlerweile ein parlamentarischer UBS-Staatsvertrag geworden, der nicht mehr vom DBA abhängt. Damit kann dessen restriktive Auslegung nicht mehr mit vom DBA (vermeintlich) vorgegebenen Schranken begründet werden.

COTTIER/MATTEOTTI leiten die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung aus dem «Verhältnismässigkeitsprinzip» ab<sup>51</sup>. Es ist allerdings fraglich, ob dieses Prinzip ein Abweichen vom klaren Wortlaut des Vertrags rechtfertigen kann. Dafür scheint das Verhältnismässigkeitsprinzip im Völkerrecht zu wenig klar verankert.

<sup>44</sup> Dies haben wohl THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Die Amtshilfevereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika vom 19. August 2009 (UBS-Abkommen): Grundlagen und innerstaatliche Anwendbarkeit, ASA 2009, 348–395, 390 f., im Sinn. Auch ROBERT WALDBURGER, Arbeitspapier zur Rechtsnatur des Vertrags zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten i. S. Amtshilfe UBS-Kunden vom 19. August 2009 ..., 2009, abrufbar unter <www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref\_fallubs.html>, 14–16, denkt wohl an eine Prüfung von Amtes wegen. Dies beruht zwar teilweise auf einer Annahme (der UBS-Staatsvertrag gelte nur soweit, als er sich unter das DBA subsumieren lasse; s.a. hinten bei FN 49 f.), die nachträglich entfallen ist; die Argumentation mit der Verhältnismässigkeit (14 u.) dürfte jedoch weiterhin gültig sein.

<sup>45</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 8.3.3.

<sup>46</sup> S. ebd., E. 6.5.5 und 8.3.3.

<sup>47</sup> S. ebd., E. 6.5.5.

<sup>48</sup> S. vorne FN 39.

<sup>49</sup> WALDBURGER (FN 44), 15.

<sup>50</sup> S. BVGE 2010/7.

<sup>51</sup> S. vorne FN 43.



LÖTSCHER/BUHR<sup>52</sup> setzen schon beim Vertragswortlaut an und legen diesen so aus, dass die schematisch berechneten Kapitalgewinne von 300'000 Franken die Schweiz noch nicht materiell zur Amtshilfe verpflichten, sondern nur Eintretensvoraussetzungen für eine nähere Prüfung darstellen sollen. Diese Lesart überzeugt jedoch nicht<sup>53</sup>. In Ziff. 2.A.b des Anhangs zum Staatsvertrag wird vorbehaltlos festgelegt, dass sich die Kapitalgewinne als 50% der Bruttoverkaufserlöse berechnen. Betragen diese mehr als 300'000 Franken, ist der Tatbestand der «fortgesetzten und schweren Steuerdelikte» nach Ziff. 2.A.b erfüllt. Damit liegt nach dem Ingress zu Ziff. 2 ein «Betrugsdelikt [oder] dergleichen» vor, weshalb nach Ziff. 1 Amtshilfe zu leisten ist, denn dafür ist nur ein «begründeter Verdacht auf «Betrugsdelikte und dergleichen»» notwendig. Der Ausdruck «begründeter Verdacht» muss sich nach der Vertragssystematik und -logik auf die Bruttoverkaufserlöse usw. in der erforderlichen Höhe beziehen, nicht auf effektive Kapitalgewinne.

Eine EMRK-konforme Auslegung des Staatsvertrags lässt sich also auch mit diesen Ansätzen nicht begründen. Es bleibt beim Konflikt zwischen EMRK und UBS-Staatsvertrag, und es muss entschieden werden, welches der beiden Vertragswerke vorgeht.

#### IV. Vorrang der EMRK oder des UBS-Staatsvertrags?

##### A. Keine Antwort in Art. 190 BV

Wie das Bundesverwaltungsgericht mit Verweis auf das Bundesgericht zu Recht festgehalten hat, gibt Art. 190 BV selber keine Antwort auf die Frage, welchem von zwei kollidierenden Staatsverträgen Vorrang zu geben ist. Es müsse deshalb auf die völkerrechtlichen Kollisions- bzw. Vorrangsregeln zurückgegriffen werden<sup>54</sup>. Diese geböten einen Vorrang des UBS-Staatsvertrags, da die USA nicht Vertragsstaat der EMRK seien und diese deshalb gemäss Art. 30 Abs. 4 lit. b der Wiener Vertragsrechtskonvention zurückzutreten habe. Auch die Grundsätze der *lex specialis* und der *lex posterior* führten zu diesem Resultat<sup>55</sup>.

Im Folgenden werden die Grundlagen dieser Argumentation überprüft. In einem ersten Schritt wird den völkerrechtlichen Vorrangsregeln nachgegangen, und zwar zunächst anhand der Wiener Vertragsrechtskonvention, dann aufgrund des allgemeinen Völkerrechts. Da sich dabei kein

klares Resultat ergibt, wird anschliessend ein Vorschlag für eine lückenfüllende Vorrangsregel im schweizerischen Recht entwickelt.

Vorauszuschicken ist, dass der Schutz der Privatsphäre jedenfalls in der vorliegenden Konstellation sicher nicht als zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) anzusehen ist<sup>56</sup>. Andernfalls wäre die Vorrangfrage beantwortet, da *ius cogens* widersprechendem anderem Völkerrecht immer vorgeht<sup>57</sup>.

#### B. Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)

##### 1. Keine direkte Anwendbarkeit der VRK auf die USA

Die USA sind nicht Vertragspartei der VRK. Die Konvention ist demnach im Verhältnis Schweiz – USA nicht direkt anwendbar. Sie widerspiegelt freilich über weite Strecken Gewohnheitsrecht oder allgemeine Rechts- oder Völkerrechtsgrundsätze<sup>58</sup>, welche auch für die USA gälten. Es ist deshalb zu prüfen, ob die VRK überhaupt eine Regelung für Konfliktfälle wie den vorliegenden enthält, und wenn ja, ob diese

<sup>52</sup> Zum Umfang des *ius cogens* s. BGE 133 II 450, 461 f. E. 7.3 (wonnamentlich nicht-notstands-feste Menschenrechtsgarantien – wie Art. 8 EMRK eine darstellt, s. Art. 15 Abs. 2 EMRK – nicht zum *ius cogens* gezählt werden); s.a. FRÉDÉRIC GUERCHON, *La primauté constitutionnelle de la Convention européenne des droits de l'homme sur les conventions bilatérales donnant effet aux répudiations musulmanes*, J. dr. int. 132 (2005) 695–737, 718 (die EMRK könne nicht als *ius cogens* erachtet werden, da bzw. soweit ihre Rechte nicht universell anerkannt seien); KARL DOEHRING, *Vertragskollisionen – Der Soering-Fall*, in: Jörn Ipsen/Edzard Schmidt-Jortzig (Hrsg.), *Recht – Staat – Gemeinwohl*, Festschrift für Dietrich Rauschning, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, 419–426, 421 («Die Normen der Menschenrechtskonvention sind nicht durchgehend zwingender Natur, gemessen an den Normen des zwingenden Völkerrechts»). A.M. aber YVO HANGARTNER, in: St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. A., Zürich etc. 2008, Rz. 32 zu Art. 190, wonach die EMRK «tel quel als (europäisches) *ius cogens*» anerkannt werden sollte.

<sup>57</sup> S. Art. 53 und 64 VRK; BVGer Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.1.2; weitere Nachweise in FN 153.

<sup>58</sup> Ob dies auch für die Bestimmungen über Vertragskollisionen gilt, ist allerdings gerade umstritten (s. MANFRED ZULEEG, *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht* [Teil I], *German Yearbook of International Law* 20 [1977] 246–276, 247 Fn. 4); in der Judikatur gibt es keine Aussagen dazu (ALEXANDER ORAKHELASHVILI, in: Olivier Corten/Pierre Klein [Hrsg.], *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, Oxford 2011, 774). Bejahend FELIPE PAOLILLO, in: Olivier Corten/Pierre Klein (Hrsg.), *Les conventions de Vienne sur le droit des traités: commentaire article par article*, Brüssel 2006, 1258, wonach Art. 30 breit anerkannte allgemeine Völkerrechtsprinzipien widerspiegeln, und JAN B. MUS, *Conflicts Between Treaties in International Law*, *Netherlands International Law Review* (NILR) 1998, 208–232, 211 f., wonach dieser Artikel Völkergewohnheitsrecht enthalte.

<sup>52</sup> Zit. FN 16.

<sup>53</sup> Ebenso BVGer Urteil A-6053/2010 vom 10. Januar 2011, E. 2.2 und 2.3, mit leicht abweichender Begründung.

<sup>54</sup> BVGE 2010/7, E. 3.1.2, m.V. auf BGE 133 II 450, E. 6.2; BVGer Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 3.1.2.

<sup>55</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.3, bestätigt in den weiteren in FN 10 zitierten Folgeurteilen.

auch dem allgemeinen Völkerrecht entspricht. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies im Urteil vom 15. Juli 2010 für Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK bejaht, jedoch – wie sich zeigen wird – zu Unrecht.

## 2. Keine Lösung der Vorrangsfrage durch Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK

Die Schweiz hat vorliegend zur selben Frage – der Herausgabe personenbezogener Bankdaten – Verträge abgeschlossen, deren Parteienkreis (im einen Fall die Schweiz und die USA, im andern die Schweiz und die übrigen EMRK-Staaten) nicht identisch ist. Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK bestimmt, dass sich in einem solchen Fall die Rechte und Pflichten der jeweiligen Vertragsparteien nach dem zwischen ihnen geltenden Vertrag richten<sup>59</sup>. Die Rechte und Pflichten zwischen der Schweiz und den USA bestimmen sich demnach nach dem UBS-Staatsvertrag, jene zwischen der Schweiz und den anderen EMRK-Mitgliedstaaten nach der EMRK. Diese Rechtslage folgt im Übrigen schon aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 VRK)<sup>60</sup> sowie aus der Regel, dass ein Vertrag die Rechtsstellung von Dritten nicht zu verschlechtern vermag (Art. 34 VRK)<sup>61</sup>.

Damit bleibt die Frage, ob die Schweiz dem einen oder anderen Vertragswerk den Vorrang einzuräumen habe, offen. Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK besagt nur, welche Normen jeweils im Verhältnis zu den USA bzw. zu den EMRK-Staaten anwendbar sind; er sagt aber nichts dazu, in welchem Verhältnis diese beiden (parallelen) Rechtsbeziehungen zueinander stehen, etwa indem der eine Vertrag dem anderen vorgeinge oder diesen nichtig machte<sup>62</sup>.

Dass das Bundesverwaltungsgericht zum gegenteiligen Schluss kam, aus Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK folge ein Vorrang des UBS-Staatsvertrags vor der EMRK<sup>63</sup>, muss auf ein Missverständnis zurückzuführen sein. Das Gericht nahm wohl an, die Herausgabe von Kundendaten durch die Schweiz an die USA betreffe nur die «gegenseitigen Rechte und Pflichten»<sup>64</sup> zwischen der Schweiz und den USA. Dem ist jedoch nicht so. Zwar spielt sich diese Herausgabe selbstverständlich unmittelbar zwischen der Schweiz und den USA ab und betrifft daher zweifellos (auch) die Rechte und Pflichten dieser Staaten. Gleichzeitig unterfällt sie aber als Handlung einer schweizerischen Behörde auf schweizerischem Territorium, welche das Recht auf Privatleben tangiert, dem örtlichen,

<sup>59</sup> Vorausgesetzt wird hier, dass es sich um «Verträge über denselben Gegenstand» im Sinne von Art. 30 VRK handelt. Dies ist nicht selbstverständlich, da EMRK und UBS-Staatsvertrag grundsätzlich ganz verschiedene Themen regeln, wenn sie sich auch in diesem Punkt treffen. Nach NELE MATZ, *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge*, Berlin/Heidelberg/New York 2005, 318–327, ANTHONY AUST, *Modern treaty law and practice*, 2. A., Cambridge 2007, 229, CHRISTOPHER J. BORGAN, *Resolving Treaty Conflicts*, *George Wash. Int'l L. Rev.* 37 (2005) 573–648, 603 f., und wohl auch IAN SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. A., Manchester 1984, 98, wäre ein «selber Gegenstand» im Sinne von Art. 30 VRK zu verneinen, nach JAN KLABBERS, *Treaty conflict and the European Union*, Cambridge 2009, 93 (mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 30), JOOST PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge 2004, 364–367 («If there is conflict, the two treaties necessarily relate to the same subject-matter»), E. W. VIERDAG, *The Time of the «Conclusion» of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions*, *British Yearbook of International Law (BYIL)* 59 (1988) 75–111, 100 («If an attempted simultaneous application of two rules to one set of facts or actions leads to incompatible results it can safely be assumed that the test of sameness is satisfied»), und *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by MARTTI KOSKENNIEMI, U.N. Doc. A/CN.4/L.682 (2006), 17 f. Ziff. 21–23, 129 f. Ziff. 253 f., hingegen zu bejahen. Da aber, wie aufgezeigt werden wird, Art. 30 sowieso das Vorrangproblem nicht löst, kann die Frage hier offen gelassen werden.

<sup>60</sup> S. GEORG DAHM/JOST DELBRÜCK/RÜDIGER WOLFRUM, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. A., Berlin 2002, 694: «Art. 30 Abs. 4 lit. b)

WVK ist insoweit Ausdruck des *pacta sunt servanda*-Gedankens (Art. 26 WVK)»; PATRICK DAILLIER/MATHIAS FORTEAU/ALAIN PELLET, *Droit international public*, 8. A., Paris 2009, 302; SEYED ALI SADAT-AKHAVI, *Methods of Resolving Conflicts Between Treaties*, Leiden/Boston 2003, 64.

<sup>61</sup> AUST (FN 59), 224; DAILLIER/FORTEAU/PELLET (FN 60), 302; KARL DOEHRING, *Völkerrecht*, Heidelberg 1999, 150 f. Rz. 349; TASLIM OLAWALE ELIAS, *The Modern Law of Treaties*, Dobbs Ferry/Leiden 1974, 55; NELE MATZ-LÜCK, *Conflicts between Treaties*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Onlineausgabe, <www.mpepil.com>, Ziff. 17; PAOLILLO (FN 58), 1275; MARK E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston 2009, Rz. 15 zu Art. 30; ZULEEG (FN 58), 249.

<sup>62</sup> S. *Yearbook of the International Law Commission (YILC)* 1966 II, 217 Ziff. 11, wonach Art. 26 Abs. 4 des damaligen Entwurfs zur VRK – welcher Art. 30 Abs. 4 VRK entspricht – nur die Rechte und Pflichten zwischen den jeweiligen Vertragsparteien regelt; jene gegenüber anderen Staaten würden dadurch nicht tangiert. S. weiter ERIC SUY, *The Constitutional Character of Constituent Treaties of International Organizations and the Hierarchy of Norms*, in: Ulrich Beyerlin et al. (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin etc. 1995, 267–277, 276 f. («The Vienna Convention on the Law of Treaties shows that ... the law of treaties does not always solve the issue of conflicting obligations. In such a case, the party concerned freely chooses which obligation it wishes to comply with, thus exposing itself to the reaction of its other contract partner, whose rights it is bound to neglect [article 30 para. 4 of the Vienna Convention]»); PAUWELYN (FN 59), 383 f., 426 f.; SADAT-AKHAVI (FN 60), 63–66, 72; WILHELM HEINRICH WILTING, *Vertragskonkurrenz im Völkerrecht*, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, 112 f.

<sup>63</sup> S. vorne FN 55.

<sup>64</sup> Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK.

personellen und sachlichen Geltungsbereich der EMRK. Damit betrifft sie auch das Verhältnis der Schweiz zu den anderen EMRK-Staaten. Denn diese Staaten haben – neben den durch die EMRK unmittelbar geschützten Personen – ein Recht darauf, dass die Schweiz ihre EMRK-Verpflichtungen einhält. Dies folgt schon aus Art. 33 EMRK, der den Vertragsstaaten bei einer Konventionsverletzung ein Beschwerderecht einräumt, was voraussetzt, dass auch sie dadurch in ihren materiellen Rechten verletzt sind. Überhaupt liegt es in der Natur eines gegenseitigen Staatsvertrages, dass die darin eingegangenen Verpflichtungen – auch wenn sie unmittelbar Verhaltenspflichten gegenüber Privatpersonen aufstellen und diese auch berechtigt sind, sich selbständig darauf zu berufen – (auch) Verpflichtungen der Vertragsparteien gegeneinander darstellen<sup>65</sup>. Die Datenherausgabe betrifft daher als Verstoss gegen die EMRK auch die «gegenseitigen Rechte und Pflichten» der EMRK-Mitglieder.

Die Antwort auf die Vorrangsfrage ist deshalb nicht in Art. 30 Abs. 4 lit. b VRK – und auch in keiner anderen Bestimmung dieser Konvention – zu finden, sondern muss im allgemeinen Völkerrecht, und gegebenenfalls im Landesrecht der Schweiz, gesucht werden. Dabei interessiert vor allem, ob – wie vom Bundesverwaltungsgericht angenommen<sup>66</sup> – eine «lex posterior»-Regel besteht, die den jüngeren Vertrag vorgehen liesse.

## C. Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze

### 1. Allgemeines

Völkergewohnheitsrecht entsteht durch eine länger dauernde, im Wesentlichen einhellige Staatenpraxis, welche von einer entsprechenden Rechtsauffassung der Staatsorgane (*opinio iuris*) begleitet wird. An der notwendigen Einheitlichkeit fehlt es, wenn die Praxis in wesentlichem Masse widersprüchlich ist, was insbesondere der Fall ist, wenn gewichtige Staaten eine abweichende Übung pflegen bzw. abweichende Auffassungen äussern<sup>67</sup>.

Eine weitere Rechtsquelle des Völkerrechts stellen die allgemeinen Rechtsgrundsätze dar<sup>68</sup>. Sie werden hauptsächlich aus Prinzipien abgeleitet, die sich in allen oder der Mehrzahl der nationalen Rechtsordnungen finden; diese werden alsdann auf die zwischenstaatliche Ebene übertragen. Daneben werden bisweilen auch Prinzipien, die für jedes Rechtssystem sachnotwendig sind, Prinzipien «rechtslogischer» Art und Grundsätze, die sich induktiv aus spezifischerem Völkerrecht ableiten lassen, als Quelle allgemeiner Rechtsgrundsätze angesehen<sup>69</sup>.

Der Übergang zwischen Völkergewohnheitsrecht und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist teilweise fließend, indem beide im Wesentlichen auf einer allgemeinen internationalen Anerkennung als Rechtsnorm und einer entsprechenden Staatenpraxis beruhen<sup>70</sup>. Eine genaue Abgrenzung ist für die vorliegenden Zwecke auch nicht notwendig. Ob eine Vorrangsregel dem Völkergewohnheitsrecht oder einem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu entnehmen ist, spielt keine Rolle, solange ihre völkerrechtliche Existenz anerkannt ist. Es ist im Übrigen unwahrscheinlich, dass Konfliktregeln für Vertragskollisionen in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze bestehen. Denn aufgrund der wesentlichen strukturellen Unterschiede zwischen den einzelstaatlichen Rechtssystemen und der Völkerrechtsordnung sind entsprechende innerstaatliche Regeln kaum auf die internationale Ebene übertragbar<sup>71</sup>, und auch aus den sonstigen Kategorien allgemeiner Rechtsgrundsätze dürften sich jedenfalls für die hier interessierende Konstellation keine Kollisionsregeln ableiten lassen<sup>72</sup>.

Es würde den Rahmen der vorliegenden Studie sprengen, das Gewohnheitsrecht oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Thema widersprechender Staatsverträge mit unterschiedlichen Parteien aus der Staatenpraxis originär herleiten zu wollen. Im Folgenden wird deshalb hauptsächlich auf Äusserungen zu dieser Frage in der Lehre und von Seiten

---

determined by reference only to that country, it is highly unlikely that a purported principle of customary international law in direct conflict with the recognized practices and customs of the United States and/or other prominent players in the community of States could be deemed to qualify as a bona fide customary international principle».

<sup>65</sup> A.M. aber immerhin E. W. VIERDAG, Some Remarks About Special Features of Human Rights Treaties, *Netherlands Yearbook of International Law (NYIL)* 25 (1994) 119–142, 124 f., 134, wonach bei der Verletzung von Menschenrechtsverträgen nicht die anderen Vertragsparteien, sondern nur die betroffenen Individuen verletzt seien. Selbst wenn diese eher exotische Meinung zutreffen sollte (ablehnend MUS [FN 58], 224), änderte dies aber nichts am Vorliegen einer Konfliktsituation und an der Gültigkeit der hier dargestellten Überlegungen zu ihrer Auflösung.

<sup>66</sup> S. vorne bei FN 55.

<sup>67</sup> S. *United States v. Yousef*, 327 F.3d 56, 92 n.25 (2d Cir. 2003): «While it is not possible to claim that the practice or policies of any one country, including the United States, has such authority that the contours of customary international law may be

<sup>68</sup> S. Art. 38 Ziff. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.

<sup>69</sup> S. näher PAUWELYN (FN 59), 125 f.

<sup>70</sup> Vgl. ebd., 131 f.

<sup>71</sup> So SADAT-AKHAVI (FN 60), 190 f.; s.a. SUZANNE BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Paris 1985, 164 («[L]es règles de droit interne sur la compatibilité des normes ne peuvent être transposées que dans des cas exceptionnels dans la vie internationale»); WILTING (FN 62), 78 f.

<sup>72</sup> WILFRED JENKS, *The Conflict of Law-Making Treaties*, *BYIL* 30 (1953) 401–453, 406, hingegen will die völkerrechtlichen Regeln für Vertragskollisionen in allgemeinen Rechtsgrundsätzen finden, und auch LAUTERPACHT schöpfte seine Kollisionsregel der Nichtigkeit des jüngeren Vertrags u.a. aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatz (s. hinten bei FN 74).



von Staatenvertretern abgestellt. Diese Positionsbezüge stellen zumindest gewichtige Indizien zum Stand des Völkerrechts dar; die offiziellen Stellungnahmen tragen zudem als Verbalpraxis selber auch zur Gewohnheitsrechtsbildung bei. Daneben wird auch auf die effektive Staatenpraxis hingewiesen, soweit diese greifbar war.

## 2. Auffassungen in Lehre und Staatenpraxis zur Vorrangsfrage

Eine wertvolle Quelle für offizielle und semi-offizielle Äusserungen zur Vorrangsfrage sind insbesondere die Beratungen und Entwürfe der International Law Commission (ILC) zur VRK. Bemerkenswert ist in diesem Kontext zunächst, dass ein früher, von HERSCH LAUTERPACHT als Special Rapporteur für die ILC verfasster Entwurf unter gewissen Umständen die Ungültigkeit von Verträgen vorsah, deren Erfüllung eine Verletzung eines früheren Vertrags (dessen Vertragsparteien teilweise identisch sind mit jenen des neueren Vertrags – wie es in casu der Fall ist) mit sich brächte<sup>73</sup>. Der neuere Vertrag hätte also nicht bloss hinter dem älteren zurücktreten müssen, sondern wäre überhaupt nichtig gewesen. Für LAUTERPACHT leitete sich dies «zwingend» aus «allgemeinen Rechtsgrundsätzen», «Erfordernissen der internationalen Ordnung» sowie dem Prinzip von Treu und Glauben ab<sup>74</sup>. Später präziserte er, dass die Ungültigkeit nicht zwingend den neueren Vertrag als Ganzes erfassen sollte, sondern bloss jene Bestimmungen, die im Konflikt mit dem früheren Vertrag standen, sofern diese abtrennbar waren<sup>75</sup>. Dieselbe Auffassung wie LAUTERPACHT hatten früher etwa schon EMER DE VATEL<sup>76</sup>, LASSA OPPENHEIM<sup>77</sup>, DAVID DUDLEY FIELD<sup>78</sup> und GEORGES SCELLE<sup>79</sup> vertreten<sup>80</sup>. Im vor-

liegenden Fall hiesse das, dass der UBS-Staatsvertrag oder zumindest Ziff. 2.A.b seines Anhangs als ungültig anzusehen wäre, weil seine wortgetreue Erfüllung wie dargelegt die EMRK verletzte. Zweifel an einer solchen Rechtsfolge erweckt allerdings nicht nur ihre drastische Natur, sondern auch die Tatsache, dass es in der internationalen Judikatur noch nie zu einer derartigen Nichtigerklärung kam<sup>81</sup>.

SIR GERALD FITZMAURICE, der Nachfolger LAUTERPACHTS als Special Rapporteur, schränkte in seinem Entwurf die Nichtigkeitfolge für Verträge, die mit einem früheren Vertrag mit teilweise identischen Vertragsparteien in Konflikt standen, im Allgemeinen ein. Auch er hielt aber bei Verträgen, deren Erfüllung eine Partei in direkten Konflikt mit einer Verpflichtung aus einem früheren *multilateralen Vertrag* brächte, an dieser Folge fest. Voraussetzung war, dass der multilaterale Vertrag sog. «absolute» oder «inhärente» Pflichten enthielt, d.h. solche, die unabhängig davon galten, ob die anderen Vertragsparteien sie ihrerseits einhielten<sup>82</sup>. Diese Voraussetzung wäre bei der EMRK erfüllt<sup>83</sup>. Auch nach dem Entwurf von FITZMAURICE wäre demnach der UBS-Staatsvertrag oder zumindest die Kapitalgewinnberechnung in Ziff. 2.A.b seines Anhangs ungültig gewesen.

Der nächste und letzte Special Rapporteur der ILC für die Vorarbeiten zur VRK war HUMPHREY WALDOCK. Er lehnte das Konzept der Ungültigkeit oder Nichtigkeit des neueren Vertrags, der in Widerspruch zu einem älteren steht, ab. Auch nach ihm sollte jedoch dem *älteren Vertrag Vorrang* zukommen, wenn der neuere von einer Partei allein des älteren Vertrags *angefochten* wurde<sup>84</sup>. Wenn der neuere Vertrag hingegen nur durch eine seiner Vertragsparteien angefochten wurde bzw. diese Partei sich ihrer Verpflichtungen unter die-

<sup>73</sup> S. YILC 1953 II, 93, Art. 16; dazu und zum Folgenden auch näher KLABBERS (FN 59), 71–74; EMMANUEL ROUCOUNAS, Engagements parallèles et contradictoires, Recueil des Cours (RdC) 206 (1987) 9–288, 96 f.; MUS (FN 58), 227–229; SADAT-AKHAVI (FN 60), 66 f.; JENKS (FN 71), 443; PAUWELYN (FN 59), 425; WILTING (FN 62), 38–41, 92–94; ORAKHELASHVILI (FN 58), 767 f.; ZULEEG (FN 58), 248; PAOLILLO (FN 58), 1250 f.

<sup>74</sup> YILC 1953 II, 156.

<sup>75</sup> YILC 1954 II, 133, 138.

<sup>76</sup> Le Droit des Gens, Tome Premier, Leiden 1758, livre II, §§ 165, 315; s.a. Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, American Journal of International Law (AJIL) 29 (1935) (supp.) 653–1099, 1025; JENKS (FN 71), 442; KLABBERS (FN 59), 53 f.

<sup>77</sup> International Law: A Treatise, vol. I: Peace, London/New York/Bombay 1905, 527 § 503.

<sup>78</sup> S. Harvard Draft (FN 76), 1208 (art. 198 e contrario).

<sup>79</sup> Règles générales du droit de la paix, RdC 46 (1933) 327–703, 471–476 (mit der Ausnahme von Statusverträgen, die er als hierarchisch übergeordnet ansah und die demnach auch ältere Verträge derogieren können sollten); s.a. DAILLIER/FORTEAU/PELLET (FN 60), 292 f.

<sup>80</sup> Für weitere Autoren dieser Auffassung s. Harvard Draft (FN 76), 1025 f., 1214 (art. 762).

<sup>81</sup> S. KLABBERS (FN 59), 61.

<sup>82</sup> YILC 1958 II, 27 f. (Art. 18, 19[b]), 41–45; dazu auch näher KLABBERS (FN 59), 74–77; ORAKHELASHVILI (FN 58), 768 f.; PAOLILLO (FN 58), 1252 f.; ROUCOUNAS (FN 73), 97–99; MUS (FN 58), 223 f., 229; SADAT-AKHAVI (FN 60), 67 f.; WILTING (FN 62), 41 f., 94–97. Ablehnend zu einer solchen Privilegierung «absolut» geltender multilateraler Verträge dann aber der offizielle ILC-Kommentar zum Entwurf der Vertragsrechtskonvention, YILC 1966 II, 217.

<sup>83</sup> S. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, nos. 46827/99 and 46951/99, § 100, ECHR 2005-I; *Ireland v. United Kingdom* (Plenary Court), 18 January 1978, § 239, Series A no. 25; MUS (FN 58), 223 f.; BONNARD/GRISEL (FN 3), 386; ALBERT BLECKMANN, Gedanken zur Repressalie. Ein Versuch der Anwendung der Interessenjurisprudenz auf das Völkergewohnheitsrecht, in: Ingo von Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Europarecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin/New York 1981, 193–213, 206.

<sup>84</sup> So auch JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nordlingen 1868, 236 f., Art. 414 (französische Übersetzung in Harvard Draft [FN 76], 1210), wobei der neuere Vertrag durch eine solche Anfechtung sogar «unwirksam» werden soll; ebenso der Vorschlag von WALDOCK/PAL in YILC 1963 II, 196 (dazu KLABBERS [FN 59], 81 f.).

sem Vertrag mit Hinweis auf den älteren Vertrag entziehen wollte, sollten die «allgemeinen Regeln zur Auslegung von Verträgen» zur Anwendung kommen<sup>85</sup>. Vorliegend hat kein anderer EMRK-Staat den UBS-Staatsvertrag «angefochten», und dies ist auch in Zukunft nicht zu erwarten. Hingegen ist es möglich, dass die Schweiz, sollte die EMRK-Widrigkeit des Staatsvertrags vom EGMR festgestellt werden, den Vertrag nur noch entsprechend eingeschränkt anwendet. Ob dies nach den «allgemeinen Regeln zur Auslegung von Verträgen» zulässig ist, lässt sich kaum sagen, so dass auch unklar ist, was nach WALDOCK das Schicksal des UBS-Staatsvertrags sein sollte. Erkennbar ist aber, dass auch für WALDOCK tendenziell dem früheren Vertrag der Vorrang zukommen sollte. Zu erwähnen ist zudem, dass in den Diskussionen dieses Entwurfs namhafte Mitglieder der ILC weiterhin daran festhielten, dass ein Vertrag, der direkt gegen einen früheren Vertrag verstösst, als nichtig zu gelten habe (und ansonsten zumindest vor dem letzteren zurückzutreten habe)<sup>86</sup>. Andere gingen nicht so weit, erklärten aber, dass der Abschluss eines neuen widersprechenden Vertrags eine Verletzung des älteren darstelle, welche die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der betreffenden Vertragspartei zur Folge habe. Ein Aspekt dieser Verantwortlichkeit sei es, dass die Vertragsverletzung durch Auflösung oder Kündigung des neuen Vertrags beendet werden müsse<sup>87</sup>. Dies entspräche einem Vorrang des älteren Vertrags<sup>88</sup>.

Weiter diskutiert wurde das Thema an der Konferenz in Wien, welche zum Abschluss der VRK führte. Ein Vertreter der Sowjetunion führte dabei aus, es sei ein allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, dass Staaten ihre Vertragsverpflichtungen einhalten müssten. Deshalb sei es wichtig, dass spätere Verträge mit früheren in Einklang stünden. Wenn dies nicht der Fall sei, *gehe der frühere Vertrag vor*<sup>89</sup>. Der Vertreter Kambodschas äusserte dieselbe Auffassung und begründete sie mit dem Grundsatz der zeitlichen Priorität sowie dem mutmasslich bösen Glauben der Parteien des neueren Vertrags<sup>90</sup>.

Ausserhalb des Kontexts der VRK-Beratungen ist alsdann auf die Rechtsprechung des EuGH zu Konflikten

zwischen Verträgen mit nur teilweise identischen Parteien zu verweisen. Nach diesem ergibt sich nicht nur aus dem EU-Recht selber<sup>91</sup>, sondern entspricht es auch den «Grundsätzen des Völkerrechts», dass Pflichten aus älteren Verträgen gegenüber Drittparteien einzuhalten seien, auch wenn dies zu einer Verletzung von Pflichten unter einem EU-Vertrag führe<sup>92</sup>. Im gleichen Sinne hat sich auch EG-Generalanwalt Lagrange geäussert<sup>93</sup>.

Schliesslich sehen in den Fällen, in denen Konfliktklauseln in Staatsverträge aufgenommen werden, diese offenbar regelmässig einen Vorrang des älteren Vertrags mit nur teilweise identischen Parteien an<sup>94</sup>; eine andere Regelung wäre überhaupt wirkungslos, da sie einer Partei des älteren Vertrags nicht entgegengehalten werden könnte<sup>95</sup>.

Aus der Lehre ist neben den schon bei Fn. 76–80 erwähnten Stimmen, welche für die Nichtigkeit des jüngeren Vertrags plädieren, etwa auf die Harvard Draft Convention on the Law of Treaties von 1935<sup>96</sup> hinzuweisen, die einen Vorrang des älteren Vertrags postulierte. Dieselbe Position vertritt das Lehrbuch von DAILLIER/FORTEAU/PELLET, jedenfalls für multilaterale ältere Verträge<sup>97</sup>. Differenziert ist die Meinung

<sup>85</sup> YILC 1963 II, 53 f., 58; s.a. YILC 1964 II, 35, 41–44, 1966 II, 189–191; KLABBERS (FN 59), 77–80; ORAKHELASHVILI (FN 58), 769–771; PAOLILLO (FN 58), 1253–1257; ROUCOUNAS (FN 73), 99–101; MUS (FN 58), 229 f.; SADAT-AKHAVI (FN 60), 68–70.

<sup>86</sup> So GRIGORI TUNKIN, YILC 1963 I, 197 Ziff. 19.

<sup>87</sup> S. YILC 1963 I, 91 Ziff. 52 (ROBERTO AGO), Ziff. 55 (ALFRED VERDROSS), 200 Ziff. 55 (MILAN BARTOŠ, per Verweis auf AGO); s.a. 202 Ziff. 75 (HUMPHREY WALDOCK).

<sup>88</sup> S.a. hinten bei FN 159.

<sup>89</sup> United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March–24 May 1968, Official Records, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, U.N. Doc. A/CONF.39/11, 164; s.a. YILC 1966 I, pt. 2, 100 (GRIGORI TUNKIN).

<sup>90</sup> Ebd.

<sup>91</sup> Heute Art. 351 AEUV: «Die Rechte und Pflichten aus [älteren] Übereinkünften ... zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits ... werden durch die Verträge nicht berührt»; s. AUST (FN 59), 221 f.

<sup>92</sup> S. *Generalanwalt gg. Burgoa*, Rs. 812/79, Slg. 1980, 2787, Ziff. 8 (dazu SADAT-AKHAVI [FN 60], 157 f., und KLABBERS [FN 59], 127–129); *Kommission gg. Schweden*, Rs. C-249/06, Slg. 2009, I-01335, Ziff. 34.

<sup>93</sup> *Kommission gg. Italien*, Rs. 10/61, Schlussanträge des Generalanwalts LAGRANGE, Slg. 1961, 27, 37–39; dazu SADAT-AKHAVI (FN 60), 158.

<sup>94</sup> S. KLABBERS (FN 59), 14 (Art. 103 UNO-Charta sei die einzige in Kraft stehende Konfliktklausel, die einen Vorrang des betreffenden Vertrags postuliere; s. aber auch immerhin das bei ihm auf S. 101 erwähnte Beispiel der Biodiversitäts-Konvention [SR 0.451.43], welche in Art. 22 Abs. 1 in Fällen ernsthafter Gefahr für die Biodiversität einen Vorrang vor bestehenden Verträgen zu beanspruchen scheint); ELIAS (FN 61), 55 f.; YILC 1966 II, 215 («Such clauses ... appear in any case of incompatibility to give pre-eminence to the other treaty»), 1964 II, 37 f.; s.a. WILTING (FN 62), 67–74, insb. 72 f. (mit Beispielen). Eine mögliche Ausnahme stellt immerhin der Friedensvertrag zwischen Israel und Ägypten von 1979 (International Legal Materials [ILM] 18 [1979] 362) dar, der nach Art. VI Abs. 5 auch im Falle eines Konflikts mit anderen Verpflichtungen der Parteien anzuwenden ist. Dies wird allerdings durch einen Anhang abgeschwächt, der den Vorrang des Friedensvertrags vor anderen Verträgen gerade verneint (ebd., 392). S. dazu GUYORA BINDER, *Treaty Conflict and Political Contradiction. The Dialectic of Duplicity*, New York/Westport/London 1988, 14 f.

<sup>95</sup> PAUWELYN (FN 59), 331 f., 437.

<sup>96</sup> Zit. FN 76, 661 f. (art. 22[c]), 1024–1029 (mit zahlreichen Praxisfällen); dazu MUS (FN 58), 228; JENKS (FN 71), 442 f.; ORAKHELASHVILI (FN 58), 767; PAUWELYN (FN 59), 424 f.

<sup>97</sup> Zit. FN 60, 299–301.

von DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM<sup>98</sup>, nach denen multilateralen «Regelungsverträge[n] (lawmaking treaties)», welche dem «Schutz überragender Staatengemeinschaftsinteressen» dienen, «gemäss dem hierarchischen Prinzip der Vorrang einzuräumen [ist] mit der Folge, dass [kollidierende] nachfolgende Verträge ... zwar nicht nichtig, wohl aber nicht anwendbar sind»<sup>99</sup>. Es handelt sich dabei gewissermassen um eine Kombination der Auffassungen von FITZMAURICE (betreffend den Sonderstatus «absolut» geltender multilateraler Verträge) und WALDOCK (betreffend die Rechtsfolge einer blossen Nachrangigkeit anstelle der Nichtigkeit des neueren Vertrags). KELSEN hingegen geht nicht von einem Vorrang des älteren Vertrags aus, sondern von einer gleichzeitigen Verbindlichkeit beider Verträge mit der Folge, dass der doppelt gebundene Staat zwangsläufig einen von ihnen verletzen muss<sup>100</sup>. Dieselbe Meinung vertreten AUST<sup>101</sup>, DOEHRING<sup>102</sup>, PAUWELYN<sup>103</sup> und ZULEEG<sup>104/105</sup>.

Aus all diesen Äusserungen und Anwendungsfällen ergibt sich, dass das Völkerrecht, wenn es denn überhaupt eine Vorrangsregelung für kollidierende Verträge zwischen teilweise unterschiedlichen Vertragsparteien enthält, dem älteren Vertrag Vorrang einräumt oder den neueren Vertrag gar als (teil)nichtig ansieht. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich beim älteren Vertrag – wie bei der EMRK – um einen multilateralen Vertrag handelt, der «absolut», d.h. ungeachtet seiner Einhaltung durch andere Vertragsparteien, gilt.

Udenkbar ist demgegenüber – nur schon wegen der konträren Haltung der Sowjetunion –, dass dem neueren Vertrag völkerrechtlich der Vorrang zukommt<sup>106</sup>, wie es das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 vertritt<sup>107</sup>. Kein einziger Anwendungsakt und keine einzige offizielle Meinungsäusserung sind ersichtlich, welche

eine solche Auffassung zum Ausdruck brächten, geschweige denn eine entsprechende kontinuierliche und breit abgestützte Staatenpraxis. Dies leuchtet auch inhaltlich bzw. vom Ergebnis her ohne weiteres ein: Könnte sich ein Staat durch den Abschluss eines neuen Vertrags ungestraft in Widerspruch zu einem älteren setzen, würde der Grundsatz der Vertragsverbindlichkeit und -sicherheit wie auch der Grundsatz, dass der Abschluss eines Vertrags zwischen zwei Parteien die Rechtsposition einer dritten Partei nicht verändern kann<sup>108</sup>, ausgehöhlt. Ein Staat, der sich eines ungeliebten Vertrags entledigen wollte, müsste bloss einen neuen konträren Vertrag mit einer Drittpartei abschliessen. Dies wäre offenkundig unhaltbar<sup>109</sup>.

Freilich ist nicht zu verkennen, dass die Vorrangsregelung zu Gunsten des älteren Vertrags sich soweit ersichtlich fast ausschliesslich auf Verbalpraxis stützen kann; eine entsprechende effektive Staatenpraxis ist – wohl wegen der zu geringen Zahl von Konfliktfällen – kaum ersichtlich. Es ist daher auch denkbar, dass mangels einer genügend umfangreichen und einheitlichen Praxis überhaupt kein einschlägiges Gewohnheitsrecht entstanden ist<sup>110</sup>. Das Völkerrecht gäbe somit dem Richter, der sich mit widersprüchlichen Staatsverträgen mit nur teilweise identischen Parteien konfrontiert sieht, keine Richtlinie für die Auflösung des Norm-

<sup>98</sup> Zit. FN 60.

<sup>99</sup> 694 f.

<sup>100</sup> HANS KELSEN, *Conflicts Between Obligations Under the Charter of the United Nations and Obligations Under Other International Agreements*, U. Pitt. L. Rev. 10 (1949) 284–294, 286 f.; DERS., *The Law of the United Nations*, London 1950, 113 f.

<sup>101</sup> AUST (FN 59), 216.

<sup>102</sup> DOEHRING (FN 56), 421 («Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts, dass Verträge, die sich inhaltlich widersprechen, aber dennoch rechtmässig abgeschlossen wurden, gleichermassen gültig und bindend bleiben»), 424 f.

<sup>103</sup> PAUWELYN (FN 59), 278 (Nichtigkeit nur bei ius-cogens-Verstoss), 426 f.

<sup>104</sup> ZULEEG (FN 58), 248–251, 262–265, 267, 274 f.

<sup>105</sup> S.a. ARNOLD DUNCAN MCNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford 1961, 220–224, wo zwar für gewisse Konstellationen eine Nichtigkeit des jüngeren Vertrags angenommen wird, für die vorliegende jedoch nicht; auch von einer Vorrangsregelung ist diesbezüglich nicht die Rede.

<sup>106</sup> S.a. GUERCHON (FN 56), 706: «[N]i la doctrine ni la jurisprudence n'ont été jusqu'à estimer que la norme la plus récente devait primer la plus ancienne».

<sup>107</sup> S. vorne bei FN 55.

<sup>108</sup> Art. 34 VRK; s.a. vorne bei und mit FN 61.

<sup>109</sup> S. YILC 1963 I, 91 Ziff. 52 (RADHABINOD PAL), Ziff. 55 (ALFRED VERDROSS); Harvard Draft (FN 76), 1024.

<sup>110</sup> So die Niederlande in ihrer Stellungnahme zum Entwurf zur VRK in YILC 1966 II, 75 und 322: «There might be some justification for concluding that the problem [of successive treaties between parties, some of which are the same parties, giving rise to incompatible obligations] is not yet ripe for codification. Customary international law has not yet crystallized in this respect.» Ebenso der niederländische Generalanwalt in ILM 29 (1990) 1385 (das Völkerrecht biete keinen Ausweg aus dem Dilemma widersprechender Verträge). S.a. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the International Law Commission, 58<sup>th</sup> Sess., U.N. Doc. A/61/10 (2006), 400–423, 416 f. («The question which of the incompatible treaties should be implemented and the breach of which should attract State responsibility cannot be answered by a general rule»); PAUL REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3. A., Paris 1995, 99 Rz. 164, 119 f. Rz. 202 f. (kollidierende Verträge sind beide gültig); MUS (FN 58), 230 f. (dito); DOEHRING (FN 61), 150 f. Rz. 349 (dito, mit der Ausnahme arglistigen Handelns); GUERCHON (FN 56), 733–736; PAUWELYN (FN 56), 418 («A particular type of conflict for which international law generally does not provide a solution is that of the AB/AC type (that is, state A promising one thing to B, but another contradictory thing to C)»); LUCIUS CAFLISCH/ANTÔNIO A. CAÑADO TRINDADE, *Les conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général*, Rev. gén. dr. int. pub. 2004, 5–62, 24 f. (der doppelt gebundene Staat könne auswählen, welchen der beiden Verträge er erfüllen wolle, werde aber dem Staat gegenüber, dessen Vertrag er nicht erfülle, völkerrechtlich verantwortlich).



konflikts an die Hand. Da er dennoch gezwungenermassen einem der Verträge den Vorrang einräumen muss und dabei nicht willkürlich vorgehen darf, müsste in diesem Fall das Landesrecht Kriterien zur Konfliktlösung bereitstellen. Wie diese unter Schweizer Recht aussehen könnten, wird in Abschnitt D erörtert. Zunächst ist aber noch abzuklären, ob allenfalls wenigstens für die EMRK als grundlegendem Menschenrechtsvertrag nicht doch auch eine völkerrechtliche Vorrangsregel aufzufinden ist.

### 3. Sonderfall EMRK bzw. Menschenrechtsverträge?

Das Bundesverwaltungsgericht stellte in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 fest, die von ihm angewendete (und vermeintlich in der VRK enthaltene) Regel des Vorrangs des jüngeren Staatsvertrags könnte als zu technisch erscheinen, da sie die «Tragweite» der betreffenden Normen nicht berücksichtige. Die EMRK könnte als «europäischer ordre public» anderen Verträgen allenfalls ungeachtet zeitlicher Überlegungen vorgehen<sup>111</sup>.

In der Tat hat auch das Bundesgericht in einem Entscheid von 2000 in einem obiter dictum die Meinung vertreten, dass im Falle eines Konflikts eines Rechtshilfevertrags mit einem Menschenrechtsvertrag der letztere wohl vorgehe, ohne dies allerdings völkerrechtlich näher zu begründen<sup>112</sup>. In der Literatur ist das begrüsst worden<sup>113</sup>. Ebenfalls hat der Bundesrat in seinem Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht 2010 davon gesprochen, dass die «Tragweite» einer Norm oder der Umstand, ob sie «mehr Nachachtung finde[]», für die Vorrangfrage zwischen kollidierendem Völkerrecht von Bedeutung sein könne<sup>114</sup>. Beide Elemente sind bei der EMRK in starker Weise erfüllt: Eine wichtige «Tragweite» weisen Menschenrechtsverträge schon per se auf, zumal die Menschenrechte im Völkerrechtssystem zusehends eine zentrale Rolle einnehmen<sup>115</sup>. Bei der EMRK ist dies besonders ausgeprägt, da sie alle grundlegenden Freiheitsrechte abdeckt. In Bezug auf die «Nachachtung» kommt als Besonderheit mit dem EGMR ein eigenes Rechtsschutzsystem hinzu, das international und indirekt auch national für die Beachtung und Befolgung der EMRK sorgt. Gesamthaft kann deshalb durchaus von einer quasi-konstitutionellen – also anderem Völkerrecht mindestens faktisch übergeordne-

ten – Stellung der EMRK im Völkerrechtssystem gesprochen werden<sup>116</sup>.

Auch in der Praxis anderer Staaten geht die EMRK entweder grundsätzlich oder im Ergebnis anderen, bilateralen Staatsverträgen vor. Hinzuweisen ist zunächst auf den *Soering-Fall*<sup>117</sup>, bei dem sich Grossbritannien – zumindest nach einer Lesart<sup>118</sup> – kollidierenden Verpflichtungen aus einem Auslieferungsabkommen mit den USA von 1972 einerseits und aus der EMRK (in Kraft getreten 1953) andererseits gegenüber sah. Das Abkommen mit den USA hätte von Grossbritannien (möglicherweise) die Auslieferung von Jens Soering verlangt, während die EMRK dem entgegenstand. Der EGMR entschied, dass die Verpflichtungen aus der EMRK voringen, und Grossbritannien akzeptierte dies bzw. handelte entsprechend<sup>119</sup>. Dies entspricht im Ergebnis auch der niederländischen Praxis. So wurde im Fall *Short* ein amerikanischer Soldat entgegen einer klaren Verpflichtung aus dem NATO-Truppenstatut nicht an die USA überstellt, da ihm die Todesstrafe drohte und die Niederlande damit gegen die EMRK verstossen hätten<sup>120</sup>. Das Gericht lehnte

<sup>116</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, Rz. 1926a.

<sup>117</sup> *Soering v. United Kingdom* (Plenary Court), 7 July 1989, Series A no. 161.

<sup>118</sup> S. das Zitat aus *Mamatkulov* in der nächsten Fussnote sowie etwa DOEHRING (FN 56). Demgegenüber weist KLABBERS (FN 59), 104, wohl zu Recht darauf hin, dass das Auslieferungsabkommen Grossbritannien gar nicht verpflichtete, Soering ohne genügende Zusicherung, dass die Todesstrafe nicht vollstreckt werde, auszuliefern (s. Art. IV des Abkommens). Es habe deshalb gar kein echter Vertragskonflikt bestanden. In der Tat fehlte es an einer solchen Zusicherung (s. *Soering* [FN 117], §§ 20, 22, 97 f.), so dass es wohl im Ermessen Grossbritanniens lag, die Auslieferung zu verweigern.

<sup>119</sup> *S. Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, nos. 46827/99 und 46951/99, § 107, ECHR 2005-I: «In order to abide by the Convention and the Court's decision, the British Government were forced to default on their undertaking to the United States ... Thus, the judgment resolved the conflict in this case between a State Party's Convention obligations and its obligations under an extradition treaty with a third-party State by giving precedence to the former». S.a. RICHARD LILLICH, *The Soering Case*, AJIL 85 (1991) 128–149, 143. – Das britische Vorgehen in diesem Fall ist – wenn tatsächlich ein Vertragskonflikt bestand – bemerkenswert, da in Grossbritannien als Folge des dualistischen Systems grundsätzlich der neuere bzw. später in Landesrecht transformierte Vertrag Vorrang haben sollte: Verträge werden durch Akte des Parlaments umgesetzt, und ein jüngerer Parlamentsakt geht einem älteren im Falle eines Widerspruchs vor (s. F.E. DORWICK, *Overlapping European Laws, International and Comparative Law Quarterly* [ICLQ] 27 [1978] 629–660, 657). In casu fehlte es aber bei der EMRK überhaupt an einem Umsetzungsgesetz.

<sup>120</sup> Urteil des Hoge Raad vom 30. März 1990, NYIL 22 (1991) 432, ILM 29 (1990) 1375; dazu auch KLABBERS (FN 59), 108–110; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, *Applying the Eu-*

<sup>111</sup> Urteil A-4013/2010 vom 15. Juli 2010, E. 6.4 (m.N.).

<sup>112</sup> BGE 126 II 324, 327 f. E. 4.d (mit Hinweis auf Art. 35 Abs. 1 BV).

<sup>113</sup> WALTER KÄLIN/REGINA KIENER/ANDREAS KLEY/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, *Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001*, ZBJV 138 (2002) 605–704, 691 f.

<sup>114</sup> Bericht des Bundesrats «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht» (im Folgenden «Bericht Völkerrecht-Landesrecht»), BBl 2010 2263, 2273.

<sup>115</sup> S. dazu etwa ebd.

freilich eine absolute Regel des Vorrangs von Menschenrechtsverträgen ab, sondern kam aufgrund einer Interessenabwägung zu diesem Resultat<sup>121</sup>. Keine Rolle spielte, dass die EMRK bzw. deren 6. Zusatzprotokoll der jüngere Vertrag war. In einem Auslieferungsabkommen mit Hong Kong liessen sich die Niederlande einen Vorrang von Menschenrechtsverträgen sogar vertraglich zusichern. Demgemäss darf eine Auslieferung verweigert werden, wenn der ersuchte Staat dadurch einen anderen völkerrechtlichen Vertrag verletzen würde; gemeint sind damit stillschweigend Menschenrechtsverträge<sup>122</sup>. Auch in der französischen Praxis wird offenbar eine vertraglich geschuldete Auslieferung verweigert, wenn sie EMRK-widrig wäre<sup>123</sup>. Tendenziell dasselbe gilt, wenn ein staatsvertraglich vorgesehener Verlust einer Aufenthaltbewilligung gegen das EMRK-Recht auf Familienleben verstiesse<sup>124</sup>. Französische Gerichte hatten sich weiter auch mit Konflikten zwischen einer EMRK-Bestimmung (dem Recht der Ehegatten auf Gleichberechtigung nach Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls von 1984) und französisch-algerischen bzw. französisch-marokkanischen IPR-Staatsverträgen zu

befassen, wobei in diesen Fällen das EMRK-Zusatzprotokoll die jüngere Norm war. Auch hier räumte der französische Kassationshof der EMRK Vorrang ein. Er begründete dies nicht mit zeitlichen Überlegungen, sondern mindestens in zwei Algerien betreffenden Fällen mit einem im IPR-Staatsvertrag enthaltenen *ordre-public*-Vorbehalt, unter dem er die EMRK-Konformität subsumierte<sup>125</sup>. Auch nach dem deutschen Bundesverfassungsgericht hat eine Auslieferung bei einem Verstoß gegen den «völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard»<sup>126</sup> an Menschenrechten zu unterbleiben, worunter aber wohl nur völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Menschenrechte (qua Art. 25 GG) fallen<sup>127</sup>. Freilich ging es dabei bisher immer um Auslieferungen, zu denen Deutschland vertraglich nicht verpflichtet war. Doch auch bei Vorliegen einer solchen Verpflichtung dürfte ein Gericht gegenläufigen Menschenrechtspflichten, die sich aus dem allgemeinen Völkergewohnheitsrecht ergeben, den Vorrang einräumen<sup>128</sup>. Denn Art. 25 GG erhebt das allgemeine Völkerrecht über das Gesetzesrecht, auf dessen Stufe auch das Staatsvertragsrecht steht, da seine innerstaatliche Rechtskraft auf einem Zustimmungsgesetz beruht<sup>129</sup>. Wie hingegen ein Konflikt zwischen zwei (rein) staatsvertraglichen Pflichten zu lösen wäre, ergibt sich aus dem Grundgesetz oder der deutschen Rechtsprechung nicht. – Schliesslich ist unter dem Titel der Staatenpraxis im weiteren Sinn auch auf die Berücksichtigung des *Matthews*-Urteils des EGMR durch den EuGH zu verweisen, welcher dort im Ergebnis ebenfalls einen Vorrang der EMRK anerkannte. Nachdem der EGMR in *Matthews* die EMRK-Widrigkeit gemeinschaftsrechtlicher Wahlvorschriften festgestellt hatte<sup>130</sup>, entschied der EuGH in einem späteren Fall, diese Wahlvorschriften seien auf eine Weise auszulegen, dass sie mit der EMRK doch in Einklang stünden<sup>131</sup>. Dem Schein nach handelte es sich dabei um eine

ropean Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, ICLQ 39 (1990) 757–779, 763, 769; JOHN DUGARD/CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, Reconciling Extradition with Human Rights, AJIL 92 (1998) 187–212, 193. Zur Entwicklung der niederländischen Praxis im Detail s. HARMEN G. VAN DER WILT, *Après Soering: The Relationship Between Extradition and Human Rights in the Legal Practice of Germany, the Netherlands and the United States*, NILR 1995, 53–80, 63–69.

<sup>121</sup> S. NYIL 22 (1991), 433, 436 u. («The submission ... that the European Convention [EMRK] takes precedence [über das NATO-Truppenstatut] under international law finds no support in law»); KLABBERS (FN 59), 109 f.; VAN DER WILT (FN 120), 68 f.

<sup>122</sup> 1998 U.N.T.S. 309, 331, art. 7(c); dazu JOHN DUGARD/CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT (Co-Rapporteurs), Third Committee Report on Extradition and Human Rights, International Law Association Conference Report (ILA Rep.) 1998, 132–154, 134 f. Fn. 3. – Abgesehen davon enthalten Auslieferungsverträge praktisch nie Bestimmungen über Konflikte mit anderen völkervertraglichen (mensenrechtlichen) Verpflichtungen; s. ebd., 134 f.

<sup>123</sup> S. GÉRARD COHEN-JONATHAN, Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et les autres traités conclus par les États parties, in: Rick Lawson/Matthijs de Blois (Hrsg.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. III, Dordrecht/Boston/London 1994, 79–111, 104, m.V. auf das *Fidan*-Urteil des Conseil d'État vom 27. Februar 1987, no. 78665, D.S. Jur. 1987, 309. In diesem Urteil wurde eine Auslieferung bei drohender Todesstrafe als Verstoß gegen den *ordre public* beurteilt. Allerdings bestand kein Auslieferungsabkommen, so dass dieses Urteil schlecht als Präzedenzfall für einen Vertragskonflikt dienen kann.

<sup>124</sup> S. Rev. dr. pub. 1992, 1793–1797, 1796, wo R. ABRAHAM, Commissaire du Gouvernement, in seinen Ausführungen vor dem Conseil d'État Sympathie für einen Vorrang der EMRK erkennen lässt.

<sup>125</sup> Diese zwei Urteile finden sich in der Rev. cr. dr. int. pr. 93 (2004) 423–439 (note PETRA HAMMJE); für Kommentare dazu s.a. Rev. trim. dr. civ. 2004, 367–369 (note JEAN-PIERRE MARGUENAUD), und GUERCHON (FN 56). GUERCHON überzeugt die Argumentation mit dem *ordre-public*-Vorbehalt nicht; in Wirklichkeit habe ein Konflikt zwischen den zwei Staatsverträgen vorgelegen, den der Kassationshof zu Gunsten der EMRK entschieden habe.

<sup>126</sup> BVerfGE 75, 1, 19 f.; 60, 332, 337; 59, 280, 282 f.

<sup>127</sup> S. VAN DER WILT (FN 120), 57–60.

<sup>128</sup> Tendenziell jedoch offenbar anderer Meinung BVerfGE 59, 280, 283: «Gegebenenfalls könnte ein solcher Verstoß [gegen den völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard] ... Anlass sein, die rechtliche Zulässigkeit der Auslieferung zu verneinen, insbesondere sofern ... eine völkerrechtliche Auslieferungsverpflichtung nicht besteht» (Hervorh. hinzugef.).

<sup>129</sup> S. BVerfGE 75, 1, 18 f.

<sup>130</sup> *Matthews v. United Kingdom* (GC), no. 24833/94, ECHR 1999-I.

<sup>131</sup> *Spanien gg. Grossbritannien*, Rs. C-145/04, Slg. 2006, I-7917; s. dazu auch MARKO MILANOVIĆ, Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?, Duke J. Comp. & Int'l L. 20 (2009) 69–131, 115–119.

harmonisierende Interpretation, die einen Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK gar nicht erst entstehen liess bzw. beseitigte, faktisch aber wurde ein solcher zu Gunsten der EMRK aufgelöst.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass der EMRK soweit ersichtlich bisher in der Staatenpraxis mindestens faktisch immer der Vorrang gewährt wurde, und zwar ungeachtet zeitlicher Überlegungen, was auf eine Anerkennung einer hierarchisch übergeordneten Stellung dieses Vertrags hindeutet<sup>132</sup>.

Auch in der Literatur wird der EMRK z.T. ein Vorrang vor anderem Völkerrecht oder dem EU-Recht zugesprochen<sup>133</sup>. In dieselbe Richtung zielt eine Resolution des Institut de Droit international, welche Pflichten aus Auslieferungsverträgen dem Menschenrechtsschutz unterordnet<sup>134</sup>. Vorsichtiger ist diesbezüglich allerdings die International Law Association, welche diese Unterordnung nur für drohende *schwere* Menschenrechtsverletzungen unterstützen will<sup>135</sup>. Schon erwähnt worden ist weiter die Literaturmeinung, dass multilaterale Verträge (insbesondere solche mit «absoluten» Pflichten) bilateralen überhaupt vorgingen<sup>136</sup>, was jedenfalls in der vorliegenden Konstellation zusätzlich für einen Vorrang der EMRK spräche. Ein solcher Vorrang ergibt sich zudem auch, wenn man – wie es vereinzelt vertreten wird – Pflichten *erga omnes* gewöhnlichem Völkerrecht vorgehen lassen will, und zwar nicht nur die klassischen, gegenüber der ganzen Staatengemeinschaft geschuldeten *erga-omnes*-Pflichten im engeren Sinn (wie die völkerrechtlich gewöhnlichen Menschenrechte<sup>137</sup>), sondern auch vertragliche Pflichten «*erga omnes partes*» (wie sie Pflichten unter Menschenrechtsverträgen darstellen<sup>138</sup>)<sup>139</sup>.

Schliesslich anerkennt auch der EGMR selbst abweichendes Staatsvertragsrecht (oder EU-Recht) nicht als Rechtfertigung für EMRK-Verletzungen, sondern überprüft vielmehr, ob der Abschluss oder die Erfüllung eines Staatsvertrags mit der EMRK vereinbar ist<sup>140</sup>. Damit ordnet er die Konvention diesen Staatsverträgen über, auch wenn er letztere wohlgerne nicht als nichtig ansieht. Die Praxis der früheren Europäischen Kommission für Menschenrechte war jedenfalls in Bezug auf jüngere Staatsverträge dieselbe<sup>141</sup>. Allerdings stellt auch der EGMR die EMRK nicht be-

Gesamtheit der anderen Vertragsstaaten («*erga omnes partes*») geschuldet sind. – KLABBERS (FN 59), 121, verweist auf Auffassungen, wonach Menschenrechtsverträge sogar Pflichten gegenüber der ganzen Staatengemeinschaft begründen sollen. Zumindest bei regionalen Verträgen ist dies aber kaum vertretbar.

<sup>139</sup> S. für diese Auffassung Fragmentation of International Law (FN 110), 418–423; ablehnend aber KLABBERS (FN 59), 94 f.

<sup>140</sup> S. für *jüngere Staatsverträge* (oder jüngeres vertragliches EU-Recht) als die EMRK *Soering v. United Kingdom* (Plenary Court), 7 July 1989, Series A no. 161; *Matthews v. United Kingdom* (GC), no. 24833/94, §§ 32–33, ECHR 1999-I; *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany*, no. 42527/98, § 47, ECHR 2001-VIII («Thus the Contracting States' responsibility continues even after their having entered into treaty commitments subsequent to the entry into force of the Convention or its Protocols in respect of these States»); *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland* (GC), no. 45036/98, § 154, ECHR 2005-VI; *Capital Bank AD v. Bulgaria*, no. 49429/99, § 111, 24 November 2005 (obiter dictum); *Al-Saadoon and Mufdhi v. United Kingdom*, no. 61498/08, §§ 128, 137, ECHR 2010-\_\_\_. Für einen *älteren Staatsvertrag* als die EMRK s. *Slivenko v. Latvia* (dec.) (GC), no. 48321/99, §§ 60–62, ECHR 2002-II, bzw. *Slivenko v. Latvia* (GC), no. 48321/99, § 120, ECHR 2003-X (dazu auch DAILLIER/FORTEAU/PELLET [Fn. 60], 300 Rz. 173; JANIK/KLEINLEIN [Fn. 32], 510; KOSKENNIEMI [Fn. 59], 126 f. Ziff. 246–248). Für *jüngeres sekundäres EU-Recht* s. *Bosphorus*, § 153 («[A] Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations [in casu ging es, wie auch in den folgenden beiden Fällen, um eine EG-Richtlinie]»); *K.R.S. v. United Kingdom*, no. 32733/08, Erwägung I.B, ECHR 2010-\_\_\_. *M.S.S. v. Belgium and Greece* (GC), no. 30696/09, § 338, 21 January 2011 (obiter dictum, da nach Art. 3 der Dublin-Richtlinie Belgien gar nicht zur automatischen Rückschaffung nach Griechenland verpflichtet war [§§ 339–340]). S. allgemein auch BONNARD/GRISEL (FN 3), 386 f., und COHEN-JONATHAN (FN 123), 102. Zur immerhin *modifizierten Tragweite* der EMRK-Pflichten bei Handlungen in Erfüllung sekundären EU-Rechts s. hinten bei FN 144.

<sup>141</sup> *S. X. v. Germany*, no. 235/56, Commission decision of 10 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958–1959, 256, 300 («[I]f a State contracts treaty obligations and subsequently concludes another international agreement which disables it from performing its obligations under the first treaty [in casu die EMRK], it will be answerable for any resulting breach of its obligations under the earlier treaty»), bejahend zit. in *M. & Co. v. Germany*, no. 13258/87, Decisions and

<sup>132</sup> So die Erklärung der Staatenpraxis von DUGARD/VAN DEN WYNGAERT (FN 120), 194 f.

<sup>133</sup> S. COHEN-JONATHAN (FN 123), 98–100; s.a. ebd., 108; VAN DER WILT (FN 120), 76 (für Menschenrechtsverträge generell).

<sup>134</sup> S. Art. IV der Resolution «New problems of extradition» in *Annuaire de l'Institut de Droit international* (Annuaire IDI) 60-II (1984), 306; zur entsprechenden Diskussion s. *Annuaire IDI* 59-I (1981), 91–93, 112 f., 116, 118, 121, 124, 133 f., 141, 150 f., 171–173, 185, 188 f., 193, 195, und 60-II (1984), 218–220, 223, 225, 229–235, 241 f., 258–260; s.a. COHEN-JONATHAN (FN 123), 104, und DUGARD/VAN DEN WYNGAERT (FN 120), 196.

<sup>135</sup> S. den Bericht von DUGARD/VAN DEN WYNGAERT (FN 122), 135–138, 152, und die dazugehörige Resolution «Extradition and Human Rights», ILA Rep. 1998, 13 (für deren Annahme s. ebd., 720), wo solches überdies nur *de lege ferenda* – als entsprechende Klausel in zukünftigen Auslieferungsverträgen – gefordert wird.

<sup>136</sup> S. die vorne FN 82 bzw. 97–99 erwähnten Auffassungen von FITZMAURICE, DAILLIER/FORTEAU/PELLET und DAHM/DEBRÜCK/WOLFRUM.

<sup>137</sup> Zu deren *erga-omnes*-Natur s. KLABBERS (FN 59), 94.

<sup>138</sup> S. für die EMRK vorne bei FN 65 sowie auch die Belege für die «objektive» Rechtsnatur der EMRK-Pflichten in FN 83; mit Letzterem dürfte ebenfalls gemeint sein, dass diese nicht nur gegenüber den betreffenden Individuen, sondern auch der



dingungslos anderen Staatsverträgen oder anderem Völkerrecht voran. So hat er wiederholt die Berücksichtigung des übrigen Völkerrechts bei der Auslegung und Anwendung der Konvention postuliert<sup>142</sup>. Als Beispiel dafür kann gesehen werden, dass zwar übrige völker- oder EU-rechtliche Pflichten Eingriffe in EMRK-Rechte nicht direkt rechtfertigen sollen, aber immerhin ein zulässiges Motiv (Eingriffszweck) für solche Einschränkungen darstellen, wenn sie dem betreffenden Staat «von aussen» auferlegt wurden, d.h. von ihm nicht aus freien Stücken vertraglich eingegangen wurden<sup>143</sup>. Bei der Prüfung der einzelnen Einschränkungsvoraussetzungen gelten in solchen Fällen sodann Besonderheiten, indem etwa ein allgemein äquivalenter Grundrechtsschutz in einer inter- oder supranationalen Organisation grundsätzlich ausreicht, um ein Handeln in Erfüllung von deren sekundärem Recht zu rechtfertigen<sup>144</sup>. In einer früheren Entscheidung schien die Kommission sogar noch die Meinung zu vertreten, ein Mitgliedstaat verletze die EMRK nicht, wenn er im

Rahmen älterer staatsvertraglicher Pflichten handle – womit sie solche Staatsverträge über die EMRK stellte<sup>145</sup>. Dies ist nun aber spätestens mit *Slivenko*<sup>146</sup> in dieser allgemeinen Form überholt<sup>147</sup>. Einen eindeutigen Vorrang anderen Völkerrechts anerkennt der EGMR heute nur noch in Bezug auf die UNO-Charta (s. Art. 103 SVN), und auch dies nur indirekt, indem er entsprechende staatliche Handlungen schlicht allein der UNO zurechnet und sie damit schon ratione personae dem Anwendungsbereich der EMRK entzieht<sup>148</sup>. Überhaupt ist die Praxis der Konventionsorgane im Hinblick auf die Ermittlung des Völkergewohnheitsrechts nicht überzubewerten, da wohl kaum ein völkerrechtliches Regime in seiner «Innensicht» bzw. eigenen Rechtsprechung eine Unterordnung gegenüber anderem Völkerrecht (mit Ausnahme von Sonderfällen wie *ius cogens*) anerkennen wird, wie auch die Beispiele etwa des UNO-Menschenrechtsausschusses (für den IPBPR)<sup>149</sup> oder des EuGH<sup>150</sup> zeigen<sup>151</sup>. Vorliegend zählt

Reports (D.R.) 64 (1990) 138, 145. – Für die Praxis in Bezug auf ältere Staatsverträge s. hinten bei FN 145.

<sup>142</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom* (GC), no. 35763/97, § 55, ECHR 2001-XI («The Court must ... take the relevant rules of international law into account ... The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law»); *Al-Saadoon and Mufdhi* (FN 140), § 126; *Capital Bank AD* (FN 140), § 111; *Cudak v. Lithuania* (GC), no. 15869/02, § 56, 23 March 2010; *Demir and Baykara v. Turkey* (GC), no. 34503/97, § 67, 12 November 2008 («[T]he Court has never considered the provisions of the Convention as the sole framework of reference for the interpretation of the rights and freedoms enshrined therein. On the contrary, it must also take into account any relevant rules and principles of international law applicable in relations between the Contracting Parties [was die USA freilich nicht sind]»); *Sabeh el Leil v. France* (GC), no. 34869/05, § 48, 29 June 2011; s.a. JANIK/KLEINLEIN (FN 32), 511 f.

<sup>143</sup> S. vorne bei FN 31 f.

<sup>144</sup> S. *Bosphorus* (FN 140), §§ 155–156 («State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides ... If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation. However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient»). – Festzuhalten ist, dass dieser beschränkte Prüfungsumfang nicht gilt, wenn der Staat die betreffende völkerrechtliche Bindung aus freiem Willen eingegangen ist (s. z.B. *Matthews* [FN 140], §§ 33–34), wie es beim UBS-Staatsvertrag der Fall ist (s. schon vorne bei FN 33). – S.a. zum Ganzen JANIK/KLEINLEIN (FN 32), 514–517, und CORNELIA JANIK, Die EMRK und internationale Organisationen – Ausdehnung und Restriktion der equivalent protection-Formel in der neuen Rechtsprechung des EGMR, *ZaöRV* 70 (2010) 127–179, 161–169.

<sup>145</sup> *Hess v. United Kingdom*, no. 6231/73, Commission Decision of 28 May 1975, D.R. 2 (1975) 72, 74: «The conclusion by the respondent Government of an agreement concerning Spandau prison of the kind in question in this case could raise an issue under the Convention if entered into when the Convention was already in force for the respondent Government. The agreement concerning the prison, however, came into force in 1945. Moreover, a unilateral withdrawal from such an agreement is not valid under international law». Es handelt sich dabei allerdings nur um ein obiter dictum, und es ist nicht klar, ob daraus tatsächlich generell ein Vorrang bzw. eine Nichtüberprüfbarkeit älterer Verträge abgeleitet werden kann (s. JANIK/KLEINLEIN [FN 32], 510).

<sup>146</sup> FN 140.

<sup>147</sup> JANIK/KLEINLEIN (FN 32), 510.

<sup>148</sup> S. JANIK (FN 144), 142–146; MILANOVIĆ (FN 131), 84–86.

<sup>149</sup> S. die Stellungnahme des Ausschusses in der Sache *Chit Tat Ng v. Canada*, Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991 (1994), Ziff. 14.1: «States parties to the Covenant [= IPBPR] will also frequently be parties to bilateral treaty obligations, including those under extradition treaties. A State party to the Covenant must ensure that it carries out all its other legal commitments in a manner consistent with the Covenant.» In *Sayadi and Vinck v. Belgium*, Communication No. 1472/2006, U.N. Doc. CCPR/C/94/D/1472/2006 (2008), prüfte er trotz Art. 103 UNO-Charta faktisch sogar die IPBPR-Konformität belgischer Massnahmen in Befolgung von Sicherheitsrats-Resolutionen (s. insb. Ziff. 10.6). Dabei ging er zwar offiziell von der Prämisse aus, Belgien sei letztlich selbst für diese Massnahmen verantwortlich gewesen, weil es die Sicherheitsrats-Anordnungen durch eine Meldung ausgelöst und auch später einen Ermessensspielraum gehabt habe (s. Ziff. 10.7). Dies überzeugt jedoch kaum (s. die abweichende Einzelmeinung von IVAN SHEARER in Anhang B, sowie MARKO MILANOVIĆ, The Human Rights Committee's Views in *Sayadi v. Belgium: A Missed Opportunity*, *Goettingen J. Int'l L.* 1 [2009] 519–538, 529–532, 534).

<sup>150</sup> S. *Kadi und Al Barakaat gg. Rat der Europäischen Union*, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, wo der EuGH die Konformität von EU-Massnahmen mit höherrangigem EU-Recht ungeachtet dessen prüfte, dass diese auf Anordnungen des Sicherheitsrats zurückgingen.

aber die «Aussensicht», d.h. die objektive Rechtslage unter allgemeinem Völkerrecht<sup>152</sup>. Für diese stellt die Praxis der Staaten, die solchen Pflichtenkollisionen ausgesetzt sind, die wichtigste Quelle dar. Wie erwähnt deutet diese aber ebenfalls auf einen Vorrang der EMRK hin.

Insgesamt wäre es in Anbetracht der vorgenannten Argumente und Praxis wohl tatsächlich vertretbar, der EMRK völkerrechtlich einen Vorrang vor «kommunen» Staatsverträgen wie dem UBS-Staatsvertrag zuzugestehen. Die wohl herrschende Meinung freilich lehnt eine solche generelle Vorrangstellung für den gegenwärtigen Zeitpunkt ab<sup>153</sup>.

Da allerdings, wie in Abschnitt D gezeigt wird, die EMRK auch im Rahmen von Art. 190 BV bzw. einer gerichtlich zu schaffenden, autonom schweizerischen Vorrangsregel dem UBS-Staatsvertrag vorgeht, kann die völkerrechtliche Frage hier offen gelassen werden.

#### 4. Vorrang der lex specialis

Der Grundsatz, dass ein speziellerer Vertrag einem allgemeinen vorgeht, hat zwar in der VRK keinen Niederschlag gefunden, ist aber dennoch unbestritten<sup>154</sup>. Allerdings gilt er nur im Verhältnis derselben Vertragsparteien. In Konstellationen

mit teilweise divergierenden Parteien ist seine Anwendbarkeit abzulehnen. Im vorliegenden Fall kann ausserdem keiner der beiden Verträge als «spezieller» angesehen werden. Sie regeln unterschiedliche Sachbereiche – der UBS-Staatsvertrag ein Amtshilfeverfahren, die EMRK den Grundrechtsschutz –, die nicht in einem Verhältnis von «allgemein» und «speziell» zueinander stehen. Die Übergabe von Kundendaten an die USA betrifft beide Bereiche gleichermaßen, so dass keiner der Verträge diesen Vorgang «spezieller» regelt als der andere. Wenn das Bundesverwaltungsgericht deshalb in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 auch mit dem Grundsatz der *lex specialis* argumentiert<sup>155</sup>, kann ihm wiederum nicht gefolgt werden.

#### 5. Vorrang und Staatenverantwortlichkeit

Wird mit der Mehrheit der Autoren und der VRK eine zeitliche oder – jedenfalls für Menschenrechtsverträge – materielle *Vorrangsregelung abgelehnt*, ist klar, dass der doppelt gebundene Staat, der sich für die Erfüllung des einen Vertrags entscheidet, aus der Verletzung des andern Vertrags gegenüber seiner Vertragspartei im Sinne der Staatenverantwortlichkeit verantwortlich wird<sup>156</sup>. Art. 30 Abs. 5 VRK behält denn auch gerade deshalb die Frage der Staatenverantwortlichkeit vor, weil Abs. 4 lit. b keine Vorrangsregel enthält<sup>157</sup>.

Diese Verantwortlichkeit wird in der Regel in einer Schadenersatzpflicht bestehen, insbesondere wenn einer der Verträge schon erfüllt wurde und eine andere Form der Wiedergutmachung deshalb gar nicht mehr möglich ist. Daneben fragt sich, ob sie auch die Form einer Pflicht annehmen kann, den späteren Vertrag aufzulösen (was wiederum eine Verantwortlichkeit gegenüber der Partei dieses Vertrags begründen müsste). Damit würde allerdings durch die Hintertür – bzw. auf dem Weg der sekundären Regeln über die Staatenverantwortlichkeit – ein Vorrang des älteren Vertrags eingeführt, der hier im Ausgangspunkt gerade abgelehnt wird. Konsequenterweise müsste aufgrund der Prämisse der Gleichrangigkeit vielmehr auch die Vertragspartei des jüngeren Vertrags berechtigt sein, die Auflösung des älteren zu verlangen, was zu einem logischen und praktischen Dilem-

<sup>151</sup> Weitere Beispiele (WTO, ITLOS, ICSID) bei KLABBERS (FN 59), 6, 107 f. – Sehr kritisch zum unqualifizierten Vorrang, den der EGMR im *Soering*-Fall der EMRK vor dem Auslieferungsvertrag einräumte, aber DOHRING (FN 56).

<sup>152</sup> S.a. DUGARD/VAN DEN WYNGAERT (FN 120), 195; GUERCHON (FN 56), 734; JENKS (FN 71), 448 f.; VAN DER WILT (FN 120), 55; VAN DEN WYNGAERT (FN 120), 763 f. S. aber auch ORAKHELASHVILI (FN 58), 798, wonach die EGMR-Rechtsprechung nicht auf einer blossen «Innensicht» beruht, sondern auf der Annahme eines echten Vorrangs der EMRK.

<sup>153</sup> S. die vorne FN 121 wiedergegebene Aussage aus dem niederländischen *Short*-Urteil; GUERCHON (FN 56), 715 f., 733–736 (die EMRK habe zwar im französischen Recht einen «verfassungsmässigen», anderem Staatsvertragsrecht übergeordneten Rang, soweit ihre Bestimmungen französisches Verfassungsrecht widerspiegeln; im Völkerrecht habe sie aber keinen solchen Vorrang); VAN DEN WYNGAERT (FN 120), 762 (es gebe «little support in positive international law» für einen Vorrang von Menschenrechts- vor anderen Verträgen); WILTING (FN 62), 49–64 (anerkennt als hierarchisch übergeordnetes Völkerrecht nur das *ius cogens*, den internationalen *ordre public* sowie ev. die UNO-Charta [s. deren Art. 103]; Pflichten *erga omnes* spricht er eine solche Stellung auf S. 54 ab; für eine gegenteilige Auffassung s. vorne FN 139); ANNE BENOÎT, *Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?*, ZSR 128 (2009) I 453–472, 454–457 (nennt nur *ius cogens* und UNO-Charta als hierarchisch übergeordnetes Völkerrecht); BONNARD/GRISEL (FN 3), 384 (wie BENOÎT); MATZ-LÜCK (FN 61), Ziff. 4, 9 (dito, wobei der Vorrang der UNO-Charta offen gelassen wird). – S.a. die vorne FN 110 zitierten generellen Meinungen, wonach keine Vorrangsregelungen für Vertragskonflikte bestünden; dies müsste folgerichtig auch Konflikte mit Menschenrechtsverträgen einschliessen.

<sup>154</sup> S. z.B. BGE 133 V 233, 237 E. 4.1.

<sup>155</sup> S. vorne bei FN 55.

<sup>156</sup> S. CAFLISCH/CANÇADO TRINDADE (FN 110), 24 f.; JEAN COMBACAU/SERGE SUR, *Droit international public*, 9. A., Paris 2010, 163 f.; JAMES CRAWFORD (Special Rapporteur), *Second Report on the Law of State Responsibility*, YILC 1999 II, pt. 2, 52; DAILLIER/FORTEAU/PELLET (FN 60), 302; MUS (FN 58), 230 f.; PAUWELYN (FN 59), 299–301, 427–434; REUTER (FN 110), 99 Rz. 164, 120 Rz. 203; BASTID (FN 71), 162; ZULEEG (FN 58), 268; DOHRING (FN 56), 423 f. (explizit für den Fall von Konflikten der EMRK mit anderen Staatsverträgen und unter Hinweis auf die Möglichkeit von Repressalien bei einer Missachtung des anderen Staatsvertrags); BVerfGE 75, 1, 20 (keine Staatenverantwortlichkeit einzig bei Erfüllung von *ius cogens* als höherrangigem Recht).

<sup>157</sup> S. SADAT-AKHAVI (FN 60), 64 f.

ma führte. Zudem ist unklar, wie diese Form der Verantwortlichkeit etwa durch ein internationales Gericht erzwungen werden könnte, wenn die jeweilige «dritte» Vertragspartei sich einer Auflösung ihres Vertrags widersetze oder in diesem Gerichtsverfahren gar nicht teilnehme. Eine Pflicht zur Auflösung des jüngeren Vertrags kann deshalb m.E. höchstens in Frage kommen, wenn schon der *Abschluss* desselben gegen ein explizites oder implizites Verbot im älteren Vertrag verstösst und zudem die andere Vertragspartei von diesem Umstand wusste<sup>158</sup>. Andernfalls muss es bei einer Schadenersatzpflicht bleiben. Diese wird im Übrigen in aller Regel auch erst mit der Erfüllung des anderen Vertrags, und noch nicht mit dessen Abschluss, ausgelöst, da die Partei des gegenläufigen Vertrags zuvor noch keine effektiven Nachteile erleiden wird.

Wird hingegen von einem *Vorrang* des einen Vertrags ausgegangen, ist es nur folgerichtig, dass der doppelt gebundene Staat verpflichtet ist, den nachrangigen Vertrag aufzulösen<sup>159</sup>. Er sollte daraus oder aus der Nichterfüllung dieses Vertrags auch nicht schadenersatzpflichtig werden<sup>160</sup>. Andernfalls wäre schwer zu sehen, worin der «Vorrang» des anderen Vertrags bestünde, hätte doch dann die Pflicht, diesen Vorrang anzuerkennen, keine spürbaren Konsequenzen – der doppelt gebundene Staat würde genau gleich verantwort-

lich, ob er den einen oder anderen Vertrag erfüllte – und käme einem blossen Appell gleich; die Vorrangsregel wäre sozusagen eine «*lex imperfecta*»<sup>161</sup>. Als Konsequenz bliebe höchstens (aber immerhin), dass ein nationales Gericht – wie vorliegend das Bundesverwaltungsgericht – sich bei der Entscheidung zwischen kollidierenden Verträgen an einer solchen Vorrangsregel orientieren könnte, und dass ein internationales Gericht die Durchsetzung des nachrangigen Vertrags nicht anordnen dürfte<sup>162</sup>, jedenfalls wenn alle Vertragsparteien an diesem Verfahren beteiligt wären. Dennoch will etwa FITZMAURICE der Vertragspartei des jüngeren Vertrags einen Entschädigungsanspruch gewähren, wenn sie vom älteren Vertrag nichts wusste<sup>163</sup>. Unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit leuchtet das ein, auch wenn es wie erwähnt den tatsächlichen Vorrang des älteren Vertrags gefährden kann<sup>164</sup>.

Noch klarer scheint auf den ersten Blick, dass bei Annahme der *Nichtigkeit* des späteren Vertrags dessen Nichterfüllung keine Schadenersatzpflicht nach sich zieht, da ein solcher Vertrag überhaupt keine Wirkungen entfaltet und es deshalb auch schon an einer Völkerrechtsverletzung fehlt<sup>165</sup>. Dennoch wird auch hier von massgeblichen Stimmen bei gutem Glauben der Partei des jüngeren Vertrags eine Schadenersatzpflicht vertreten<sup>166</sup>, was wiederum unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit verständlich ist und sich dogmatisch mit der culpa in contrahendo begründen liesse.

<sup>158</sup> Vgl. REUTER (FN 110), 99 Ziff. 164, der eine Verpflichtung zur Auflösung des jüngeren Vertrags für möglich hält, wenn dessen Abschluss unter dem älteren Vertrag unerlaubt war und seine Parteien in bösem Glauben (in Hinblick auf den älteren Vertrag) handelten. Ebenso PAUWELYN (FN 59), 299–301, 428, der aber (stillschweigend) auf das Erfordernis des «bösen Glaubens», d.h. des Wissens beider Parteien vom älteren Vertrag, verzichtet. – Für ZULEEG (FN 58), 267 f., ist das «Prinzip der politischen Entscheidung», d.h. die Wahlfreiheit des doppelt gebundenen Staates, auch von einem internationalen Gericht zu respektieren. Dies müsste es ausschliessen, diesen Staat zu verpflichten, den einen Vertrag aufzulösen.

<sup>159</sup> S. die Nachweise aus den VRK-Beratungen in FN 87.

<sup>160</sup> S. COHEN-JONATHAN (FN 123), 110 f., wonach bei Erfüllung von Menschenrechtspflichten z.B. unter der EMRK – welche nach diesem Autor hierarchisch übergeordnet sind, s. vorne FN 133 – die Verletzung kollidierender Verträge keine Staatenverantwortlichkeit nach sich ziehen soll, und BVerfGE 75, 1, 20, wonach dies (nur) bei der Erfüllung von ius cogens (als höherrangigem Völkerrecht) der Fall ist. Bei der Erfüllung von Pflichten unter der UNO-Charta ist die Staatenverantwortlichkeit umstritten (s. WILTING [FN 62], 61 f.; für ein Fehlen einer Staatenverantwortlichkeit etwa Belgien in der Sache *Sayadi* [FN 149], Ziff. 6.3 und 8.1, sowie MILANOVIĆ [FN 131], 76 f.). Dies dürfte sich mit den unterschiedlichen Auffassungen dazu erklären, ob Art. 103 einen eigentlichen «objektiven» Vorrang der Charta begründet oder bloss die Behauptung eines solchen, welche insbesondere Nichtmitgliedern der UNO nicht entgegeng gehalten werden könnte. Bei einem «objektiven» Vorrang wäre es folgerichtig, dass bei Verletzung von Drittverträgen keine Staatenverantwortlichkeit eintritt; auch sonst müsste dies aber mindestens im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander der Fall sein.

## D. Autonome schweizerische Vorrangsregelung

Nicht nur das Völkerrecht, sondern auch das Schweizer Recht – namentlich Art. 190 BV – enthält keine ausdrückliche Vorschrift zur Frage, ob im vorliegenden Fall der EMRK oder dem UBS-Staatsvertrag Vorrang zukommt. Da die Frage dennoch entschieden werden muss, ist ein Gericht zur Rechtsschöpfung im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB gehalten<sup>167</sup>.

In Frage käme zunächst eine Vorrangsregelung analog der Schubert-Praxis. Bei dieser geht es bekanntlich um das Verhältnis von Staatsvertrag und Gesetz, über welches Art. 190 BV ebenso wenig besagt wie über das Verhältnis

<sup>161</sup> S.a. MILANOVIĆ (FN 131), 73 f. (eine echte Lösung eines Normkonflikts könne nicht allein im «Vorrang» der einen Norm bestehen, sondern müsse auch das Fehlen einer Staatenverantwortlichkeit wegen der Verletzung der anderen Norm einschliessen).

<sup>162</sup> S. YILC 1958 II, 42 Ziff. 85.

<sup>163</sup> YILC 1958 II, 27, Art. 18 Abs. 6.

<sup>164</sup> Eine Gefahr, die auch FITZMAURICE erkennt; s. YILC 1958 II, 42 Ziff. 85.

<sup>165</sup> S. YILC 1964 I, 123 (EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA).

<sup>166</sup> S. LAUTERPACHTS Entwurf in YILC 1953 II, 156, Art. 16 Abs. 2.

<sup>167</sup> Statt als Rechtsschöpfung könnte man das folgende Konzept auch als (ergänzende) Auslegung von Art. 190 BV ansehen.



verschiedener Staatsverträge zueinander. Nach der Schubert-Praxis geht der jüngere Staatsvertrag dem älteren Gesetz vor, ebenso wie das jüngere Gesetz dem älteren Staatsvertrag, wenn der Gesetzgeber bewusst vom Staatsvertrag abwich (wobei unklar ist, wie weit Letzteres heute überhaupt noch gilt<sup>168</sup><sup>169</sup>). Analog zu dieser Praxis könnte man sich vorstellen, dass der neuere Vertrag grundsätzlich vorginge, wenn die Schweiz den älteren Vertrag bewusst derogieren wollte<sup>170</sup>. Selbst wenn eine solche Regel existierte, wäre sie jedoch auf den vorliegenden Konflikt nicht anwendbar. Erstens ist kein Wille erkennbar, durch den UBS-Staatsvertrag von der EMRK abzuweichen, und zweitens gilt die Schubert-Praxis im Verhältnis zu Menschenrechtsverträgen – insbesondere der EMRK – gerade nicht; diese gehen dem Gesetzesrecht<sup>171</sup> unabhängig von zeitlichen Überlegungen vor<sup>172</sup>. Vorliegend kann deshalb offen gelassen werden, ob eine der Schubert-Praxis nachempfundene Vorrangsregelung für Vertragskonflikte als Teil des schweizerischen Rechts angesehen werden kann. Dies dürfte im Übrigen zu verneinen sein, da eine solche Regel – wenn man davon absieht, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 15. Juli 2010 beiläufig auch mit einem Vorrang der «lex posterior» argumentierte<sup>173</sup> – soweit ersichtlich bisher noch von niemandem vertreten worden ist und auch inhaltlich wenig überzeugte. Deutlich sinnvoller ist es, solche Konflikte mit einer umfassenden Abwägung aller relevanten Faktoren zu lösen<sup>174</sup>.

Ausgangspunkt muss dabei sein, dass – wie schon vorne bei der völkerrechtlichen Diskussion dargelegt – insbesondere der Grundsatz der Vertragstreue und -sicherheit dafür spricht, dem älteren Vertrag den Vorrang einzuräumen. Dies

scheint auch der international herrschenden Meinung zu entsprechen. Der Vorrang dieses Vertrags muss deshalb der Grundsatz sein.

Ergänzend sollten allerdings auch weitere Aspekte als nur die zeitliche Reihenfolge herangezogen werden. So wird, aus den schon vorne in Abschnitt 3 im Hinblick auf eine völkerrechtliche Hierarchie dargelegten Gründen, einem Vertrag, der mit einer Vielzahl von Vertragsparteien abgeschlossen wurde und zudem von grundlegender Bedeutung ist, ein grösseres Gewicht beizumessen sein als einem bilateralen Vertrag, der einen relativ unbedeutenden Gegenstand betrifft. Ein weiteres relevantes Kriterium sollte es sein, ob einer der Verträge noch kündbar oder anpassbar ist. Ist dies der Fall, so sollte dem unkündbaren Vertrag der Vorzug gegeben werden; der Normkonflikt lässt sich dann mit der Kündigung oder Anpassung des anderen Vertrags auflösen. Die EMRK ist faktisch unkündbar und unveränderbar, während eine Modifizierung des UBS-Staatsvertrags in diesem sogar ausdrücklich vorgesehen ist<sup>175</sup>. Diese Modifizierung müsste nicht zwingend in einer ausdrücklichen Anpassung des Vertragswortlauts bestehen, sondern könnte auch informell vereinbart bzw. akzeptiert werden, indem die Schweiz den USA die EMRK-Problematik darlegt und man sich darauf einigt, dass in den problematischen Konstellationen entgegen dem Vertragswortlaut keine Amtshilfe geleistet wird<sup>176</sup>. Als weiterer Faktor dürfte schliesslich – in einer Art Analogie zur Schubert-Praxis – auch berücksichtigt werden, ob die Schweiz mit dem neueren Staatsvertrag bewusst vom älteren abwich; dies ist vorliegend kaum der Fall<sup>177</sup>.

Auch unter Einbezug dieser inhaltlichen Aspekte rechtfertigt sich deshalb ein Vorrang der EMRK<sup>178</sup>. Eine gegenüber anderem Völkerrecht hervorgehobene Stellung der EMRK steht im Übrigen auch mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Verhältnis von Völkerrecht und Gesetzesrecht in Einklang, wo der EMRK – und weiteren Menschenrechtsverträgen – der Vorrang vor Gesetzesrecht eingeräumt wird, während dies für übriges Völkerrecht zumindest fraglich ist<sup>179</sup>.

## V. Aufschiebende Wirkung der EMRK-Beschwerden

Wie erwähnt sind momentan mehrere Beschwerden gegen Amtshilfeverfügungen beim EGMR hängig. Es stellt sich

<sup>168</sup> Offen gelassen in BGE 125 II 417, 425, zit. hinten in FN 172.

<sup>169</sup> S. näher etwa den «Bericht Völkerrecht-Landesrecht» (FN 114), 2310–2313.

<sup>170</sup> Eine derartige Regel postuliert ZULEEG (FN 58), 268 f., für Deutschland. Sie soll auch gelten, wenn der Gesetzgeber den Willen, sich mit dem neueren Vertrag über den älteren hinwegzusetzen, nicht explizit äusserte, da sich diese Absicht dennoch implizit aus dem Abschluss des neueren Vertrags ergebe. Dieselbe Regel sollte grundsätzlich in Grossbritannien gelten (s. vorne FN 119).

<sup>171</sup> BENOÎT (FN 153), 468, vertritt diesen Vorrang von Menschenrechtsverträgen auch gegenüber Verfassungsrecht – selbst wenn dieses bewusst vom Menschenrechtsvertrag abweichen will –, wozu aber noch keine Judikatur vorliegt.

<sup>172</sup> S. BGE 125 II 417, 425 («... Daraus ergibt sich, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht ... Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient. Ob in anderen Fällen davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen sind [Verweis auf das Schubert-Urteil], ist vorliegend nicht zu prüfen»), bestätigt in BGE 133 V 367, 386–390 E. 11; «Bericht Völkerrecht-Landesrecht» (FN 114), 2311–2313.

<sup>173</sup> S. vorne bei FN 55. Die Parallele zur Schubert-Rechtsprechung erkennt auch SCHWEIZER (FN 18), 1015 Fn. 89.

<sup>174</sup> Wie sie auch der Hoge Raad im *Short*-Urteil vorgenommen hat (s. vorne FN 121).

<sup>175</sup> S. Art. 5 Ziff. 2.

<sup>176</sup> Art. 5 Ziff. 2 sieht auch Konsultationen über die «Umsetzung, Interpretation und Anwendung» des Staatsvertrags vor.

<sup>177</sup> S. schon vorne nach FN 170.

<sup>178</sup> Für einen Vorrang der EMRK vor dem UBS-Staatsvertrag unter «schweizerischem Staatsrecht» auch SCHWEIZER (FN 18), 1015, 1017.

<sup>179</sup> S. vorne bei FN 168–172.

die Frage, ob diesen aufschiebende Wirkung zukommt, so dass eine Datenübergabe an die USA bis zum Entscheid des EGMR unterbleiben müsste. Weiter fragt sich mit Blick auf andere Fälle, ob eine Datenübergabe nach Erlass eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts, aber vor Einreichung einer Beschwerde beim EGMR (oder eines Entscheids desselben über vorsorgliche Massnahmen), statthaft wäre.

Art. 34 EMRK verpflichtet die Schweiz, «die wirksame Ausübung» des Beschwerderechts «nicht zu behindern». Wenn die Schweiz die Kundendaten vor einer Anrufung des EGMR an die USA übergäbe, wäre genau eine solche Behinderung die Folge, da dies die Beschwerdemöglichkeit ihres Sinns entleerte. Es ist der Schweiz deshalb untersagt, auf diese Weise einem Entscheid des EGMR vorzugreifen<sup>180</sup>. Damit dieser Verpflichtung nachgelebt wird, sollte das Bundesverwaltungsgericht zumindest in den Fällen, in denen schon im Verfahren vor ihm EMRK-Verletzungen gerügt wurden<sup>181</sup>, im Urteil (oder mittels anderweitiger Mitteilung an die EStV) klarstellen, dass eine Datenübergabe erst stattfinden darf, wenn sicher ist, dass keine Beschwerde beim EGMR eingereicht wird<sup>182</sup>. Nach Erhebung einer solchen Beschwerde hat der Kunde sodann die Möglichkeit, ein Herausgabeverbot als vorläufige Massnahme zu beantragen<sup>183</sup>. Theoretisch kann der Gerichtshof eine solche Anordnung auch von Amtes wegen treffen<sup>184</sup>; in der Praxis dürfte er dies jedoch kaum tun, sondern bei Unterbleiben eines entsprechenden Antrags davon ausgehen, dass der Beschwerdeführer mit einer Datenübergabe während laufenden EGMR-Verfahrens einverstanden ist. In diesem Fall – und umso mehr bei Ablehnung einer beantragten vorsorglichen Massnahme durch den EGMR – müsste auch die EStV mit einer Übergabe nicht länger zuwarten.

## VI. Konsequenzen einer erfolgreichen EMRK-Beschwerde

Stellt der EGMR eine EMRK-Verletzung fest, kann er zwar nicht direkt rechtsverbindlich anordnen, dass das Amtshilfungsverfahren einzustellen sei. Seine Kompetenz beschränkt sich auf ein Feststellungsurteil. Das Bundesverwaltungsgericht hebt sein die Amtshilfe bejahendes Urteil in einem solchen Fall jedoch auf Antrag per Revision auf<sup>185</sup>. Es besteht zudem kaum ein Zweifel, dass die Schweiz nach einem derartigen Präjudiz auch in weiteren analogen Fällen keine Amtshilfe mehr leisten würde.

Theoretisch denkbar ist daneben auch, dass das Bundesverwaltungsgericht von sich aus, unabhängig bzw. noch vor einem EGMR-Entscheid, auf seine Rechtsprechung zurückkommt und sich der hier vertretenen Ansicht anschliesst. In beiden Fällen fragt sich, was die Konsequenzen einer solchen teilweisen Verweigerung der Amtshilfe gegenüber den USA wären.

Nach dem Wortlaut von Art. 1 des UBS-Staatsvertrags ist die Schweiz nur verpflichtet, ein Amtshilfegesuch der USA anhand der definierten Kriterien zu *bearbeiten*. Die Anzahl der davon erfassten Konten schätzen die Vertragsparteien auf 4450. Eine Pflicht, tatsächlich 4450 Dossiers zu *übermitteln*, bestand und besteht also streng genommen nicht. Fällt die Zahl der übermittelten Dossiers aufgrund der EMRK-Problematik unter 4450, verletzt die Schweiz deshalb ihre Pflichten unter dem Staatsvertrag wohl nicht<sup>186</sup>.

Allerdings gibt Art. 5 Ziff. 4 des Staatsvertrags den Vertragsparteien das Recht, «angemessene Ausgleichsmassnahmen» zu ergreifen, «[w]enn 370 Tage nach der Unterzeichnung dieses Abkommens die tatsächlichen und noch zu erwartenden Resultate bedeutend abweichen von dem, was zu diesem Zeitpunkt berechtigterweise im Hinblick auf den Zweck dieses Abkommen erwartet werden kann, und wenn das Problem nicht gemeinsam gelöst werden kann». Eine allzu deutliche Unterschreitung der Zahl von 4450 übermittelten – oder noch zu erwartenden – Dossiers liesse sich sicher darunter subsumieren. Allerdings ist die Frist von 370 Tagen mittlerweile abgelaufen, da der Staatsvertrag schon am 19. August 2009 unterzeichnet wurde. Zudem kann die Zahl der Kunden, deren Dossiers nicht mehr übermittelt werden dürfen, weil ihre Kapitalgewinne rein fiktiv sind, nicht hoch sein. Wie eingangs erwähnt, ist für ca. 4100 UBS-Konten bereits Amtshilfe geleistet worden; dies kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Die Feststellung einer EMRK-Verletzung kann sich nur noch auf die ca. 35 Fälle auswirken, die beim Bundesverwaltungsgericht pendent sind, wobei auch von diesen nur ein Teil betroffen sein wird. Eine getreue Erfüllung der EMRK-Pflichten durch die Schweiz hät-

<sup>180</sup> S. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (GC), nos. 46827/99 and 46951/99, § 102, ECHR 2005-I: «[T]he obligation set out in Article 34 *in fine* requires the Contracting States to refrain ... from any act or omission which, by destroying or removing the subject matter of an application, would make it pointless or otherwise prevent the Court from considering it under its normal procedure». Ebenso *Paladi v. Moldova* (GC), no. 39806/05, § 87, 10 March 2009.

<sup>181</sup> In den anderen Fällen ist eine EMRK-Beschwerde aufgrund des Subsidiaritätserfordernisses von Art. 35 Abs. 1 EMRK gar nicht möglich.

<sup>182</sup> Dies wird in der Regel erst nach Ablauf der Beschwerdefrist von 6 Monaten (Art. 35 Abs. 1 EMRK) der Fall sein.

<sup>183</sup> S. Art. 39 der Verfahrensordnung des EGMR. Für Anwendungsfälle s. *Mamatkulov* (FN 180), § 104 (vorläufige Massnahmen könnten angeordnet werden, «if there is an imminent risk of irreparable damage», was vorliegend der Fall wäre); *Soering v. United Kingdom* (Plenary Court), 7 July 1989, § 4, Series A no. 161; *Paladi* (FN 180), § 54.

<sup>184</sup> S. Art. 39 Abs. 1 der Verfahrensordnung.

<sup>185</sup> Art. 45 VGG i.V.m. Art. 122 BGG.

<sup>186</sup> S.a. BVGer Urteil A-6258/2010 vom 14. Februar 2011, E. 8.2.

te also keine negativen Konsequenzen für die Schweiz oder die UBS im Verhältnis zu den USA.

## VII. Fazit

Entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts liegt es durchaus nahe, mindestens für bestimmte Konstellationen der Amtshilfe unter dem UBS-Staatsvertrag eine Verletzung von Art. 8 EMRK anzunehmen. Insbesondere fehlt es an einem legitimen Interesse für einen Eingriff in die Privatsphäre, soweit von der Amtshilfe Personen erfasst sind, die in ein bestimmtes schematisches Verdachtsraster fallen, aber tatsächlich gar keine Steuern hinterzogen haben. Die EMRK dürfte dem UBS-Staatsvertrag als früherer und inhaltlich gewichtigerer Vertrag in diesem Konflikt vorgehen. Den Schweizer Behörden wäre es demnach untersagt, die Daten der betreffenden UBS-Kunden an die USA zu übermitteln. Ordnet die Eidgenössische Steuerverwaltung dennoch die Leistung von Amtshilfe an, steht den Kunden nach erfolgloser Anrufung des Bundesverwaltungsgerichts der Beschwerdeweg nach Strassburg offen. Diesem kommt aufschiebende Wirkung zu, so dass eine Datenübergabe auf jeden Fall mindestens bis zum Entscheid des EGMR zu unterbleiben hätte.

Falls im Sinne der hier vertretenen Argumentation entschieden wird, dass die Amtshilfe in bestimmten Konstellationen nicht zulässig ist, und die Schweiz einem solchen Urteil nachkommt, verstösst sie dadurch nicht gegen den UBS-Staatsvertrag, da dieser sie nur verpflichtet, das amerikanische Amtshilfegesuch zu *bearbeiten*. Auch stehen den USA unter dem Staatsvertrag keine Gegenmassnahmen zur Verfügung, mit welchen sie auf eine geringere als die erwartete Zahl von Amtshilfeleistungen reagieren könnten.

Dans le « traité UBS », la Suisse s'est engagée à fournir une entraide administrative aux Etats-Unis même dans certains cas de soustraction fiscale. Cette procédure d'entraide administrative est entre-temps pour l'essentiel terminée. Plusieurs recours de clients concernés sont toutefois encore pendants auprès du Tribunal administratif fédéral et plusieurs cas ont été portés devant la CourEDH. Ces clients soutiennent notamment que la procédure d'entraide administrative violerait la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Tribunal administratif fédéral a jusqu'à présent réfuté cet argument au motif que le traité satisfierait aux conditions requises pour l'atteinte aux droits de l'homme et que le traité prévaudrait de toute manière en tant que nouveau droit. Cet article constate toutefois que les critères d'entraide administrative, rédigés de manière très schématique, violent bel et bien l'art. 8 CEDH et que la CEDH étant un traité plus ancien et plus important, elle doit également prévaloir sur le traité UBS. Tant que la CourEDH ne s'est pas prononcée à ce sujet, les autorités suisses ne sont de toute façon pas en droit de transmettre les données en question aux Etats-Unis.

(trad. LT LAWYANK, Berne)