

EMRK-Freundlichkeit der Bundesverfassung kritisch beleuchtet

Helen Keller*

Universität Zürich, Zürich, Schweiz

lst.keller@ius.uzh.ch

Anja Dillena**

Universität Zürich, Zürich, Schweiz

anja.dillena@ius.uzh.ch

Abstract	848
Keywords	848
I. Einleitung: der Sonderfall der EMRK und des EGMR	848
II. Das klassische Narrativ: Privilegierung der EMRK	849
1. Institutionelle Absicherung	849
2. Direkte Anwendbarkeit	850
3. Grosszügige Rezeption der Urteile	851
4. Rang der EMRK	851
5. Revisionsmöglichkeit	854
III. Auswirkungen der EMRK-Freundlichkeit	856
1. Materieller Grundrechtsausbau	856
2. Faktische Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit	858
IV. Zeitenwende	859
1. Von der Shadow Constitution zum systemischen Widerstand	859
2. Menschenrechtsproblematische Volksinitiativen	860
V. EMRK-Freundlichkeit kritisch hinterfragt	861
1. Vermeidung über qualifizierte Rügepflicht?	861
2. Gleichsetzung	864
VI. Schlussfolgerungen	866
Summary: A Critical Examination of the Friendliness of the Swiss Constitution Towards the ECHR	867
Keywords	867

* Prof. Dr., Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht an der Universität Zürich, ehemalige Richterin am EGMR und zurzeit Richterin am Verfassungsgericht von Bosnien-Herzegovina.

** Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Keller.

Abstract

Die Schweiz gilt gemeinhin als EMRK-freundlich. Der Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) kommt in der Tat eine bedeutende Rolle für die Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundrechtsschutz zu. Herausgefördert wird die EMRK-Freundlichkeit immer wieder von menschenrechtsproblematischen Volksinitiativen. Das Bundesgericht zeigt sich bei der Lösung von Konflikten mit der EMRK mehrheitlich vorsichtig und zurückhaltend, wobei Unterschiede in den verschiedenen Abteilungen bestehen. Unterschiede lassen sich auch in der Anwendung des qualifizierten Rügeprinzips feststellen.

Keywords

EMRK – Schweiz – Völkerrechtsfreundlichkeit – Verfassung – Bundesgericht

I. Einleitung: der Sonderfall der EMRK und des EGMR

Für einmal ist es nicht die Schweiz, die sich als Sonderfall versteht, sondern die EMRK. Betrachtet man ihre Stellung im Verfassungsrecht der Schweiz sowie ihren direkten und indirekten Einfluss auf die schweizerische Rechtsordnung, so wird deutlich, dass die EMRK kein völkerrechtlicher Vertrag wie jeder andere ist.¹ So lautet jedenfalls das klassische Narrativ. Dieses werden wir kurz auf dem neuesten Stand zusammenfassen (II.). Die EMRK-Freundlichkeit hinterlässt im schweizerischen Verfassungssystem deutliche Spuren (III.). Die Blütezeit der EMRK, in der sie in vielen Rechtsordnungen zu einer stillen Revolution geführt hat, gehört der Vergangenheit an; die EMRK-kritischere Haltung zeigt sich auch in der Schweiz (IV.). Schliesslich soll der herkömmliche Befund der EMRK-Freundlichkeit der Schweiz unter einem spezifischen Aspekt kritisch hinterfragt werden. Dazu haben wir eine Untersuchung zum qualifizierten Rügeprinzip in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemacht (V.). Abschliessend kann zur EMRK-Freundlichkeit der Schweiz ein differenziertes Bild skizziert werden (VI.).

¹ Vgl. *Mark Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., Zürich: Schulthess 2020, Rn. 35; siehe auch *Helen Keller*, Rezeption des Völkerrechts, Heidelberg: Springer 2003, 634 ff.

II. Das klassische Narrativ: Privilegierung der EMRK

1. Institutionelle Absicherung

Um den Spezialfall der EMRK zu verstehen, kommt man nicht umhin, die starke institutionelle Absicherung dieses völkerrechtlichen Vertrages zu erwähnen. Allen voran wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) über die Einhaltung der EMRK in den Mitgliedstaaten.² Seine Rechtsprechung spielt für die aussergewöhnliche Rezeption der EMRK in Europa eine zentrale Rolle. Daneben sollte man aber auch das Ministerkomitee nicht unerwähnt lassen. Diesem politisch zusammengesetzten Organ kommt bei der Umsetzung der EGMR-Urteile eine Schlüsselposition zu. Das Ministerkomitee hat von der starken Position des EGMR profitiert, was wiederum die Umsetzungskontrolle im internationalen Vergleich ausserordentlich transparent und robust gemacht hat.³

In der Publikation „A Europe of Rights“ ist der Einfluss der EMRK auf mehrere Mitgliedstaaten des Europarates aufgearbeitet worden.⁴ Darin hat sich gezeigt, dass die EMRK in vielen Verfassungsordnungen faktisch die Stellung einer völkerrechtlichen Nebenverfassung erlangt hat. Der englische Begriff der „Shadow Constitution“ umschreibt die Rechtslage vielleicht treffender.⁵ Die nationalen Vorbereitungsarbeiten bei der Ratifizierung der EMRK, die Rezeption der Grundrechtsstandards in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte sowie die Vorwirkung der EMRK im Gesetzgebungs-

² Das ist keineswegs die Regel, sondern eher die Ausnahme, vgl. dazu beispielsweise Jörg Künzli, Internationaler Menschenrechtsschutz und die Schweiz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich: Schulthess 2020, 1245-1266, Rn. 3 und 10.; vgl. auch BGE 139 I 16 E. 5.2.3.

³ Vgl. „HUDOC EXEC“, Department for the Execution of Judgements of the ECHR, abrufbar unter <www.hudoc.exec.coe.int>; Elisabeth Lambert, The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights, Human Rights Files No. 19, 2. Aufl., Strasbourg: Council of Europe Publishing 2008; Xavier-Baptiste Ruedin, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Basel: Helbing Lichtenhahn 2009.

⁴ Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, Oxford: Oxford University Press 2008. Dieser Forschungsansatz ist mittlerweile mehrfach weiterentwickelt worden, vgl. etwa David Kosař et al. (Hrsg.), Domestic Judicial Treatment of European Court of Human Rights Case Law, London: Routledge 2020; Iulia Motoc/Ineta Ziemele (Hrsg.), The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe, Cambridge: Cambridge University Press 2016.

⁵ Helen Keller/Alec Stone Sweet, Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems, in: Helen Keller/Alec Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, Oxford: Oxford University Press 2008, 677-710 (686).

prozess führen dazu, dass die EMRK einen nachhaltigen Einfluss auf die Verfassungs-, Grundrechts- sowie Verfahrensordnung der Mitgliedstaaten hat. Die Schweiz macht hier keine Ausnahme.⁶ Auf vier Aspekte soll im Folgenden eingegangen werden.⁷

2. Direkte Anwendbarkeit

Die Schweiz hat die EMRK im Vergleich zu anderen (west)europäischen Staaten relativ spät ratifiziert.⁸ Dem ersten Zusatzprotokoll ist sie bis heute ferngeblieben. Das hat zur Folge, dass wichtige Garantien wie das Recht auf Eigentum, auf Bildung und auf freie und wiederkehrende Wahlen nicht beim EGMR eingefordert werden können.⁹ Das Bundesgericht erkannte die direkte Anwendbarkeit der EMRK (mit Ausnahme von Art. 13 EMRK) sehr früh an.¹⁰ Das Bundesgericht füllte auch gewisse Lücken im schweizerischen Grundrechtskatalog unter Verweis auf die EMRK.¹¹

⁶ Der Einfluss der EMRK auf das Strafrecht und das Zivilrecht ist jüngst prominent aufgearbeitet worden, vgl. die Referate am Schweizerischen Juristentag von 2022, *Roland Fankhauser*, Der Einfluss der EMRK auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch, ZSR 141 (2022), 5-82; *Maria Ludwiczak Glassey*, L'influence de la CEDH en droit suisse: éléments de droit pénal spécial et de droit de la coopération internationale en matière pénale, ZSR 141 (2022), 83-154; *Marie-Laure Papaux van Delden*, L'influence de la CEDH en droit civil: aspects chosisis du droit des personnes physiques et de la famille, ZSR 141 (2022), 155-274; *Sarah Summers*, Trial and Punishment in the Rule of Law: The Influence of the ECHR on Criminal Law and Process, ZSR 141 (2022), 275-354.

⁷ Ein fünfter wäre die wichtige Rolle der EMRK im Rechtsetzungsprozess, wo Gesetzgebungsprojekte regelmäßig auf ihre Völkerrechtskonformität überprüft werden, dazu z. B. *Giovanni Biaggini*, „Präventive Rechtskontrolle“ – Hintergrund, Inhalt, Folgerungen, LeGes 3 (2010), 309-323; vgl. auch *Fankhauser* (Fn. 6).

⁸ Zu den Gründen vgl. insbesondere *Andreas Kley/Martin Sigrist*, Der Beitritt der Schweiz zur EMRK, in: *Tobias Jaag/Christine Kaufmann* (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 17-52 (17 ff.).

⁹ Allerdings hat die Rechtsprechung des EGMR, zumindest was eigentumsrechtliche Ansprüche im Sozialversicherungsrecht anbelangt, die Lücke mit einer weitreichenden Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK teilweise kompensiert, vgl. EGMR (Große Kammer), *Beeler v. Schweiz*, Urteil v. 11.10.2022, Nr. 78630/12.

¹⁰ Vgl. BGE 103 V 190, 192; *Keller* (Fn. 1) 608 f.; *Regina Kiener*, Der Einfluss auf die BV 1999, in: *Tobias Jaag/Christine Kaufmann* (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 53-89 (53 ff., 69 ff.).

¹¹ Vgl. z. B. BGE 142 IV 207 E. 8.2 (nemo tenetur); *Regina Kiener*, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: *Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler* (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich: Schulthess 2020, 1193-1221 (Rn. 16).

3. Grosszügige Rezeption der Urteile

Das Bundesgericht stand und steht der Rechtsprechung des EGMR grundsätzlich positiv gegenüber – auch wenn sich unter den einzelnen Abteilungen gewisse Unterschiede ausmachen lassen.¹² Das gilt einerseits für Urteile, die die Schweiz betreffen,¹³ aber auch für Urteile, die gegenüber anderen Staaten ergangen sind.¹⁴ Das Bundesgericht ist zwar EMRK-freundlich, aber auch vorsichtig und zurückhaltend.¹⁵ Wenn ein menschenrechtlicher Schritt gemacht werden muss, überlässt das Bundesgericht das gerne dem EGMR.¹⁶

Bei der Totalrevision der Bundesverfassung spielte die EMRK eine tragende Rolle.¹⁷ Es war erklärtes Ziel, den lückenhaften Grundrechtskatalog der alten Bundesverfassung (BV) an die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR anzugeleichen.¹⁸

4. Rang der EMRK

Die Bundesverfassung äussert sich nicht abschliessend zur Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht.¹⁹ Prominent ist das Diktum der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung in BGE 148 II 169 in E. 5.2, wo die herrschende Praxis wie folgt zusammengefasst wird:

¹² Keller (Fn. 1), 607 f.

¹³ Das gilt auch dann, wenn das Bundesgericht zwar an einer EMRK-widrigen Praxis festhalten will. Sogar in dieser Situation wird wenigstens im Revisionsverfahren der konkreten Partei, die beim EGMR obsiegt hat, Recht gegeben, vgl. etwa das Revisionsbegehren in der Rechtssache EGMR, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, Urteil v. 9.11.2010, Nr. 664/06, Urteil des Bundesgerichts v. 8.9.2011, 5F_4/2011.

¹⁴ Beispiel: EGMR (Grosse Kammer), *Goodwin v. United Kingdom*, Urteil v. 11.7.2002, Nr. 28957/95, und Quellschutz für Journalisten. Vgl. aber auch hinten II. 5. *Revisionsmöglichkeit* zur Revision und zum Unmut, den das Bundesgericht diesbezüglich äusserte.

¹⁵ Vgl. dazu im Detail Keller (Fn. 1), 601 ff.

¹⁶ Sinnbildlich dazu z. B. Auflistung in Frank Schürmann, Wichtige Schweizer Fälle vor den EMRK-Organen, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 184 f.

¹⁷ Jörg Paul Müller, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. II: Rechtsstaatlichkeit, Grund- und Menschenrechte, Zürich: Schulthess 2020, 1165–1191 (Rn. 8); Künzli (Fn. 2), Rn. 18.

¹⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I, 1 ff., 34 ff., 137 ff.

¹⁹ Vgl. Oliver Diggelmann, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. I: Grundlagen, Demokratie, Föderalismus, Zürich: Schulthess 2020, 265–284 (Rn. 16).

„In Übereinstimmung mit Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge [...] gehen in der Rechtsanwendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vor [...]. Dieser Grundsatz könnte nach einer älteren – weitgehend nicht mehr anwendbaren – Rechtsprechung lediglich allenfalls eine Ausnahme erfahren, wenn der Gesetzgeber bewusst die völkerrechtliche Verpflichtung missachten und insofern die politische Verantwortung hierfür übernehmen will (BGE 99 I b 39 E. 3 und 4, 44 f. [Schubert‘-Praxis]; 138 II 524 E. 5.3.2, 534 f.). Die Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung jedoch von Vornherein nicht, wenn – wie hier im Rahmen eines Freiheitsentzugs – menschen- oder freizügigkeitsrechtliche Verpflichtungen der Schweiz infrage stehen [...]; diesfalls geht die völkerrechtliche Norm der abweichenden nationalen Regelung gemäss der Rechtsprechung auch dann vor, wenn der schweizerische Gesetzgeber davon abweichen wollte [...]. Die nationalen Bestimmungen sind dementsprechend in Übereinstimmung mit den Vorgaben von Art. 28 Dublin-III-Verordnung in Berücksichtigung der Praxis des EuGH zu dieser Bestimmung auszulegen [...]; ist dies nicht möglich, geht Art. 28 Dublin-III-Verordnung dem nationalen Recht vor; es verbleibt kein Raum für die Anwendung der ‚Schubert‘-Praxis [...].“²⁰

Diese Zusammenfassung der Rechtsprechung deckt sich mit der Auffassung der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung, die sich spezifisch zum Rangverhältnis zwischen Bundesgesetzen und der EMRK in BGE 144 I 126 E. 3 folgendermassen geäussert hat:

„Die Beschwerdeführer stellen die Vereinbarkeit dieser Bestimmung (sc. Art. 15 Abs. 3a BÜPF) mit der Bundesverfassung und der EMRK in Frage. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bundesgesetze neben Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 190 BV). Bundesgesetzen kann damit weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern [...]. Besteht allerdings ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibt regelmässig unanwendbar [...]. Dies gilt uneingeschränkt für Abkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, auf welche die sog. ‚Schubert‘-Praxis [...] keine Anwendung findet.“²¹

²⁰ Hervorhebung hinzugefügt. Dazu: Astrid Epiney, Ist die „Schubert-Rechtsprechung“ noch aktuell? Zur Frage des Verhältnisses zwischen Völker- und Landesrecht, AJP/PJA 2023, 699-708.

²¹ So auch die I. sozialrechtliche Abteilung in BGE 133 V 367 E. 11.1.1.

Diese Auffassung wird allerdings nicht vollumfänglich von der I. und der II. zivilrechtlichen Abteilung geteilt, welche die Gültigkeit und Tragweite der „Schubert“-Praxis explizit offenlassen.²² Auch erscheint unklar, ob die sozialrechtlichen Abteilungen sich der Auffassung der öffentlich-rechtlichen Abteilungen anschliessen.²³ Die strafrechtliche Abteilung hingegen scheint die Auffassung der öffentlich-rechtlichen Abteilungen zu teilen (sie lässt sogar den Vorbehalt zu Gunsten der „Schubert“-Praxis unerwähnt).²⁴

Ob diese Rechtsprechung auch für das Verhältnis von Bundesverfassung und EMRK gilt, ist noch unklar.²⁵ Das Bundesgericht (genauer die II. öffentlich-rechtliche Abteilung) hat sich in der *Cause célèbre* BGE 139 I 16 E. 5 in einem *obiter dictum* zwar in diesem Sinne geäussert.²⁶ Diese Rechtsprechung scheint im Moment aber noch etwas disparat zu sein.²⁷ Wenn auch die Einzel-

²² BGE 136 III 168 E. 3.3.4: „Die verweigerte Änderung bzw. Anpassung des ehelichen Namensrechts an die EMRK bzw. aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte läuft darauf hinaus, dass der schweizerische Gesetzgeber bewusst den Grundsatz der Einheit der Familie und ihres Namens höher gewichtet als den Rechtsgleichheitsgrundsatz, wie ihn der Europäische Gerichtshof versteht. Damit liegt nahe, gemäss BGE 99 I b 39 ff. i. S. Schubert das Bundesgesetz weiterhin als massgeblich zu erachten [...], zumal eine Aufhebung der Pflicht zur gemeinsamen Namensführung sinnvollerweise mit der gesetzlichen Gestaltung des Namens der allfälligen gemeinsamen Kinder verbunden wird [...]. Ob diese Sichtweise – Massgeblichkeit der geltenden ZGB-Bestimmungen – mit der neueren Rechtsprechung vereinbar ist, wonach das Bundesgericht der EMRK den Vorzug gibt, wenn eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte droht [...], braucht im konkreten Fall – wie sich aus dem Folgenden ergibt – nicht abschliessend entschieden zu werden.“ Auch offengelassen in Urteil des Bundesgerichts v. 9.6.2017, 5A_780/2016 E. 6.2 und von der I. zivilrechtlichen Abteilung in BGE 146 III 25 E. 7.

²³ Vgl. BGE 146 V 87 E. 8.2 ff. und BGE 140 V 493 E. 5.5.2.

²⁴ Urteil des Bundesgerichts v. 16.12.2015, 6B_896/2014 E. 3.

²⁵ M. w. H. Martin E. Looser, Art. 190, in: Bernhard Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen: DIKE 2023, Rn. 55.

²⁶ BGE 139 I 16 E. 5.3: „Das Bundesgericht ist auch bei Berücksichtigung von Art. 121 Abs. 3 BV hieran (sc. an die Umsetzungsverpflichtung der Urteile des EGMR) gebunden. Es hat die sich aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergebenden Vorgaben weiterhin umzusetzen (vgl. Art. 190 BV). Es kann in der durch diese gebotenen Interessenabwägung der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik zugesteht. In diesem Rahmen kann die erforderliche Interessenabwägung jedoch nicht schematisierend auf einzelne im Verfassungsrecht mehr oder weniger klar umschriebene Anlassstaten reduziert werden, ohne dass der Strafhöhe und den weiteren zur Rehfertigung des mit der Aufenthaltsbeendigung verbundenen Eingriffs in das Privat- und Familienleben erforderlichen Aspekten Rechnung getragen wird.“ Zur Kritik an diesem Entscheid siehe Giovanni Biaggini, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114 (2013), 316-337 (316 ff.).

²⁷ Vgl. dazu auch Andreas Ziegler, Bundesverfassung und Völkerrecht, in: Bernhard Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen: DIKE 2023, Rn. 54.

heiten nicht abschliessend feststehen, so verfestigt sich in neuerer Zeit, dass die EMRK vor der schweizerischen Rechtsordnung (ev. mit Ausnahme der BV) Vorrang geniesst.²⁸

5. Revisionsmöglichkeit

Art. 122 Bundesgerichtsgesetz (BGG) sowie Art. 45 Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG) sehen die Möglichkeit vor, dass Entscheide aufgehoben werden können unter drei kumulativen Voraussetzungen: Erstens, wenn der EGMR in einem endgültigen Urteil eine Verletzung der EMRK festgestellt hat; zweitens, wenn eine Entschädigung nicht geeignet ist, um die Verletzung auszugleichen; und drittens, wenn die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen.

Diese Revisionsmöglichkeit führt im Vergleich zu Entscheidungen anderer Menschenrechtsorgane zu einer einzigartigen Privilegierung der EMRK in der schweizerischen Rechtsordnung.²⁹ Sie lässt sich nur mit der starken institutionellen Absicherung der EMRK erklären.

Die Revisionsmöglichkeit vor dem Bundesgericht darf nicht als Automatismus verstanden werden. D.h. nicht jedes Urteil aus Strassburg führt zu einer Revision vor dem Bundesgericht oder dem Bundesverwaltungsgericht. Das Revisionsgesuch ist innert 90 Tagen einzureichen, nachdem das Urteil des EGMR rechtskräftig geworden ist (Art. 124 Abs. 1 lit. c BGG). Das Revisionsbegehr muss rechtsgenügend im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG begründet sein.³⁰ Der Streitgegenstand vor dem Bundesgericht wird wesentlich durch das Verfahren vor dem EGMR festgelegt. Hat der EGMR beispielsweise die Frage, ob ein materieller Schaden vorliegt mangels eines Begehrens nicht prüfen können, kann diese Frage auch nicht im Revisionsverfahren vor dem Bundesgericht geklärt werden.³¹ Das Bundesgericht hat sich insbesondere auch zur Frage geäussert, ob relativ pauschale Äusserungen des EGMR den Streitgegenstand im Revisionsverfahren beschränken. Das hat es nach einem Meinungsaustausch gemäss Art. 23 BGG verneint.³² Dies darf durchaus als Akt einer EMRK-freundlichen Rechtsprechung verstanden wer-

²⁸ BGE 148 II 169, in welchem sich das Bundesgericht allgemein auf „widersprechendes Landesrecht“ bezieht; vgl. Looser (Fn. 25), Rn. 48, 53 ff.

²⁹ Künzli (Fn. 2), Rn. 16. Im Vergleich zu anderen Europaratstaaten ist die Revisionsmöglichkeit allerdings nichts Aussergewöhnliches, vgl. Keller/Stone Sweet (Fn. 5), 704 f.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts v. 22.7.2020, 6F_18/2020 E. 2.2.

³¹ BGE 137 I 86 E. 3.2.2 (vgl. allerdings für den konkreten Fall E. 7.1).

³² BGE 142 I 42 E. 2.4.4: „Eine Revision ist (auch) zulässig, wenn zwar materielle Interessen zur Diskussion stehen, der EGMR aber nach Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten die beantragte Entschädigung nach Art. 41 EMRK nicht inhaltlich prüft, sondern sie ohne nähere Begründung ‚unter Verneinung der Kausalität‘ ablehnt.“

den, denn das Bundesgericht stellt das Revisionsverfahren ganz in den Dienst einer *restitutio in integrum*, d. h. die beschwerdeführende Person soll in den Zustand versetzt werden, der bestünde, wenn die EMRK-Verletzung nicht stattgefunden hätte.³³

Eine Revision bleibt allerdings nur insoweit möglich, als sie geeignet und erforderlich ist, um über die finanzielle Abgeltung hinaus fortbestehende, konkrete nachteilige Auswirkungen der Konventionsverletzung im Rahmen des ursprünglichen Verfahrens zu beseitigen.³⁴

In aller Regel führt die Revision vor dem Bundesgericht zu keinen Problemen.³⁵ Nur in drei Fällen hat das Bundesgericht im weiteren Umfeld des Revisionsverfahrens seinen Unmut über die Rechtsprechung des EGMR kundgetan. Das geschah in den Rechtssachen *Schlumpf* (von der II. sozialrechtlichen Abteilung),³⁶ *Moor* (von der I. zivilrechtlichen Abteilung)³⁷ und *I. L.* (von der I. öffentlich-rechtliche Abteilung)³⁸.

³³ BGE 137 I 86 E. 3.2.1.

³⁴ Urteil des Bundesgerichts v. 5.3.2019, 5F_8/2018 E.3.2.1.

³⁵ Vereinzelt kommt es auch zu Ablehnungen von Revisionsbegehren, vgl. Urteil des Bundesgerichts v. 5.3.2019, 5F_8/2018. Stattgegebene Revisionsanträge nach einem rechtskräftigen Urteil des EGMR: Urteile des Bundesgerichts v. 22.5.2018, 6F_2018; v. 27.5.2014, 2F_1/2014; v. 8.9.2011, 5F_4/2011.

³⁶ *Schlumpf c. Suisse*, Urteil v. 8.1.2009, Nr. 29002/06, BGE 137 I 86 insbesondere E. 7.3.2: „Der EGMR hat in § 122 seines Urteils die Frage nach dem Ausgang des EVG-Verfahrens ohne Konventionsverletzung offengelassen. Er hat aber, wie ausgeführt, für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, das EVG hätte der Versicherten nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK den Nachweis ermöglichen müssen, dass die Geschlechtsanpassung vor Ablauf der von der Rechtsprechung verlangten zweijährigen Beobachtungsphase medizinisch notwendig war, und das EVG habe die Zweijahres-Regel in einer Art. 8 EMRK zuwiderlaufenden mechanischen Weise angewandt resp. es konventionswidrig unterlassen, im Hinblick auf eine mögliche Ausnahme von der Regel eine Einzelfallprüfung vorzunehmen [...]. Damit unterstellt der EGMR zwingend, dass das EVG-Verfahren bei konventionskonformem Vorgehen zu Gunsten der Versicherten hätte ausfallen können. Dies hat das Bundesgericht so entgegenzunehmen [...], wirft aber – wie nachfolgend verdeutlicht – grundsätzliche Fragen nach der Grenzziehung zwischen der Rechtsprechungszuständigkeit des EGMR und der schweizerischen Gerichtsbarkeit im Bereich sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche auf.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁷ Vgl. dazu das Revisionsverfahren BGE 142 I 42. Zum Ganzen auch BGE 146 III 25. Dieses Urteil stellt kein Revisionsverfahren dar, sondern eine Beschwerde in Zivilsachen von anderen Asbestopfern als in der Rechtssache *Moor*. Das Bundesgericht hatte dieses Verfahren allerdings ausgesetzt, um den Ausgang der Rechtssache *Moor c. Suisse* sowie die Beratungen in den Eidgenössischen Räten über die Neuregelung des Verjährungsrechts abzuwarten. In diesem Verfahren grenzt das Bundesgericht die Rechtsprechung *Moor* ein.

³⁸ BGE 146 I 115, die Regesten in diesem Urteil sprechen von einer „Auseinandersetzung mit dem Urteil des EGMR *I. L. gegen Schweiz*.“ In Tat und Wahrheit verteidigte die I. öffentlich-rechtliche Abteilung ihre Rechtsprechung in der Hoffnung, diese Rechtsauffassung würde in einem Verfahren vor der Grossen Kammer so akzeptiert. Das eigentliche Revisionsbegehren von *I. L.* wurde vom Bundesgericht dann abgelehnt, Urteil des Bundesgerichts v. 22.7.2020, 6F_18/2020.

Letzterer Fall ist besonders spannend, weil das Bundesgericht an seiner Praxis festhielt, auch nachdem der EGMR sich dazu negativ im Urteil der dritten Sektion geäussert hatte.³⁹ Die Schweizer Regierung hatte einen Antrag gestellt, dass die Rechtssache *I. L. c. Suisse* an die Grosse Kammer verwiesen wird, was das Panel aber ablehnte. In der Zwischenzeit hatte das Bundesgericht mehrere Verfahren EMRK-widrig entschieden, die beim EGMR anhängig gemacht wurden. Diese wurden alsdann in der Form von gütlichen Einigungen im Sinne von Art. 39 EMRK beigelegt.⁴⁰ Das Festhalten des Bundesgerichts an seiner EMRK-widrigen Praxis kam die Schweiz teuer zu stehen: Sie zahlte für ihre Haltung eine Summe von insgesamt EUR 182.000,-.⁴¹

III. Auswirkungen der EMRK-Freundlichkeit

1. Materieller Grundrechtsausbau

Ohne Zweifel hatten die Rechtsschutz- und Verfahrensgarantien den grössten Einfluss auf die schweizerische Rechtsordnung gehabt.⁴² Der Ausbau der strafprozessualen Garantien, die Vereinheitlichung der Straf- und Zivilprozessordnungen haben wesentlich von der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das sich wiederum vom EGMR hat inspirieren lassen, profitiert.⁴³ Art. 5 EMRK spielt für die Schweiz nach wie vor eine beachtliche Rolle.⁴⁴

Medial sehr präsent ist die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK, und da allen voran in ausländerrechtlichen Fragen. Aber auch der Ausbau des

³⁹ BGE 146 I 115; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts v. 3.2.2020, 1B_24/2020 und v. 25.3.2021, 1B_96/2021.

⁴⁰ Entscheide v. 19.5.2022 *Karim c. Switzerland*, Nr. 53526/20; *Hofmann c. Switzerland*, Nr. 42059/20; *Bill c. Switzerland*, Nr. 40876/20; *Balmer c. Switzerland*, Nr. 30384/19; *Beregszaszy c. Switzerland*, Nr. 18875/19; *U. B. c. Switzerland*, Nr. 17715/20.

⁴¹ EUR 160.000.- „non-pecuniary damage“ plus EUR 22.000 – „costs and expenses“, vgl. Fn. 40 hiervor.

⁴² *Regina Kiener* (Fn. 10), 62, 81; vgl. auch *Maya Hertig Randall*, Auswirkungen der EMRK auf andere Rechtsgebiete, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 139-172 (170); *Hansjörg Seiler*, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsordnung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 3/2014, 265-368 (325); vgl. dazu auch *Keller* (Fn. 1), 617 ff.

⁴³ Vgl. dazu etwa *Andreas Donatsch/Irene Arnold*, Auswirkungen der EMRK auf das schweizerische Strafprozessrecht, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 91-113 (93 ff.); *Summers* (Fn. 6).

⁴⁴ Statt vieler sei hier auf das neueste Urteil im Massnahmenrecht verwiesen EGMR, *W. A. c. Suisse*, Urteil v. 2.11.2021, Nr. 38958/16.

Persönlichkeitsschutzes ist ohne Zweifel von der EMRK mitbestimmt worden. Art. 8 (vor allem in Verbindung mit Art. 14 EMRK) hat auch im Sozialversicherungsrecht eine grosse Bedeutung erlangt.⁴⁵

Schliesslich profiliert sich der EGMR als Hüter der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit. Der EGMR hat in den letzten Jahren immer wieder Urteile gegen die Schweiz angenommen, in denen eine Verletzung von Art. 10 EMRK festgestellt worden ist.⁴⁶

Weniger bekannt, aber im Sinne einer EMRK-freundlichen Rechtsprechung durchaus wichtig, ist auch der Umstand, dass das Bundesgericht immer wieder vor allem verfahrensrechtliche Entscheide trifft, die von der EMRK inspiriert sind. In zahlreichen Fällen leitete das Bundesgericht beispielsweise ein rechtlich geschütztes Interesse, welches etwa für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 115 lit. b BGG oder für die Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG erforderlich ist, aus Art. 2 oder Art. 3 EMRK, allenfalls in Verbindung mit Art. 13 EMRK, ab.⁴⁷ Dadurch erfährt insbesondere der Rechtsschutz von Opfern staatlicher Gewalt⁴⁸ eine wesentliche Stärkung.⁴⁹ Auch tritt das Bundesgericht bei Haftbeschwerden oder ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen trotz Fehlen eines aktuellen und praktischen Interesses auf Beschwerden ein beziehungsweise leitet ein entsprechendes Interesse aus dem Gebot des fairen Verfahrens und der Prozessökonomie ab, wenn Verletzungen der EMRK (insbesondere von Art. 5 EMRK) geltend gemacht werden und eine inhaltliche Prüfung dieser Rügen sonst nicht innert angemessener Frist stattfinden

⁴⁵ *Beeler c. Suisse* (Fn. 9).

⁴⁶ So etwa in EGMR, *Jecker c. Suisse*, Urteil v. 6.10.2020, Nr. 35449/14; EGMR, *GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse*, Urteil v. 9.1.2018, Nr. 18597/13; EGMR, *Perinçek c. Suisse*, Urteil v. 15.10.2015, Nr. 27510/08.

⁴⁷ Z. B. Urteile des Bundesgerichts v. 16.6.2021, 1D_10/2020 E. 2.2. ff. und v. 1.12.2021, 1B_520/2021 E. 3.2.

⁴⁸ Wenn die Privatklägerschaft demnach Staatshaftungs- und keine Zivilansprüche i. S. v. Art. 81 Abs. 1 lit. b BGG geltend macht, vgl. Urteile des Bundesgerichts v. 1.12.2021, 6B_1391/2020; v. 8.9.2021, 6B_735/2021; v. 10.11.2021, 6B_1063/2021; v. 29.11.2021, 6B_106/2021.

⁴⁹ M. w. H. *Moritz Oehen*, Opfer zweiter Klasse: Opfer staatlicher Gewalt und die Beschwerde in Strafsachen, *sui-generis* (2015), 34-49. Als Erweiterung der sog. „Star-Praxis“, wonach das Bundesgericht auf Rügen formeller Natur trotz fehlender Sachlegitimation eintritt, anerkennt das Bundesgericht mitunter gestützt auf Art. 3 EMRK ein rechtlich geschütztes Interesse von Beschwerdeführenden, die in vertretbarer Weise vorbringen, Opfer staatlicher Gewalt (i. S. von Art. 3 EMRK) geworden zu sein, denn diese haben Anspruch auf eine vertiefte und prompte Untersuchung der Vorwürfe (BGE 131 I 455 gestützt auf EGMR, *Assenov u. a. gegen Bulgarien*, Urteil v. 28.10.1998, Nr. 24760/94; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts v. 15.6.2021, 6B_1297/2020; v. 8.9.2021, 6B_735/2021; v. 10.11.2021, 6B_1063/2021).

würde.⁵⁰ Die EMRK-freundliche Auslegung zeigt schliesslich auch für das Summarverfahren der Zivilprozessordnung (ZPO) Bedeutung. So leitet die I. zivilrechtliche Abteilung gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf eine öffentliche mündliche Verhandlung im summarischen Verfahren ab.⁵¹

2. Faktische Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Das schweizerische Verfassungssystem zeichnet sich dadurch aus, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit nur teilweise gegeben ist. Das Bundesgericht verfügt über eine verfassungsgerichtliche Kontrolle gegenüber den Kantonen. Im Bund jedoch ist die Verfassungsgerichtsbarkeit durch Art. 190 BV eingeschränkt. Dieser bestimmt, dass Bundesgesetze (und völkerrechtliche Verträge) für das Bundesgericht verbindlich sind. Das bedeutet, dass ein verfassungswidriges Bundesgesetz vom Bundesgericht zwar überprüft (und so auch kritisiert) werden darf, aber es ist im Endeffekt anzuwenden.⁵²

Mit der Rezeption der EMRK hat sich diese verfassungsrechtliche Ausgangssituation verändert. Weil das Bundesgericht laut Art. 190 BV auch an völkerrechtliche Verträge gebunden ist, hat es seine verfassungsgerichtliche Rechtsprechung im Bereich, der von der EMRK abgesichert ist, ausgebaut. Das hat zwar zu einer Stärkung der menschenrechtlichen Schutzstandards geführt.⁵³ Jedoch wirkt dieses System unausgewogen und fragmentiert.⁵⁴ Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum das Bundesgericht nur bestimmte Menschenrechte für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle anwenden darf,

⁵⁰ Z.B. Urteile des Bundesgerichts v. 28.6.2021, 1B_280/2021 E. 1; v. 9.4.2021, 1B_138/2021 E. 1.3; v. 24.3.2021, 2C_961/2020 E. 1.2.1f; v. 10.2.2021, 6B_1014/2020 E. 3.3.2; v. 4.3.2021, 6B_153/2021. Das Bundesgericht begründet diese Rechtsprechung im Wesentlichen damit, dass die Aktualität des Rechtsschutzinteresses vor dem EGMR keine Sachurteilsvoraussetzung ist, vgl. Urteil des Bundesgerichts v. 28.6.2021, 1B_280/2021 E. 1 m. H. auf BGE 136 I 274 E. 1.3.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts v. 12.11.2020, 4A_451/2020 E. 2 ff. In einem folgenden Urteil v. 3.5.2021, 4A_104/2021 E. 2.3 ruderte das Bundesgericht wieder zurück und zeigte eine formalistische Haltung. Es verneinte einen entsprechenden Anspruch mit der Begründung, es fehle an einem diesbezüglichen Antrag. Dies führte in der Lehre zu Kritik, denn die Durchführung einer Parteiverhandlung setze keinen Antrag voraus, vgl. den Wortlaut von Art. 256 Abs. 1 ZPO, dazu m. w. H. *Florian Eichel*, Mündlich oder schriftlich? – die Justizierbarkeit des Anspruchs auf mündliche Verhandlung im Zivilprozess unter dem Einfluss der EMRK, SJZ 118 (2022), 583–595.

⁵² Das Bundesgericht bringt seine Praxis auf die Formel, Art. 190 BV statuiere ein Anwendungsgebot, aber kein Überprüfungsverbot; BGE 129 II 249 E. 5.4; BGE 136 I 65 E. 3.2; BGE 144 I 126 E. 3.

⁵³ Müller (Fn. 17), Rn. 10.

⁵⁴ Ähnlich auch Kiener (Fn. 11), Rn. 38.

aber beispielsweise die verfassungsmässige Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht überprüfen soll.⁵⁵

IV. Zeitenwende

1. Von der Shadow Constitution zum systemischen Widerstand

Die einzigartige Erfolgsgeschichte der EMRK und des EGMR erleidet in den 1990er Jahren europaweit einen Einbruch.⁵⁶ Einerseits wurde der EGMR damals Opfer seines eigenen Erfolges und von Beschwerden nur so überhäuft. Andererseits erstarkt spätestens seit der Jahrtausendwende ein menschenrechtskritischer Zeitgeist in Europa. Das geht weder am EGMR noch an der Schweiz spurlos vorbei. Die Mitgliedstaaten bringen dem Konzept der „Shadow Constitution“ seit etwa 2010 immer stärkeren Widerstand entgegen. Allen voran pochten nationale Höchstgerichte auf ihre Kompetenzen im Grundrechtsschutz.⁵⁷ Zum Teil wurde der Widerstand auch politisch in den nationalen Parlamenten sichtbar mit teilweise fragwürdigen Lösungen, in denen die Verbindlichkeit von EGMR-Urteilen in Zweifel gezogen wurde.⁵⁸ Diese Tendenz erfasste sowohl alte wie auch neue Mitgliedstaaten des Europarates. Der Widerstand ist zuweilen punktuell, manchmal aber auch prinzipiell oder systemisch.⁵⁹ Die Schweiz ist in dieser Hinsicht keine Ausnahme.⁶⁰ Der Unmut, den Lausanne teilweise gegenüber

⁵⁵ Astrid Epiney, Art. 190, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, Rn. 43; Vincent Martenet, Art. 190 BV, in: Vincent Martenet/Jacques Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale, Commentaires, Basel: Helbing Lichtenhahn 2021, Rn. 28.

⁵⁶ Dazu: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller, Einführung, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), Wirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention – heute und morgen, Kolloquium zu Ehren des 80. Geburtstages von Luzius Wildhaber, Dike: 2018, 1-5 (3).

⁵⁷ Helen Keller/Reto Walther, Resistance in Switzerland: Populist Rather Than Principled, in: Marten Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?, Heidelberg: Springer 2019, 161-191, (162 ff.); EGMR, Görgülü c. Deutschland, Urteil v. 26.2. 2004, Nr. 74969/01.

⁵⁸ Statt vieler sei auf die russische Rechtslage hingewiesen Vladislav Starzhenetskiy, The Execution of ECtHR Judgements and the ‘Right to Object’ of the Russian Constitutional Court, in: Marten Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?, Heidelberg: Springer 2019, 245-272.

⁵⁹ Marten Breuer, ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgements: Dogmatic Framework and Conceptual Meaning, in: Marten Breuer (Hrsg.), Principled Resistance to ECtHR Judgements – A New Paradigm?, Heidelberg: Springer 2019, 3-34 (4 ff., 18 ff.).

⁶⁰ Keller/Walther (Fn. 57), 171 ff., 182 ff.

Strassburg geäussert hat (und noch heute tut), muss in diesen grösseren Kontext eingeordnet werden.⁶¹

Der menschenrechtskritische Zeitgeist zeigt sich in der Schweiz vor allem auch in Volksbegehren, die in einem klaren Spannungsverhältnis zu den Menschenrechten stehen. Wenn man die in den letzten Jahren erfolgreichen Volksinitiativen anschaut, erleidet die EMRK-Freundlichkeit der schweizerischen Rechtsordnung eine erhebliche Einbusse.⁶² Die Unzufriedenheit gegenüber Strassburg zeigte sich insbesondere in der Lancierung einer Volksinitiative mit dem verfänglichen Namen „Selbstbestimmungsinitiative“. Dahinter verbarg sich eine radikale Absage an die EMRK. Volk und Stände haben die Vorlage im November 2018 klar abgelehnt.

2. Menschenrechtsproblematische Volksinitiativen

Das schweizerische Verfassungssystem sieht relativ wenige Schranken für die Revision der Bundesverfassung durch eine Volkinitiative vor. Eine Volksinitiative auf Bundesebene muss die Einheit der Form wahren und darf nicht gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verstossen. Zu den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zählt der Bundesrat unter anderem auch die notstandsfesten Bestimmungen der EMRK.⁶³ Damit ist wiederum klar, dass ein allfälliger Verstoss gegen die nicht notstandsfesten Bestimmungen der EMRK keinen hinreichenden Grund für eine Ungültigerklärung einer Volksinitiative darstellt. Das hat in den letzten Jahren vermehrt zu verfassungsrechtlichen Spannungen geführt.⁶⁴

Werden potenziell menschenrechtswidrige Volksinitiativen von Volk und Ständen angenommen, steckt der Gesetzgeber in der Bredouille. Einerseits hat die Volksinitiative, obwohl sie den nicht notstandsfesten Bestimmungen der EMRK widerspricht, Eingang in den Text der Bundesverfassung gefunden. Andererseits lässt sich die Initiative aber nicht in einer Weise umsetzen, die dem Wortlaut entspricht, weil sie anderen Bestimmungen der BV – insbesondere den Grundrechten –, sowie der EMRK widerspricht. Der Gesetzgeber muss dann eine Lösung finden. Dabei bleibt die ursprüngliche Intenti-

⁶¹ Vgl. vorne II. 5. Revisionsmöglichkeit zu den Rechtssachen *Schlumpf*, *Moor* und *I.L.*

⁶² Bernhard Ehrenzeller/Gabriel Gertsch, Art. 139, Bernhard Ehrenzeller et. al. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen: DIKE 2023, Rn. 54; Oliver Diggelmann/Sara Pangrazzi, Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in „alten“ Demokratien, in: Magdalena Pöschl/Ewald Wiederin (Hrsg.), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention, Wien: MANZ 2020, 107-118 (109 f.).

⁶³ Botschaft zur Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“, BBI 2013, 9459 ff., 9468 f.; Künzli (Fn. 2), Rn. 22.

⁶⁴ Kiener (Fn. 11), Rn. 19; Müller (Fn. 17), Rn. 13.

on der Initiative weitgehend auf der Strecke und man bemüht sich, eine gesetzgeberische Notlösung im Einklang mit der EMRK zu finden.⁶⁵

Die EMRK nimmt auch in diesem Spannungsfeld eine spezielle Position ein. Wenn der EGMR in einem Urteil gegen die Schweiz die EMRK-Widrigkeit einer Volksinitiative feststellen würde, wäre das für die Schweiz rechtlich und politisch eine grosse Herausforderung. Ein solches Verdict will man auf alle Fälle vermeiden. Die Tendenz, dass menschenrechtswidrige Volksinitiativen von Volk und Ständen angenommen werden, ist in den letzten Jahren etwas zurückgegangen. Der schweizerische Verfassungsgeber täte aber gut daran, dieses Problem in einer grundsätzlichen Weise zu lösen.

V. EMRK-Freundlichkeit kritisch hinterfragt

1. Vermeidung über qualifizierte Rügepflicht?

Für den vorliegenden Beitrag haben wir das eingangs dargestellte klassische Narrativ der EMRK-Freundlichkeit der bündesgerichtlichen Rechtsprechung unter einem besonderen Aspekt kritisch hinterfragt.

Ausgangspunkt war zunächst der Befund, dass die bündesgerichtliche Praxis nicht über alle Abteilungen hinweg der EMRK uneingeschränkten Vorrang einräumen will.⁶⁶ Hinzu kam die Beobachtung, dass das Bundesgericht häufig auf EMRK-Rügen wegen nicht erfüllten Rügeanforderungen nicht eintritt:⁶⁷

Gemäss dem in Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG verankerte Rügeprinzip muss die Beschwerde ans Bundesgericht eine Begründung enthalten, in welcher in gedrängter Form darzulegen ist, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Wird die Verletzung von Grundrechten, worunter auch die Rechte der EMRK fallen,⁶⁸ geltend gemacht, so gilt eine *qualifizierte Rügepflicht*

⁶⁵ Vgl. dazu etwa *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111/2010, 241-274; *Niccolò Raselli*, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel im Ausführungsgesetz zur Ausschaffungsinitiative, Sicherheit & Recht 3/2017, 141-152.

⁶⁶ Siehe oben II. 4. Rang der EMRK; *Stefan Schürer*, Die punktuelle Neutralisierung der EMRK in der Praxis des Bundesgerichts: Zur verkürzten Grundrechtsprüfung, ZBl 117 (2016), 171-187, 171 f.

⁶⁷ Z. B. Urteile des Bundesgerichts v. 14.1.2021, 1B_640/2020 E. 6; v. 1.2.2021, 2C_522/2020 E. 4.1; v. 15.11.2021, 5A_57/2021 E. 3.

⁶⁸ Kritisch äussert sich *Jörg Paul Müller*, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV: Der Freiheit Chancen geben, Bern: Stämpfli 2018, 160 f.: Insbesondere bei offensichtlichen Konventionsverletzungen und, wenn im vorinstanzlichen Verfahren noch keine Prüfung erfolgte, sei die Auffassung, das Bundesgericht habe, im Gegensatz zum übrigen Staatsvertragsrecht, menschenrechtliche Konventionen nicht von Amtes wegen anzuwenden, unhaltbar und mit Blick auf Art. 190 BV verfassungswidrig.

(Art. 106 Abs. 2 BGG): Grundrechtsverletzungen werden vom Bundesgericht nur geprüft, soweit eine entsprechende Rüge in der Beschwerdeschrift vorgebracht und in substantierter Weise begründet wird. Durch das Rügeprinzip wird der Grundsatz *iura novit curia* (Art. 106 Abs. 1 BGG) eingeschränkt. Das Rügeprinzip steht nicht *per se* in einem Spannungsverhältnis zur EMRK. Der EGMR ist allerdings weniger streng als das Bundesgericht, denn er behandelt auch Beschwerden, wenn die Beschwerdeführenden im innerstaatlichen Verfahren nur implizit die EMRK angerufen haben.⁶⁹ So hat der EGMR wiederholt Fälle für zulässig erklärt, auf welche das Bundesgericht wegen fehlender substantierter Rüge nicht eingetreten ist.⁷⁰ Dieser Umstand ist einer der Gründe, weshalb in der Lehre an den strengen Anforderungen, die das Bundesgericht an das Rügeprinzip stellt, Kritik geübt wird.⁷¹ In dieser Hinsicht ist das strenge Rügeprinzip als EMRK-unfreundlich zu werten.

In einer Analyse haben wir untersucht, wie oft die einzelnen Abteilungen auf EMRK-Rügen mit der Begründung der nicht erfüllten Rügepflicht nicht eintraten. Dabei sollte insbesondere untersucht werden, ob sich innerhalb der einzelnen Abteilungen Unterschiede in der Häufigkeit feststellen lassen.

Für die Untersuchung wurde die Anzahl der Nichteintretentsentscheide, welche mit der nicht erfüllten Rügepflicht von EMRK-Rügen begründet wurden, je Abteilung erfasst.⁷²

⁶⁹ Vgl. z. B. EGMR, *Glor c. Suisse*, Urteil v. 30.4.2009, Nr. 13444/04, Rn. 55, betreffend das Urteil des Bundesgerichts v. 9.3.2004, 2A.590/2003 (Befreiung Wehrpflichtersatz); vgl. dazu Heinz Aemisegger, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, Jusletter 20.7.2009, Rn. 42 ff.

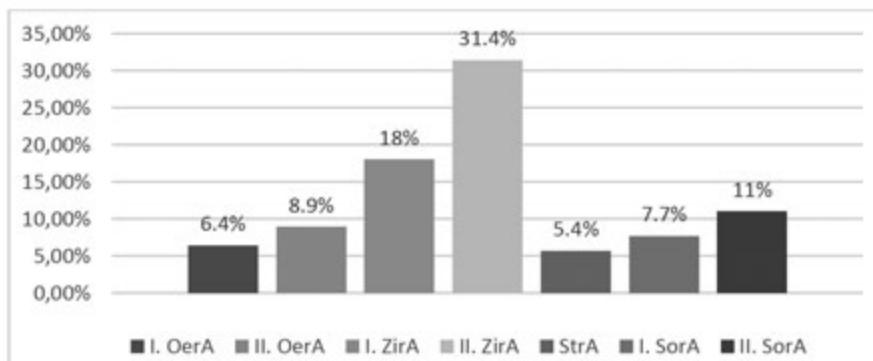
⁷⁰ EGMR, *Kaiser c. Suisse*, Urteil v. 15.3.2007, Nr. 17073/04 (in: Pra. 96 (2007), 744) betreffend das Urteil des Bundesgerichts v. 5.12.2003, 1P.688/2003; vgl. auch EGMR, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, Urteil v. 2.10.2018, Nr. 40575/10 und 57474/10 betreffend das Urteil des Bundesgerichts v. 10.2.2009, 4A_612/2009, E. 2.1i. V. m. E. 2.4.1f.

⁷¹ Heinz Aemisegger, Probleme der Umsetzung der EMRK im schweizerischen Recht, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre EMRK, Zürich: Schulthess 2015, 201-229 (212 ff.); Müller (Fn. 68), 157ff.

⁷² Im untersuchten Zeitraum wurde die Anzahl Entscheide erfasst, in welchen die jeweiligen Abteilungen des Bundesgerichts auf Rügen von EMRK-Bestimmungen explizit mangels hinreichender Begründung nicht eintraten (bzw. wegen „ungenügender Substantierung“ oder „nicht Erfüllen der Rügepflicht“ gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG). Wurden in einem Entscheid mehrere EMRK-Bestimmungen als verletzt gerügt und das Bundesgericht trat lediglich auf eine Rüge mangels hinreichender Begründung nicht ein, so wurde dieser Entscheid dennoch als Nichteintretentsentscheid aus den genannten Gründen in die Berechnung aufgenommen. Das so ermittelte Total der Entscheide in der jeweiligen Abteilung wurde in Relation zu den Nichteintretentsentscheiden mangels hinreichender Begründung gesetzt. Daraus ergibt sich die jeweilige Prozentzahl. Es ist darauf hinzuweisen, dass nicht jeder Entscheid aus den Treffern (d. h. Entscheid, welcher den Suchbegriff „EMRK“ aufweist) auch Rügen von EMRK-Bestimmungen enthält. Eine Tendenz lässt sich dennoch mit dieser Erhebung aufzeigen. Die Tabelle der erfassten Entscheide ist bei den Autorinnen einsehbar.

Zeitlich ist die Suche auf das Jahr 2021 eingegrenzt worden. Untersucht wurden alle publizierten wie auch die nicht in der Amtlichen Sammlung abgedruckten Entscheide des Bundesgerichts, welche das Stichwort „EMRK“, „CEDH“ oder „CEDU“ enthielten. Das ergab für das Bundesgericht eine Gesamtsumme von 1.163 Entscheiden. Auf die einzelnen Abteilungen sind die Entscheide folgendermassen verteilt: I. öffentlich-rechtliche Abteilung mit 234 Entscheiden; II. öffentlich-rechtliche Abteilung mit 326 Entscheiden; I. zivilrechtliche Abteilung mit 50 Entscheiden; II. zivilrechtliche Abteilung mit 102 Entscheiden; strafrechtliche Abteilung mit 388 Entscheiden; I. sozialrechtliche Abteilung mit 26 Entscheiden; II. sozialrechtliche Abteilung mit 37 Entscheiden. Diese Entscheide haben wir rein numerisch in Relation zur Gesamtzahl der Entscheide gesetzt.

Die empirische Untersuchung zeigt, dass das Bundesgericht relativ häufig wegen ungenügender Begründung nicht auf EMRK-Rügen eintritt. Zur Häufigkeit der Nichteintretentscheide aus diesem Grund lassen sich innerhalb der Abteilungen teilweise grosse Unterschiede feststellen:



In den total 102 untersuchten Entscheiden der II. zivilrechtlichen Abteilung, welche im untersuchten Zeitraum den Begriff „EMRK“, „CEDH“ oder „CEDU“ enthielten,⁷³ trat das Bundesgericht in 32 Entscheiden auf EMRK-Rügen mangels hinreichender Begründung nicht ein, was 31.4 % entspricht. Damit ist sie die Abteilung mit den meisten dieser Nichteintretentscheide. Mit 18 % folgt die I. zivilrechtliche Abteilung (9 von 50 Entscheiden).

Zum Vergleich sind es in der strafrechtlichen Abteilung lediglich 5.4 % (21 von 388 Entscheiden). In der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung sind es 6.4 % (15 von 234) und in der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung 8.9 % (29 von 326). In den sozialrechtlichen Abteilungen, in welchen nur eine vergleichsweise

⁷³ Vgl. Fn. 72 hiervor.

kleine Zahl von Entscheiden zur Diskussion standen, sind die Zahlen zwar weniger repräsentativ, jedoch liegen die Prozentsätze mit 8.1 % in der II. sozialrechtlichen Abteilung (3 von 37 Entscheiden) und 7.7 % (2 von 26 Entscheiden) in der I. sozialrechtlichen Abteilung deutlich unter denjenigen der zweiten zivilrechtlichen Abteilung.

Dieser empirische Befund lässt sich unterschiedlich interpretieren. Man könnte ihn darauf zurückführen, dass die Beschwerdeführenden (welche in allen Abteilungen teilweise nicht anwaltlich vertreten waren) in zivilrechtlichen Angelegenheiten die Beschwerden viel schlechter begründen und substantiiieren. Das erscheint uns allerdings nicht plausibel. Auch erscheint es uns nicht naheliegend, dass generell bei zivilrechtlichen Streitigkeiten der EMRK-rechtliche Bezug schwieriger herzustellen ist als in öffentlich-rechtlichen oder strafrechtlichen Angelegenheiten. Die Zahlen lassen vielmehr den Schluss zu, dass die ohnehin strengen Anforderungen an die Begründung von EMRK-Rügen (und Grundrechtsrügen generell) in einzelnen Abteilungen noch höher gesteckt werden.

Indem das Bundesgericht gehäuft auf EMRK-Rügen nicht eintritt und diese damit bereits auf der Stufe der Eintretensvoraussetzungen scheitern lässt, vermeidet es allfällige Konflikte mit der EMRK oder zumindest geht es einer vertieften Auseinandersetzung mit der EGMR-Rechtsprechung aus dem Weg.

Die Frage, ob das Voraussetzen einer vertiefteren rechtlichen Auseinandersetzung insbesondere von nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführenden der EGMR-Rechtsprechung entspricht, kann hier offenbleiben. Der Verwirklichung der Grundrechte im Allgemeinen – und der EMRK im Speziellen – ist eine diesbezüglich strenge Praxis jedenfalls nicht förderlich. Es wäre zu begrüßen, wenn das Bundesgericht die Begründungsanforderungen etwas grosszügiger handhaben würde.⁷⁴

2. Gleichsetzung

Eine weitere Beobachtung zur Umgehung einer (vertiefteren) Auseinandersetzung mit EMRK-Garantien lässt sich in einer impliziten oder expliziten Gleichsetzung zwischen Normen aus Bundesgesetzen oder der Bundesverfassung mit den Garantien der EMRK feststellen. Das Bundesgericht geht nämlich häufig in Fällen, in denen sowohl die Bundesverfassung als auch die

⁷⁴ Ansätze dafür finden sich bereits in früheren Entscheiden, vgl. z. B. BGE 122 V 47 E. 4; Urteil des Bundesgerichts v. 14.9.2011, 1B_423/2011 E. 3; m. w. H. *Aemisegger*, Umsetzung (Fn. 69), Rn. 44 und Fn. 106; *Aemisegger*, Probleme (Fn. 71), 212.

EMRK gerügt worden sind, nur auf die landesrechtlichen Bestimmungen ein.⁷⁵ Implizit werden so die Schutzgehalte der beiden Grundrechtsgarantien der BV und der EMRK gleichgesetzt. In anderen Entscheiden wird explizit erwähnt, die EMRK-Garantie gehe nicht über die Bundesverfassungsgarantie oder eine Gesetzesbestimmung hinaus⁷⁶ oder, dass sich aus der EMRK „analoge grundrechtliche Garantien“ ergeben.⁷⁷ Teilweise wird auch nur Bezug genommen auf eine Gesetzesbestimmung und gesagt, diese konkretisiere die EMRK-Garantie.⁷⁸ Die Schutzgehalte der Grundrechtsgarantien der BV und der EMRK decken sich zwar in vielen Bereichen,⁷⁹ es gibt auch BV-Garantien, die über diejenigen der EMRK hinausgehen.⁸⁰ Dennoch gibt es Unterschiede,⁸¹ weshalb eine pauschale Gleichsetzung zu undifferenziert ist.

Die Problematik dieses Vorgehens sei an folgendem Beispiel illustriert: In einem früheren Leitentscheid zum Bettelverbot nahm das Bundesgericht keine Prüfung von Art. 8 EMRK vor, da der Rüge keine eigenständige Bedeutung im Vergleich zur Rüge von Art. 10 Abs. 2 BV zugesprochen wurde.⁸² Auch in dem Bundesgerichtsentscheid, der dem EGMR-Urteil *Lacatus c. Suisse* zugrunde lag,⁸³ behandelte das Bundesgericht im Sinne dieser Praxis die Rüge von Art. 8 EMRK nicht.⁸⁴ Hätte eine vertiefte Prüfung von Art. 8 EMRK und der diesbezüglichen EGMR-Rechtsprechung stattgefunden, wäre die Feststellung einer Verletzung von Art. 8 EMRK durch den EGMR allenfalls vermeidbar gewesen.

In dem Bundesgerichtsentscheid,⁸⁵ welcher dem jüngst ergangenen Urteil des EGMR *Beeler c. Suisse* voranging und in welchem der EGMR eine Ver-

⁷⁵ Z. B. Urteile des Bundesgerichts v. 22.6.2021, 4D_31/2021 E. 2; v. 26.8.2021, 4A_52/2021 E. 2.1; v. 6.7.2021, 8D_8/2020 E. 5.1 f.

⁷⁶ Z. B. Urteile des Bundesgerichts v. 17.2.2021, 1C_202/2020 E. 3.1; v. 12.10.2021, 2C_696/2021 E. 6; v. 19.8.2020, 4A_52/2020 E. 2.1; v. 12.2.2021, 5A_917/2020 E. 2.2.1; v. 7.1.2021, 6B_690/2020 E. 5.2; v. 19.1.2021, 6B_1091/2020 E. 3.1 (bzgl. Art. 8 EMRK); v. 24.11.2021, 8C_475/2021 E. 6.2; v. 26.6.2020, 9C_778/2020 E. 4.2.

⁷⁷ Z. B. BGE 147 IV 518 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts v. 17.2.2021, 1C_202/2020 E. 3.1.

⁷⁸ Z. B. BGE 147 I 463 E. 8.3.3; Urteile des Bundesgerichts v. 13.10.2021, 5A_202/2021 E. 4.1; v. 21.1.2021, 1B_395/2020 E. 7.1.

⁷⁹ Vgl. auch *Andreas Zünd*, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP/PJA 2013, 1349-1357 (1351 f.).

⁸⁰ Z. B. Art. 29 BV: *Bernhard Waldmann*, Art. 29, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, Rn. 16; *Kiener* (Fn. 10), 66 f., 72 f.

⁸¹ Z. B. zu Gehalten aus Art. 5 und 6 EMRK, welche nicht in der BV enthalten sind *Kiener* (Fn. 10), 81 ff. Vgl. genereller auch *Zünd* (Fn. 79), 1351 f.

⁸² Vgl. Urteil des Bundesgerichts v. 9.5.2008, 6C_1/2008 E. 4 (publiziert in BGE 134 I 214, jedoch ohne E. 4).

⁸³ EGMR, *Lacatus c. Suisse*, Urteil v. 19.1.2021, Nr. 14965/15.

⁸⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts v. 10.9.2014, 6B_530/2014 E. 1.1.

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts v. 4.5.2012, 9C_617/2011 E. 3.3.

letzung von Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK feststellte,⁸⁶ nahm das Bundesgericht zwar keine solche „Gleichsetzung“ vor, prüfte Art. 8 EMRK jedoch nur oberflächlich, obwohl bereits in diesem Zeitpunkt die EGMR-Rechtsprechung i. S. *Glor c. Suisse* zu berücksichtigen gewesen wäre.⁸⁷ In dem Bundesgerichtsentscheid,⁸⁸ welcher dem Urteil des EGMR i. S. *Jecker c. Suisse* zugrunde lag, in welchem der EGMR eine Verletzung von Art. 10 EMRK feststellte,⁸⁹ fehlen Erwägungen zu Art. 10 EMRK sogar gänzlich. Auch diese Fälle zeigen die Wichtigkeit einer vertieften Auseinandersetzung mit den EMRK-Garantien und der EGMR-Rechtsprechung.

Die beschriebenen „Gleichsetzungen“ finden sich in Entscheiden aller Abteilungen in ähnlichem Ausmass. Auch wenn eine Auseinandersetzung mit allfälligen Unterschieden im Schutzgehalt nicht in jedem Fall erforderlich oder relevant für den jeweiligen Entscheid gewesen ist, lässt sich in der „Gleichsetzung“ dennoch ein Vorgehen erkennen, welches es dem Bundesgericht erlaubt, einer vertieften Auseinandersetzung mit der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR aus dem Weg zu gehen.

VI. Schlussfolgerungen

Das Verhältnis der schweizerischen Rechtsordnung zur EMRK ist durch zwei Charakteristika geprägt, die verfassungsvergleichend einmalig sind. Einerseits benutzt das Bundesgericht die EMRK und füllt auf ihrer Grundlage die Verfassungsgerichtsbarkeit im Grundrechtsschutz teilweise auf.⁹⁰ Andererseits wird die EMRK-Freundlichkeit der schweizerischen Rechtsordnung immer wieder durch (potenziell) menschenrechtswidrige Volksinitiativen herausgefordert.⁹¹

Dennoch präsentiert sich die Schweiz als überwiegend EMRK-freundlicher Mitgliedstaat im Europarat. Diese Freundlichkeit manifestiert sich beispielsweise auch darin, dass es praktisch keine Urteile des EGMR gegen die Schweiz gibt, in denen systemische Menschenrechtsverletzungen festgestellt worden sind. Das Bundesgericht ist in seiner EMRK-Freundlichkeit jedoch vorsichtig und zurückhaltend. In prozessualer Hinsicht scheint es eine progressivere Rolle einzunehmen als im materiellen Recht.⁹² Dieser EMRK-

⁸⁶ EGMR, *Beeler c. Suisse* (Fn. 9).

⁸⁷ EGMR, *Glor c. Suisse* (Fn. 69).

⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts v. 31.1.2014, 1B_293/2013.

⁸⁹ EGMR, *Jecker c. Suisse*, Urteil v. 6.10.2020, Nr. 35449/14.

⁹⁰ Kapitel III. 2. Faktische Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit.

⁹¹ Kapitel IV. 2. Menschenrechtsproblematische Volksinitiativen.

⁹² Kapitel III. 1. Auswirkungen der EMRK-Freundlichkeit.

freundliche Eindruck wird allerdings etwas getrübt dadurch, dass nicht alle Abteilungen des Bundesgerichts den EMRK-Vorrang gleichermassen vertreten. Auch das strenge Rügeprinzip, welches bei EMRK-Rügen insbesondere bei gewissen Abteilungen gehäuft zu einem Nichteintreten führt, trübt die EMRK-Freundlichkeit, da der EGMR weniger strenge Anforderungen an die Zulässigkeit von Beschwerden stellt. Gerade im Sinne der Subsidiarität wäre es Aufgabe der nationalen Gerichte, Menschenrechtsfragen zu behandeln, bevor sich der EGMR damit befassen muss.

Schliesslich wird das Bundesgericht wohl nicht umhinkommen, das Rangverhältnis von EMRK und Bundesgesetzen sowie von EMRK und der Bundesverfassung über die einzelnen Abteilungen hinweg auszudiskutieren und festzulegen. Diese Diskussion ist überfällig.

Summary: A Critical Examination of the Friendliness of the Swiss Constitution Towards the ECHR

Switzerland is generally considered to be ECHR-friendly. The Convention does play an important role concerning constitutional review in the context of fundamental rights protection. However, challenges to Switzerland's European Convention on Human Rights (ECHR)-friendliness regularly arise in the form of popular initiatives that are problematic from a human rights perspective. The Swiss Federal Supreme Court (FSC) is generally cautious and reserved when resolving conflicts between domestic law and the ECHR, although approaches vary between the FSC's different sections. Differences can also be found in the application of the principle that certain kinds of claims will only be examined if the applicants have properly invoked and substantiated them, as per Art. 106(2) of the Law on the Federal Tribunal.

Keywords

ECHR – Switzerland – Constitution – Swiss Federal Tribunal

