



Strasbourg, 10 September 2005

CDL-JU(2005)056
Or. German

CCS 2005/09

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW
(VENICE COMMISSION)

in co-operation with
THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE
THE GERMAN FOUNDATION FOR INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION
AND
THE OSCE PROJECT CO-ORDINATOR IN UKRAINE

International Conference
on
The Influence of the ECHR Case-Law
on National Constitutional Jurisprudence

Kyiv, Ukraine
13–16 October 2005

REPORT

Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der
Schweiz

by

Mr G. NAY, President
Federal Tribunal of Switzerland

Die Ausgangslage

Die Schweiz ratifizierte die Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) 1974. Von Beginn an wandte sie diese und die Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg **parallel** zu ihrer Bundesverfassung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu an. Die Verfassungsrechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts wurde unter einem erheblichen Einfluss der EMRK weiter entwickelt, insbesondere z.B. im Bereich der Verfahrensgarantien im Strafverfahren.

Die damals gegebene Verfassungslage begünstigte diese rasche und umfassende Rezeption der EMRK: Die Bundesverfassung von 1874 enthielt lediglich eine beschränkte Anzahl Grundrechte. Diese lückenhafte Ordnung wurde schon früh durch die dem Bundesgericht gegenüber kantonalen Erlassen und Entscheiden zustehende Verfassungsgerichtsbarkeit aufgefüllt: Einerseits durch die Rechtsprechung zum alten Art. 4 der Bundesverfassung, der ebenso knapp wie klar festhielt: "Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich", und aus welchem verfassungsmässige Rechte wie das Willkürverbot und das Verbot der formellen Rechtsverweigerung sowie Verfahrensgarantien wie die Ansprüche auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung abgeleitet wurden; andererseits anerkannte das Bundesgericht ungeschriebene Grundrechte, so die Eigentumsfreiheit, die persönliche Freiheit, die Meinungsfreiheit, die Sprachenfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Abstimmungsfreiheit und zuletzt das Recht auf Hilfe in Notlagen. In dieser Situation waren die in der EMRK gewährleisteten Menschenrechte und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dazu hilfreiche Konkretisierungen. - Insbesondere flossen die Verfahrensgarantien der EMRK in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den kantonalen Prozessrechten- wo das Bundesgericht volle Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt - ein, dies vor allem im Strafprozessrecht. Nicht zuletzt aufgrund dieses Einflusses liegt heute ein Entwurf für eine **Bundesstrafprozessordnung** vor, der demnächst in die parlamentarische Beratung gehen soll; eine **Bundeszivilprozessordnung** ist ebenfalls in Vorbereitung. - Und ein weiterer Einfluss der EMRK ist zu erwähnen: damit die Ratifizierung der EMRK möglich werde, musste die Schweiz das Stimm- und Wahlrecht der Frauen einführen und die konfessionellen Ausnahmekartikel (Jesuiten- und Klosterartikel) aufheben, was beides 1971 und 1973 gelang.

Die neuere Entwicklung

Die neue Bundesverfassung von 1999/2000 kodifizierte nun die so entwickelte Grundrechtsrechtsprechung und übernahm vor allem die Verfahrensgarantien der EMRK, unabhängig davon, ob sie im Einzelnen Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts gefunden hatten oder nicht. Aufgrund der Entstehungsgeschichte der neuen Bundesverfassung in diesem Bereich drängt sich die parallele Anwendung derselben und der EMRK geradezu auf. Dies begünstigt eine Koordination des Grundrechtsschutzes in besonderem Masse. Grundsatzentscheide des Bundesgerichts ergehen daher gegebenenfalls konsequent gestützt auf die Verfassung und die EMRK sowie die **eigene** Rechtsprechung zu **beiden** und jene des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur **letzteren**. Und dies erfolgt in Anwendung des Grundsatzes von iura novit curia

2

grundsätzlich auch dort, wo nur eine Verletzung der Bundesverfassung oder der EMRK geltend gemacht wird.

In nicht unbedeutenden Punkten wie z.B. der Garantie des fairen Verfahrens für **alle** gerichtlichen Verfahren - nicht nur für civil rights - geht die schweizerische Bundesverfassung

aber auch über den Grundrechtsschutz der EMRK hinaus. Auch die Rechte einer festgenommenen Person gehen - um ein weiteres Beispiel anzuführen - weiter: Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV hat jede Person, der die Freiheit entzogen wird, unter anderem Anspruch darauf, unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte unterrichtet zu werden, und sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Diese Bestimmung knüpft mit der Wendung "ihre Rechte" an die Ansprüche an, welche die betroffene Person nach der Bundesverfassung, den internationalen Abkommen und der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung geltend machen kann. Beispielhaft erwähnt sie das Recht, die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen. Zu ihren Rechten zählt aber auch das Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht der in einem Strafverfahren beschuldigten Person, wie das Bundesgericht entschied, und worauf diese bei der Festnahme daher unverzüglich aufmerksam zu machen ist (BGE 130 I 126); mit anderen Worten gilt in diesem Sinne die "Miranda-Warning-Klausel".

Das Verhältnis Landesrecht/EMRK

Die Schweiz folgt für das Verhältnis Landesrecht/Völkerrecht dem System des Monismus. Das Völkerrecht gilt, ohne dass der vorgängige Erlass entsprechender landesrechtlicher Normen erforderlich wäre. Es wird bei gegebenem sog. self-executing-Charakter direkt angewendet. Der self-executing-Charakter wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bejaht, wenn die Norm hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu sein; die Norm muss mit anderen Worten justiziabel sein, Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressaten der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein (BGE 126 I 240). Hinzu kommt, dass gemäss der in der Schweiz bestehenden "diffusen" Normenkontrolle jedes Gericht gehalten ist, das geltende Völkerrecht wie das innerstaatliche Recht zur Anwendung zu bringen.

Nach der schweizerischen Rechtsprechung und Lehre hat die EMRK Übergesetzes-, d.h. grundsätzlich Verfassungsrang oder, wenn sie wollen „Quasi-Verfassungsrang“. Verletzungen der Garantien der EMRK können vor Bundesgericht gleich wie die Verletzung verfassungsmässiger Rechte mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden, aber auch mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wo diese gegeben ist.

Diese **prozessuale Gleichstellung** und die grundsätzliche **Gleichrangigkeit** von verfassungs- und konventionsmässigen Grund- und Menschenrechten - zusammen mit der geschichtlichen Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Schweiz - ermöglichen in optimaler Weise eine verfassungskompatible Auslegung und Anwendung der EMRK wie auch eine konventionskonforme Auslegung und Anwendung der Bundesverfassung.

Eine Besonderheit besteht allerdings: Die Schweiz kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze. Das ist eine historisch bedingte Konzession an die direkte Demokratie. Die Berechtigung dieser Konzession wird und muss jedoch immer mehr hinterfragt werden, angesichts des immer grösseren Übergewichts des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht seit der Gründung des Bundesstaates. Und ich muss meine Aussage "kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze" gleich etwas relativieren: Es besteht nach konstanter Rechtsprechung kein Prüfungsverbot, sondern allein ein Anwendungsgebot. Das Bundesgericht kann daher in einem konkreten Anwendungsfall die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes feststellen, was im

Sinne des "checks and balances" zwischen den Staatsgewalten von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

Die Verfassungsbestimmung - heute Art. 191 BV -, die diese Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit stipuliert, nannte neben den für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden "massgebenden" Bundesgesetzen stets auch die Staatsverträge und nennt heute allgemein "Völkerrecht". Das Bundesgericht hat in BGE 125 II 417 entschieden, im Konfliktfall gehe das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor, insbesondere wenn völkerrechtliche Normen dem Schutz der Menschenrechte dienen. Dies führt dazu, dass Bundesgesetze trotz Art. 191 BV dann die Anwendung versagt wird, wenn sie namentlich der EMRK widersprechen.

Beim zitierten Leitentscheid BGE 125 II 417 handelte es sich um den ersten und bisher einzigen Fall in der neueren Rechtsprechung, bei welchem ein tatsächlicher Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und Völkerrecht vorlag. Bei diesem ging es um die Einziehung und Vernichtung von staatsgefährdendem Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei PKK durch den Bundesrat; die Regierung war nach einem alten, inzwischen aufgehobenen Bundesbeschluss dafür zuständig. Dagegen wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Gegen Entscheide des Bundesrates ist die Beschwerde ans Bundesgericht jedoch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht zulässig. Das Bundesgericht liess die Beschwerde dennoch in direkter Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu. Es verwies insbesondere auf Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (*pacta sunt servanda*) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie Art. 27 WVK, wonach sich ein Staat nicht unter Berufung auf inländisches Recht seiner völkerrechtlicher Verpflichtungen entziehen könne. Daraus - und aus der Natur der völkerrechtlichen Vorschrift, wie in BGE 122 II 485 ausgeführt, - ergebe sich, dass Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht, insbesondere aber bei Normen zum Schutze der Menschenrechte.

Dass ein Bundesgesetz, das die EMRK verletzt, gegebenenfalls in einem konkreten Fall keine Anwendung findet, lässt der Bundesgesetzgeber im Übrigen selber in Art. 139a des Organisationsgesetzes des Bundesgerichts zu. Nach dieser Bestimmung ist die Revision eines Entscheides des Bundesgerichts zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Beschwerde gegen diesen Entscheid gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision möglich ist.

Die Praxis des Bundesgerichts mit dem Vorrang von Menschenrechtsnormen vor Bundesgesetzen findet weiterhin ihre Begründung im in der Bundesverfassung (Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2) ausdrücklich stipulierten Vorrang von "zwingendem Völkerrecht" vor allem Landesrecht und auch vor Verfassungsrecht. In jedem Falle hat Art. 191 BV zurückzuweichen, soweit es um solches *ius cogens* geht. Wird dieser Begriff zudem als eigener staatsrechtlicher verstanden und etwa im Sinne eines Bezuges auf objektive Fundamentalnormen der Völkerrechtsordnung, dürfte die Frage des Zugangs zu einem Gericht unter den Voraussetzungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch darunter fallen, die Gegenstand des angeführten BGE bildete. Von einem verfassungsrechtlichen Charakter des *ius cogens* spricht auch die Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung, die der Bundesversammlung und dem Bundesgericht aufträgt, die Tragweite dieses Begriff soweit als möglich zu klären. - Die Bundesversammlung hat im Übrigen die angeführten Verfassungsbestimmungen zum Vorrang zwingenden Völkerrechts bereits einmal angewendet: Sie erklärte eine Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung als ungültig, die forderte, illegal eingereiste Asylbewerber und solche , deren Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde, umgehend und ohne

Beschwerdemöglichkeit aus der Schweiz weg zu weisen. Sie kam zum Schluss, ein derartiges Vorgehen würde gegen das Prinzip des Non-Refoulement verstossen.

5

Der Vollständigkeit halber ist hinzuzufügen, dass namentlich der UNO-Pakt II über die politischen und bürgerlichen Rechte, der in weiten Teilen die gleichen Grund- und Menschenrechte garantiert wie die EMRK, durch das Schweizerische Bundesgericht ebenfalls regelmässig in seiner Rechtsprechung beigezogen wird.

Zusammenfassend

Zusammenfassend kann festgehalten werden:

Die Schweiz wandte von Anfang an und wendet auch heute parallel zu ihrem eigenem Verfassungsrecht - das in weiten Teilen die gleichen Grundrechte wie die EMRK garantiert, teils aber auch über diese hinausgeht - stets auch die EMRK an.

Diese bildet nach dem System des Monismus Teil der nationalen Rechtsordnung und hat „Quasi-Verfassungrang.“

Die EMRK trug und trägt wesentlich zur Festigung und Fortentwicklung der Grund- und Menschenrechtsrechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts bei.

Die EMRK hat als Völkerrecht Vorrang vor den Bundesgesetzen und brachte auf diese Weise eine Verfassungsgerichtsbarkeit auch über diese, die sonst mit Rücksicht auf die direktdemokratische Tradition der Schweiz (noch) ausgeschlossen.

Lausanne, 6. Oktober 2005/Ny