

Dr. Brigitte Pfiffner / Dr. Susanne Bollinger

## **Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung**

---

Zur Bewältigung seiner gigantischen Geschäftslast ist der EGMR u.a. vermehrt dazu übergegangen, direkt in innerstaatliches Recht einzugreifen. Die Autorinnen gehen der Frage nach, ob diese Stossrichtung zielführend sein kann oder ob sie nicht kontraproduktiv wirkt, indem sie die Umsetzungsunwilligkeit der betroffenen Mitgliedstaaten verstärkt. Durch die Ausweitung der konventionsgeschützten Rechte ergeben sich Umsetzungsprobleme. Es werden die Umsetzungspraxis in Österreich und Deutschland gestreift sowie Umsetzungsprobleme nach schweizerischem Recht angesprochen.

---

Rechtsgebiet(e): EMRK; Beiträge

Zitiervorschlag: Brigitte Pfiffner / Susanne Bollinger, Ausweitung konventionsgeschützter Rechte durch den EGMR und Probleme der innerstaatlichen Umsetzung, in: Jusletter 21. November 2011

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. «Evolutive Auslegung der Konvention» – Annäherung an einen Begriff
  - 1. Definition
  - 2. Konsens: Grundrechtlicher Mindeststandard
  - 3. Subsidiarität und evolutive Auslegung der EMRK
    - 3.1 Primäre Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten
    - 3.2 Zusammenspiel zwischen evolutiver Auslegung und Subsidiarität
    - 3.3 Der EGMR ist keine vierte Instanz
  - 4. Verfahrensrechtlicher Schutz als Bestandteil von materiellen Rechten
  - 5. Positive Verpflichtungen des Staates?
- C. Innerstaatliche Umsetzung von EGMR-Entscheiden
  - 1. Umsetzungspflicht, Bindungswirkung und staatliche Souveränität
  - 2. Staatliche Umsetzungsmassnahmen im Allgemeinen
- D. Sind EGMR-Urteile, die positive staatliche Massnahmen verlangen, Entscheide *ultra vires*?
- E. Ein Blick auf Kontroversen der innerstaatlichen Umsetzung in Deutschland und Österreich
  - 1. Deutschland
  - 2. Österreich
- F. Zur Umsetzungspraxis in der Schweiz
- G. Ausblick

## A. Einleitung

*Es ist weder Aufgabe des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, systematisch an die Stelle des demokratischen Gesetzgebers zu treten noch ist es Aufgabe von Gerichten, politische Programme umzusetzen.*

[Rz 1] Diese Aussagen stammen nicht etwa von einem Europaskeptiker oder einer gegen «fremde Richter» argwohnenden Politikerin. Vielmehr hat sie LUZIUS WILDHABER, der ehemalige Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Strassburg (EGMR), vor Jahren warnend ausgesprochen.<sup>1</sup> Sie erscheinen uns aktueller denn je. Die Zahl der in Strassburg hängigen Beschwerden ist seit der Erweiterung des Europarates um Osteuropa nach dem Fall des Eisernen Vorhanges und der Einführung der obligatorischen Individualbeschwerde im Jahre 1998 (11. Zusatzprotokoll) ins Astronomische gestiegen.<sup>2</sup> Um seine Funktionsfähigkeit aufrecht zu erhalten, muss der EGMR, auch in Anbetracht seiner kaum ausreichenden Dotierung, neue Wege beschreiten. In den letzten Jahren ist er als eine von vielen Restrukturierungs- und Effizienzsteigerungsmassnahmen dazu

übergegangen, die verurteilten Mitgliedstaaten vermehrt zu konkreten Massnahmen zu verpflichten, in der Hoffnung, auf diese Weise gleich oder ähnlich gelagerte (Nachfolge-) Fälle zu vermeiden. Die frühere «Politik extremer Zurückhaltung»,<sup>3</sup> welche lange Zeit die Rechtsprechung des EGMR prägte, gab der Gerichtshof auf.<sup>4</sup>

[Rz 2] Nachfolgend wird die Frage vertieft, ob der EGMR legitimiert sei, innerstaatliche Regelungen im Einzelfall als nicht anwendbar zu erklären oder gar positive Leistungsansprüche zulasten eines beklagten Mitgliedstaates zu begründen. Diese Frage ist höchst aktuell, zumal eine zunehmende Mühe von durchaus kooperationswilligen Staaten zu beobachten ist, welche die «dynamisch-evolutive» Auslegung der Menschenrechtskonvention nachzuvollziehen und umzusetzen haben.<sup>5</sup> Von dynamischer, evolutiver Auslegung sprechen Richter aus Strassburg,<sup>6</sup> von ausserdem Grundrechtsschutz die Kritiker. Es wäre sicher falsch, die Überlastung des Gerichtshofs auf eine einzige Ursache zurückzuführen. Zu hoffen ist, dass die Beschlüsse der unter Federführung der Schweiz durchgeführten Konferenz von Interlaken (2010) die Effizienz und Akzeptanz des Gerichtshofs weiter zu steigern vermögen.<sup>7</sup> Anlass zur Hoffnung geben zudem verschiedene (Zulassungs-) Beschränkungen und Filtermechanismen im Zusatzprotokoll Nr. 14, das im Januar 2010 auch von Russland ratifiziert wurde und in Kraft treten konnte.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> LUZIUS WILDHABER, früherer Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (1998–2007), Eine verfassungsrechtliche Zukunft für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte? in: EuGRZ 2002 S. 57 (zit.: WILDHABER, EuGRZ 2002); DERS., Gerichte und Richter im europäischen Verfassungsraum, in: ZSR, Band 125 (2006) I, S. 104 (zit.: WILDHABER, ZSR 2006).

<sup>2</sup> Ende Juni 2011 waren total 152'800 Beschwerden hängig; allein im Jahr 2010 beliefen sich die Eingänge auf 61'300; Daten abrufbar unter: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/92D2D024-6F05-495E-A714-4729DEE6462C/0/Pending\\_applications\\_chart.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/92D2D024-6F05-495E-A714-4729DEE6462C/0/Pending_applications_chart.pdf) (besucht am 7.8.11). Vgl. auch DICK F. MARTY, La Cour de Strasbourg : espoirs et dangers, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2010/3 Rz 5.

<sup>3</sup> MARTEN BREUER, Zur Anordnung konkreter Abhilfemassnahmen durch den EGMR, in: EuGRZ 2004 S. 257.

<sup>4</sup> Zum ersten Mal wurden konkrete Abhilfemassnahmen explizit angeordnet im Urteil Nr. 71503/01 des EGMR i.S. Assanidze gegen Georgien vom 8. April 2004 (ECHR 2004 = EuGRZ 2004, 268 ff.): Die Grosse Kammer stellte eine willkürliche Gefangenschaft und somit eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 EMRK fest und entschied, Georgien müsse dafür sorgen, dass der Beschwerdeführer zum frühestmöglichen Zeitpunkt freigelassen werde.

<sup>5</sup> Vgl. HELEN KELLER/MARTIN BERTSCHI, Erfolgspotential des 14. Protokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: EuGRZ 2005 S. 207, die davon sprechen, dass es mit der Umsetzung der Strassburger Rechtsprechung in manchen Vertragsstaaten «ohnehin hapert» was sich bspw. darin zeigt, dass rund 60 % der zulässigen Beschwerden auf dieselbe strukturelle Ursache zurückgehende Wiederholungsfälle (repetitive cases) betreffen.

<sup>6</sup> So FRANZ MATSCHER, Wie sich die 1950 in der EMRK festgeschriebenen Menschenrechte weiterentwickelt haben, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Luzius Wildhaber, 2007, S. 440; MARK E. VIL-LIGER, Schweizer Richter für Liechtenstein, in: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. A. 1999, § 10 N 162 ff.

<sup>7</sup> Die entsprechenden Deklarationen sind abrufbar unter: [www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final\\_en.pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf) und [www.coe.int/t/dc/press/source/20110428\\_Declaration\\_lzmir\\_en.doc](http://www.coe.int/t/dc/press/source/20110428_Declaration_lzmir_en.doc). An der Konferenz von Izmir (2011) sind keine entscheidenden organisatorischen Beschlüsse gefasst worden. Es ist zu vermuten, dass unter dem Präsidium Englands in absehbarer Zeit an der vorgesehenen Konferenz in Bristol weitere Effizienzmassnahmen zur Diskussion stehen werden.

<sup>8</sup> Das Protokoll (abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/194.htm>) wurde am 13. Mai 2004 verabschiedet und ist am 1. Juni 2010 in Kraft getreten. Von Interesse sein dürfte v.a. das neu eingeführte Zulassungskriterium der Unzulässigkeit einer Beschwerde wegen

[Rz 3] Im Folgenden werden Probleme innerstaatlicher Umsetzung von EGMR-Entscheidungen behandelt, denen eine, wir möchten sagen, **sehr evolutive Auslegung von Konventionsrechten** zugrunde liegt und welche die Mitgliedstaaten direkt zu konkretem Handeln bzw. zu positiven Massnahmen, ja zu positiven Leistungszusparungen «verpflichten». Man darf nicht vergessen, dass die Europäische Menschenrechtskonvention nach der Katastrophe des Zweiten Weltkriegs als grundlegende völkerrechtliche Charta für Europa geschaffen worden war und der wenig später errichtete europäische Gerichtshof eine unverzichtbare, friedensstiftende Institution darstellt, die über die Einhaltung grundlegender Menschenrechte von mittlerweile rund 900 Millionen Individuen wacht. Der EGMR hat im Laufe seines Bestehens für die Mitgliedstaaten wichtige Massstäbe gesetzt im Menschenrechtsschutz. Die EMRK ist ihrerseits, das Grundlegende sei in Erinnerung gerufen, in innerstaatlichen demokratischen Prozessen von sämtlichen 47 Mitgliedstaaten anerkannt worden. Aber der Gerichtshof ist – so erscheint es uns – **von Innen und Aussen gefährdet**. Von Innen wegen der gigantischen, nicht mehr bewältigbaren Geschäftslast. Und von Aussen wegen der bröckelnden Akzeptanz seiner Urteile.<sup>9</sup> Diese Institution, demokratisch legitimiert, braucht nach Ansicht der Autorinnen **Stärkung durch Reduktion auf das Wesentliche**. Eine Rückbesinnung auf die Ursprünge, als sich der Gerichtshof darauf beschränkte, fundamentale Menschenrechte zu schützen, indem er die in der EMRK enthaltenen Rechte des Individuums feststellte und eine gerechte Entschädigung zusprach, erscheint uns dringend notwendig.

---

eines fehlenden, erheblichen Nachteils (Art. 12 des 14. Zusatzprotokolls bzw. neuer Art. 35 Abs. 3 der EMRK), zu dem der Gerichtshof noch keine Praxis entwickelt hat. Drei Bedingungen müssen erfüllt sein: 1. Die beschwerdeführende Person erlitt keinen erheblichen Nachteil; 2. Die betreffende Rechtssache wurde bereits von einem innerstaatlichen Gericht gebührend überprüft; 3. Die Achtung der Menschenrechte verlangt nicht trotzdem eine Prüfung. Vgl. auch DANIEL RIETIKER, Chronik der Rechtsprechung Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2010, in: AJP 4/2011 S. 566. Dieses neue materielle Zulassungskriterium war am meisten umstritten. Eine Vorevaluation der möglichen Effizienzwirkungen unternahm die neu gewählte Schweizer RichterIn in Strassburg, HELEN KELLER; vgl. HELEN KELLER/MARTIN BERTSCHI (Fn 5), S. 219 ff. Auch WILDHABER plädiert für materielle Zulassungskriterien, er stellt sogar die Idee des unbeschränkten Individualbeschwerderechts in Frage; vgl. WILDHABER, Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: EuGRZ 2009 S. 551 (zit.: WILDHABER, EuGRZ 2009). VILLIGER (Fn 6) und KELLER/BERTSCHI (Fn 5) betrachten das Individualbeschwerderecht dagegen als «mile stone» (VILLIGER) bzw. als «unverzichtbaren Kern des Strassburger Menschenrechtsschutzes» (KELLER/BERTSCHI).

<sup>9</sup> Ernst zu nehmen ist in diesem Zusammenhang die jüngst, beispielsweise anlässlich der Konferenz von Interlaken (auf Ministerebene), vermehrt geäusserte Kritik, der Gerichtshof mische sich zu sehr in nationalstaatliche Angelegenheiten ein und gehe in seiner Rechtsprechung zu weit. Dieses Unbehagen hat (auch) darin seinen Niederschlag gefunden, dass die Wichtigkeit des Subsidiaritätsprinzips in der Deklaration von Interlaken bekräftigt wurde; vgl. Ziff. 3.3 hienach.

## B. «Evolutive Auslegung der Konvention» – Annäherung an einen Begriff

### 1. Definition

[Rz 4] Die Konventionsorgane haben sich von Anfang an zu einer evolutiven Auslegung bekannt. Man versteht darunter eine Auslegung der in der EMRK verwendeten Begriffe, wie sie **zeitgemäss** sind und wie sie von einer demokratischen Gesellschaft heute verstanden werden, nicht aber nach dem damaligen Sinn, der ihnen zur Zeit der Ausarbeitung der EMRK zukam.<sup>10</sup> Das ist grundsätzlich nachvollziehbar, denn die soziale wie auch die politische Situation in den Mitgliedländern **entwickelt sich stetig**. So stellen sich beispielsweise beim Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens heute andere Fragen als zu Zeiten unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg. Der aktuelle Familienbegriff wird weiter gefasst, gemäss einschlägigen Normen in Mitgliedländern und gemäss der Rechtsprechung des EGMR.<sup>11</sup>

[Rz 5] Diese zeitgemässe Konventionsauslegung, so FRANZ MATSCHER, von 1977–1998 österreichischer Richter in Strassburg,<sup>12</sup> finde eine normative Grundlage in der Präambel des Statuts des Europarates und in der EMRK, wo von den **Prinzipien der fortschreitenden Verwirklichung und Entwicklung der Menschenrechte** gesprochen wird.<sup>13</sup> Nicht unproblematisch ist, auch nach der hier vertretenen Ansicht, wenn der EGMR auf dem Wege dieser Auslegung «immer höhere aber nicht immer voraussehbare Anforderungen» (MATSCHER) an die Staaten stellt und abweichend vom klassischen Konzept der Menschenrechte (als «staatsfreie Zone») nicht nur den Menschenrechtsstandard «progressiv erhöht» indem er **bestehende Rechte vervollständigt**, sondern neue Rechte kreiert oder von den Vertragsstaaten gezieltes aktives Handeln fordert.<sup>14</sup> MATSCHER mahnt denn auch, der evolutive Weg müsse **mit Bedacht begangen** werden. Gelegentlich habe der Gerichtshof durch seine «oft einzel-fallbezogene, nicht immer kohärente Rechtsprechung» tief in das Recht der Staaten auf autonome Regelungen eingegriffen und damit die Grenzen überschritten.<sup>15</sup> MATSCHER zieht

---

<sup>10</sup> MATSCHER (Fn 6), S. 440.

<sup>11</sup> Bsp.: Ausdehnung auf gleichgeschlechtliche Paare; vgl. REBEKKA WIEMANN, Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung, in: EuGRZ 2010, S. 410.

<sup>12</sup> MATSCHER (Fn 6), S. 440 f.

<sup>13</sup> VILLIGER (Fn 6), § 10 N 164 und 179 bezeichnet die von MATSCHER zeitgemäss genannte Auslegung als «dynamische» Methode: Seiner Ansicht nach liegt im Ziel und Zweck einer (Konventions-) Bestimmung auch der Ansatzpunkt für eine dynamische Auslegung. Der «*effet utile*» soll dem Beschwerdeführer einen wirksamen, wenn nötig auch souveränitäts-unfreundlichen Rechtsschutz gewähren.

<sup>14</sup> KARSTEN GAEDE, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Diss. Zürich 2005, Berlin 2010, S. 112 ff.

<sup>15</sup> Vgl. hiezu die im Magazin «Öffentliche Sicherheit» des österreichischen

es sodann vor, von «evolutiver Konventionsauslegung» zu sprechen und nicht von «dynamischer» Auslegung.

[Rz 6] Ob «dynamisch» oder «evolutiv»: Es kann von einem **zeitgemässen, effektiven Mindeststandard** eines europäischen Menschenrechtsschutzes ausgegangen werden. Ein solches Verständnis von «evolutiver Auslegung» – in dieser Abstraktheit und in dieser vorsichtigen Ausprägung – kann ohne Weiteres nachvollzogen werden.

## 2. Konsens: Grundrechtlicher Mindeststandard

[Rz 7] Die EMRK wurde geschaffen, «um die Schrecken totalitärer Regimes endgültig von Europa zu verbannen».<sup>16</sup> Darüber hinaus sollte sie in Europa einen grundrechtlichen *Mindeststandard* herbeiführen sowie – nach VILLIGER – Funktionen der europäischen Integration übernehmen. Sie «gewährt den europäischen Grundrechtsschutz als *Teil einer künftigen Europäischen Verfassung*».<sup>17</sup> Ob die EMRK tatsächlich als Vorläufer einer europäischen Verfassung bezeichnet werden kann, mag bezweifelt werden. Weniger Zweifel haben wir an der Feststellung VILLIGERS, wonach die Konvention **nicht mehr, aber auch nicht weniger als einen grundrechtlichen Mindeststandard garantieren kann und soll**. In diesem Sinne kommt dem EGMR die Aufgabe zu, Menschenrechtsverletzungen ungeachtet der Eigenheiten der nationalen Rechtssysteme festzustellen.<sup>18</sup>

[Rz 8] Die beiden Grundanliegen menschenrechtlicher Mindeststandard und zeitgemässe Auslegung dürften unserer Einschätzung nach weiterhin unbestrittener gemeinsamer Nenner der 47 Richterinnen und Richter und der 47 Mitgliedstaaten sein. Die beiden Eckpunkte «Mindeststandard» und «Fortentwicklung» weisen auf einen erheblichen **Spielraum** hin und stehen in einem **Spannungsverhältnis** zueinander. Allerdings ist der rechtliche Gehalt der Menschenrechtsgarantien in den einzelnen Artikeln wohl stärker zu gewichten als die Absichtserklärung in der Präambel, weshalb oberste Leitlinie der grundrechtliche Mindeststandard bildet, sekundäre Aufgabe die Fortentwicklung.

## 3. Subsidiarität und evolutive Auslegung der EMRK

### 3.1 Primäre Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten

[Rz 9] Subsidiarität im Zusammenhang mit dem europäischen Menschenrechtsschutz bedeutet, dass in erster Linie die **Mitgliedstaaten** für die **Einhaltung des Menschenrechtsschutzes verantwortlich** sind. Sie haben die Menschenrechte materiell zu gewährleisten und zu deren Durchsetzung wirksame verfahrensmässige Mittel vorzusehen. Die Mitgliedstaaten sind auch zuständig für die Vollstreckung der – bekanntlich deklaratorischen – Urteile des EGMR.<sup>19</sup> WILDHABER umschrieb das Subsidiaritätsprinzip im Jahr 2002 wie folgt; die Umschreibung hat unseres Erachtens nach wie vor Gültigkeit:

*«Meiner Ansicht nach liegt praktisch allen Konventionsgarantien eine positive Verpflichtung zugrunde, Verfahren einzuführen und anzuwenden, die es ermöglichen, auf nationaler Ebene das fragliche Recht durchzusetzen. Dies wird bestätigt durch die Voraussetzung der Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel (Artikel 35 der Konvention) und die Pflicht zur Möglichkeit der Einlegung einer wirksamen Beschwerde (Artikel 13). So muss es auch sein, wenn man will, dass das System auf subsidiäre Weise funktioniert. Wie der Gerichtshof kürzlich hervorhob, muss jeder Vertragsstaat in seiner internen Rechtsordnung in Übereinstimmung mit der Zielsetzung der Konvention, wie sie sich aus Artikel 1 ergibt, den Genuss der garantierten Rechte und Freiheiten gewährleisten. Es ist für den durch die Konvention eingeführten Schutzmechanismus grundlegend, dass die nationalen Systeme selbst in der Lage sind, die begangenen Verletzungen zu ahnden, worauf der Gerichtshof seine Kontrolle unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ausübt.»<sup>20</sup>*

### 3.2 Zusammenspiel zwischen evolutiver Auslegung und Subsidiarität

[Rz 10] Weshalb wird – so mag gefragt werden – die Subsidiarität angerufen, um sich dem Begriff der «evolutiven» Entwicklung der Strassburger Rechtsprechung anzunähern? Beide Maximen weisen in dieselbe Richtung; sie bedingen einander: «Evolutiv» heisst «sich entwickelnd» und nicht «ausweitend» oder, mit anderen Worten, «gemäss den aktuellen

Innenministeriums, Ausgabe 1-2011 S. 90 f. zusammengefassten Aussagen MATSCHERS anlässlich eines juristischen Workshops vom 25. November 2010 in Wien.

<sup>16</sup> Z.B. VILLIGER (Fn 6), § 1 N 16.

<sup>17</sup> VILLIGER (Fn 6), § 1 N 17.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu Urteil Nr. 42034/04 des EGMR i.S. Emre gegen Schweiz vom 22. Mai 2008, erste Kammer und nun aber 2. Verurteilung Nr. 5056/10 des EGMR vom 11. Oktober 2011, zweite Kammer.

<sup>19</sup> STEPHAN BEREITENMOSER, Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Wildhaber, 2007, S. 121. Vgl. auch VASSILIOS SKOURIS, Das Subsidiaritätsprinzip und seine Bedeutung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber amicorum Wildhaber, 2007, S. 1549; VILLIGER (Fn 6), § 10 N 171.

<sup>20</sup> WILDHABER, EuGRZ 2002 (Fn 1), S. 569; Hervorhebung durch die Verfasserinnen.

Umständen». Konkretisiert am Beispiel des Familienbegriffs: Heute umfasst eine Familie mehr unterschiedliche Konstellationen als zu Zeiten der Entstehung der Konvention in den 1950er-Jahren. «**Evolutiv**» ist somit **stets im Zusammenhang mit Subsidiarität zu begreifen**: Es geht um Zurückhaltung, «*denn die nationalen Behörden sind am besten in der Lage, zwischen aufeinanderprallenden Interessen abzuwägen. Aber eine solche Abwägung ist unerlässlich, und dies setzt das Vorhandensein von Verfahren voraus, welche dies ermöglichen.*» Es geht darum, die «gemeinsamen Mindestnormen herauszuschälen, um dem innerstaatlichen Schutz der Menschenrechte einen europäischen Rahmen zu geben.»<sup>21</sup>

[Rz 11] Der Gerichtshof hat bisweilen weitgehende Recherchen und Ausführungen zur Rechtslage in verschiedenen Vertragsstaaten gemacht, um zu eruieren, ob in einer konkreten Situation der betreffende Staat die aktuellen, in den Vertragsstaaten **konsensfähigen Mindestnormen eingehalten** hat. Beispielsweise im Fall **Schwizgebel gegen die Schweiz** vom 10. Juni 2010,<sup>22</sup> wo sich die Frage stellte, ob eine Verletzung des Rechts auf Privat- und Familienleben vorliege, wenn einer 45-jährigen ledigen Frau die Adoption eines zweiten Kindes verwehrt werde. Der EGMR kam zum Schluss, dass in den meisten Ländern Minimal- und Maximalvorschriften bestünden zum Alter einer adoptierenden Person. Das Mindestalter bewege sich in der Regel zwischen 18 und 30 Jahren. Es gebe auch verbreitete Vorschriften betreffend den Altersunterschied zwischen adoptierender und adoptierter Person, welcher zwischen 14 Jahren und 21 Jahren betragen müsse. Die schweizerische Lösung mit einem Mindestalter von 35 Jahren (Art. 264b Abs. 1 ZGB) und einem Altersunterschied von 16 Jahren (Art. 265 Abs. 1 ZGB) erscheine im Lichte dieses Ländervergleichs als angemessen, weshalb keine Konventionsverletzung vorliege. Im grundlegenden Entscheid **Opuz gegen die Türkei** vom 9. Juni 2009<sup>23</sup> ging es um häusliche Gewalt eines Ehemannes bzw. Schwiegersohns. Dieser hatte Ehefrau und Schwiegermutter über Jahre schwerstens verbal und tätlich bedroht und mehrere Male ernsthaft verletzt, schliesslich – nach Jahren der Angriffe und Drohungen – die Schwiegermutter erschossen. Der EGMR recherchierte zur Rechtslage in verschiedenen Vertragsstaaten und kam zum Schluss, dass viele Staaten gesetzgeberisch einen wirksameren Schutz

für von häuslicher Gewalt Bedrohte vorsehen als die Türkei; zum Beispiel die wirksame räumliche Entfernung des Drohenden oder die gewissenhafte Überprüfung der Gründe des Rückzugs von Strafanzeigen in diesem Bereich. Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Art. 2 (Recht auf Leben) und 3 (Verbot der Folter) in Verbindung mit Art. 14 (Diskriminierungsverbot) der EMRK fest und kam gestützt auf seine rechtsvergleichenden Ausführungen zum Ergebnis, dass in der Türkei (gesetzgeberischer) Nachholbedarf bestehe, um von häuslicher Gewalt Bedrohte wirksamer zu schützen.<sup>24</sup>

### 3.3 Der EGMR ist keine vierte Instanz

[Rz 12] Die **Wichtigkeit des Subsidiaritätsprinzips** wurde in der Erklärung von Interlaken unlängst wieder bekräftigt.<sup>25</sup> Dies vor dem Hintergrund, dass selbst aus dem Kreis der an der Konferenz in Interlaken teilnehmenden Minister kritisiert wurde, der Gerichtshof gebärde sich zuweilen wie eine vierte Instanz. Es steht ausser Frage, dass der Gerichtshof eine Vielzahl von Beschwerden für unzulässig erklärt (hat) mit der Begründung, er sei nicht dazu berufen, Fehler der Rechtsanwendung oder der Sachverhaltsfeststellung durch die nationalen Behörden zu überprüfen. Ob sich Strassburg immer daran gehalten hat, muss leider bezweifelt werden. SCHÜRMANN verweist auf Fälle, in denen die nationalen Gerichte die Verhältnismässigkeit eines (staatlichen) Eingriffs sorgfältig geprüft und bejaht haben, in denen dann aber der Gerichtshof – just wie eine vierte Instanz – die Verhältnisse

<sup>21</sup> WILDHABER, a.a.O., S. 570.

<sup>22</sup> Urteil Nr. 25762/07 des EGMR i.S. Schwizgebel gegen Schweiz vom 10. Juni 2010, erste Kammer.

<sup>23</sup> Urteil Nr. 33401/02 des EGMR i.S. Opuz gegen Türkei vom 9. Juni 2009, dritte Kammer. Das Dispositiv betreffend die Feststellung, dass im beschwerten Staat zuwenig Instrumente vorliegen, zum Schutz vor häuslicher Gewalt lautet: «...THE COURT UNANIMOUSLY (1...) 2. Joins to the merits of the complaints under Articles 2,3 and 14 of the Convention the Government's preliminary objections on non-exhaustion of domestic remedies and dismisses them (...).» Die Beschwerdeführerin erhielt eine Genugtuung von 30'000 Euro zugesprochen.

<sup>24</sup> Zur zusätzlichen Problematik der Korrektur vertretbarer nationaler Gerichtsentscheide durch den EGMR vgl. nachfolgende Ziff. 3.3. Nach neuereinstellter (teleologischer) Auslegung werden die Art. 19, 32 und 41 EMRK so verstanden, dass dem Gerichtshof die Anordnung konkreter Massnahmen im Urteilen erlaubt ist, sofern diese aus Sicht des EGMR als einzige zur Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten geeignet sind und kein innerstaatliches Recht der Anordnung entgegen steht; JAN MORITZ SCHILLING, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, Zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, 2010, S. 130. Der Gerichtshof beruft sich zur Begründung seiner Rechtsprechung auf Art. 46 EMRK und die stark gestiegene Arbeitsbelastung, die es erfordere, ähnliche Fälle (clone cases, repetitive cases) möglichst «pilotmässig» zu lösen, namentlich wenn mit einer «systembedingten», auf strukturelle Probleme in einer nationalen Rechtsordnung zurückzuführenden Häufung von Beschwerden zu rechnen sei; CHRISTOPH SCHWAIGHOFER, Die Neuerungen des 14. Protokolls, in: WOLFRAM KARL/PHILIP CZECH (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen, 2007, S. 31 ff. Zwar hat die Regelung eines eigentlichen Pilotverfahrens in das 14. Protokoll keinen Eingang gefunden, an der Stossrichtung des EGMR änderte sich dadurch aber insofern nichts, als er dieses Ziel mit den bisherigen Mitteln zu verwirklichen bestrebt ist.

<sup>25</sup> Vgl. Fn 7. High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration, 19. February 2010, Punkt 6: «Stressing the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and notably the fundamental role which national authorities, i.e. governments, courts and parliaments, must play in guaranteeing and protecting human rights at the national level»; illustrativ auch die auf der Website des EJPD ([www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch)) abrufbare Dokumentation.

gegenteilig würdigte.<sup>26</sup> Problematisch ist diese Entwicklung nach der hier vertretenen Meinung, weil die langjährig praktizierte Zurückhaltung und der den Mitgliedstaaten zugestandene **nationalstaatliche Beurteilungsspielraum** («margin of appreciation») viel zur Akzeptanz der Urteile aus Strassburg beigetragen haben. So gingen die Wogen in England hoch, als der Gerichtshof unlängst im Urteil **Greens gegen das Vereinigte Königreich** vom 23. November 2010<sup>27</sup> das souveräne Vereinigte Königreich aufforderte («the State must»), innert sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils Vorschläge für eine mit dem Recht auf freie Wahlen vereinbare Fassung des Wahlgesetzes einzubringen, d.h. ein Gesetz zu erlassen, welches für Häftlinge ein Stimm- und Wahlrecht vorsieht.<sup>28</sup> Auch das Dispositiv des bereits angeführten Urteils **Opuz gegen die Türkei** enthält immerhin einen indirekten Gesetzgebungsauftrag.<sup>29</sup> In der Lehre wird ebenfalls kritisiert, der EGMR lasse es bisweilen an der **gebotenen Zurückhaltung vermissen**.<sup>30</sup>

#### 4. Verfahrensrechtlicher Schutz als Bestandteil von materiellen Rechten

[Rz 13] Zunehmend betont der EGMR den verfahrensrechtlichen Schutz als immanenten Bestandteil von materiellen Grundrechten.<sup>31</sup> Ein zulässiger Eingriff – beispielsweise in

Familienleben oder Eigentum – muss mit ausreichenden prozeduralen Garantien ausgestattet sein, und der Gerichtshof überprüft, ob im Rahmen des innerstaatlichen Verfahrens eine Abwägung zwischen den Einzelinteressen und den staatlichen Interessen stattgefunden hat. Auch in diesem Bereich des prozeduralen Schutzes kann eine **Ausweitung der Rechtsprechung** beobachtet werden. SCHÜRMANN erwähnte den Fall **Micallef gegen Malta** vom 15. Oktober 2009.<sup>32</sup> Der Beschwerdeführer F. beantragte eine einstweilige Verfügung, mit welcher der Nachbarin M. untersagt werden soll, im Innenhof Wäsche aufzuhängen. Die Sache nahm ihren Lauf durch die Instanzen von Malta. Der EGMR befand in einem rechtsprechungsändernden Grundsatzurteil, dass auch einstweilige Verfügungen (Provisorialverfahren) unter den Schutz von Art. 6 EMRK (Recht auf faires Verfahren) fallen. Dieses Urteil ist in doppelter Hinsicht bemerkens- und bedauerndswert: Zum einen darf mit Fug gefragt werden, ob der Streitgegenstand – nachbarschaftliches, störendes Wäsche aufhängen – in den Schutzbereich der Menschenrechte gehört, und zum andern lässt die Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK auch auf die vorsorglichen Massnahmen (Provisorialverfahren) aufhorchen.<sup>33</sup>

[Rz 14] Ob am Gerichtshof – angesichts seiner chronischen Überlastung – eine **Trendumkehr** in dem Sinne stattfindet, dass er «eher geneigt» sein könnte, sich dort etwas zurückzunehmen (und wir würden sagen: die Subsidiarität ernst zu nehmen), sofern er sich vergewissert hat, dass die innerstaatlichen Behörden den Fall fachgerecht und eingehend geprüft haben,<sup>34</sup> kann zurzeit **noch nicht abgeschätzt** werden. Es wäre im Interesse einer überzeugenden und nachhaltigen europäischen Rechtsprechung im Bereich des Menschenrechtsschutzes zu hoffen. Problematisch – und unseres Erachtens souveränitätsverletzend – wird die Ausweitung der EGMR-Rechtsprechung aber definitiv dort, wo **prozessual argumentiert**, indes faktisch **positive** (Sozialversicherungs-) **Ansprüche statuiert** werden: Im Fall **Schlumpf gegen die Schweiz** vom 8. Januar 2009,<sup>35</sup> welcher die Übernahme der Kosten für eine operative Geschlechtsum-

<sup>26</sup> FRANK SCHÜRMANN, Prozessbevollmächtigter der schweizerischen Regierung vor dem EGMR, Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung, in: STEPHAN BREITENMOSE/BERNHARD EHRENZELLER (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, 2010, S. 122.

<sup>27</sup> Urteile Nr. 60041/08 und 60054/08 des EGMR i.S. Greens und M.T. gegen das Vereinigte Königreich vom 23. November 2010, vierte Kammer.

<sup>28</sup> Der Gerichtshof bezog sich auf das bekannte Urteil Nr. 74025/01 des EGMR i.S. Hirst gegen das Vereinigte Königreich vom 6. Oktober 2005, Grosse Kammer, worin diese im automatischen Wahlrechtsentzugs für Strafgefangene eine Verletzung des Rechts auf freie Wahlen nach Art. 3 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK gesehen hatte (eine Minderheit des Gerichts – WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER UND JEBENS – verneinten eine Verletzung des Artikels 3 des 1. Zusatzprotokolls). Weil das Vereinigte Königreich keine gesetzgeberischen Anpassungen vorgenommen hatte und deswegen zahlreiche Verfahren zur selben Frage hängig waren, fällte der Gerichtshof ein Piloturteil. Die betreffende Dispositivziffer im Urteil Greens lautet: (The Court) «holds that the respondent State must: a) bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislativ proposals intended to amend the 1983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant; and b) enact the required legislation within any such period as may be determined by the Committee of Ministers» (Gesuch für Weiterzug an Grosse Kammer hängig).

<sup>29</sup> Ziff. 3.2 hievov.

<sup>30</sup> So auch dezidiert WILDHABER, EUGRZ 2009 (Fn 8), S. 569. Die Autorinnen teilen diese Kritik. Sie wird an wenigen ausgewählten Fallbeispielen illustriert, vgl. nachfolgende Ziff. 5: Positive Verpflichtungen des Staates?

<sup>31</sup> So der Befund von SCHÜRMANN, Entwicklungen der Rechtsprechung des EGMR: Verfahrensrechtliche Garantien, Vortrag vom 1. April 2011 (Seminar des Europa Instituts an der Universität Zürich zum Thema «Aktuelle Entwicklungen der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK»). Nach den Zählungen von SCHÜRMANN betrafen 70 % der total 124 bisherigen definitiven Urteile/Entscheide gegen die Schweiz Verfahrensgarantien (87

Fälle). In 61 der 87 Fälle wurde eine Verletzung der EMRK festgestellt, davon neun vom Ministerkomitee und 52 vom EGMR.

<sup>32</sup> Urteil Nr. 17056/06 des EGMR i.S. Micallef gegen Malta vom 15. Oktober 2009 der grossen Kammer (11:6 Stimmen).

<sup>33</sup> KELLER/BERTSCHI (Fn 5), S. 211, befürworten die freie Wahlmöglichkeit des Gerichtshofs, auch sog. «geringfügige Konflikte» als Grundsatzfälle zu behandeln. Wäre dem nicht so, würde der Gerichtshof dem Vorwurf ausgesetzt, bei der Auswahl der Grundsatzfälle politische Opportunitäten zu berücksichtigen. Diese Argumentation erscheint uns nicht überzeugend; es gäbe objektive Kriterien zur Identifizierung von «geringfügigen Konflikten».

<sup>34</sup> Diese Frage wirft RIETIKER (Fn 8), S. 562 ff., anhand des Falles Schwizgebel gegen die Schweiz auf, Urteil vom 10. Juni 2010, Nr. 25762/07 (vgl. Ziff. 3.2 hievov); Verweigerung einer zweiten Adoption durch eine 47-jährige alleinstehende Frau; keine Verletzung der EMRK.

<sup>35</sup> Urteil Nr. 29002/06 des EGMR i.S. Schlumpf gegen Schweiz vom 8. Januar 2009 der ersten Kammer.

wandlung durch die obligatorische Krankenversicherung betraf, rügte der Gerichtshof die «application mécanique» der gemäss Rechtsprechung für die Leistungspflicht vorausgesetzten zweijährigen Beobachtungsphase und schrieb der Schweiz vor, sie solle im konkreten Fall prüfen, ob die Krankenkasse die Kosten für die (vorzeitige) Operation für die Geschlechtsumwandlung zu übernehmen habe. Es fragt sich, ob der EGMR damit nicht ein Urteil ultra vires gefällt hat.<sup>36</sup> Jedenfalls ist es nicht kompatibel mit dem schweizerischen System der obligatorischen Krankenversicherung, welches gewisse Kostenübernahmepflichten in generell-abstrakter Weise limitiert. Heikel ist auch die Frage, wie dieses Urteil innerstaatlich umgesetzt werden kann.<sup>37</sup>

## 5. Positive Verpflichtungen des Staates?

[Rz 15] Die Tendenz in der Rechtsprechung des EGMR geht in Richtung einer weiten Auslegung von staatlichen Handlungspflichten bei der Umsetzung von Menschenrechten.<sup>38</sup> MATSCHER formuliert dies so: «Die Bedingungen der Freiheit haben sich in den letzten zwei Jahrhunderten radikal verändert; diese ist nicht mehr allein eine Frage der Freiheit von staatlichen Eingriffen. Zur *«Freiheit von»* gesellt sich die *«Freiheit zu»*».<sup>39</sup>

[Rz 16] Immerhin muss mit MATSCHER konstatiert werden, dass die Tragweite der positiven Verpflichtungen nach der EGMR-Rechtsprechung noch unklar ist und dem Staat für deren Beachtung ein grosser Ermessensspielraum hinsichtlich der zu treffenden gesetzlichen, administrativen und gerichtlichen Massnahmen zukommt. Während MATSCHER festhält, es gebe «keine Theorie diesbezüglich», der EGMR beurteile das Problem «einzelfallbezogen»,<sup>40</sup> ist WILDHABER dezidiert Gegner dieser Ausweitungen im Sinne staatenverpflichtenden positiven Massnahmen. In seinem bereits zitierten Grundsatzartikel «Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte» hat er dies wie folgt zum Ausdruck gebracht:<sup>41</sup>

*«Ich selbst würde einen Gerichtshof vorziehen, der einen scharfen Sinn für Effektivität und Prioritäten und einen realistischen Sinn dafür hat, was zweitrangig sein muss; einen Gerichtshof, der das Subsidiaritäts-Prinzip ernst nimmt und der akzeptieren kann, dass*

*die Realität der Menschenrechte in vielfacher Hinsicht dezentralisiert ist und auch bleiben wird. (...) «Aktivisten» und «Perfektionisten» werden es als Auftrag des Gerichtshofs betrachten, erstens für eine stetige Expansion der Menschenrechte (oder vielmehr ihrer Auffassung der Menschenrechte) zu sorgen; zweitens Begriffe wie Subsidiarität und Beurteilungsspielraum der Staaten einzuschränken zugunsten der vom Gericht umschriebenen Standards; und folglich, drittens, keine Unterschiede zu machen zwischen «Routinefällen», «Feinabstimmung» oder «schweren Verletzungen» und stattdessen einfach die Menschenrechte «auszuweiten». Befürworter von «Selbstbeschränkung» («judicial self-restraint»), «Realismus» oder «Minimalismus» mögen unterschiedliche Bewertungen haben, würden aber alle weniger weit gehen. Sie würden die unausweichliche Interdependenz und Verschränkung mit nationalen Gerichten, Parlamenten und Regierungen akzeptieren und/oder hervorheben; sie würden auf Prioritäten und einem Sinn für Proportionen im europäischen Menschenrechtsschutz beharren; für sie würde somit der EGMR in erster Linie für Inspiration, Richtlinien und Minimalstandards sorgen, für ein Programm des realistischen Idealismus und des idealistischen Realismus.»*

[Rz 17] Der EGMR versteht indes das Subsidiaritätsprinzip nicht in diesem zurückhaltenden Sinn. In einer Reihe von Urteilen fordert er positive Leistungen des Staates.

- Im einstimmig gefällten Urteil *Dées gegen Ungarn* vom 9. November 2010<sup>42</sup> stellte der Gerichtshof fest, dass der Staat seiner positiven Verpflichtung aus dem Recht des Beschwerdeführers auf Achtung seiner Wohnung und seines Privatlebens nicht nachgekommen sei und bejahte eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und des Familienlebens). Die Beschwerde betraf Lärm-, Schutz-, Vibrations- und Geruchsemissionen durch Strassenverkehr auf den Beschwerdeführer, der in der Nähe einer Autobahn wohnt. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass die staatlichen Massnahmen zur Eindämmung und Kanalisation des Verkehrs nicht genügten und der Anwohner über längere Zeit einer exzessiven Belastung ausgesetzt war; er sprach dem Beschwerdeführer 6'000 Euro als Genugtuung zu.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> Hiezu nachfolgende lit. D.

<sup>37</sup> Das Bundesgericht hiess das Revisionsbegehren gut und wies die Sache zu weiterer Abklärung an die Erstinstanz zurück, Urteil des Bundesgerichts 9F\_9/2009 vom 15. September 2010.

<sup>38</sup> CHRISTINE KAUFMANN, Neue Entwicklung in der Rechtsprechung des EGMR: Materielle Garantien, Vortrag vom 1. April 2011 (Seminar des Europa Instituts an der Universität Zürich zum Thema «Aktuelle Entwicklungen der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK»); SCHÜRMANN, Fn 31, erhebt den gleichen Gesamtbefund.

<sup>39</sup> MATSCHER (Fn 6), S. 443.

<sup>40</sup> MATSCHER (Fn 6), S. 446 f.

<sup>41</sup> WILDHABER, EuGRZ 2009 (Fn 8), S. 545.

<sup>42</sup> Urteil Nr. 2345/06 des EGMR i.S. Deés gegen Ungarn vom 9. November 2010 der zweiten Kammer, nunmehr finales Urteil.

<sup>43</sup> Gleiche Überlegungen des Gerichtshofs im Urteil Nr. 61260/08 des EGMR i.S. Oluic gegen Kroatien vom 20. Mai 2010, erste Kammer. Feststellung des Gerichtshofs, dass die kroatischen Behörden angesichts der massiven Grenzwertüberschreitung durch den Betrieb der Bar im Wohnhaus, der nachgewiesenen gesundheitlichen Beeinträchtigung der Tochter der Beschwerdeführerin und der Verschleppung des Verfahrens auf über acht Jahre ihre positive Verpflichtung zur Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK verletzt hätten. Die Beschwerdeführerin erhielt

- Im ebenfalls einstimmig ergangenen Urteil *Schüth gegen Deutschland* vom 23. September 2010<sup>44</sup> stellte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest. Der Beschwerdeführer war Organist und Chorleiter gewesen, hatte sich von seiner Ehefrau getrennt und ausserehelich ein Kind gezeugt. Die deutschen Gerichte schützten die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberin, einer katholischen Kirchgemeinde. Die Verletzung des Art. 8 EMRK bestand nach Auffassung des Gerichtshofs darin, dass sich der Staat (ausschliesslich) die Erwägungen der Arbeitgeberin zu eigen gemacht habe. In Frage stehe die positive Pflicht des Staates, Massnahmen zum Schutze des Privatlebens gegen Übergriffe Dritter zu treffen. Diese Pflicht setze eine Abwägung der Interessen der Kirche als Arbeitgeberin gegenüber den Interessen des Beschwerdeführers am Schutz seines Privatlebens voraus. Der Gerichtshof äusserte sich zu den Folgen der festgestellten Konventionsverletzung (noch) nicht und belies den Parteien drei Monate Zeit zur gütlichen Einigung. Der Beschwerdeführer hatte rund 320'000 Euro Schadenersatz und 30'000 Euro Genugtuung verlangt.
- Im bereits angeführten Urteil *Opuz gegen die Türkei*<sup>45</sup> wird in den Erwägungen und auch in allgemeiner Formulierung im Dispositiv das Mitgliedland Türkei aufgefordert, wirksame strukturelle, u.a. gesetzgeberische Massnahmen zur Eindämmung von häuslicher Gewalt zu ergreifen.
- Im ebenfalls schon angesprochenen Urteil *Schlumpf gegen die Schweiz*<sup>46</sup> erwog der Gerichtshof, er sei zwar nicht befugt zur Zusprache von staatlichen Sozialversicherungsleistungen. Indes rügte er die «application mécanique» des Anliegens der Beschwerdeführerin und relativierte die generelle Vorgabe der zweijährigen Beobachtungszeit. Damit wurden faktisch das Bundesgesetz über die Krankenversicherung und die dazugehörenden Verordnungen, die unzählige normative Leistungslimitationen enthalten, zentral in Frage gestellt.

eine Genugtuung von 15'000 Euro zugesprochen sowie 3'700 Euro für die Gerichtskosten.

<sup>44</sup> Urteil Nr. 1620/03 des EGMR i.S. Schüth gegen Deutschland vom 23. September 2010, 5. Kammer (definitiv seit 23. Dezember 2010).

<sup>45</sup> Urteil Nr. 33401/02 des EGMR i.S. Opuz gegen Türkei vom 9. Juni 2009, dritte Kammer; Ziff. 3.2 hievor.

<sup>46</sup> Urteil Nr. 29002/06 des EGMR i.S. Schlumpf gegen Schweiz vom 8. Januar 2009, erste Kammer, Ziff. 4 hievor.

## C. Innerstaatliche Umsetzung von EGMR-Entscheiden

### 1. Umsetzungspflicht, Bindungswirkung und staatliche Souveränität

[Rz 18] Die EMRK-Mitgliedstaaten müssen eine Konventionsverletzung unverzüglich beenden. Dass die Urteile aus Strassburg (lediglich) **deklaratorischer Natur** sind, also weder staatliches Recht verdrängen, ein innerstaatliches Urteil aufheben, noch unmittelbare Wirksamkeit haben – die EMRK ist insoweit dem **traditionellen Souveränitätsdenken** verhaftet –, ändert nichts an der grundsätzlichen Umsetzungspflicht. Einerseits ist da die zentrale völkerrechtliche Pflicht, einen andauernden völkerrechtswidrigen Zustand zu beenden.<sup>47</sup> Andererseits bestimmt die EMRK in **Art. 46 Abs. 1**, dass die Urteile des Gerichtshofes verbindlich sind. Das Ministerkomitee überwacht gemäss Art. 46 Abs. 2 EMRK die Durchführung und zwar grundsätzlich unabhängig von der national gewählten Rezeptionsart des Völkerrechts (Monismus, Dualismus oder eine Mischform).<sup>48</sup>

[Rz 19] Da einerseits nach Art. 46 EMRK eine **Befolgungspflicht** der Mitgliedstaaten besteht, zu der sich jeder einzelne Mitgliedstaat bei Unterzeichnung der Konvention verpflichtet hat, und andererseits die Urteile des Gerichtshofes nur deklaratorische Wirkung haben, besteht ein gewisses **Spannungsverhältnis**, ein Interpretationsspielraum. Wird eine Individualbeschwerde gutgeheissen, ist der betreffende Staat gehalten, *soweit möglich* für eine vollkommene Wiedergutmachung zu sorgen.<sup>49</sup> Somit enthält bereits die EMRK eine Regelung für den Fall, dass «das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung (gestattet)»: Art. 41 der EMRK – früher Art. 50 – sieht für diesen Fall eine «gerechte Entschädigung» vor. Art. 41 EMRK lautet:

*«Stellt der Gerichtshof fest, dass diese Konvention oder die Protokolle dazu verletzt worden sind, und gestattet das innerstaatliche Recht der Hohen Vertragspartei nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen dieser Verletzung, so spricht der Gerichtshof der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zu.»*

<sup>47</sup> WOLFRAM KARL, Der Vollzug von EGMR-Urteilen in Österreich, in: WOLFRAM KARL/PHILIP CZECH (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen, 2007, S. 42.

<sup>48</sup> Es gibt zwei fundamental unterschiedliche Rezeptionsmöglichkeiten des Völkerrechts: Im für die Schweiz grundsätzlich massgeblichen sog. **monistischen System** gilt Völkerrecht unmittelbar innerstaatlich. Im sog. **dualistischen System** muss das Völkerrecht zunächst in Landesrecht transformiert werden, um innerstaatliche Geltung zu erlangen; VILLIGER (Fn 6), § 3 N 53 ff.

<sup>49</sup> «Naturalrestitution» bzw. «restitutio ad integrum»; BGE 120 V 150 E. 3c/bb S. 159; Urteil des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 E. 2 und dortige Literaturhinweise. Zum Ganzen: HEINZ AEMISEGGER, Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz, in: Jusletter vom 20. Juli 2009.



[Rz 20] Weil es im völkerrechtlichen System an einer Regelung fehlt, die eine universelle Geltung der EGMR-Entscheidung gegenüber allen angeschlossenen Staaten anordnen würde, beschränkt sich deren **Verbindlichkeit** grundsätzlich auf die Staaten, in deren Angelegenheit entschieden wird. Diese Auffassung gründet in der **Souveränität** der Staatengemeinschaft. An einer Individualbeschwerde unbeteiligte Staaten sind durch ein Urteil aus Strassburg somit nicht unmittelbar gebunden. Indes wird eine generelle Pflicht der Vertragsstaaten bejaht, die EGMR-Rechtsprechung auch in Fällen zu beachten, in denen sie nicht unmittelbar betroffen sind. Die Feststellungsurteile haben somit für alle übrigen Vertragsstaaten immerhin eine nicht zu unterschätzende **Orientierungswirkung**.<sup>50</sup>

[Rz 21] Mit Bezug auf die Überwachung der Urteilsumsetzung räumten die Mitgliedstaaten im 14. Zusatzprotokoll dem Ministerkomitee zusätzliche Befugnisse ein, um grösseren Druck auf die verurteilten Staaten auszuüben.<sup>51</sup> Von der **Stärkung der Durchsetzungsmechanismen** erhofft(e) man sich eine Verminderung der Wiederholungsfälle und damit eine Entlastung des Gerichtshofes.<sup>52</sup>

## 2. Staatliche Umsetzungsmassnahmen im Allgemeinen

[Rz 22] Welche staatlichen Umsetzungsmassnahmen erforderlich sind, hängt zunächst vom Urteilscharakter ab. Gibt es kein innerstaatliches Rechtsmittel, das zu einer möglichst weitgehenden «*restitutio ad integrum*» führt, spricht der EGMR eine gerechte **Entschädigung** zu, wenn dies notwendig ist (Art. 41 EMRK). Dabei handelt es sich um Leistungsurteile, die mit Bezug auf die innerstaatliche Umsetzung keine weiteren Schwierigkeiten aufwerfen. Hauptsächlich aber erlässt der EGMR **Feststellungsurteile**, zu deren Umsetzung die betroffenen Staaten nach dem Gesagten verpflichtet sind (Art. 46 Abs. 1 EMRK).

[Rz 23] Bis vor wenigen Jahren ordnete der EGMR **keine genauen Massnahmen** zur Berichtigung der Situation des Beschwerdeführers und zur Verhinderung neuer Rechtsverletzungen an.<sup>53</sup> Vielmehr sollte den verurteilten Staaten bei der Wahl der notwendigen (individuell-konkreten oder generell-abstrakten) Massnahmen in Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung oder in anderen Bereichen grosse Freiheit bleiben.<sup>54</sup> In der Lehre wird indes mit Blick auf die

Verpflichtung der Konventionsstaaten, eine Rechtsverletzung nicht zu wiederholen,<sup>55</sup> die Meinung vertreten, der verurteilte Staat müsse jedenfalls jene gesetzgeberischen und administrativen Massnahmen ergreifen, welche notwendig sind, um die Einhaltung der EMRK für die Zukunft zu gewährleisten.<sup>56</sup>

### D. Sind EGMR-Urteile, die positive staatliche Massnahmen verlangen, Entscheide ultra vires?

[Rz 24] Gemäss Art. 19 EMRK wird ein Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte errichtet, um die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Vertragsparteien in der EMRK und in den Zusatzprotokollen übernommen haben. Seine Zuständigkeit umfasst alle die Auslegung und Anwendung der EMRK und der Zusatzprotokolle betreffenden Angelegenheiten, mit denen er mittels Individual- oder Staatenbeschwerde oder zwecks Erstellung eines Gutachtens befasst wird (Art. 32 i.V. mit Art. 33, 34 und 47 EMRK). Der EGMR hat somit nicht wie ein staatliches Höchstgericht eine umfassende Rechtsprechungskompetenz über die Gerichtsbarkeit der Unterzeichnerstaaten. **Er ist namentlich nicht zuständig, die Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts durch die Gerichte der Vertragsparteien zu überprüfen.** Er hat nur, aber immerhin, festzustellen, wenn die nationale Rechtslage, so wie sie von den letztinstanzlichen innerstaatlichen Behörden (Art. 35 Abs. 1 EMRK) ausgelegt und angewendet wird, die in der EMRK festgelegten Rechte verletzt.

[Rz 25] Die **Befolgungspflicht** der Vertragsstaaten gemäss Art. 46 EMRK bezieht sich auf diejenigen Urteile, die der Gerichtshof im Rahmen seiner Zuständigkeiten gemäss den Art. 19 und 32 EMRK gefällt hat. Hingegen haben die Vertragsstaaten dem EGMR nicht die Kompetenz übertragen, die EMRK zu ändern bzw. den Unterzeichnerstaaten neue Pflichten aufzuerlegen, die in der EMRK nicht enthalten sind: **Es ist nicht Aufgabe des EGMR, politische Programme umzusetzen.** Jeder Staat kann aufgrund seiner durch Art. 2 Ziff. 1 UNO-Charta garantierten Souveränität sein politisches, soziales, wirtschaftliches und kulturelles System frei wählen. Auch die Organe internationaler Organisationen sind ihrerseits an das Völkerrecht gebunden, namentlich an den Vertrag, mit dem sie konstituiert worden sind. Würde ein Organ einer internationalen Organisation einem Mitgliedstaat Pflichten auferlegen, die in den einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen keine Grundlage haben, so würde es ultra vires handeln.<sup>57</sup> Der EGMR kann daher nicht auf dem Weg

<sup>50</sup> WOLF OKRESEK, Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Überwachung, in: EuGRZ 2003 S. 169 f.; in diesem Sinne kommt den Urteilen Wirkung «*erga omnes*» zu.

<sup>51</sup> Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK in der Fassung gemäss Zusatzprotokoll Nr. 14.

<sup>52</sup> KELLER/BERTSCHI (Fn 5), S. 207 sowie nachfolgende lit. G «Ausblick».

<sup>53</sup> KARL (Fn 47), S. 41.

<sup>54</sup> OKRESEK (Fn 50), S. 170 f. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung. Allerdings spricht der EGMR öfter auch Schadenersatz zu, ohne sich erkennbar mit den Chancen einer innerstaatlichen Rechtsdurchsetzung befasst zu

haben; KARL (Fn 47), S. 45.

<sup>55</sup> Nunmehr verankert im 14. Zusatzprotokoll; KELLER/BERTSCHI (Fn 5), S. 216.

<sup>56</sup> KARL (Fn 47), S. 45; OKRESEK (Fn 50), S. 170.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 133 II 450 E. 5.3 S. 458; INETA ZIEMELE, International Courts and Ultra Vires Acts, in: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat, Liber

der Rechtsprechung den Unterzeichnerstaaten neue Pflichten auferlegen, die sich nicht aus der EMRK ergeben; dazu wäre eine Änderung der EMRK erforderlich, was nur auf dem staatsvertraglichen Weg erfolgen kann.

[Rz 26] Dieser kurze völkerrechtliche Exkurs dürfte weitgehend unbestritten sein. Letztlich geben Wertungen den Ausschlag: **Positive Leistungszusprachen werten wir als ultra vires Entscheidungen.** Indirekte Gesetzgebungsaufträge, d.h. Empfehlungen zu gesetzgeberischen Änderungen würden wir in Anlehnung an CHIARIELLO als «richterliche Fortbildung im europäischen Verfassungsrecht» bezeichnen, als «normativen Mehrwert in der Rechtsprechung des EGMR als Teil des Konventionswerks».<sup>58</sup>

## E. Ein Blick auf Kontroversen der innerstaatlichen Umsetzung in Deutschland und Österreich

### 1. Deutschland

[Rz 27] Die EMRK und ihre Zusatzprotokolle sind im Jahre 1953 als völkerrechtliche Verträge durch förmliches Gesetz in deutsches Recht transformiert worden. Die deutsche Doktrin geht von einem dualistischen Modell aus.<sup>59</sup> Die EMRK nimmt den Rang eines **Bundesgesetzes** ein, indes ist das übergeordnete Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen.<sup>60</sup> Ob ein Urteil des EGMR lediglich eine «Handlungsempfehlung» darstellt, die nach Möglichkeit umgesetzt werden soll oder kann, oder ob ein «**Rechtsanwendungsbefehl**» hinsichtlich Wertungen und Rechtsprechung des EGMR besteht, wird kontrovers diskutiert.<sup>61</sup> In einem Aufsehen erregenden Beschluss vom 14. Oktober 2004<sup>62</sup> hielt

---

amicorum Wildhaber, 2007, S. 537 ff. ZIEMELE, S. 549 f. zählt einige EGMR-Entscheide auf, die sie als Entscheide ultra vires qualifiziert. GAEDE (Fn 14), S. 113, spricht vom Verbot einer Vertragsrevision durch Rechtsprechung.

<sup>58</sup> ELISABETH CHIARIELLO, Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte, 2009, S. 275 f.

<sup>59</sup> Völkerrecht muss ins innerstaatliche Recht «übertragen», werden. In der Schweiz gilt demgegenüber das monistische Modell: internationales Recht ist dem innerstaatlichen gleichgestellt, wird zum Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung; vgl. Fn 48 hievor.

<sup>60</sup> Entscheid des BVerfG Az. 2 BvR 2365/09 vom 4. Mai 2011 (Regest).

<sup>61</sup> Vgl. OKRESEK (Fn 50), S. 169.

<sup>62</sup> Entscheid des BVerfG Az. 2 BvR 1481/04 vom 14. Oktober 2004; «Görgülü-Beschluss». Der EGMR stellte mit Urteil vom 26. Februar 2004 (Nr. 74969/01) fest, es liege eine Verletzung von Art. 8 EMRK zu Lasten des Kazim Görgülü vor, weil diesem das Sorgerecht verweigert und er als nicht ehelicher Vater auch im Umgangsrecht mit seinem Kind beeinträchtigt worden sei. Der Gerichtshof sprach Kazim Görgülü wegen immaterieller Unbill 15'000 Euro zu nebst Auslagekosten. In der Folge-Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 30. Juni 2004 wurde festgestellt, es liege betreffend Umgang mit dem Kind – die Verhältnisse hätten sich geändert – «keine rechtskraftbeseitigende Wirkung» vor,

das deutsche Bundesverfassungsgericht fest, die deutschen Gerichte seien **weitgehend, aber nicht absolut** an die Entscheide des EGMR gebunden. Zwar bestehe eine verfassungsrechtliche Pflicht zu deren Berücksichtigung. Auch seien die Gerichte verpflichtet, sich mit den EGMR-Entscheiden «erkennbar auseinander[zusetzen]» und diese «schonend» in die nationale Rechtsordnung einzupassen. Indes dürften sie gegebenenfalls mit nachvollziehbarer Begründung von der völkerrechtlichen Rechtsauffassung abweichen. Die Berücksichtigungspflicht beeinträchtigt die nationalen Gerichte weder in ihrer verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit noch zwingt sie diese zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidungen des Gerichtshofes. «Berücksichtigen» bedeute, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstosse. Die (grundsätzliche) Pflicht, Konventionsverstöße zu unterbinden, hänge vom **Zuständigkeitsbereich** und dem **Spielraum** ab, den höherrangiges Recht den rechtsanwendenden Behörden belasse. Die nationalen Gerichte hätten insbesondere dort, wo komplexe grundrechtliche Wertungen ins Spiel kommen und eine langjährig gefestigte Rechtsprechung vorliegt die Möglichkeit, von der EGMR-Entscheidung abzuweichen. Diese sog. Görgülü-Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht mit Entscheid vom 4. Mai 2011 zur Sicherungsverwahrung fortgesetzt und erwogen, das «letzte Wort» komme der deutschen Verfassung zu als normativer Grundlage eines internationalen und europäischen Dialoges der Gerichte.<sup>63</sup>

[Rz 28] Wir vermögen nicht abzuschätzen, ob die breite, ja heftige Kritik an der zurückhaltenden Formulierung des Bundesverfassungsgerichts zur Berücksichtigungspflicht von weitreichender Relevanz ist. Wichtig scheint uns in diesem Zusammenhang aber, dass eine unlängst in Deutschland durchgeführte Studie im Rahmen des EU-geförderten Projekts «Juristras» zum Stellenwert und zur Umsetzung der EGMR-Entscheide in Deutschland<sup>64</sup> zeigte, dass die – wenigen – Entscheide des EGMR, die eine Konventionsverletzung feststellen, in der Regel von den verantwortlichen Behörden rasch umgesetzt werden. Ausnahmen waren zu verzeichnen im Bereich des Familienrechts und beim Schutz vor überlangen Verfahren.

---

weshalb die innerstaatlichen Entscheidungen, wie sie vor dem EGMR-Urteil gefällt worden waren, nach wie vor ihre Gültigkeit hätten. In der Folge befasste sich das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich mit der Frage der Bindungswirkung von EGMR-Entscheiden. Vgl. in diesem Zusammenhang dem Bundesverfassungsgericht widersprechend: HANS-JOACHIM CREMER, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, in: EuGRZ 2004, S. 683.

<sup>63</sup> Entscheid des BVerfG Az. 2 BvR 2365/09; Fn 60 hievor.

<sup>64</sup> CHRISTOPH GUSY, Wie kann die Rolle des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gestärkt werden? Empfehlungen für Deutschland, Policy Paper, 2009.

## 2. Österreich

[Rz 29] Die EMRK ist in Österreich «**generell transformiert**». Die EMRK im Allgemeinen und damit auch der hier besonders interessierende Art. 46 EMRK sind demzufolge – wie in der Schweiz – Bestandteil der nationalen Rechtsordnung geworden.<sup>65</sup> In der österreichischen Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass die materiellen Grundrechtsbestimmungen (Art. 2–14 EMRK sowie die in den Zusatzprotokollen enthaltenen Rechte) unmittelbar anwendbar sind und Art. 46 Abs. 1 EMRK Verfassungsrang zukommt. Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser letzten Bestimmung lässt sich nach österreichischem Verständnis aber nicht allgemein, sondern nur mit Bezug auf ein konkretes Urteil des EGMR beantworten.<sup>66</sup> Auch müssen die Urteile des Gerichtshofes nicht in jedem Fall notwendigerweise das rechtliche Schicksal der EMRK teilen.<sup>67</sup> Den Strassburger Urteilen wird in diesem Sinn (nur) eine «**potentielle unmittelbare Anwendbarkeit**» zugesprochen.<sup>68</sup>

[Rz 30] Die notwendigen Schritte nach einer Verurteilung durch den EGMR variieren **von Fall zu Fall**. Die Reaktion kann – was meistens der Fall ist – in Kompensationszahlungen bestehen, aber z.B. auch die Wiederaufnahme inländischer Verfahren, die Weitergabe von Entscheiden und Informationen an die zuständigen Akteure sowie Änderungen in der gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Praxis sowie gesetzliche Reformen erfordern.<sup>69</sup> Ein Urteil des EGMR ist für die österreichischen Behörden als solches verbindlich und unmittelbar anwendbar, wenn und soweit der Gerichtshof die nationalen Gesetze (lediglich) **konventionskonform interpretiert**. Diesfalls genügen «rein praktische Massnahmen» der Umsetzung, indem die inländischen Gerichte entsprechend informiert oder Verwaltungsbehörden die notwendigen Weisungen erteilt werden. Allerdings setzt eine Bindung der nationalen Gerichte an eine Auslegung des EGMR voraus, dass kein (nationales) Gesetz entgegen steht. Beruht die Konventionsverletzung auf einem **nationalen Gesetz**, muss dieses erst **aufgehoben** werden, bevor ein Urteil aus Strassburg umgesetzt werden kann. Diesfalls ist im Rahmen eines

sog. Erneuerungsverfahrens ein Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof zu stellen und im Anschluss an die Gesetzaufhebung im Sinne des Urteils zu entscheiden.<sup>70</sup> Das Verfahren kann im Straf- und Verwaltungsrecht u.a. auf Antrag des Beschwerdeführers erneuert werden, sofern die Konventionsverletzung einen für den Betroffenen nachteiligen Einfluss haben kann.<sup>71</sup> Nach einer kürzlich durchgeführten Studie hängt in der Praxis die Genauigkeit der Umsetzung von der betroffenen Materie ab: In manchen Politik- und Gesellschaftsbereichen besteht eine gewisse **Zurückhaltung** österreichischer Behörden, die durch den EGMR konkretisierten Menschenrechte «bis ins letzte Detail umzusetzen».<sup>72</sup> Während in weitgehend unumstrittenen Bereichen (z.B. Verstösse gegen das in Art. 6 EMRK verankerte Recht auf faires Verfahren) eine rechtspolitische Neuorientierung relativ rasch und unbürokratisch erfolgte, ist in **politisch heiklen Bereichen**, wie etwa Asyl- und Fremdenwesen, eine Tendenz festzustellen, notwendige umfassende gesetzliche Änderungen durch **Einzelfallentscheide bzw. individuelle Massnahmen** zu umgehen, um unerwünschte öffentliche Reaktionen zu vermeiden.<sup>73</sup>

## F. Zur Umsetzungspraxis in der Schweiz

[Rz 31] Die Schweiz gehört zu den Staaten mit **monistischer Tradition**, das Völkerrecht erlangt somit unmittelbar Geltung und ist grundsätzlich direkt anwendbar. Die Befolgungspflicht ergibt sich für die Schweiz nicht nur aus Art. 46 EMRK, sondern auch aus dem schweizerischen Verfassungsrecht, wonach Bund und Kantone das Völkerrecht beachten.<sup>74</sup> Die schweizerische innerstaatliche Umsetzung eines Urteils des Gerichtshofs für Menschenrechte kann unter gewissen Bedingungen durch Revision des beanstandeten bundesgerichtlichen Urteils erfolgen. Eine Konventionsverletzung **kann** mit anderen Worten nach Art. 122 BGG einen **Revisionsgrund** darstellen. Die drei kumulativ erforderlichen Voraussetzungen hiezu sind:

- Es muss ein endgültiges Urteil des EGMR vorliegen (Art. 122 lit a BGG);
- eine Entschädigung ist nicht geeignet, die Folgen der Verletzung auszugleichen (Art. 122 lit. b BGG) und

<sup>65</sup> KARL (Fn 47), S. 51 ff.

<sup>66</sup> KARL, a.a.O.

<sup>67</sup> Nach der älteren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (OGH) war eine unmittelbare Wirkung der Strassburger Entscheide sogar überhaupt ausgeschlossen. Später entschied der OGH, den Urteilen komme zwar keine innerstaatliche Rechtskraftwirkung in dem Sinne zu, dass sie rechtskräftigen innerstaatlichen Urteilen gleichgestellt wären, indes seien sie nicht wirkungslos, zumal der Einzelne unmittelbar aus der EMRK begünstigt werde und daraus folge, dass die Staatsgewalt an die **Feststellung einer Konventionsverletzung gebunden** sei. **Wiedergutmachung** könne aber nur nach Massgabe der im **staatlichen Recht gebotenen Möglichkeiten** erfolgen; Urteil des OGH 1 Ob 39/95 vom 29. August 1995, Ziff. III.1.

<sup>68</sup> KARL (Fn 47), S. 53.

<sup>69</sup> BARBARA LIEGEL/ASTRID STEINKELLNER/HANNES TRETTER, JURISTRAS Grundsatzpapier zur Rolle des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Österreich, 2010, S. 5.

<sup>70</sup> KARL (Fn 47), S. 58.

<sup>71</sup> KARL (Fn 47), S. 59. Im Rahmen von § 363a StPO, welcher die «Erneuerung» des Prozesses regelt, gilt die vom EGMR festgestellte Konventionsverletzung als erneuerungsauslösende Tatsache. Im Verwaltungsrecht ist die Erneuerung gestützt auf § 45 Abs. 1 Ziff. 4 VwGHG möglich. Kein Wiederaufnahmegrund ist aber in § 530 ZPO enthalten, der direkt oder indirekt die Berufung auf ein EGMR-Urteil gestatten würde (anders in Deutschland, wo im Jahre 2006 eine sog. Restitutionsklage eingeführt wurde).

<sup>72</sup> LIEGEL/STEINKELLNER/TRETTER (Fn 69), S. 5.

<sup>73</sup> LIEGEL/STEINKELLNER/TRETTER, a.a.O.

<sup>74</sup> Art. 5 Abs. 4 BV; BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 f (PKK-Fall); Yvo HANGARTNER, St. Galler Kommentar zu Art. 5 BV, Rz. 44.

- die Beseitigung der Verletzung ist nur mit Revision möglich (Art. 122 lit. c BGG).

[Rz 32] Das innerstaatliche Revisionsverfahren ist somit ausgeschlossen,<sup>75</sup> wenn bereits der EGMR eine gerechte Wiedergutmachung zugesprochen hat,

- **oder** wenn dieser die Feststellung der Verletzung als hinreichend betrachtet,
- **oder** wenn er jeglichen Schaden verneint,
- **oder** wenn schliesslich gar kein Schadensbegehren gestellt worden ist.

[Rz 33] Ein Revisionsbegehren kann somit nur innerhalb dieser doch relativ engen Grenzen erfolgreich sein. Diese Grenzen lassen dem Bundesgericht einen **bedeutenden Interpretationsspielraum** offen.<sup>76</sup> Die Revision eines bundesgerichtlichen Urteils nach Feststellung einer Konventionsverletzung stellt somit nach unserer Auffassung **alles andere als einen Automatismus** dar.

[Rz 34] Angelpunkt im Zusammenhang mit Umsetzungsfragen ist unseres Erachtens Art. 41 EMRK, der vorsieht, dass der Gerichtshof eine «gerechte Entschädigung» zusprechen kann, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Verletzung gestattet. Der Gerichtshof ist allerdings wie dargelegt dazu übergegangen, direkt eine «restitutio ad integrum» zuzusprechen, ohne vorher zu überprüfen, ob der betreffende Staat eine innerstaatliche Wiedergutmachung vorsieht.<sup>77</sup> Durch die offene und flexible Revisionsbestimmung von Art. 122 BGG wird die innerstaatliche Umsetzung eines EGMR Urteils sichergestellt.

[Rz 35] Für die Schweiz erscheint uns die Frage, welches (Verfassungs-)Recht vorgehe, eher akademischer Natur, denn es kann mit Fug gesagt werden, dass die schweizerischen Verfassungsgarantien denjenigen der EMRK in grossen Zügen **entsprechen**, ja teilweise darüber hinausgehen.<sup>78</sup> Die bundesgerichtliche Praxis im Fall Amman, die offen lässt, ob dem nationalen Recht Vorrang zukomme, erscheint uns ein gangbarer Weg.<sup>79</sup> Jedenfalls gangbarer als die aus unserer Sicht ideologischen Grabenkämpfe rund um

den Görgülü-Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts.<sup>80</sup> Im Revisionsurteil Ammann wird richtigerweise auf die folgende Umsetzungsproblematik hingewiesen: Das nationale und das internationale Recht stünden in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander, denn der EGMR sei an sich nur befugt, eine Entschädigung zuzusprechen, soweit innerstaatlich lediglich eine unvollkommene Wiedergutmachung möglich sei (Art. 41 EMRK). Andererseits könne das Bundesgericht sein Urteil bloss dann revidieren, wenn keine andere Wiedergutmachung – wozu auch die «gerechte Entschädigung» nach Art. 41 zähle –, offen stehe. Ob bei dieser (sich widersprechenden) Ausgangslage der nationalen Vorschrift oder der internationalen Norm Vorrang zukomme, hänge, so das Bundesgericht, von den **Umständen des jeweiligen Einzelfalls** ab.<sup>81</sup> Im Fall Ammann, einem von den Bundesbehörden zu Unrecht wegen «Kontakten mit der sowjetischen Botschaft» (betreffend ein Epiliergerät) Fichierten, erfolgte keine Revision des haftungsverneinenden bundesgerichtlichen Ausgangsurteils, da dem Beschwerdeführer schon mit der Feststellung einer Konventionsverletzung Genüge getan worden sei.

[Rz 36] Zur Frage, ob dem **Völker- oder Landesrecht Vorrang** zukomme, sind den bundesgerichtlichen Entscheiden (noch) **keine klaren Konturen** zu entnehmen. Einerseits wurde mit der sogenannten «Schubert-Praxis» der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts bejaht, es sei denn, der spätere Gesetzgeber habe bewusst eine Abweichung statuiert.<sup>82</sup> Mit BGE 125 II 417 («PKK-Fall») entwickelte das Bundesgericht eine andere Rechtsprechung, wonach vom Vorrang der völkerrechtlichen Normen ausgegangen wird, wenn es sich um eine völkerrechtliche Norm handelt, die dem Schutz der Menschenrechte dient.<sup>83</sup> In BGE 136 III 170 aber hielt das Bundesgericht fest, dass der Gesetzgeber beim ehelichen Namensrecht «*bewusst den Grundsatz der Einheit der Familie und ihres Namens höher gewichtet (habe) als den Rechtsgleichheitsgrundsatz, wie ihn der Europäische Gerichtshof versteht. Daher liegt nahe, gemäss BGE 99 Ib 39 ff. i.S. Schubert das Bundesgesetz weiterhin als massgeblich zu erachten (...)*» Diese neuerliche Relativierung des ausnahmslosen Vorrangs von Völkerrecht entspricht im Wesentlichen der im Görgülü-Beschluss zum Ausdruck gebrachten Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts.

<sup>75</sup> Botschaft Bundesrat in BBl 2001 S. 4352 f.; SEILER/VONWERDT/GÜNGERICH, Kommentar BGG, 2006, N 7 f. zu Art. 122; ELISABETH ESCHER, Basler Kommentar BGG, 2008, N 5 ff. zu Art. 122.

<sup>76</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 E. 2b (mit Hinweis auf BGE 123 I 283 E. 3a S. 287 i.S. Stürm).

<sup>77</sup> VILLIGER, (Fn 6), § 13 N 238.

<sup>78</sup> AEMISEGGER (Fn 49), S. 2 und dortige Hinweise auf BGE 133 I E. 5.2 S. 3 und 131 I 31 E. 2.1.2.1. S. 34 f. Auch etwa Urteil des Bundesgerichts 8C\_1065/2009 vom 31. August 2010 E. 3.1 betr. Meinungsäusserungsfreiheit; Urteil I 725/06 vom 6. März 2008 E. 7 betr. Achtung auf Familienleben, Hilfsmittel eines Kindes auch am Wohnort des Vaters.

<sup>79</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001, veröffentlicht in Pra 2001 Nr. 92 S. 531 und in EuGRZ 2001 S. 319.

<sup>80</sup> SCHILLING (Fn 24), S. 257. Laut SCHILLING begreife der Verfassungsgerichtshof den EGMR als «konkurrierendes System»; es gehe um «institutionellen Machterhalt». Andererseits nehme Karlsruhe den EGMR stärker als «Motor eines europäischen Grundrechtsstandards» wahr.

<sup>81</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 E. 2b/aa.

<sup>82</sup> BGE 99 Ib 39 E. 4 S. 44.

<sup>83</sup> BGE 125 II 417 E. 4d S. 424; vgl. auch den Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010: Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2010, S. 2263 – 2342. WILDHABER nimmt darauf Bezug in: EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter vom 4. Juli 2011, und kritisiert insbesondere die Rückkehr zur Schubert Praxis in BGE 136 III 170.

## G. Ausblick

[Rz 37] Seit Juni 2010 gelten die Neuerungen des **Art. 46** der EMRK. Darin wird die Förderung der Umsetzung der Entscheide, mit anderen Worten eine **wirkzamere Überwachung der Umsetzung** der Urteile durch das Ministerkomitee vorgesehen.

[Rz 38] Art. 46 Abs. 3 EMRK bestimmt nun:

*«Wird die Überwachung des Vollzugs eines endgültigen Urteils nach Auffassung des Ministerkomitees durch eine Frage betreffend die Auslegung dieses Urteils behindert, so kann das Ministerkomitee den Gerichtshof anrufen, damit er über diese Auslegungsfrage entscheidet. Der Beschluss des Ministerkomitees, den Gerichtshof anzurufen, bedarf der Zweidrittelmehrheit der Stimmen der zur Teilnahme an den Sitzungen des Komitees berechtigten Mitglieder.»*

[Rz 39] Absätze 4 und 5 sehen weitere Massnahmen vor:

*«(4) Weigert sich eine Hohe Vertragspartei nach Auffassung des Ministerkomitees, in einer Rechtssache, in der sie Partei ist, ein endgültiges Urteil des Gerichtshofs zu befolgen, so kann das Ministerkomitee, nachdem es die betreffende Partei gemahnt hat, durch einen mit Zweidrittelmehrheit der Stimmen der zur Teilnahme an den Sitzungen des Komitees berechtigten Mitglieder gefassten Beschluss den Gerichtshof mit der Frage befassen, ob diese Partei ihrer Verpflichtung nach Absatz 1 nachgekommen ist.*

*(5) Stellt der Gerichtshof eine Verletzung des Absatzes 1 fest, so weist er die Rechtssache zur Prüfung der zu treffenden Massnahmen an das Ministerkomitee zurück. Stellt der Gerichtshof fest, dass keine Verletzung des Absatzes 1 vorliegt, so weist er die Rechtssache an das Ministerkomitee zurück; dieses beschliesst die Einstellung seiner Prüfung.»*

[Rz 40] Am Ende dieses ausgebauten «Umsetzungsverfahrens», das schwerpunktmässig dem Ministerkomitee zugeordnet wird, steht ein Feststellungsurteil des Gerichtshofs. Die Verhängung von Sanktionen – zum Beispiel finanzieller Art – ist nicht vorgesehen. Nach der Einschätzung von KELLER/BERTSCHI soll diese neue Regelung **Abhilfe** schaffen gegen die **mangelhafte Umsetzung** der Urteile, die wiederum eine Ursache für die vielen repetitiven Beschwerden an den Gerichtshof ist.<sup>84</sup> Es fragt sich, ob die Neuerungen wirksame Problemlöser darstellen, denn Umsetzungsprobleme ergeben sich nach unserer Auffassung – nicht nur, aber auch – aus einer **Abwehrhaltung von Mitgliedstaaten** gegenüber der ausweitenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> KELLER/BERTSCHI (Fn 5), S. 216.

<sup>85</sup> Als Beispiele seien die Urteile Hirst und Greens c. UK betr. Stimm- und

[Rz 41] Die Schweiz wurde bislang einzig im Fall des Vereins gegen Tierfabriken und neuerdings im Fall Emre ein zweites Mal verurteilt, weil die Umsetzung eines verurteilenden Urteils nach Auffassung des Gerichtshofs nicht genügt habe (keine Ausstrahlung eines Fernsehspots bzw. keine Ausweisung).<sup>86</sup> Man darf gespannt sein, ob angesichts der nunmehr verstärkten Möglichkeiten zur Durchsetzung der EGMR-Urteile auch in Zukunft noch solche Zweitverurteilungen ausgesprochen werden. Falls von einer Tendenz des Gerichtshofs gesprochen werden müsste, dass er selbst die integrale Wiedergutmachung ungeachtet der Eigenheiten der nationalen Rechtssysteme bewirken will, wäre dies unseres Erachtens fragwürdig und würde gegen den Grundsatz der Subsidiarität verstossen.

[Rz 42] **Erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten** bereiten schliesslich diejenigen Entscheide des EGMR, die eine Menschenrechtsverletzung feststellen, indem der **Sachverhalt nach dem letztinstanzlichen innerstaatlichen Urteil (mit)-berücksichtigt** wird. Auch dadurch wird die gebotene innerstaatliche Umsetzung vor unlösbare Probleme gestellt.<sup>87</sup>

[Rz 43] Ob die vom EGMR beschlossenen organisatorischen Massnahmen genügen, um den Gerichtshof wieder funktionsfähig zu machen, lässt sich zurzeit nicht sagen, sondern nur hoffen. **Problematisch** erscheinen uns die **ultimativ-konkreten Anweisungen an die Gesetzgebung** einzelner Mitgliedstaaten bzw. die Erklärung der **Nichtanwendbarkeit konkreter landesrechtlicher Normen**. Auch wenn die Idee der sogenannten Pilotfälle ursprünglich als Effizienzmassnahme gedacht war, muss doch konstatiert werden, dass damit die Akzeptanz der Urteile des Gerichtshofs fraglich(er) wird. Ob der «hapernden Umsetzung» der EGMR Urteile einzig durch zusätzliche Kompetenzen des Ministerrates begegnet werden kann, darf bezweifelt werden.

---

Dr. iur. Brigitte Pfiffner ist Bundesrichterin, Dr. iur. Susanne Bollinger ist Gerichtsschreiberin am Bundesgericht.

Der vorliegende Text gibt ausschliesslich die persönliche Meinung der Autorinnen wieder.

---

\* \* \*

---

Wahlrecht Inhaftierter (Fn 27 und 28), und der Görgülü-Beschluss des deutschen Bundesverfassungsgerichts (Fn 62), erwähnt. SCHILLING (Fn 24), S. 257 wertet u.a. den Görgülü-Beschluss als «Signal an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (...), seine Kontrolltätigkeit einzuschränken».

<sup>86</sup> BGE 123 II 402, Urteil Verein gegen Tierfabriken Schweiz c. Schweiz (Nr. 2) vom 30. Juni 2009 (Nr. 32772/02) und BGE 136 I 158.

<sup>87</sup> Wie Urteil Nr. 41615/07 des EGMR i.S. Neulinger und Shuruk gegen Schweiz vom 6. Juli 2010, Grosse Kammer.