

Helen Keller, Amrei Müller

Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist zunehmend unter Beschuss. Viele Staaten mit ausgebautem Grundrechtssystem kritisieren seine Rechtsprechung. Der EGMR müsse sich vermehrt auf seine subsidiäre Rolle beschränken. Die Autorinnen analysieren vor diesem Hintergrund die Rechtsprechung des EGMR in Bezug auf die Schweiz. Sie zeigen auf, dass die Subsidiarität nicht isoliert, sondern immer im Kontext mit ihrem Gegenstück – der Primärverantwortung der Staaten – verstanden werden muss. Schliesslich entbindet die Subsidiarität den EGMR nicht von seiner Hauptaufgabe, der Sicherung eines effektiven Menschenrechtsschutzes und dessen Weiterentwicklung.

Zitiervorschlag: Helen Keller, Amrei Müller, Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität, in: «Justice - Justiz - Giustizia» 2012/1

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Bedeutung und Rechtsgrundlage des Subsidiaritätsprinzips
 - 2.1 Subsidiaritätsprinzip und Primärverantwortung
 - 2.2 Gründe für das Subsidiaritätsprinzip
 - 2.3 Rechtsgrundlagen in der EMRK
 - 2.3.1 Artikel 1 i. V. m. Artikel 19 und 52 EMRK
 - 2.3.2 Artikel 35 und 13 EMRK
 - 2.3.3 Artikel 41 und 46 EMRK
3. Analyse der Rechtsprechung
 - 3.1 Verfahrensrechtliche Fragen
 - 3.1.1 Opfereigenschaft
 - 3.1.2 Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges
 - a) Qualifizierte Rüge- und Substantierungspflicht
 - b) Obiter dicta
 - 3.1.3 Abschliessende Bemerkung zu Art. 35 Ziff. 1 EMRK
 - 3.2 Materielle Beurteilungen
 - 3.2.1 Begründungsdichte in nationalen Urteilen
 - 3.2.2 Europäischer Konsens
 - 3.2.3 Schwere des Eingriffs, Bedeutung des Rechts und Ziel der Massnahme
 - 3.2.4 Einzelfallabhängigkeit
 - 3.3 Umsetzungsfragen
 - 3.3.1 Überwachungsbefugnisse des EGMR bei der Umsetzung seiner Urteile
 - 3.3.2 Revisionsverfahren
4. Schlussbemerkung

1. Einleitung

[Rz 1] Das Subsidiaritätsprinzip ist ein Grundbaustein der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK oder Konvention).¹ Es zieht sich durch die verschiedenen Artikel der Konvention, und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR oder Gerichtshof) hat seine Bedeutung für das Rechtssystem der EMRK in seiner Rechtsprechung häufig betont.² So hielt der Gerichtshof etwa in *Z. und andere gegen das Vereinigte Königreich* fest:

...[T]he object and purpose underlying the Convention, as set out in Article 1, is that the rights and freedoms should be secured by the Contracting State within its jurisdiction. It is fundamental to the machinery of protection established by the Convention that the national systems themselves provide redress for breaches of its provisions, the Court exerting its supervisory role subject to the principle of subsidiarity.³

(La Cour souligne que, conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'ils se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque Etat contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis. Il est fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que les systèmes nationaux eux-mêmes permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité.)

[Rz 2] Die Subsidiarität baut darauf auf, dass der Schutz der Menschenrechte aus der Primärpflicht der Staaten heraus in erster Linie auf nationaler Ebene zu erfolgen hat. Der EGMR nimmt allerdings eine Überwachungsfunktion wahr, die es ihm erlaubt, mit Verweis auf Effektivität und Aktualität des Grundrechtsschutzes Anforderungen an die Staaten zu stellen. Der Grundsatz der Subsidiarität zielt damit darauf ab, eine Balance zwischen dem nationalen und dem internationalen Grundrechtsschutz herzustellen.

[Rz 3] Die steigende Arbeitsbelastung des EGMR und die Reformdebatten haben das Subsidiaritätsprinzip zunehmend in den Vordergrund gerückt. In seiner Stärkung wird Potential für die Entlastung des EGMR gesehen.⁴ Eine solche Stärkung kann allerdings nicht nur in der Forderung bestehen, dass der EGMR das Ausmass seiner Kontrolle über nationale Gerichte und andere staatliche Organe in der Anwendung der EMRK zurücknimmt. Die Primärpflicht der Staaten aus dem Subsidiaritätsprinzip heraus verlangt gleichzeitig den Ausbau eines EMRK-konformen Grundrechtsschutzes auf nationaler Ebene. In der Literatur wird deshalb auch die Entwicklung eines Primärprinzips (principle of primarity) diskutiert, welches als Gegenstück zum Subsidiaritätsprinzip die Verpflichtung der Staaten zur effektiven Umsetzung der EMRK auf nationaler Ebene beschreibt.⁵ Der Kern des Primärprinzips ist der Zugang zu Rechtsmitteln auf nationaler Ebene, mit deren Hilfe die EMRK jederzeit effektiv durchgesetzt werden kann.⁶

[Rz 4] Die Bedeutung des Primärprinzips wird in der gegenwärtigen Debatte um die Reform des EGMR häufig übersehen. Allzu schnell formulieren Staaten unter Hinweis auf

¹ Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974.

² Generell dazu I. HOFFMANN, Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtssystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, Frankfurt am Main 2007; M. VILLIGER, The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights, in: M. Kohen (Hrsg.), Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, Leiden 2007 und H. PETZOLD, The Convention and the Principle of Subsidiarity, in: R. MacDonald/F. Matscher/H. Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht 1999.

³ Urteil des EGMR *Z. und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 10. Mai 2001, Nr. 29392/95, § 103.

⁴ Siehe z.B. Interlaken Aktionsplan (19. Februar 2010), § E 9 b) und die Erklärung von Izmir (27. April 2011), §§ 4 und A1–3. Dazu auch 2.2 unten.

⁵ J. CHRISTOFFERSEN, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, Leiden 2009, Kapitel 4 und 5. Ein ähnlicher Ansatz, der sich allerdings nicht auf die rechtlichen Aspekte eines «Primärprinzips» beschränkt, wird von Helfer vertreten: L. HELFER, Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, European Journal of International Law 2008/19, S. 125 ff. Helfer benutzt nicht den Begriff «Primärprinzip», sondern spricht von «Einbettung» («embeddedness») der EMRK in das nationale politische und rechtliche System als ein Strukturprinzip der EMRK.

⁶ CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 361.

das Subsidiaritätsprinzip fundamentale Kritik am Gerichtshof. Das Subsidiaritätsprinzip darf nicht als Einbahnstrasse verstanden werden, sondern muss im Kontext des Primärprinzips betrachtet werden. Die Erklärungen von Interlaken und Izmir greifen den Subsidiaritätsgedanken auf.⁷ Einige Vertragsstaaten haben dies zum Anlass genommen, ihre Kritik an der ihrer Meinung nach allzu progressiven und ausufernden Rechtsprechung des EGMR Teil einer breiteren politischen Strategie für die Reform des Gerichtshofs zu machen. Deutlich wird diese Problematik beispielsweise in einer Stellungnahme zu den Prioritäten und Zielen des derzeitigen britischen Vorsitzes des Ministerkomitees. In Bezug auf die Reform des Gerichtshofs kündigt der Vorsitz an, sich für die Stärkung der Subsidiarität «durch die Annahme neuer Regelungen und Verfahren» einzusetzen sowie dafür, dass der Gerichtshof mit politischer Unterstützung des Ministerkomitees bereits ergriffene Massnahmen zur Priorisierung und Bewältigung seiner Arbeitsbelastung besser umsetzt und den Staaten in seinen Urteilen einen *weiten* Ermessensspielraum (*marge d'appréciation*) gewährt.⁸ Die britische Position muss vor dem Hintergrund eines beträchtlichen Unmutes über das EGMR-Urteil *Hirst gegen das Vereinigte Königreich (Nr. 2)*⁹ verstanden werden, welches im Februar 2011 eine landesweite, teilweise polemische Diskussion über die Legitimität des EGMR ausgelöst hatte.¹⁰ Auch in anderen Konventionsstaaten, die über einen gut ausgebauten Grundrechtsschutz verfügen, lässt sich eine gewisse Unzufriedenheit mit der Rechtsprechung des EGMR ausmachen. So etwa in Deutschland in Bezug auf die EGMR-Urteile zur Sicherungsverwahrung¹¹ und in den nordischen Ländern.¹²

⁷ Siehe Fn. 4

⁸ Priorities of the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers of the Council of Europe (7 November 2011 – 14 May 2012), Ministers' Deputies Information Documents, CM/Inf(2011)41 vom 27. Oktober 2011, Teil A (unsere Übersetzung und Hervorhebung).

⁹ Urteil der Grossen Kammer des EGMR *Hirst gegen das Vereinigte Königreich (Nr. 2)* vom 6. Oktober 2005, Nr. 74025/01.

¹⁰ Für eine Zusammenfassung siehe M. O'BOYLE, *The Future of the European Court of Human Rights*, German Law Journal 2011/12, S. 1862 ff. Auch die Intervention des Vereinigten Königreichs in der Anhörung im Fall *Scoppola gegen Italien (Nr. 3)*, Nr. 126/05, am 2. November 2011 vor der Grossen Kammer des EGMR kann im Lichte dieser Entwicklung gesehen werden.

¹¹ EGMR-Urteile *M. gegen Deutschland* vom 17. Dezember 2009, Nr. 19359/04; *Kallweit gegen Deutschland*, Nr. 17792/07; *Mautes gegen Deutschland*, Nr. 20008/07 und *Schummer gegen Deutschland*, Nr. 27360/04; 42225/07, vom 13. Januar 2011 sowie *O. H. gegen Deutschland*, Urteil vom 24. November 2011, Nr. 4646/08. Für eine gute Darstellung der Problematik und Debatte siehe M. PöSL, *Die Sicherungsverwahrung im Focus von BVerfG, EGMR und BGH*, Zeitschrift für das Juristische Studium 2011/4, S. 132 ff. und A. KREUZER, *Neuordnung der Sicherungsverwahrung: Fragmentarisch und fragwürdig trotz sinnvoller Ansätze*, Strafverteidiger 2011/2, S. 122 ff.

¹² Siehe dazu A. FOLLESDAL/M. WIND, *Introduction – Nordic Reluctance towards Judicial Review under Siege*, Nordic Journal of Human Rights 2009/27, S. 131 ff.; A. FOLLESDAL, *Why the European Court of Human Rights Might Be Democratically Legitimate – A Modest Defense*, Nordic Journal of Human Rights 2009/27, S. 289 ff.; I. SAND, *Judicial Review in Norway*

Einige Staaten haben zudem in letzter Zeit Fälle an die Grosse Kammer des Gerichtshofs mit dem Ziel weitergeleitet, ihrer Meinung nach zu progressive Sektionsurteile zu revidieren. In ihren Argumentationen wiesen sie häufig auf die subsidiäre Rolle des Gerichtshofes hin.¹³

[Rz 5] Dieser Aufsatz beleuchtet das Subsidiaritätsprinzip sowie erste Komponenten der Primärverpflichtungen der Staaten am Beispiel von Fällen aus der Schweiz. Im Zentrum steht die Frage, inwieweit das Subsidiaritätsprinzip den EGMR verpflichtet, sich zugunsten des Bundesgerichtes zurückzuhalten. Dabei wird auch ein Blick auf bundesgerichtliche Reaktionen auf die EGMR-Urteile geworfen. Damit soll das Zusammenspiel von primärer Grundrechtsverwirklichung auf nationaler Ebene, subsidiärem Schutz auf europäischer Ebene sowie Primärverantwortung der Staaten bei der Umsetzung aufgezeigt werden. Dies geschieht anhand einer punktuellen Analyse einiger ausgewählter Schweizer Fälle vor dem EGMR, die als besonders instruktive Beispiele gelten können. Ausnahmsweise werden auch Fälle aus anderen Konventionsstaaten herangezogen.

[Rz 6] Ausgangspunkt bildet eine Analyse der Bedeutung und Rechtsgrundlage des Grundsatzes der Subsidiarität. Auch mögliche Aspekte eines Primärprinzips werden betrachtet (nachfolgend Teil 2). Sodann wird die Bedeutung beider Prinzipien für das Zusammenwirken zwischen dem EGMR und dem Schweizer Bundesgericht anhand einer Analyse einiger Schweizer EGMR-Fälle untersucht. Dazu dient zunächst eine Betrachtung von Fragen der Zulässigkeitsprüfung, alsdann materiell-rechtlicher Fragen sowie schliesslich der Umsetzung der EGMR-Urteile auf nationaler Ebene (nachfolgend Teil 3). In einer Schlussbemerkung werden die Ergebnisse der Diskussion kurz gewürdigt (nachfolgend Teil 4).

2. Bedeutung und Rechtsgrundlage des Subsidiaritätsprinzips

2.1 Subsidiaritätsprinzip und Primärverantwortung

[Rz 7] Das Subsidiaritätsprinzip verlangt, dass im Kontext eines Gemeinwesens, welches in mehreren Ebenen organisiert ist, primär die tiefere Einheit eigenverantwortlich handelt.¹⁴ Die höhere Ebene soll erst dann eingreifen, wenn die

under Recent Conditions of European Law and International Human Rights Law, Nordic Journal of Human Rights 2009/27, S. 160 ff. und I. KOCH/J. VEDSTED-HANSEN, *International Human Rights and National Legislatures – Conflict or Balance?*, Nordic Journal of International Law 2006/75, S. 3 ff.

¹³ Siehe zum Beispiel die EGMR-Urteile der Grossen Kammer, *Lautsi gegen Italien* vom 18. März 2011, Nr. 30814/06; *H. S. und andere gegen Österreich* vom 3. November 2011, Nr. 57813/00, § 62 und *Folgero gegen Norwegen* vom 29. Juni 2007, Nr. 15472/02.

¹⁴ Zu den historischen Ursprüngen des Subsidiaritätsprinzips, die bis in die

tieferer Ebene einer Aufgabe nicht, oder nur teilweise, nachkommen kann. Dabei verfolgen die beiden Ebenen dasselbe Ziel, d.h. sie haben gemeinsame Aufgaben, wobei die höhere Ebene eine umfassendere, übergreifendere Kompetenz hat.¹⁵ Die Vorrangigkeit der tieferen Ebene unter dem Subsidiaritätsprinzip gewährleistet deren Autonomie und freie Entfaltung. Es erlaubt der tieferen Ebene, Lösungen zu finden, die auf lokale Besonderheiten Rücksicht nehmen. Gleichzeitig stellt das Subsidiaritätsprinzip durch die Möglichkeit und sogar Pflicht des Eingreifens der höheren Ebene in bestimmten Fällen sicher, dass eine Aufgabe im Sinne eines übergreifenden Ziels (des Gemeinwohls) effektiv erledigt wird.¹⁶ Darin liegt der paradoxe Charakter des Subsidiaritätsprinzips: Es verlangt sowohl ein Nicht-Tätigwerden, als auch ein Handeln der höheren Ebene und durch seine Anwendung werden sowohl Vereinheitlichung, als auch Pluralität angestrebt.¹⁷

[Rz 8] Ein vom Subsidiaritätsgrundsatz geprägtes System nimmt die tiefere Ebene auch in die Pflicht, eigenverantwortlich zu handeln und effektive Lösungen im Sinne des Gemeinwohls zu finden. Es wird deshalb von der Primärverantwortung als der Kehrseite des Subsidiaritätsprinzips gesprochen, welche vornehmlich die tiefere Ebene anspricht.¹⁸ Es ist dann der höheren Ebene überlassen, letztlich über ein (subsidiäres) Eingreifen zu entscheiden, wenn diese Primärpflichten nicht erfüllt sind oder werden können.¹⁹

[Rz 9] Dies spiegelt sich auch im Kontext des Rechtsschutzsystems der EMRK. Hier verlangt das Subsidiaritätsprinzip vom EGMR als der höheren Ebene, dass er die Vorrangigkeit nationaler Institutionen, einschliesslich des innerstaatlichen Rechtsschutzes, vor seiner Gerichtsbarkeit respektiert. Gleichzeitig müssen die Staaten die EMRK möglichst weitgehend in ihrer nationalen Rechtsordnung verankern und effektive Rechtsmittel für etwaige Konventionsverletzungen auf nationaler Ebene bereitstellen.²⁰

[Rz 10] Es ist nicht einfach im Einzelfall zu bestimmen, wann aus dem Subsidiaritätsprinzip heraus ein Handeln der höheren Ebene im Interesse des Gemeinwohls bzw. der effektiven Umsetzung der EMRK gerechtfertigt werden kann und wie

weit die höhere Ebene dabei gehen kann.²¹ Mit dieser besonderen Schwierigkeit wird auch der EGMR häufig konfrontiert. In der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips stellt sich für den Gerichtshof immer wieder die Frage nach dem Ausmass des eigenen Tätigwerdens, nach der Kontrolldichte, mit der er die Entscheidungen nationaler Instanzen überprüft, und nach Letztentscheidungskompetenzen im Verhältnis zu nationalen Organen.²²

2.2 Gründe für das Subsidiaritätsprinzip

[Rz 11] Ein häufig genannter Grund für das Subsidiaritätsprinzip ist erstens, dass es effektiven Rechtsschutz, den Grundrechtsschutz eingeschlossen, ermöglicht. Es sind die nationalen Gerichte und Institutionen, die einen Fall in den besonderen nationalen sozialen und politischen Kontext einordnen und zu einer passenden Lösung führen können. In den meisten Fällen können die verschiedenen Instanzen der nationalen Gerichte einen zeitnäheren und weiter reichenden Rechtsschutz gewähren.²³

[Rz 12] Zweitens erkennt das Subsidiaritätsprinzip an, dass die Staaten, in denen die Konvention angewendet wird, sich in ihren politischen, sozialen und wirtschaftlichen Strukturen sowie ihren historischen, kulturellen und religiösen Wertvorstellungen unterscheiden. Der Subsidiaritätsgrundsatz erlaubt den Staaten die eigenverantwortliche Ausgestaltung des innerstaatlichen Menschenrechtsschutzes im Lichte dieser Besonderheiten. Dies wird in der Doktrin der *marge d'appréciation* des EGMR offensichtlich, welche besonders in materiellen Fragen eng mit der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in Verbindung steht.²⁴ Des Weiteren werden durch das Subsidiaritätsprinzip demokratische Prozesse auf nationaler Ebene geschützt: Der EGMR hat als internationales Gericht keine politischen Gestaltungsbefugnisse, und entsprechend wird von ihm Zurückhaltung im Hinblick auf innerstaatliche Lösungen und Entscheidungsprozesse abverlangt.²⁵

[Rz 13] Drittens kommt im subsidiären Charakter des Konventionssystems der Respekt für die staatliche Souveränität

klassisch griechische Epoche zurückverfolgt werden können, siehe P. CAROZZA, Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law, *American Journal of International Law* 2003/79, S. 38 ff., S. 41.

¹⁵ PETZOLD (Fn. 2), S. 41; HOFFMANN (Fn. 2), S. 11 und VILLIGER (Fn. 2), S. 623.

¹⁶ CAROZZA (Fn. 14), S. 44.

¹⁷ *Ibid.*, S. 44 f. und HOFFMANN (Fn. 2), S. 12.

¹⁸ CHRISTOFFERSEN (Fn. 5) und HELFER (Fn. 5).

¹⁹ HOFFMANN (Fn. 2), S. 12.

²⁰ Dies kommt besonders in Art. 1 EMRK zum Ausdruck: «Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.» Siehe auch PETZOLD (Fn. 2), S. 44; J. MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2011 und VILLIGER (Fn. 2), S. 624 f.

²¹ HOFFMANN (Fn. 2), S. 12.

²² *Ibid.*, S. 62.

²³ VILLIGER (Fn. 2), S. 634; M. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 80, N. 112; HOFFMANN (Fn. 2), S. 55; MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 30, N. 36 und D. HARRIS *et al*, Law of the European Convention on Human Rights, 2. Auflage, Oxford 2009, S. 14.

²⁴ Siehe dazu 2.3 unten sowie PETZOLD (Fn. 2), S. 59; CAROZZA (Fn. 14), S. 61 f.; HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 13; VILLIGER (Fn. 2), S. 635 und P. MAHONEY, Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?, *Human Rights Law Journal* 1998/19, S. 1 ff., S. 2.

²⁵ Das schliesst natürlich nicht aus, dass politische Prozesse durch ein (legitimes) Tätigwerden des Gerichtshofes beeinflusst werden oder dass der Gerichtshof gewisse Anforderungen an demokratische Prozesse auf nationaler Ebene stellt. Siehe dazu insbesondere CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 455 ff.

zum Ausdruck.²⁶ Das Subsidiaritätsprinzip setzt dem Handeln des EGMR Grenzen und kann deshalb als eine Konzession an die Souveränität der Staaten bezeichnet werden.²⁷

[Rz 14] Viertens wird durch die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im Konventionssystem anerkannt, dass die EMRK letztlich auf nationalen Menschenrechtsinstrumenten basiert. Das Ziel der Konvention ist es nicht, diese nationalen Instrumente zu ersetzen oder zu schwächen, sondern ihre effektive Umsetzung und Weiterentwicklung sicher zu stellen.²⁸

[Rz 15] Im aktuellen Kontext hat fünftens eine weitere Komponente des Subsidiaritätsprinzips an Bedeutung erlangt: Dass der EGMR als ein internationaler Gerichtshof nur begrenzte Kapazitäten besitzt, über mögliche Konventionsverletzungen in den heute 47 Mitgliedsstaaten des Europarats zu befinden.²⁹ Im Zuge der andauernden Reformdebatte über die Zukunft des EGMR wird auf eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips gedrängt, die es ermöglicht, zur Verringerung der Arbeitsbelastung des Gerichtshofes beizutragen. Der Interlaken Aktionsplan fordert den Gerichtshof beispielsweise auf,

[to] apply uniformly and rigorously the criteria concerning admissibility and jurisdiction and take fully into account its subsidiary role in the interpretation and application of the Convention.³⁰

(appliquer de façon uniforme et rigoureuse les critères concernant la recevabilité et sa compétence et à tenir pleinement compte de son rôle subsidiaire dans l'interprétation et l'application de la Convention;)

[Rz 16] Dies wird in der Erklärung von Izmir noch einmal bekräftigt.³¹ In den Dokumenten der Reformdebatte wird allerdings auch die Primärverantwortung der Staaten hervorgehoben, das Recht auf eine wirksame Beschwerde vor einer innerstaatlichen Instanz bei möglichen Konventionsverletzungen zu gewährleisten.³² Die Izmir Erklärung unterstreicht

diese Notwendigkeit insbesondere für die Handhabung von Asyl- und sonstigen Einwanderungsfällen.³³

2.3 Rechtsgrundlagen in der EMRK

[Rz 17] Das Subsidiaritätsprinzip leitet sich aus verschiedenen Artikeln der EMRK ab. Auch sein Gegenstück – das Primärprinzip – findet seine Grundlage in der Konvention.

2.3.1 Artikel 1 i. V. m. Artikel 19 und 52 EMRK

[Rz 18] Art. 1 EMRK legt die Primärpflicht der Vertragsparteien fest, die Rechte der Konvention sicherzustellen. Der Text des Art. 1 EMRK enthält keine weiteren Details, wie die Staaten dieser Verpflichtung nachzukommen haben.³⁴ Hier klingt der Gestaltungsspielraum an, der den Staaten in der Umsetzung der EMRK gewährt wird³⁵ und der ein subsidiäres Handeln des Gerichtshofs impliziert. Bestärkt wird dieser Spielraum in Art. 52 EMRK, der es dem Generalsekretär des Europarats erlaubt, die Vertragsparteien aufzufordern zu erläutern, «auf welche Weise die wirksame Anwendung aller Bestimmungen dieser Konvention in ihrem innerstaatlichen Recht gewährleistet wird». Auch Art. 19 EMRK unterstützt diese Aussage: Er besagt, dass der EGMR errichtet wird, um die völkerrechtlichen Verpflichtungen *der Staaten* sicherzustellen, d.h. es ist die Aufgabe des EGMR, die Sicherstellung der Rechte *durch die Vertragsstaaten* zu überwachen – er schliesst aus, dass der Gerichtshof eigenständig die Initiative für die Umsetzung der Konvention ergreifen kann.³⁶

2.3.2 Artikel 35 und 13 EMRK

[Rz 19] Art. 35 Ziff. 1 EMRK statuiert, dass der Gerichtshof sich erst nach der Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe mit einer Angelegenheit befassen kann. Er stellt somit die prozessuale Nachrangigkeit des Gerichtshofes gegenüber den innerstaatlichen Instanzen sicher.³⁷ Im Sinne des Subsidiaritätsprinzips gibt die Konvention den Vertragsstaaten damit die Gelegenheit, eine Verletzung selbst zu beheben bevor sie sich international verantworten müssen.³⁸

²⁶ VILLIGER (Fn. 2), S. 634 ff.

²⁷ *Ibid.*, S. 636; siehe allerdings die gegenteilige Meinung von CAROZZA (Fn. 14, S. 63 ff.): «A subsidiarity-oriented understanding of human rights and international law does not care to ask whether «state sovereignty» must either resist or give way to international harmonization and intervention but, instead, whether the good that human rights aim at realizing can be accomplished at the local level, and if not, what assistance is necessary from a more comprehensive association to enable the smaller unit to realize its role.»

²⁸ VILLIGER (Fn. 2), S. 635; VILLIGER (Fn. 23), S. 55, N. 76 und HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 9.

²⁹ MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 30, N. 36 und M. LANter, Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges, Zürich 2008, S. 35.

³⁰ Interlaken Aktionsplan (Fn. 4), § E 9 b).

³¹ Erklärung von Izmir (Fn. 4), §§ 4 und A1–3.

³² Interlaken Aktionsplan (Fn. 4), § 4 d); Erklärung von Izmir (Fn. 4), § B1 a); VILLIGER (Fn. 2), S. 634; HOFFMANN (Fn. 2), S. 57 und O. De SCHUTTER, La subsidiarité dans la convention européenne des droits de l'homme: la dimension procédurale, in: M. Verdussen (Hrsg.), L'Europe de la Subsidiarité,

Bruxelles 2000, S. 128.

³³ Erklärung von Izmir (Fn. 4), § A3. D.h. der EGMR kann seine subsidiäre Überwachungsfunktion nur wahrnehmen, wenn auf nationaler Ebene eine mindestens gleichwertige gerichtliche Kontrolle besteht, wie sie der EGMR beispielsweise in seiner Rechtsprechung in Asylfällen anwendet, in denen Art. 3 und Art. 13 EMRK von Relevanz sind. Im Detail dazu siehe T. SPIJKERBOER, Subsidiarity and «Arguability»: the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases, *International Journal of Refugee Law* 2009/21, S. 48 ff.

³⁴ Viele andere Artikel der EMRK beschreiben den Umfang dieser Verpflichtung, einschliesslich Art. 13 EMRK. Siehe auch unten 2.3.2.

³⁵ HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 23.

³⁶ Für eine detaillierte Diskussion siehe HOFFMANN (Fn. 2), S. 46 f.

³⁷ *Ibid.*, S. 48.

³⁸ EGMR-Urteile *Micallef gegen Malta* vom 15. Januar 2008, Nr. 17056/06, § 54; *Glesmann gegen Deutschland* vom 10. Januar 2008, Nr. 25706/03, §

Art. 13 EMRK beschreibt die inhaltlichen Anforderungen an den (vorgeschalteten) innerstaatlichen Rechtsschutz: das Recht auf eine *wirksame* Beschwerde vor einer nationalen Instanz. Art. 13 EMRK nimmt damit die Staaten klar in die Pflicht, einen effektiven³⁹ innerstaatlichen Rechtsschutz im Hinblick auf die Konventionsrechte zu gewährleisten.⁴⁰ Dies spiegelt die Voraussetzungen der vom Subsidiaritätsprinzip geforderten Sicherstellung der effektiven Handlungsfähigkeit der tieferen Ebene wider.⁴¹

2.3.3 Artikel 41 und 46 EMRK

[Rz 20] Art. 41 EMRK beschränkt den EGMR zunächst auf die Feststellung einer Konventionsverletzung. Eine Entschädigung kann er – zumindest aus dem Text des Art. 41 – dann zusprechen, wenn er das innerstaatliche Recht eine nur ungenügende Wiedergutmachung gewährt. Damit werden die Kompetenzen der höheren Ebene (des EGMR) im Sinne des Subsidiaritätsprinzips begrenzt, gleichzeitig wird ein eigenverantwortliches Handeln der tieferen Ebene verlangt. Dies wird durch Art. 46 Ziff. 1 EMRK noch bestärkt, welcher zwar die Verpflichtung der Vertragsparteien festlegt, die Urteile des Gerichtshofes zu befolgen, allerdings keine Angaben macht, wie eine solche Umsetzung auszusehen hat.

3. Analyse der Rechtsprechung

[Rz 21] Im Folgenden steht einerseits eine Analyse der Frage im Zentrum, inwieweit das Tätigwerden des Gerichtshofes gegenüber den Schweizer Gerichten, insbesondere dem Bundesgericht, vom Subsidiaritätsprinzip bestimmt ist. Andererseits soll untersucht werden, wie das Bundesgericht auf die Rechtsprechung des EGMR reagiert und inwieweit es damit im Sinne eines sich abzeichnenden Primärprinzips die Umsetzung der EMRK auf nationaler Ebene stärkt. Hier drängt sich auf, zwischen verfahrensrechtlichen⁴² und materiellrechtlichen Fragen zu unterscheiden.

91 und *Arslan gegen die Türkei* vom 9. Juli 1999, Nr. 23462/94, § 33; MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 30, RN 36 und HOFFMANN (Fn. 2), S. 48.

³⁹ Aus der Rechtsprechung des EGMR wird klar, dass ein Rechtsbehelf dann als effektiv gilt, wenn er im fraglichen Zeitpunkt sowohl theoretisch wie auch praktisch wirksam und verfügbar ist. Dazu auch 3.1.2 unten.

⁴⁰ Siehe dazu insbesondere CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 391 ff., der den EGMR in diesem Kontext zu einer veränderten Interpretation des Art. 13 EMRK aufruft, die eine generelle Verpflichtung der Staaten beschreibt, die EMRK auf nationaler Ebene voll zu verwirklichen (etwa dahingehend, dass materiell-rechtliche nationale Bestimmungen auf nationaler Ebene angefochten werden können, wenn sie möglicherweise die Konvention verletzen).

⁴¹ Der EGMR hat dies klar im Urteil *Akdivar gegen die Türkei* vom 16. September 1996, Nr. 21893/93, § 65 zum Ausdruck gebracht. Siehe auch die EGMR-Entscheidungen *Egger gegen Österreich* vom 9. Oktober 2003, Nr. 74159/0 und *Eskelinen gegen Finnland* vom 14. Juni 2005, Nr. 43803/98 sowie P. BOILLAT, *Vers une mise en œuvre renforcée de la Convention européenne des droits de l'homme au niveau national*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2009/77, S. 17 ff., S. 18.

⁴² Für eine detailliertere Auseinandersetzung mit dem schweizerischen

3.1 Verfahrensrechtliche Fragen

[Rz 22] Im Bereich der Zulässigkeitsprüfung einer Beschwerde durch den EGMR interessieren die Opfereigenschaft gemäss Art. 34 EMRK (3.1.1) sowie einige Aspekte der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs gemäss Art. 35 Ziff. 1 der Konvention (3.1.2).

3.1.1 Opfereigenschaft

[Rz 23] Nach Art. 34 EMRK werden nur Beschwerden von Personen für zulässig erklärt, die behaupten können, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein. Bei der Beurteilung, ob eine Person die Opfereigenschaft besitzt, verweist der EGMR bisweilen auf das Subsidiaritätsprinzip.⁴³ Für den Schweizer Kontext scheint insbesondere der Zusammenhang mit den Verpflichtungen aus den Artikeln 1, 13 und 35 Ziff. 1 EMRK interessant.⁴⁴

[Rz 24] In den Entscheidungen *Ouardiri gegen die Schweiz*⁴⁵ und *Ligue des Musulmans de Suisse und andere gegen die Schweiz*⁴⁶ (Minarettentscheide) sah der EGMR die Opfereigenschaft der Beschwerdeführer nicht als gegeben an. Da Herr Ouardiri und die anderen Beschwerdeführer in den Verfahren nicht behaupteten, dass Art. 72 Abs. 3 der schweizerischen Bundesverfassung (BV)⁴⁷ irgendeine konkrete Auswirkung auf sie gehabt hätte, seien sie weder direkte⁴⁸ noch indirekte⁴⁹ Opfer einer Konventionsverletzung.⁵⁰ Der Gerichtshof befand des Weiteren, dass die Beschwerdeführer auch keine potentiellen Opfer seien.⁵¹ «Potentielle Opfer» sind Personen, die vorbringen, dass sie zwar noch nicht

Rechtssystem aus der Sicht von Art. 35 Ziff. 1 EMRK, als sie hier geschehen kann, siehe LANTER (Fn. 29).

⁴³ Dabei geht es in der grossen Mehrheit der Fälle um die Frage nach der *fortbestehenden* Opfereigenschaft. Siehe z.B. die Entscheidungen des EGMR *R. B. gegen die Schweiz* vom 30. November 1994, Nr. 18905/91; *Normann gegen Dänemark* vom 14. Juni 2001, Nr. 44704/98 und *Estok gegen die Slowakei* vom 28. September 2004, Nr. 63994/00. Ausführlicher dazu HOFFMANN (Fn. 2), S. 66.

⁴⁴ Zu diesem Zusammenhang HOFFMANN (Fn. 2), S. 65 ff.

⁴⁵ Entscheidung des EGMR *Ouardiri gegen die Schweiz* vom 8. Juli 2011, Nr. 65840/09.

⁴⁶ Entscheidung des EGMR *Ligue des Musulmans de Suisse und andere gegen die Schweiz* vom 8. Juli 2011, Nr. 66274/09.

⁴⁷ Art. 72 Abs. 3 BV legt fest, dass der Bau von Minaretten verboten ist.

⁴⁸ Direkte Opfer sind Personen, die *direkt* von (konventionswidrigem) staatlichen Handeln betroffen sind (Art. 34 EMRK). Siehe zum Beispiel Urteil des EGMR *Irland gegen das Vereinigte Königreich* vom 18. Januar 1978, Nr. 5310/71, §§ 239–40.

⁴⁹ Nach der Rechtsprechung des EGMR sind indirekte Opfer solche Personen, die insofern indirekt von einer Konventionsverletzung betroffen sind, als dass sie einem Opfer besonders nahestehen, zum Beispiel als nahe Verwandte (Eltern, Kinder, Ehegatten). Für eine ausführlichere Behandlung der Rechtsprechung zur indirekten Opfereigenschaft siehe, HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 790–96.

⁵⁰ *Ouardiri gegen die Schweiz* (Fn. 45) und *Ligue des Musulmans de Suisse gegen die Schweiz* (Fn. 46).

⁵¹ *Ibid.*

direkt von einer bestimmten staatlichen Massnahme betroffen sind, aber Gefahr laufen, konkret von ihr betroffen zu werden.⁵² So unterscheidet der Gerichtshof von denjenigen Beschwerdeführern, die ausschliesslich die Vereinbarkeit eines nationalen Rechtsaktes mit der EMRK prüfen lassen wollen (in Form einer *actio popularis*), und denen keine Opfereigenschaft zugesprochen wird.⁵³

[Rz 25] Der EGMR hat in einigen Entscheiden zudem den engen Zusammenhang der Opfereigenschaft mit den Erfordernissen der Schaffung eines effektiven innerstaatlichen Rechtsschutzes angedeutet: Eine fortbestehende Opfereigenschaft wird häufig dann abgelehnt, wenn eine Konventionsverletzung auf nationaler Ebene anerkannt wurde, insbesondere durch eine für den Beschwerdeführer günstige innerstaatliche gerichtliche Entscheidung.⁵⁴ Wenn es um die potentielle Opfereigenschaft geht, scheint der Gerichtshof diese wohl eher anzuerkennen, wenn der Beschwerdeführer auf nationaler Ebene keine Beschwerdemöglichkeit hat.⁵⁵ Hier wird auch der Zusammenhang der Opfereigenschaft mit dem Subsidiaritätsprinzip und der primären Umsetzungsverantwortlichkeit der Staaten deutlich.

[Rz 26] Dieser Rechtsprechung ist der EGMR auch in den Minarettentscheiden gefolgt: Die Beschwerdeführer wurden nicht als potentielle Opfer qualifiziert, weil sie weder vorbringen konnten, dass sie möglicherweise von einer geheimen staatlichen Massnahme direkt betroffen waren, die sie aber aufgrund deren Geheimhaltung nicht nachweisen konnten.⁵⁶

noch beeinflusste Art. 72 Abs. 3 BV sie in irgendeiner Weise in der Ausübung ihrer Religion, auch weil das Bauen von Minaretten im Schweizer Recht nicht strafrechtlich verfolgt wird;⁵⁷ noch hatten die Beschwerdeführer ausreichend gezeigt, dass die genannte Bestimmung wahrscheinlich auf sie angewendet werden könnte,⁵⁸ da sie nicht planten, in nächster Zeit ein Minarett zu bauen.

[Rz 27] In den Minarettentscheiden hatte die Schweizer Regierung zwar keine für die Beschwerdeführer günstige innerstaatliche gerichtliche Entscheidung vorzuweisen. Dennoch war es für den EGMR bei der Nichtanerkennung der Opfereigenschaft von Bedeutung, dass die schweizerischen Gerichte in der Lage sein würden, eine mögliche Ablehnung einer Baugenehmigung für ein Minarett auf ihre Vereinbarkeit mit der Konvention hin zu überprüfen. Zwar hat das Bundesgericht Beschwerden, die das Minarettverbot betreffen, bisher unter anderem mit Hinweis darauf, dass gegen den Inhalt einer angenommenen eidgenössischen Volksinitiative kein Rechtsmittel ans Bundesgericht gegeben sei, für unzulässig erklärt.⁵⁹ Die bisherigen Beschwerden betrafen aber kein von den kantonalen Gerichten abgelehntes Minarett-Baugesuch, und es ist nicht absolut ausgeschlossen, dass das Bundesgericht die Vereinbarkeit der Ablehnung eines solchen Gesuchs mit Art. 9 und Art. 14 EMRK in Zukunft beurteilen wird. Für den EGMR war ein kürzlich ergangenes Urteil des Bundesgerichts⁶⁰ Bestätigung für diese Annahme.⁶¹

[Rz 28] Die beiden Minarettentscheide können somit als gut vereinbar mit der subsidiären Rolle des Gerichtshofes in der Umsetzung der EMRK bezeichnet werden. Die tiefere Ebene, d.h. die Schweizer Behörden, einschliesslich der Schweizer Gerichte, hatten noch keine Gelegenheit, sich eigenverantwortlich mit der Vereinbarkeit des Art. 72 Abs. 3 BV und der EMRK auseinander zu setzen. Es wäre nicht im Sinne des

⁵² Wie etwa in den Urteilen des EGMR *Johnston gegen Irland* vom 18. Dezember 1986, Nr. 9697/82, § 42; *Marckx gegen Belgien* vom 6. Juni 1979, Nr. 6833/74, § 72 und *Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, §§ 28–34, analysiert in HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 792. Siehe auch VILLIGER (Fn. 23), S. 100, N. 151, der von der Annahme einer Beschwerde spricht, wenn es «wahrscheinlich erscheint, dass die (behauptete) EMRK-Verletzung eintreten wird» (Hervorhebung im Original).

⁵³ Wie etwa in den EGMR-Entscheidungen *Sanles Sanles gegen Spanien* vom 26. Oktober 2000, Nr. 48335/99, § a); *Ocic gegen Kroatien* vom 25. November 1999, Nr. 46306/99, § 1 und das EGMR-Urteil *Klass gegen Deutschland* vom 6. September 1978, Nr. 5029/71, § 33.

⁵⁴ Siehe z.B. die Entscheidungen des EGMR *Širancova gegen die Slowakei* vom 4. September 2004, Nr. 62216/00 und *Hay gegen das Vereinigte Königreich* vom 17. Oktober 2000, Nr. 41894/98, § 2. Ausführlicher dazu HOFFMANN (Fn. 2), S. 66 ff.

⁵⁵ Siehe etwa *Klass gegen Deutschland* (Fn. 53), §§ 34–36. In diesem Fall war es dem Beschwerdeführer nur schwer und sehr begrenzt möglich, eine möglicherweise konventionswidrige Überwachungsmaßnahme auf nationaler Ebene anzufechten. Deshalb bejahte der Gerichtshof die potentielle Opfereigenschaft von Herrn Klass. Siehe auch VILLIGER (Fn. 23), S. 101, N. 152.

⁵⁶ Wie etwa in *Klass gegen Deutschland* (Fn. 53), § 34. Allerdings hat der EGMR dieses eher weite Verständnis der Opfereigenschaft in nachfolgenden Fällen eingeschränkt. Im EGMR-Urteil *Halford gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. September 1997, Nr. 20605/92, §§ 47–48 brachte der Beschwerdeführer vor, von geheimen Massnahmen oder von Gesetzen, die geheime Massnahmen zulassen, betroffen zu sein. Hier verlangte der Gerichtshof von den Beschwerdeführern eine «begründete Wahrscheinlichkeit» (reasonable likelihood) aufzuzeigen, dass sie persönlich direkt von den geheimen Massnahmen betroffen sind.

⁵⁷ Wie es in den EGMR-Urteilen *Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich* vom 22. Oktober 1981, Nr. 7525/76, § 41 und *Norris gegen Irland* vom 26. Oktober 1988, Nr. 10581/83, §§ 28–34 der Fall war.

⁵⁸ Das war beispielsweise in den EGMR-Urteilen *Johnston gegen Irland* (Fn. 52), § 42; *Marckx gegen Belgien* (Fn. 52), § 27; *Open Door und Dublin Well Women gegen Irland* vom 29. Oktober 1992, Nr. 14234/88; 14235/88, § 41 und *Campbell und Cosans gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. Februar 1982, Nr. 7511/76; 7743/76, §§ 116–17 ausschlaggebend für den Gerichtshof, um die potentielle Opfereigenschaft der Beschwerdeführer anzuerkennen.

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 1C_451/2009 vom 13. Oktober 2009, Urteile 1C_527/2009 und 1C_529/2009 vom 14. Dezember 2009 und Urteil 1C_5/2010 vom 14. April 2010.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 2C_221/2009 vom 21. Januar 2010.

⁶¹ *Quardiri gegen Schweiz* und *Ligue des Musulmans de Suisse gegen die Schweiz* (Fn. 45 und 46). Dies kann erstaunen, da die Anwendungsfähigkeit offensichtlich konventionswidriger Verfassungsbestimmungen im Schweizer Recht nicht geregelt und auch in der Lehre noch ungeklärt ist. Zu dieser Problematik siehe etwa G. BIAGGINI, Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten», Zeitschrift für öffentliches Recht 2010/65, S. 325 ff. (2010)

Subsidiaritätsprinzips, wenn der EGMR hier bereits handeln würde, zumal die relevante Verfassungsbestimmung keine konkrete Auswirkung auf die Beschwerdeführer gehabt hat. Auch kann ein gewisses Vertrauen des Gerichtshofs in den nationalen Rechtsschutz sowie in das politische System der Schweiz aus den Entscheiden herausgelesen werden, welches sich auf Bemühungen der Schweiz stützt, ihrer Primärverantwortung bei der Konventionsumsetzung nachzukommen.

[Rz 29] Gleichzeitig können die Entscheide als indirekte Handlungsaufforderung an die Schweizer Behörden verstanden werden sicher zu stellen, politische und/oder rechtliche Lösungen bei der Anwendung von Art. 72 Abs. 3 der Bundesverfassung zu finden, die mit Art. 9 und Art. 14 der Konvention und der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR (sowie mit Art. 18 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte⁶²) im Einklang stehen.

3.1.2 Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges

[Rz 30] Bei der Zulässigkeit einer Beschwerde wird die Subsidiarität besonders häufig⁶³ bei der Frage der Erfordernis der Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 35 Ziff. 1 EMRK) genannt. Nach Art. 35 Ziff. 1 EMRK muss der Beschwerdeführer die EMRK-relevanten Beschwerden den nationalen Behörden verfahrensrechtlich korrekt vorgetragen haben, bevor er sich an den EGMR wenden kann. D.h. Rechtssuchende müssen alle innerstaatlichen Instanzen durchlaufen haben und dabei nationalen verfahrensrechtlichen Bestimmungen wie beispielsweise Rechtsmittelfristen und allgemeinen Begründungspflichten der Beschwerde nachgekommen sein. Grundsätzlich gilt demnach der innerstaatliche Rechtsweg als nicht ausgeschöpft, wenn die letzte innerstaatliche Instanz aus formellen Gründen nicht auf eine Beschwerde eingegangen ist.⁶⁴

[Rz 31] Nach der Rechtsprechung des EGMR müssen allerdings nur *effektive* nationale Rechtsbehelfe ausgeschöpft werden – in anderen Worten, nur Rechtsbehelfe, die zugänglich sind, die geeignet sind, Abhilfe zu schaffen oder zumindest für eine Wiedergutmachung zu sorgen, und die eine vernünftige Erfolgchance bieten.⁶⁵ Während die Staaten – auch aus dem Subsidiaritätsprinzip heraus – also frei sind, formelle Anforderungen an das Beschwerderecht zu stellen, die im

Einklang mit ihrer historisch gewachsenen Rechtsordnung stehen, dürfen sie das Beschwerderecht nicht aushöhlen.⁶⁶

[Rz 32] In der Praxis des Bundesgerichts sind hier besonders zwei Aspekte interessant. Erstens die speziell auf die Grundrechte zugeschnittenen Anforderungen, die das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) an Begründungen einer Beschwerde vor dem Bundesgericht stellt. Diese Anforderungen können die Zugänglichkeit des Beschwerdeführers zum Bundesgericht beeinträchtigen und sind vom EGMR bisweilen kritisch betrachtet worden. Der zweite Aspekt betrifft die Praxis des EGMR im Umgang mit *obiter dicta* Begründungen in Unzulässigkeitserklärungen des Bundesgerichts. Beide Aspekte werden im Folgenden genauer betrachtet.

a) Qualifizierte Rüge- und Substantiierungspflicht

[Rz 33] Nach Art. 106 Abs. 2 BGG prüft das Bundesgericht die Verletzungen von Grundrechten nur, wenn Rügen präzise vorgebracht wurden und begründet worden sind.⁶⁷ Beschwerdeführer müssen klar stellen, in welchen Grundrechten sie sich verletzt fühlen und Begründungen dafür anbringen.⁶⁸ Das beinhaltet auch, dass sich die Rechtssuchenden mit den Argumenten des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz auseinandersetzen.⁶⁹

[Rz 34] In Anwendung des Art. 35 Ziff. 1 EMRK hingegen behandelt der EGMR eine Beschwerde auch dann, wenn sich der Beschwerdeführer im innerstaatlichen Verfahren nicht auf die konkreten Normen der EMRK berufen hat. Es reicht aus, wenn die EMRK-Vorschriften sinngemäss vorgebracht wurden.⁷⁰ Wenn dies der Fall ist, sieht der Gerichtshof den nationalen Rechtsweg im Sinne von Art. 35 Ziff. 1 EMRK als wirksam erschöpft an.

[Rz 35] Die grosszügigeren Anforderungen, die der EGMR an die Begründungspflicht der Beschwerdeführer stellt, wenn es um die Zulässigkeit einer Beschwerde geht, stehen den strengeren Anforderungen aus Art. 106 Abs. 2 BGG entgegen. Tatsächlich hat der EGMR Fälle für zulässig erklärt, auf die das Bundesgericht nicht eingetreten war, weil es die vorgebrachten Rügen nicht als klar genug angesehen hatte, und weil diese nicht ausreichend belegt waren. Zu nennen ist beispielsweise der Fall *Ankerl gegen die Schweiz*.⁷¹ Hier

⁶² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO Pakt II) vom 19. Dezember 1966, SR 0.103.2, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992.

⁶³ Siehe dazu die Analyse von HOFFMANN (Fn. 2), S. 73 ff.

⁶⁴ J. FROWEIN/W. PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Kehl am Rhein 2009, S. 505, N. 22 und A. HAEFLIGER/F. SCHÜRMAN, Die EMRK und die Schweiz, Bern 1999, S. 407.

⁶⁵ Siehe dazu die Analyse der relevanten EMRK Urteile von LANTER (Fn. 29), S. 63 ff. Lanter diskutiert u.a. *Akdivar gegen die Türkei* (Fn. 41) § 68; *Adali gegen die Türkei* vom 31. März 2005, Nr. 38187/9, § 189 und *Linnekogel gegen die Schweiz* vom 1. März 2005, Nr. 43874/98, § 34. Siehe auch VILLIGER (Fn. 23), S. 81, N. 116.

⁶⁶ LANTER (Fn. 29), S. 68 und H. AEMISEGGER, Die Umsetzung der EMRK durch das Bundesgericht, in: S. Breitenmoser/B. Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 68 f.

⁶⁷ U. MEYER, Beschwerdeverfahren: Weitere Verfahrensbestimmungen (5. Abschnitt), in: M. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz – Basler Kommentar, 2. Auflage, Basel 2011, S. 1398.

⁶⁸ U. HÄFELIN/W. HALLER/H. KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008, S. 608, N. 2039 und P. KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 28.

⁶⁹ AEMISEGGER (Fn. 66), S. 63 und LANTER (Fn. 29), S. 212.

⁷⁰ VILLIGER (Fn. 23), S. 89, N. 135; siehe zum Beispiel Urteil des EGMR *Glor gegen die Schweiz* vom 30. April 2009, Nr. 13444/04, § 55 und weitere Fälle zitiert in LANTER (Fn. 29), S. 75.

⁷¹ Urteil des EGMR *Ankerl gegen die Schweiz* vom 23. Oktober 1996, Nr.

hielt der EGMR fest, dass es genüge, wenn der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde an das Bundesgericht die relevanten Konventionsbestimmungen wenigstens der Sache nach vorbringe. Eine zusätzliche Begründung der Beschwerde verlangte er nicht.⁷² In *M. gegen die Schweiz* prüfte der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK, obwohl der Beschwerdeführer nur eine explizite Verletzung von Art. 12 EMRK vor dem EGMR geltend gemacht hatte.⁷³

[Rz 36] Auch im Fall *Verein gegen Tierfabriken (VgT) gegen die Schweiz (Nr. 2)*,⁷⁴ welcher die Revision eines bundesgerichtlichen Urteils betraf, in dem der EGMR in derselben Sache 2001 eine Verletzung der EMRK durch die Schweiz festgestellt hatte,⁷⁵ erklärte der Gerichtshof, das Bundesgericht habe verfahrensrechtlichen Bestimmungen zur Begründungspflicht im Revisionsverfahren, in diesem Fall dem damaligen Art. 140 OG,⁷⁶ zu viel Gewicht beigemessen und sei überspitzt formalistisch vorgegangen.⁷⁷ Das Bundesgericht hatte das Revisionsbegehren des VgT unter anderem mit dem Hinweis abgelehnt, dass der Beschwerdeführer nicht ausreichend detailliert dargelegt hatte, «inwiefern nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 28. Juni 2001 ein entsprechender Revisionsbedarf besteht».⁷⁸ Obwohl der EGMR anerkannte, dass das Revisionsbegehren des VgT an Sorgfalt vermissen liess und eher oberflächlich formuliert war,⁷⁹ welches die Voraussetzungen des damaligen Art. 140 OG kaum erfüllte, befand er doch, dass der Revisionsbedarf aus dem Kontext der Beschwerde eindeutig sei. Es sei keine Frage, dass sich das Revisionsgesuch des VgT auf die Aufhebung des Sendeverbots eines Werbespots, und damit eine mögliche (erneute) Verletzung des Art. 10 EMRK, beziehe – ein Sendeverbot, welches das Bundesgericht in seinem Urteil vom 20. August 1997 bestätigt hatte.⁸⁰

[Rz 37] Die Frage, ob der Gerichtshof sich hier in ungerechtfertigter Weise über formelle Eintretensvoraussetzungen des nationalen Rechts hinweggesetzt hat, wurde in der Literatur

ausgiebig diskutiert.⁸¹ So scheint gerade das Subsidiaritätsprinzip zu verlangen, dass der EGMR die Verfahrensvoraussetzungen bzw. Vorschriften des Bundesgerichts beachtet. Eine berechtigte Kritik am Vorgehen des EGMR ist, dass der Gerichtshof in der Anwendung seiner grosszügigeren Anforderungen an die Begründungspflicht dem (legitimen) Ziel von Art. 106 Abs. 2 BGG bisweilen nicht ausreichend Rechnung getragen hat. Die detailliertere Substantiierungspflicht des BGG bezweckt, dass die höhere Instanz auf nationaler Ebene die Entscheidungen der Vorinstanz kontrolliert, und nicht bloss an Stelle der Vorinstanz entscheidet. Eine an das Bundesgericht gerichtete Beschwerde soll sich argumentativ mit dem angefochtenen Entscheid der Vorinstanz auseinandersetzen. Damit hat das Bundesgericht die Möglichkeit, den Entscheid der Vorinstanz gegebenenfalls zu verbessern.⁸²

[Rz 38] Die Praxis des EGMR erklärt sich aber, wenn dessen Aufgabe, effektiven und tatsächlichen, EMRK-konformen Individualrechtsschutz in Europa zu garantieren, in Erinnerung gerufen wird. Der Gerichtshof hat die EMRK in diesem Zusammenhang schon häufig als lebendiges Instrument («a living instrument») bezeichnet.⁸³ Das Bestreben des EGMR, effektiven Rechtsschutz und Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, kann dazu führen, dass er der Einhaltung formeller Beschwerdevoraussetzung durch den Beschwerdeführer weniger Gewicht beimisst als die nationalen Gerichte, und verfahrensrechtliche Anforderungen auch unter dem Gesichtspunkt der Wichtigkeit der Grundrechte prüft, die möglicherweise verletzt wurden.⁸⁴ Dies scheint besonders im Fall *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* eine Rolle gespielt zu haben. Erstens hat der EGMR in seiner Rechtsprechung die Wichtigkeit des Schutzes der Meinungsfreiheit für das Funktionieren eines demokratischen Rechtsstaats immer wieder betont,⁸⁵ besonders wenn es um Meinungsäusserungen geht, die im

17748/91.

⁷² *Ibid.*, § 34. Ähnlich entschied der EGMR in den Urteilen *Carlson gegen die Schweiz* vom 6. November 2008, Nr. 49492/06, §§ 45–50 und *Kaiser gegen die Schweiz* vom 15. März 2007, Nr. 17073/04, §§ 30 und 31.

⁷³ Urteil des EGMR *M. gegen die Schweiz* vom 26. April 2011, Nr. 41199/06, §§ 36–38.

⁷⁴ Urteile des EGMR *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 2)* vom 4. Oktober 2007 (fünfte Sektion) und vom 30. Juni 2009 (Grosse Kammer), Nr. 32772/02.

⁷⁵ Urteil des EGMR *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 1)* vom 28. Juni 2001, Nr. 24699/94.

⁷⁶ Heute durch Artikel 42 BGG ersetzt.

⁷⁷ *VgT (Nr. 2)* (fünfte Sektion), § 62 und *VgT (Nr. 2)* (Grosse Kammer), § 94 (Fn. 74).

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 2A.526/2001 vom 29. April 2002, E. 3.2.

⁷⁹ *VgT (Nr. 2)* (fünfte Sektion), § 34 und *VgT (Nr. 2)* (Grosse Kammer), §§ 43–45 (Fn. 74).

⁸⁰ *VgT (Nr. 2)* (fünfte Sektion), § 62 und *VgT (Nr. 2)* (Grosse Kammer), § 77 (Fn. 74).

⁸¹ VILLIGER (Fn. 23), S. 91, N. 138; AEMISEGGER (Fn. 66), S. 70 f. Kritischer hingegen HAEFLIGER/SCHÜRMMANN (Fn. 64), S. 408 und M. SCHUBARTH, Europäische Vielfalt oder Strassburger Zentralismus, Schweizerische Juristen-Zeitung 1997/93, S. 385 ff., S. 389 ff.

⁸² So die Argumentation von LANTER (Fn. 29), S. 213 ff. Siehe auch AEMISEGGER (Fn. 66), S. 63.

⁸³ Siehe beispielsweise die Urteile des EGMR, *Airey gegen Irland* vom 9. Oktober 1979, Nr. 6289/73, § 24: «The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective.» Genauso *Artico gegen Italien* vom 13. Mai 1980, Nr. 6694/74, §33; *Groshev gegen Russland* vom 20. Oktober 2005, Nr. 69889/01, § 29 und *Wos gegen Polen* vom 8. Juni 2006, Nr. 22860/02, § 99. Siehe dazu auch, MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 30, N. 37 und 44 und HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 7 f.

⁸⁴ Siehe dazu die Diskussion von J. HÄNNI/D. KÜHNE, The Convention must be read as a whole, in: J. Hänni/D. Kühne (Hrsg.), Brennpunkt Medienrecht – Das mediale Zeitalter als juristische Herausforderung, Zürich 2009, S. 139 f.

⁸⁵ Siehe z.B. die Urteile des EGMR *Handyside gegen das Vereinigte Königreich* vom 7. Dezember 1976, Nr. 5493/72, § 49 und *Lingens gegen Österreich* vom 8. Juli 1986, Nr. 9815/82, § 41. Dazu auch HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 443 f.

öffentlichen Interesse liegen.⁸⁶ Der EGMR qualifizierte die Tatsache, dass der VgT seinen Werbespot auch nach dem Erlass des ersten EGMR-Urteils in derselben Sache von 2001⁸⁷ nicht ausstrahlen konnte, als eine andauernde Verletzung der Meinungsfreiheit.⁸⁸ Zweitens mag der Nicht-Einhaltung der Begründungspflicht im VgT-Revisionsgesuch vom EGMR wenig Bedeutung geschenkt worden sein, weil es aus der Sicht des EGMR für das Bundesgericht aufgrund des Inhalts des ersten EGMR-Urteils von 2001 eindeutig gewesen sein musste, worauf sich das Revisionsbegehren bezog. Ähnlich mögen die Fälle *Ankerl* und *Carlson* liegen. Herr Ankerl hatte zwar nicht ausdrücklich vor dem Bundesgericht erklärt, dass er eine Verletzung des Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend machen wolle, er hatte aber alles Wesentliche vorgetragen, was er später im EGMR-Verfahren darlegte: eine fehlende Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK.⁸⁹ Weitreichende Kritik am EGMR-Urteil *Ankerl* wurde deshalb auch als allzu formalistisch bezeichnet, die zudem den Effektivitätsgrundsatz der EMRK ausser Acht lasse.⁹⁰ Auch Herr Carlson hatte die Rüge der Verletzung von Art. 8 EMRK nur sinngemäss,⁹¹ aber aus der Sicht des EGMR eindeutig vorgebracht. Er hatte in seiner Beschwerde an das Bundesgericht unter anderem deutlich gemacht, dass die vorige Instanz nicht ausreichend Kenntnis von seiner Bereitschaft genommen hatte, Beweise dafür vorzubringen, dass er der Zurückhaltung seines Kindes durch dessen Mutter nicht zugestimmt habe. Des Weiteren hatte er die Tatsache kritisiert, dass «das erstinstanzliche Gericht das Verfahren über die Rückführung des Kindes mit dem Scheidungsverfahren zusammengelegt hatte».⁹² Beide Aspekte sind relevant für Art. 8 EMRK.

[Rz 39] In *Hilpert gegen die Schweiz* hingegen stimmte der EGMR der Einschätzung des Bundesgerichts zu, dass die Beschwerde nicht ausreichend begründet worden war. Der Beschwerdeführer habe es versäumt, ausreichend Beweise

für die mögliche Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK an das Bundesgericht zu übermitteln, welche er erst mit der Beschwerde vor dem EGMR einreichte und geltend machte.⁹³ Auch mag die Tatsache, dass der EGMR die Beschwerde über eine mögliche Verletzung des Art. 6 Ziff. 1 EMRK für sachlich unbegründet hielt,⁹⁴ dazu beigetragen haben, dass der Gerichtshof die Nicht-Einhaltung der formellen Beschwerde Voraussetzungen in diesem Fall mehr ins Gewicht fallen liess.

[Rz 40] Zu Recht bemerken Hänni und Kühne in diesem Kontext, «dass der Interpretationsspielraum bezüglich der Einhaltung der formellen Beschwerde Voraussetzungen für den EGMR variieren kann je nach Wichtigkeit des in Frage stehenden Grundrechts und des Umfangs der Verletzung einerseits und je nach Grad der Nicht-Einhaltung der prozessualen Voraussetzungen nach dem nationalen Recht andererseits».⁹⁵ In diesem Vorgehen ist auch das Bemühen des Gerichtshofs erkennbar, eine Balance herzustellen zwischen dem Respekt für die verfahrensrechtlichen Freiheiten der Staaten aus dem Grundsatz der Subsidiarität und seiner Aufgabe, effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten. Die Effektivität des Grundrechtsschutzes kann hier auch als Grenze der Subsidiarität verstanden werden: Das Subsidiaritätsprinzip kann nicht vom EGMR verlangen, dass er nationale Formvorschriften in jedem Fall und absolut respektiert.

[Rz 41] In einigen Urteilen lässt sich beobachten, dass das Bundesgericht durchaus bereit ist, die bestehende Spannung zwischen der strengeren, innerstaatlichen Substantiierungspflicht nach Art. 106 Abs. 2 BGG und den grosszügigeren Anforderungen des EGMR auf pragmatische und konstruktive Weise abzubauen. Es ist in der Praxis auf Beschwerden eingegangen, in denen die entsprechenden Rügen nur sinngemäss vorgebracht wurden.⁹⁶ Die Rechtsprechung des EGMR hatte hier einen Einfluss auf die Vorgehensweise des Bundesgerichts.⁹⁷ Des Weiteren hat die Schweiz auch

⁸⁶ Schon die zweite Sektion des Gerichtshofs im Urteil von 2001 hatte festgestellt, dass die Ausstrahlung des VgT-Werbespots, der die Bedingungen der Nutztierhaltung und die damit zusammenhängenden Umweltprobleme thematisierte, im öffentlichen Interesse liege. *VgT gegen die Schweiz (Nr. 1)* (Fn. 75), § 70 f. Dies wurde im zweiten Verfahren bestätigt, siehe: *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), § 91. Ähnlich auch die Urteile des EGMR *Hertel gegen die Schweiz* vom 25. August 1998, Nr. 25181/94, § 47 ff.; *Barthold gegen Deutschland* vom 25. März 1985, Nr. 8734/79, §§ 54 und 59 und *Murphy gegen Irland* vom 10. Juli 2003, Nr. 44179/98, § 68.

⁸⁷ *VgT gegen die Schweiz (Nr. 1)* (Fn. 75), in welchem der EGMR eine Verletzung von Art. 10 EMRK durch die Schweiz feststellte, weil es dem VgT verboten worden war, einen kritischen Werbespot im Schweizer Fernsehen zu zeigen.

⁸⁸ Siehe dazu auch unten 3.3.1.

⁸⁹ *Ankerl gegen die Schweiz* (Fn. 71), § 21. Der Gerichtshof zitiert die staatsrechtliche Beschwerde von Herrn Ankerl ans Bundesgericht. Siehe auch VILLIGER (Fn. 23), S. 91, N. 138.

⁹⁰ VILLIGER, *ibid.*

⁹¹ *Carlson gegen die Schweiz* (Fn. 71), § 48.

⁹² *Ibid.*, § 47 (unsere Übersetzung).

⁹³ Entscheidung des EGMR *Hilpert gegen die Schweiz* vom 29. November 2001, Nr. 61316/00, § 1 c). Es handelte sich dabei um ein Dokument von der Schweizer Botschaft in Berlin, das belegte, dass der Beschwerdeführer eine Klageschrift an ein Basler Gericht nicht über die Botschaftspost – und damit nicht rechtzeitig – hätte übermitteln können.

⁹⁴ *Ibid.*, § 1 a).

⁹⁵ HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 141; SPIJKERBOER (Fn. 33), S. 57 f. macht eine ähnliche Beobachtung für den Kontext von Asylfällen, insbesondere die Urteile des EGMR *Jabari gegen die Türkei* vom 11. Juli 2000, Nr. 40035/98 und *Bahadur gegen die Niederlande* vom 19. Februar 1998, Nr. 25894/94.

⁹⁶ Siehe AEMISEGGER (Fn. 66), S. 71, mit Hinweisen auf die Judikatur.

⁹⁷ Dazu auch *ibid.* Ähnliches lässt sich bei der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 BGG beobachten. Das Bundesgericht ist beispielsweise in BGE 136 I 274 auf eine Haftentlassungsbeschwerde trotz der bereits erfolgten Entlassung des Beschwerdeführers eingegangen. Begründet wurde dies mit der Tatsache, dass der Beschwerdeführer in seinen Rechten aus Art. 5 Ziff. 3 EMRK verletzt worden war. Wenn das Bundesgericht seine Beschwerde nicht materiell behandeln würde, könnte der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 13 EMRK vor dem EGMR geltend machen, denn für den EGMR ist die Aktualität des Rechtsschutzinteresses kein relevantes

mindestens in einem Fall, der vor den EGMR weitergezogen wurde, anerkannt, dass das Bundesgericht Art. 106 Abs. 2 BGG zu streng angewendet hat.⁹⁸ Dieses Vorgehen ist ganz im Sinne der Stärkung der primären Umsetzungspflicht der Vertragsstaaten. Wir gehen davon aus, dass der EGMR es deshalb seltener für geboten halten wird, sich mit einer Sache materiell zu befassen, obwohl das Bundesgericht auf diese wegen mangelnder Substantiierung der Beschwerde nicht eingegangen war.

b) Obiter dicta

[Rz 42] In einigen Fällen sah der EGMR den innerstaatlichen Instanzenzug als erschöpft an, wenn sich das Bundesgericht in Form von *obiter dicta* zur Konformität des angefochtenen Aktes mit der EMRK zwar geäußert hatte, die Beschwerde aber wegen Nichteinhaltung von Frist- und Formvorschriften abgelehnt hatte.

[Rz 43] Ihren Ursprung hat dieser Ansatz in der Kommissions-Entscheidung *Huber gegen die Schweiz*.⁹⁹ In dieser Entscheidung erkannte die Kommission zwar an, dass das Bundesgericht auf die Beschwerde von Frau Huber nicht eingegangen war, weil kein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse mehr an der Behandlung ihrer Rüge bestand.¹⁰⁰ Das Bundesgericht bemerkte aber auch, dass Hubers Beschwerde betreffend einer Verletzung von Art. 5 Ziff. 3 EMRK im Anbetracht seiner eigenen Rechtsprechung und der Rechtsprechung des EGMR unbegründet sei. Die Kommission befand, dass dieses *obiter dictum* des Bundesgerichts einer materiellen Behandlung der Beschwerde gleichkomme und deshalb der innerstaatliche Rechtsweg als ausgeschöpft betrachtet werden könne.¹⁰¹ In Folge dessen trat die Kommission auf die Beschwerde von Frau Huber ein. Ähnlich sah es der Gerichtshof in der Zulässigkeitsprüfung der Beschwerde *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)*.¹⁰² Auch hier wies

er den Einwand der Schweizer Regierung der Nicht-Ausschöpfung des Instanzenzugs mit der Begründung ab, dass sich das Bundesgericht bei der Abweisung des Revisionsgesuchs auch materiell zum Interesse des Beschwerdeführers geäußert habe.

[Rz 44] Besonders im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Art. 35 Ziff. 1 EMRK kann diese Praxis des EGMR als problematisch bezeichnet werden.¹⁰³ Alle relevanten und effektiven Rechtsbehelfe auf nationaler Ebene müssen vom Beschwerdeführer ausgeschöpft werden, bevor er sich nach Strassburg wenden kann. Dazu gehört, dass der Beschwerdeführer angemessene und damit zumutbare Form- und Fristvorschriften beachtet. Die Staaten sind frei, diese formellen Bestimmungen festzulegen – eine Freiheit die sich auch auf das Subsidiaritätsprinzip stützt. Wenn eine Beschwerde aus formellen Gründen von nationalen Gerichten abgewiesen wird, ist es dem Versäumnis des Beschwerdeführers zuzuschreiben, dass er seine Beschwerde nicht vor den EGMR weiterziehen kann. Es scheint nicht gerechtfertigt, einigen Beschwerdeführern, deren Revisionsgesuch von einem höheren Gericht abgewiesen wurde, deren Beschwerde aber dennoch in der Unzulässigkeitserklärung im Sinne eines *obiter dictum* materiell behandelt wurde, die Möglichkeit zu geben, ihre Beschwerde trotz dieses Versäumnisses vor den EGMR zu bringen.

[Rz 45] Die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich dieses Aspektes von Art. 35 Ziff. 1 EMRK scheint allerdings davon auszugehen, dass selbst eine sehr kurze¹⁰⁴ materielle Auseinandersetzung mit dem Beschwerdegegenstand durch die höchste Instanz auf nationaler Ebene ausreichend ist, um das Erfordernis der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als erfüllt anzusehen. Dass die Beschwerde wegen formeller Fehler abgewiesen wurde, scheint für den Gerichtshof in solchen Fällen wenig relevant. Die Vorgehensweise des Gerichtshofs kann teilweise, wie schon bei der qualifizierten Rügepflicht bemerkt, durch sein Bemühen erklärt werden, effektiven Individualrechtsschutz zu gewährleisten. Die oben beschriebene Annäherung der Praxis des Bundesgerichts in der Anwendung des Art. 106 Abs. 2 BGG an die großzügigeren Eintretensvoraussetzungen des EGMR bezüglich der Substantiierung von Beschwerden könnte auch hier dazu beitragen, die Anzahl der Beschwerden vor dem EGMR zu verringern, die das Bundesgericht aus formellen Gründen abgelehnt hat, in denen es aber trotzdem zu der Konventionskonformität einer Massnahme in Form eines *obiter dictum*

Kriterium. Das Bundesgericht trug hier dem Urteil des EGMR *Camenzind gegen Schweiz* vom 16. Dezember 1997, Nr. 21353/93, Rechnung.

⁹⁸ Urteil des EGMR *Kessler gegen die Schweiz* vom 26. Juli 2007, Nr. 10577/04, §§ 10 und 27. Die Schweiz verzichtete hier darauf, die Einrede der Nichterschöpfung zu erheben, weil Herr Kessler offensichtlich die Rüge der Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK der Sache nach vorgebracht hatte.

⁹⁹ Entscheidung des EGMR *Huber gegen die Schweiz* vom 9. Juli 1988, Nr. 12794/87.

¹⁰⁰ Frau Huber war in der Zwischenzeit aus der Haft entlassen worden.

¹⁰¹ *Huber gegen die Schweiz* (Fn. 99), § 2.

¹⁰² *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (fünfte Sektion) (Fn. 74), § 34: «[...] the Federal Court, after stating the grounds for declaring the request inadmissible, concluded that the applicant association had not sufficiently shown that it still had an interest in broadcasting the original version of the commercial, the Court considers, in the light of its case-law, that this complaint cannot be dismissed for failure to exhaust domestic remedies, seeing that the Federal Court ruled on the merits of the case, albeit briefly [...]». Dieses Ergebnis wurde auch von der Grossen Kammer bestätigt: *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), § 45. In den Entscheidungen *Jamal-Aldin gegen Schweiz* vom 23. Mai 1996, Nr. 19959/92, §

1 a) und *Chammas gegen Schweiz* vom 30. Mai 1997, Nr. 35438/97, § 1 a) kam der EGMR zu einem ähnlichen Schluss, erklärte die Beschwerden aber aus anderen Gründen für unzulässig.

¹⁰³ LANTER (Fn. 29), S. 76 und 215 und HAEFLIGER/SCHÜRMMANN (Fn. 64), S. 408.

¹⁰⁴ Siehe beispielsweise *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74): «[...] this complaint cannot be dismissed for failure to exhaust domestic remedies, seeing that the Federal Court ruled on the merits of the case, albeit briefly.» (§ 34, Hervorhebung durch Autorinnen).

Stellung genommen hat: Nämlich dann, wenn das Bundesgericht sich entscheidet, in der Anwendung des Art. 106 Abs. 2 BGG weniger streng vorzugehen, und auf Beschwerden bezüglich einer Konventionsverletzung direkt materiell eingeht – nicht nur in Form eines *obiter dictum*. Dies mag besonders dann angebracht sein, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Konventionsverletzung hoch ist und wenn der Grad der Nicht-Einhaltung der Formvorschriften durch den Beschwerdeführer niedrig ist. Wie oben ausgeführt, stünde dies im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR und würde die Verankerung der EMRK in der nationalen Rechtsanwendung im Sinne des Primärprinzips stärken. Für andere Fälle, besonders wenn die Nicht-Einhaltung der formellen Beschwerdevoraussetzungen offensichtlich ist, kann dem Bundesgericht nur geraten werden, bei der Formulierung von *obiter dicta* grössere Zurückhaltung zu üben, auch wenn dies in mancher Hinsicht keine zufriedenstellende Lösung ist.¹⁰⁵

3.1.3 Abschliessende Bemerkung zu Art. 35 Ziff. 1 EMRK

[Rz 46] Die Vorgehensweise des EGMR bei der Anwendung des Art. 35 Ziff. 1 EMRK in den genannten Fällen wird als kasuistisch bezeichnet.¹⁰⁶ Die damit verbundene Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob der nationale Instanzenzug nach Art. 35 Ziff. 1 EMRK ausgeschöpft wurde, mag aus der Sicht der nationalen Behörden unbefriedigend sein. Für das Bundesgericht ist es mitunter schwierig, die Praxis des EGMR vorherzusehen, und seine eigene Rechtsprechung im Sinne des Primärprinzips anzupassen.

[Rz 47] Umgekehrt ist es gerade auch aus dem Blickwinkel des Subsidiaritätsprinzips für den Gerichtshof nicht einfach, umfassende und klare Kriterien zu schaffen, nach denen er entscheiden kann, wann ein Rechtsbehelf als ausgeschöpft gilt. Der Gerichtshof möchte und muss den Staaten im Sinne des Subsidiaritätsprinzips Freiheit lassen, ihr innerstaatliches Rechtssystem, einschliesslich ihrer Verfahrensordnungen, im Einklang mit nationalen Besonderheiten und historischen Gegebenheiten zu organisieren. Die 47 Konventionsstaaten mit ihren unterschiedlichen Rechts- und Verfahrensordnungen lassen dabei eine abschliessende Formulierung klarer Kriterien kaum zu. Gleichzeitig muss der Gerichtshof effektiven Rechtsschutz garantieren und ist auf Einzelfallgerechtigkeit bedacht – er möchte sich daher einige Flexibilität in der Anwendung des Art. 35 Ziff. 1 EMRK bewahren.

[Rz 48] Alle Beteiligten sollten sich kontinuierlich austauschen und zusammen arbeiten, um nationale Rechtsbehelfe zu schaffen, die mit den Erfordernissen der Art. 35 Ziff. 1, Art.

13 EMRK und der zugehörigen Rechtsprechung des EGMR im Einklang stehen.¹⁰⁷ So scheint es möglich, den vom Primärprinzip verlangten Ausbau EMRK-konformer, effektiver nationaler Rechtsbehelfe mit der aus dem Subsidiaritätsprinzip erwachsenen Schwierigkeit für den EGMR zusammenzubringen, eindeutig klare Kriterien für die Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs zu bestimmen. Durch einen Austausch zwischen EGMR und dem Bundesgericht könnte die Umsetzung der EMRK im Sinne der Primärverantwortung der Staaten auf nationaler Ebene gestärkt werden. Dies wiederum würde dem Gerichtshof erlauben, sich auf eine wahrhaft subsidiäre Kontrollfunktion zu beschränken.

3.2 Materielle Beurteilungen

[Rz 49] Der materielle Bereich der Subsidiarität wird häufig mit der *marge d'appréciation* in Verbindung gebracht.¹⁰⁸ Unter dieser Doktrin gewährt der EGMR den Staaten einen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum in der materiellen Anwendung der EMRK-Rechte, oft mit Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip. Deutlich ausgedrückt hat der Gerichtshof dies zum Beispiel im Fall *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich*, in dem es um die rechtliche Anerkennung Transsexueller ging:

In accordance with the principle of *subsidiarity*, it is [...] primarily for the Contracting States to decide on the measures necessary to secure Convention rights within their jurisdiction and, in resolving within their domestic legal systems the practical problems created by the legal recognition of post-operative gender status, the Contracting States must enjoy a wide *margin of appreciation*.¹⁰⁹

(Conformément au principe de subsidiarité, il appartient en effet avant tout aux Etats contractants de décider des mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction et, pour résoudre dans leurs ordres juridiques internes les problèmes concrets posés par la reconnaissance juridique de la condition sexuelle des transsexuels opérés, les Etats contractants doivent jouir d'une ample marge d'appréciation.)

[Rz 50] Mit der *marge d'appréciation* erkennt der Gerichtshof

¹⁰⁵ Denn der Sinn von *obiter dicta* kann auch sein, auf fehlerhafte Rechtsanwendung durch niedrigere Instanzen hinzuweisen, wenn es dem Bundesgericht aus formellen Gründen nicht möglich ist, auf eine Beschwerde einzutreten. Des Weiteren zielen *obiter dicta* häufig darauf ab, den Parteien eine Entscheidung besser zu erläutern.

¹⁰⁶ AEMISEGGER (Fn. 66), S. 75 und LANTER (Fn. 29), S. 81 ff.

¹⁰⁷ So etwa der Vorschlag von LANTER (Fn. 29), S. 85 f.; AEMISEGGER (Fn. 66), S. 76 sowie HOFFMANN (Fn. 2), S. 191 ff.

¹⁰⁸ PETZOLD (Fn. 2); CAROZZA (Fn. 14), S. 61 f.; HOFFMANN (Fn. 2), S. 164. Für eine detailliertere Auseinandersetzung mit den Begriffen Subsidiarität und *marge d'appréciation* sowie ihre Beziehung zueinander, siehe CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 227 ff.

¹⁰⁹ Urteil des EGMR *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* vom 11. Juli 2002 (Grosse Kammer), Nr. 28957/95, § 85 (Hervorhebung durch die Autorinnen).

an, dass die Konvention nur die Vereinbarkeit des nationalen Grundrechtsschutzes mit der EMRK verlangt, nicht aber deren Konformität, und dass Entscheidungen zur Umsetzung der EMRK-Rechte primär von den innerstaatlichen demokratisch legitimierten Organen getroffen werden sollen, die auch die politische Verantwortung tragen.¹¹⁰ Besonders wenn die Anwendung der EMRK Wertungs-, Bewertungs- oder Abwägungsentscheidungen einschliesst, hat der EGMR häufig erklärt, dass die nationalen Instanzen besser in der Lage seien, solche Entscheidungen zu treffen und umfassend zu begründen.¹¹¹ So spielt der nationale Ermessensspielraum in der Rechtsprechung des EGMR bei Abwägungsfragen und Bewertungen eine grosse Rolle, vor allem wenn es um die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs nach Art. 8 Ziff. 2 – Art. 11 Ziff. 2¹¹² EMRK geht.¹¹³ Hier kann es um die Wertung von Tatsachen, Umständen und Bedürfnissen gehen; aber auch um das Ausmass der Freiheit der Staaten, einen Fall am Massstab des nationalen Rechts zu bewerten.¹¹⁴

[Rz 51] Die Reichweite des nationalen Ermessensspielraums und damit des materiellen Aspekts der Subsidiarität wird vom Gerichtshof einzelfallbezogen bestimmt.¹¹⁵ Kritik am Ermessensspielraum macht sich deshalb häufig an dessen ungenauen Konturen fest.¹¹⁶ Obwohl es durchaus begründete Forderungen nach einer vorsichtigeren Verwendung der *marge*

d'appréciation durch den Gerichtshof gibt,¹¹⁷ ist die Doktrin an sich nicht wirklich in Frage zu stellen.¹¹⁸

[Rz 52] Aus der Rechtsprechung des EGMR lassen sich zudem einige Kriterien ableiten, die den Gerichtshof bei der Anwendung des Ermessensspielraums (der materiellen Subsidiarität) beeinflussen können.¹¹⁹ Zu nennen ist beispielsweise die Bedeutung einer Grundrechtsgarantie, das vom Staat verfolgte Ziel einer Grundrechtsbeschränkung sowie die Schwere eines Eingriffs.¹²⁰ Des Weiteren ist ausschlaggebend, ob in einer Wertungsfrage ein einheitlicher europäischer Standard ausgemacht werden kann.¹²¹ Auch der gesellschaftspolitische Zusammenhang kann von Bedeutung sein.¹²² Im Sinne eines Primärprinzips scheinen sodann prozedurale Fragen, wie die Gründlichkeit der Auseinandersetzung mit einer Sache auf nationaler Ebene, eine Rolle zu spielen sowie die damit in Verbindung stehende Begründungsdichte einer Entscheidung in nationalen Urteilen. Anhand einiger Schweizer Fälle soll nun untersucht werden, wie diese Kriterien den EGMR bei der Festlegung des Umfangs des Ermessensspielraums leiten, und welche Dichte er daraus für die Überprüfung der Schweizer Entscheide in materiellen Fragen wählt.¹²³

3.2.1 Begründungsdichte in nationalen Urteilen

[Rz 53] Gute Begründungen in Abwägungs- und Wertungsfragen durch innerstaatliche Instanzen können dazu beitragen, dass der Gerichtshof der nationalen Ebene einen weiten Ermessensspielraum gewährt.¹²⁴ Zudem scheint die

¹¹⁰ Siehe etwa MAHONEY (Fn. 24), S. 4; HOFFMANN (Fn. 2), S. 40 und J. KRATOCHVÍL, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011/29, S. 324 ff.

¹¹¹ So z.B. in den Urteilen des EGMR *Handyside gegen das Vereinigte Königreich* (Fn. 85), § 48 und *Hatton gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. Juli 2003 (Grosse Kammer), Nr. 36022/97, § 97. Siehe auch VILLIGER (Fn. 23), S. 112, N. 172 und MAHONEY (Fn. 24), S. 2 f.

¹¹² VILLIGER (Fn. 23), S. 350, N. 553; MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 32, N. 45 und C. OVEY, *The Margin of Appreciation and Article 8 of the Convention*, *Human Rights Law Journal* 1998/19, S. 10 ff.

¹¹³ In Fällen, in denen es sich um eine mögliche Verletzung der Art. 2, 3 und 4 EMRK handelt, gewährt der EGMR grundsätzlich keinen nationalen Ermessensspielraum. Eingriffe bei diesen Garantien lassen viel weniger Raum für nationale Besonderheiten zu als die Art. 8–11 EMRK. Siehe dazu J. CALLEWAERT, *Is There a Margin of Appreciation in the Application of Articles 2, 3 and 4 of the Convention?*, *Human Rights Law Journal* 19/1998, S. 6 ff. Das schliesst allerdings nicht aus, dass Staaten Freiheiten besitzen, verschiedene Mittel zu wählen um zum Beispiel effektive Ermittlungen bei möglichen Verletzungen des Rechts auf Leben durchzuführen.

¹¹⁴ HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 12 f., mit einer Analyse der relevanten EGMR-Urteile und HOFFMANN (Fn. 2), S. 163.

¹¹⁵ VILLIGER (Fn. 23), S. 112, N. 173; MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 32, N. 45 (Einleitung) und HARRIS *et al* (Fn. 23).

¹¹⁶ Siehe etwa J. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: A Threat to the Rule of Law*, *Columbia Journal of European Law* 2005-06/11, S. 113 ff.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, *Oxford Journal of Legal Studies* 2006/26, S. 705 ff. und die abweichende Meinung von Richter De Meyer zum EGMR-Urteil *Z. gegen Finland* vom 25. Februar 1997, Nr. 22009/93, § III. Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass der Ermessensspielraum manchmal an die Stelle umfassender Entscheidungsbegründungen durch den Gerichtshof zu treten scheint.

¹¹⁷ Siehe zum Beispiel KRATOCHVÍL (Fn. 110) und E. BENVINISTI, *The Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, *International Law and Politics* 1999/31, S. 843 ff.

¹¹⁸ HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 14 und MAHONEY (Fn. 24), S. 2.

¹¹⁹ MAHONEY (Fn. 24), S. 5-6.

¹²⁰ Siehe z.B. die Urteile des EGMR *Hatton gegen das Vereinigte Königreich* (Fn. 111), § 101; *Buckley gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. September 1996, Nr. 20348/92, § 74; *Dudgeon gegen das Vereinigte Königreich* (Fn. 52); *Evans gegen das Vereinigte Königreich* vom 10. April 2007, Nr. 6339/05, § 77 und *Rasmussen gegen Dänemark* vom 28. November 1984, Nr. 8777/79; siehe auch MAHONEY (Fn. 24), S. 5 f.

¹²¹ Siehe etwa die Urteile des EGMR, *Leyla Sahin gegen die Türkei* vom 29. Juni 2004, Nr. 44774/98, §§ 101–02; *Wingrove gegen das Vereinigte Königreich* vom 25. November 1996, Nr. 17419/90, § 58 und *Casado Coca gegen Spanien* vom 24. Februar 1994, Nr. 15450/89, § 55. Dazu auch MAHONEY (Fn. 24), S. 5; J. SCHOKKENBROEK, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, *Human Rights Law Journal* 1998/19, S. 20 ff., S. 21 und kritisch BRAUCH (Fn. 116), S. 128 und 138 ff.

¹²² VILLIGER (Fn. 23), S. 350, N. 553.

¹²³ Der Zusammenhang zwischen dem Umfang der *marge d'appréciation* und der vom EGMR gewählten Kontrolldichte wird nicht immer ganz deutlich aus der Rechtsprechung des EGMR.

¹²⁴ M. VILLIGER, *Ausländerrecht und EMRK*, in: Ehrenzeller (Hrsg.), *Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht*, St. Gallen 2004, S. 84.

Berücksichtigung der Betroffenen und ihrer Standpunkte in diesen Abwägungsprozessen eine Rolle zu spielen.¹²⁵

[Rz 54] Zu nennen sind in diesem Kontext zum Beispiel die Fälle *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz*¹²⁶ und *Schwizgebel gegen die Schweiz*.¹²⁷ In beiden Fällen stellte der EGMR keine Verletzung der EMRK durch die Schweiz fest, wobei der Fall des *Mouvement Raëlien suisse* vor die Grosse Kammer des Gerichtshofs gezogen worden ist.¹²⁸

[Rz 55] Der Fall *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz* betraf das von der Polizeidirektion Neuchâtel ausgesprochene Verbot einer Plakatkampagne des *Mouvement Raëlien*. Die Plakate zeigten eine fliegende Untertasse, die Gesichter von Ausserirdischen, die Internetadresse und Telefonnummer des *Mouvement Raëlien* und die Schriftzüge: «Eine Nachricht der Ausserirdischen» und «Die Wissenschaft wird am Ende die Religion ersetzen». Die Plakatkampagne war verboten worden, weil das *Mouvement Raëlien* in unmoralische Aktivitäten involviert sei, die der öffentlichen Ordnung entgegenstünden. Ausschlaggebend für die nationalen Behörden waren hierbei die Propaganda des *Mouvement Raëlien* für ein politisches antidemokratisches Modell basierend auf dem Intelligenzquotienten («Geniokratie»), ihre Befürwortung des Klonens, sowie die Möglichkeit des Vorliegens sexueller Praktiken mit Kindern in der Bewegung.

[Rz 56] Das *Mouvement Raëlien* wandte sich mit einer Beschwerde an den EGMR, das Verbot der Plakatkampagne verletze sie in ihren Rechten aus Art. 9 und 10 EMRK. Die erste Sektion des Gerichtshofs prüfte hauptsächlich,¹²⁹ ob der Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Bewegung gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.¹³⁰ Insbesondere gestützt auf das Argument, dass eine Nutzung des öffentlichen Raums für die Plakatkampagne zu der Annahme führen könne, die Schweizer Behörden befürworteten oder tolerierten die Ansichten und Aktionen des *Mouvement Raëlien*, erklärte die erste Sektion, die nationalen Behörden hätten einen weiten Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Notwendigkeit von Massnahmen, die das Recht des *Mouvement* auf Meinungsäusserungsfreiheit im öffentlichen Raum einschränkten.¹³¹

¹²⁵ Siehe etwa die Urteile des EGMR *Schwizgebel gegen die Schweiz* vom 10. September 2010, Nr. 25762/07, §§ 91 und 96 und *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* vom 6. Juli 2010 (Grosse Kammer), Nr. 41615/07, § 139.

¹²⁶ Urteil des EGMR *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz* vom 13. Januar 2011 (erste Sektion), Nr. 16354/06.

¹²⁷ *Schwizgebel gegen die Schweiz* (Fn. 125).

¹²⁸ Press Release des EGMR, ECHR 108 (2011) vom 12. Juli 2011.

¹²⁹ Relativ kurz befand der Gerichtshof, dass der Eingriff im Einklang mit Art. 10 Ziff. 2 EMRK auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage basiere und die Massnahme ein legitimes Ziel verfolge (Vorbeugung von Verbrechen, Schutz von Gesundheit, Moral und den Schutz der Rechte anderer); *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz* (Fn. 126), §§ 43–46.

¹³⁰ *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz* (Fn. 126), § 48 ff.

¹³¹ *Ibid.*, § 59.

Dieses Argument hatte das Bundesgericht in seinem Urteil vorgebracht, in welchem es 2005 eine letzte Beschwerde der Bewegung zurückgewiesen hatte.¹³² Diese und andere besonders sorgfältige Begründungen und Abwägungen (*soigneusement motivé*)¹³³ der Schweizer Behörden, die dem Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit des *Mouvement Raëlien* zugrunde lägen, seien Beweis für den EGMR, dass die Schweizer Behörden ihren weiten Ermessensspielraum nicht überschritten hätten.¹³⁴

[Rz 57] Ähnlich war es im Fall *Schwizgebel gegen die Schweiz*. Frau Schwizgebels Beschwerde vor dem EGMR betraf einen Adoptionsantrag, den die Schweizer Behörden hauptsächlich aufgrund von Frau Schwizgebels Alter abgelehnt hatten. Sie machte eine Verletzung von Art. 14 i. V. m. Art. 8 EMRK geltend. Unter anderem wieder mit Hinweis auf die gut begründeten und detaillierten Abwägungsentscheidungen der nationalen Instanzen¹³⁵ erklärte der EGMR, dass die Ablehnung des Adoptionsantrags innerhalb des Ermessensspielraums der Behörden liege und die Ablehnung deshalb nicht diskriminierend sei.¹³⁶ Die nationalen Behörden, einschliesslich des Bundesgerichts, hätten zum Beispiel das Wohl des zu adoptierenden Kindes und eines anderen Kindes, welches Frau Schwizgebel bereits adoptiert hatte, berücksichtigt. Auch das Kriterium des Altersunterschiedes zwischen der Adoptierenden und dem Kind sei in flexibler Weise, den Umständen des Falls Rechnung tragend, angewendet worden.¹³⁷ Zudem hätten die nationalen Behörden der Beschwerdeführerin ausreichend Möglichkeiten gegeben, ihre Ansichten mitzuteilen, und diese Ansichten waren gebührend in die Abwägungsentscheidungen eingeflossen.¹³⁸

[Rz 58] Auch im Fall *Haas gegen die Schweiz*¹³⁹ haben die genauen Begründungen in Abwägungsfragen im Urteil des Bundesgerichts und anderer Instanzen wohl dazu beigetragen, dass der EGMR in diesem Fall keine Konventionsverletzung durch die Schweiz feststellte.¹⁴⁰ Ferner misst der EGMR im Kontext von Ausweisungsfällen, die unter Art. 3 EMRK und dem *non-refoulement*-Prinzip beurteilt werden,

¹³² Urteil des Bundesgerichts 1P.336/2005/svc vom 20. September 2005.

¹³³ *Mouvement Raëlien suisse gegen die Schweiz* (Fn. 126), § 55.

¹³⁴ *Ibid.*, §§ 55 und 59.

¹³⁵ *Schwizgebel gegen die Schweiz* (Fn. 125), § 96. Ein weiterer Grund für die Gewährung eines weiten Ermessensspielraums war, dass kein «europäischer Konsens» bei der Frage des Alters der Adoptierenden und des Altersunterschiedes zwischen der Adoptierenden und dem zu adoptierenden Kind, und bei der Frage, ob und unter welchen Umständen Alleinstehende Kinder adoptieren können, bestehe (§§ 92–93).

¹³⁶ *Ibid.*, § 97.

¹³⁷ *Ibid.*, § 91.

¹³⁸ *Ibid.*, § 96; die Wichtigkeit, die Interessen der Betroffenen gebührend zu berücksichtigen hat der EGMR auch im Urteil *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* hervorgehoben (Fn. 125), § 139.

¹³⁹ Urteil des EGMR *Haas gegen die Schweiz* vom 20. Januar 2011, Nr. 31322/07.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 58.

den Begründungen nationaler Behörden und der sich darin ausdrückenden Seriosität der Einzelfallprüfung und Gründlichkeit in Abwägungsentscheidungen durchaus Bedeutung bei.¹⁴¹ Dieses Vorgehen ist ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips und der dazugehörigen Primärverpflichtungen der Staaten – je gründlicher sich nationale Behörden mit einer Sache bereits auseinandergesetzt haben und je umfassender sie dabei die Konventionsbestimmungen berücksichtigt haben, desto eher kann sich der EGMR auf seine subsidiäre Überwachungsfunktion konzentrieren.

[Rz 59] Im Vergleich zu diesen Fällen mag die weniger substantiierte Begründung eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit durch die nationalen Instanzen dazu beigetragen haben, dass der EGMR im Fall *Hertel gegen die Schweiz*¹⁴² eine Verletzung des Art. 10 EMRK feststellte. Herrn Hertel war es in Folge einer Klage des Fachverbandes für Elektroapparate unter Strafanordnung verboten worden, die Behauptung aufzustellen, in Mikrowellen zubereitete Speisen seien gesundheitsschädlich und führten zu Veränderungen im Blut ihrer Konsumenten, welche auf eine krankhafte Störung hinweisen und ein Bild zeigen, das für den Beginn eines kanzerogenen Prozesses gelten könnte, sowie in Publikationen oder öffentlichen Vorträgen über Mikrowellenherde die Abbildung eines Sensenmannes oder eines ähnlichen Todessymbols zu verwenden.¹⁴³ Herr Hertel wandte sich mit einer Beschwerde an den EGMR, dass das Verbot ihn in ungerechtfertigter Weise in seiner Meinungsäusserungsfreiheit einschränke. Der EGMR erklärte, dass der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig gewesen sei. Das Bundesgericht hatte sich in seinem Urteil zwar (kurz) mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Verfügung mit der Meinungsäusserungsfreiheit zu vereinbaren sei.¹⁴⁴ Es hatte dies mit Hinweis auf Art. 3 (a) des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹⁴⁵ bejaht. Jeder sei frei, im akademischen Kontext seine Meinung unter Berufung auf die Wissenschaftsfreiheit zu äussern. Sobald es jedoch um Wettbewerb gehe, dürften umstrittene wissenschaftliche Erkenntnisse nicht als wissenschaftlich fundierte «Wahrheit» dargestellt werden, da dies «andere durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äusserungen»¹⁴⁶ herabsetze und damit zu unlauterem Wettbewerb führe.¹⁴⁷ Die Verbreitung solcher «unrichtigen» Aussagen sei nicht von der Wissenschaftsfreiheit oder Meinungsfreiheit gedeckt.

¹⁴¹ Siehe dazu F. SCHÜRMAN/A. SCHEIDEGGER, Individualbeschwerde bei drohender Verletzung des *non-refoulement*-Prinzips, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2008/09, S. 205 ff. und SPIJKERBOER (Fn. 33).

¹⁴² *Hertel gegen die Schweiz* (Fn. 86).

¹⁴³ *Ibid.*, § 31.

¹⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 4C.299/1993 vom 25. Februar 1994, § 5 c).

¹⁴⁵ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986.

¹⁴⁶ Art. 3 a) UWG.

¹⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4C.299/1993 vom 25. Februar 1994, §§ 5 b) und c).

Im Unterschied zum EGMR hatte das Bundesgericht allerdings nicht detailliert die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die Meinungsäusserungsfreiheit diskutiert. Im Einzelnen hatte es ausser Acht gelassen, dass es im Fall Hertel nicht um rein kommerzielle Äusserungen ging, sondern dass diese Äusserungen auch Teil einer allgemeinen Diskussion über Gesundheitsinteressen waren, denen unter Art. 10 EMRK ein weitreichenderer Schutz gewährt werde als rein kommerziellen Äusserungen.¹⁴⁸

[Rz 60] Fälle, die andere Länder betreffen, bestätigen diese Tendenz: In *Hirst gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 2) stellte der EGMR beispielsweise ausdrücklich fest, dass weder das britische Parlament noch die britischen Gerichte sich eingehend mit der Frage auseinandergesetzt hatten, ob das allgemeine Wahlverbot für verurteilte Häftlinge im Lichte neuerer Entwicklungen in der Strafrechtspolitik und der Menschenrechtsstandards heute noch als verhältnismässig bezeichnet werden kann.¹⁴⁹ Diese Tatsache spielte durchaus eine Rolle in der Feststellung einer Verletzung von Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK durch das Vereinigte Königreich. Gleichzeitig zeigt dies zwei weitere Dinge: Erstens, dass es nicht nur nationale Gerichte sind, die aus der Primärverantwortung heraus zur Umsetzung der Konvention aufgerufen sind konventionskonforme Abwägungen durchzuführen, sondern auch alle anderen staatlichen Organe; und dass zweitens der Gerichtshof in der Anwendung der materiellen Subsidiarität (der Bestimmung der Weite des Ermessensspielraums) die Qualität demokratischer Abwägungsprozesse durch nationale Organe berücksichtigt.¹⁵⁰

3.2.2 Europäischer Konsens

[Rz 61] Ein wichtiger Faktor bei der Bestimmung der Reichweite der *marge d'appréciation* ist das Vorliegen eines europäischen Konsenses in einer Abwägungsfrage. Unterschiede in der legislativen Praxis verschiedener europäischer Staaten markieren einen Bereich, der in einer demokratischen Gesellschaft auf unterschiedliche Weise EMRK-konform geregelt werden kann.¹⁵¹ Macht der EGMR also einen europäischen Konsens aus, ist der Ermessensspielraum der Staaten gering. Dies war beispielsweise der Fall in *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz*, in dem der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 8 EMRK i. V. m. dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) feststellte.

[Rz 62] Die Beschwerdeführer, ein Ungar und eine französisch-schweizerische Doppelbürgerin, sahen sich aufgrund

¹⁴⁸ *Hertel gegen die Schweiz* (Fn. 86), § 47. Siehe auch die ähnliche Argumentation in *Barthold gegen Deutschland* (Fn. 86), § 85. Dazu auch HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 464 f.

¹⁴⁹ *Hirst gegen das Vereinigte Königreich* (Nr. 2) (Grosse Kammer) (Fn. 9), §§ 79–80.

¹⁵⁰ Siehe dazu die Diskussion von CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 260 ff. und 553 ff., einschliesslich Verweise auf weitere relevante Urteile des EGMR.

¹⁵¹ MAHONEY (Fn. 24), S. 5.

ihres Geschlechts diskriminiert und in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt, weil sie nach ihrer Heirat nicht ihren eigenen Nachnamen beibehalten konnten. Bei umgekehrt zugeordneten Nationalitäten wäre dies möglich gewesen.

[Rz 63] Die Schweizer Regierung und das Bundesgericht hatten angeführt, dass die unterschiedliche Behandlung der Geschlechter in diesem Zusammenhang das legitime Ziel verfolge, die Familieneinheit zu schützen, die sich in einem einheitlichen Familiennamen ausdrücke. Der EGMR erkannte an, dass die Staaten tatsächlich einen gewissen Ermessensspielraum in der Wahl der Massnahmen hätten, die Familieneinheit zu schützen.¹⁵² Er hielt aber auch fest, dass diese Massnahmen nach Art. 14 EMRK auf Männer und Frauen gleichermaßen Anwendung finden müssten,¹⁵³ es sei denn, schwerwiegende Gründe rechtfertigten eine Ungleichbehandlung, welche der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht erkannte.

[Rz 64] Der EGMR erklärte, dass sich in den Konventionsstaaten ein breiter Konsens abzeichne, die Eheleute bei der Wahl des gemeinsamen Familiennamens gleich zu behandeln. Dies drücke sich insbesondere darin aus, dass die Förderung der Gleichberechtigung der Geschlechter ein wesentliches Ziel der Mitgliedstaaten des Europarats sei. Verschiedene Organe des Europarats hätten die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, Massnahmen zur Beseitigung der Ungleichbehandlung der Geschlechter zu ergreifen,¹⁵⁴ einschliesslich der Ungleichbehandlung in der Wahl des Familiennamens.¹⁵⁵ Dieser Konsens sei auch auf der Ebene der Vereinten Nationen zu beobachten.¹⁵⁶ Vor diesem Hintergrund könne auch das Ziel, die Einheit der Familie zu schützen, nicht rechtfertigen, dass in Fällen, in denen sich die Eheleute nicht für einen gemeinsamen Familiennamen entscheiden können, dem einen der Nachname des anderen aufgezwungen werde: Im vorliegenden Fall war es dem ungarischen Ehemann nicht möglich, seinen Namen nach der

Heirat zu behalten, was nicht der Fall gewesen wäre, wenn er das andere Geschlecht gehabt hätte.¹⁵⁷

[Rz 65] Im Vergleich zu diesem Fall hatte die Grosse Kammer des EGMR beispielsweise in *Lautsi gegen Italien*¹⁵⁸ keinen europäischen Konsens in der Frage feststellen können, ob Kruzifixe in den Klassenräumen öffentlicher Schulen angebracht werden dürfen. Er gewährte Italien daraufhin einen weiten Ermessensspielraum in der Anwendung des Art. 2 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK.¹⁵⁹ Die Mitgliedsstaaten des Europarats regeln diese Frage sehr unterschiedlich.¹⁶⁰ Zudem reflektierten Stellungnahmen von 10 Drittstaaten, 10 anderen Organisationen und 33 Mitgliedern des Europäischen Parlaments, die in diesem Fall intervenierten, verschiedenste Meinungen.¹⁶¹ Hier trug der EGMR in der Gewährung eines weiten Ermessensspielraums einem Ziel des Subsidiaritätsgrundsatzes Rechnung: Er respektierte politische (demokratische) Prozesse und rechtliche Entscheidungen der tieferen Ebene, d.h. nationaler Institutionen, in kontroversen materiellen Abwägungs- und Wertungsfragen, die unter anderem die religiösen Traditionen der Mitgliedsstaaten berücksichtigen.¹⁶²

[Rz 66] Für den Schweizer Kontext ist daran zu erinnern, dass der Subsidiaritätsgrundsatz (resp. *marge d'appréciation*) auch Praktiken schützt, die über den europäischen Minimalstandard hinausgehen, der im Fall *Lautsi gegen Italien* aufgrund des fehlenden europäischen Konsenses eher den kleinsten gemeinsamen Nenner widerspiegelt. So muss das Urteil des Bundesgerichts vom 26. September 1990,¹⁶³

¹⁵² Urteil des EGMR *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* vom 9. November 2010, Nr. 664/06, § 46.

¹⁵³ Vgl. auch das Urteil des EGMR *Burghartz gegen die Schweiz* vom 22. Februar 1994, Nr. 16213/90, §§ 28–30.

¹⁵⁴ Diese Tatsache hatte den EGMR schon 1985 veranlasst festzustellen, dass «very weighty reasons would have to be advanced before a difference in treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention» (Urteil des EGMR *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen das Vereinigte Königreich* vom 28. Mai 1985, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81, § 78).

¹⁵⁵ *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* (Fn. 152), § 46 und ausführlicher das Urteil des EGMR *Ünal Tekeli gegen die Türkei* vom 16. November 2004, Nr. 29865/96, §§ 19–27 und 59, mit Verweisen auf relevante Resolutionen des Ministerrats sowie Dokumente der Parlamentarischen Versammlung und des Lenkungsausschusses für die rechtliche Zusammenarbeit im Europarat (CDCJ). Siehe auch *Burghartz gegen die Schweiz* (Fn. 153), § 27.

¹⁵⁶ *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* (Fn. 152), § 47 und ausführlicher, *Ünal Tekeli gegen die Türkei* (Fn. 155), §§ 27–31 und 60.

¹⁵⁷ *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* (Fn. 152), § 49. Siehe auch *Ünal Tekeli gegen die Türkei* (Fn. 155), §§ 65–68.

¹⁵⁸ *Lautsi gegen Italien* (Grosse Kammer) (Fn. 13).

¹⁵⁹ *Ibid.*, § 70. Die zweite Sektion des EGMR hatte hingegen noch entschieden, dass das Anbringen von Kruzifixen (eines primär katholischen Symbols) in öffentlichen Schulen eine ungerechtfertigte Einschränkung einerseits des Rechts der Eltern darstelle, die Erziehung ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicher zu stellen und andererseits der Religionsfreiheit der Kinder, welche auch das Recht, nicht zu glauben, einschliesse. Vgl. Urteil des EGMR *Lautsi gegen Italien* vom 3. November 2009 (zweite Sektion), Nr. 30814/06.

¹⁶⁰ *Lautsi gegen Italien* (Grosse Kammer) (Fn. 13), §§ 26–27. Für eine detailliertere Diskussion siehe beispielsweise D. Mc GOLDRICK, *Religion in the European Public Square and in European Public Life – Crucifixes in the Classroom?*, *Human Rights Law Review* 2011/11, S. 451 ff., S. 476 ff.

¹⁶¹ *Lautsi gegen Italien* (Grosse Kammer) (Fn. 13), §§ 47–56.

¹⁶² Dies ist im Einklang mit Bemerkungen des EGMR in anderen Urteilen, z.B. *Folgerø und andere gegen Norwegen* (Fn. 13), § 89 und *Leyla Sahin gegen die Türkei* vom 10. November 2005, Nr. 44774/98, § 109. Dennoch kann das Urteil in einiger Hinsicht kritisiert werden und wurde es auch, siehe z.B. die abweichende Meinung von Richter Malinverni, gefolgt von Richter Kalaydjieva sowie die Analyse von J. TEMPERMANN, *State Neutrality in Public School Education: An Analysis of the Interplay Between the Neutrality Principle, the Right to Adequate Education, Children's Rights to Freedom of Religion of Belief, Parental Liberties, and the Position of Teachers*, *Human Rights Quarterly* 2010/32, S. 865 ff, S. 881 ff.

¹⁶³ Urteil des Bundesgerichts BGE 116 Ia 252 ff. vom 26. September 1990. Siehe auch HÄFELIN/HALLER/KELLER (Fn. 163), S. 129, N. 423.

in welchem es eine Gemeindeverordnung, die Kruzifixe in Grundschulen vorschrieb, für unvereinbar mit der konfessionellen Neutralität der Bundesverfassung erklärte, nicht im Lichte des Urteils *Lautsi gegen Italien* der Grossen Kammer relativiert werden. Kruzifixe können aus öffentlichen Schulen in der Schweiz verbannt bleiben.

3.2.3 Schwere des Eingriffs, Bedeutung des Rechts und Ziel der Massnahme

[Rz 67] In *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* rechtfertigte die Schweizer Regierung die Ungleichbehandlung der Geschlechter mit dem Argument, man wolle die Einheit der Familie durch einen einheitlichen Familiennamen garantieren.¹⁶⁴ Während der Gerichtshof anerkannte, dass dies prinzipiell ein legitimes Ziel sei, das einen Eingriff in Art. 8 i. V. m. Art. 14 EMRK rechtfertigen könne, sei der Eingriff in diesem Fall jedoch nicht verhältnismässig. Der Name einer Person identifiziere diese als ein Individuum in der Gesellschaft und sei damit ein Kernaspekt, den es bei Fragen des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu beachten gelte.¹⁶⁵ Deshalb könne auch dem Argument der Schweizer Regierung nicht gefolgt werden, die Beschwerdeführer hätten keinen ernst zu nehmenden Nachteil durch die Ungleichbehandlung erfahren.¹⁶⁶ Eingriffe in einen Kernaspekt des Art. 8 EMRK sind als besonders schwere Eingriffe nicht vom nationalen Ermessensspielraum abgedeckt.

[Rz 68] Es besteht weiterhin einige Unsicherheit, was eine Berufung auf die Wahrung der «Einheit der Familie» bei Einschränkungen von Art. 8 EMRK eigentlich bedeutet. Obwohl der EGMR auf diese Frage in *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* nicht weiter einging, ist doch aus dem EGMR-Urteil *Ünal Tekeli gegen die Türkei* klar, dass die «Einheit der Familie» nicht notwendigerweise in einem gemeinsamen Nachnamen der Eheleute zum Ausdruck kommen muss.¹⁶⁷ Der einerseits grosse Stellenwert, der dem Schutz des Namens einer Person unter Art. 8 EMRK beigemessen wird, und die andererseits offenen Fragen zum Prinzip der «Einheit der Familie» als Begründung für eine Einschränkung/Ungleichbehandlung haben den Gerichtshof dazu bewogen, eine Verletzung der EMRK durch die Schweiz festzustellen.

[Rz 69] Im Lichte dieser Rechtsprechung erweist sich ein neueres Urteil des Bundesgerichts als problematisch, in dem der Grundsatz der «Einheit der Familie» und ihres gemeinsamen Namens nach wie vor höher gewichtet wurde als der Rechtsgleichheitsgrundsatz und das Recht auf Privat- und Familienleben.¹⁶⁸ Das Bundesgericht lehnte hier das Gesuch

einer sri-lankischen Frau, den Vornamen ihres Ehemannes nach ihrer Heirat (und nach sri-lankischer Tradition) zu ihrem Nachnamen zu machen, mit dem Hinweis darauf ab, dass das Schweizer Recht keine getrennte Namensführung der Ehegatten erlaube. Hier kann der Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf Privat- und Familienleben als noch bedeutender angesehen werden, da sie angab, dass es für sie besonders störend und belastend sei, wenn sie (im Ergebnis bei der Anwendung von schweizerischem Recht) als Familiennamen den Vornamen ihres Schwiegervaters tragen müsse, und nicht jenen ihres Ehemannes.¹⁶⁹ Hier kommt erneut die berechtigte Frage auf, ob die «Einheit der Familie» weiterhin durch einen einheitlichen Familiennamen geschützt werden muss. Tirosh bemerkt zum Beispiel, dass die Berufung auf die Wahrung der Familieneinheit bei der Regulierung von Nachnamen unter anderem aus semiotischen Gründen fraglich sei:

That a name would reflect family unity is not a natural fact or a neutral observation about the way names work. It is a normative statement, which suppresses the fact that the work of names is culturally contingent.¹⁷⁰

[Rz 70] In Sri Lanka, wie auch in anderen ausser-europäischen und europäischen Ländern¹⁷¹ wird ein gemeinsamer Familienname nicht als notwendig betrachtet um die Einheit der Familie zu wahren. Der schweizerische Gesetzgeber hat den Handlungsbedarf in diesem Bereich aber erkannt.¹⁷²

3.2.4 Einzelfallabhängigkeit

[Rz 71] Bei schwierigen Abwägungsfragen ist es nicht leicht vorherzusagen, welche Kontrolldichte der EGMR für die Entscheidungen nationaler Organe in Form eines weiten oder engen Ermessensspielraums (materielle Subsidiarität) wählt. So sind auch gute und genaue, unter Berücksichtigung der Konventionsvorschriften durchgeführte Begründungen von Abwägungs- und Bewertungsfragen, die ganz im Sinne der Primärverpflichtung der Staaten sind, keine absolute Garantie dafür, dass der EGMR einen weiten Ermessensspielraum gewährt. Die Besonderheiten des Einzelfalls spielen immer eine Rolle. Ein Beispiel in diesem Kontext ist der Fall *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz*,¹⁷³ in dem es um die mögliche Rückführung eines Kindes nach Israel ging. Mit einem klaren Verweis auf seine subsidiäre Rolle stellte der EGMR zunächst fest,

Schubert-Praxis allerdings dennoch anwenden.

¹⁶⁹ Urteil des Bundesgerichts BGE 136 III 168 vom 25. Januar 2010, Sachverhaltszusammenfassung B.

¹⁷⁰ Y. TIROSH, The Name of One's Own: Gender and Symbolic Legal Personhood in the European Court of Human Rights, Harvard Journal of Law and Gender 2010/33, S. 247 ff., S. 271.

¹⁷¹ Siehe auch die weiteren Beispiele, die TIROSH nennt, *ibid.*, S. 271 f.

¹⁷² Zivilgesetzbuch (Name und Bürgerrecht) Änderung vom 30. September 2011, BBl 2011 7403 ff. (7404).

¹⁷³ *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* (Fn. 125).

¹⁶⁴ *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* (Fn. 152), §§ 11 und 45.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 51.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Ünal Tekeli gegen die Türkei* (Fn. 155), §§ 65–66.

¹⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts BGE 136 III 168 ff. vom 25. Januar 2010. Das Bundesgericht erkannte durchaus an, dass das Schweizer Recht gegen Art. 14 i. V. m. Art. 8 der EMRK verstösst. Es muss das Recht aufgrund der

that it is primarily for the national authorities, notably the courts, to resolve problems of interpretation of domestic legislation. This also applies where domestic law refers to rules of general international law or to international agreements [in this case the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980]. The Court's role is confined to ascertaining whether those rules are applicable and whether their interpretation is compatible with the Convention [...]

In the present case, the second applicant's removal was examined by three domestic courts which all concluded, in duly reasoned decisions, that it was wrongful within the meaning of the Hague Convention.¹⁷⁴

(que c'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il appartient d'interpréter la législation interne. Il en va de même lorsque le droit interne renvoie à des règles du droit international général ou à des accords internationaux. Le rôle de la Cour se limite à vérifier leur applicabilité et la compatibilité avec la Convention de l'interprétation qui en est faite [...])

En l'espèce, le déplacement du requérant a été examiné par trois juridictions internes qui ont toutes conclu, au terme de décisions dûment motivées, que ce déplacement était illicite au sens de la Convention de La Haye.)

[Rz 72] Dennoch entschied der Gerichtshof, die Schweiz würde Art. 8 EMRK verletzen, wenn sie das Kind nach Israel zurückschickte. Ausschlaggebend war hier, dass sich die Situation der Beschwerdeführer nachhaltig verändert hatte, seitdem sich die nationalen Gerichte mit dem Fall auseinandergesetzt hatten. Der Sohn der Beschwerdeführerin, Noam Shuruk, habe sich nach fünf Jahren gut in der Schweiz eingelebt, und es sei nicht in seinem Interesse, nach Israel zurück zu kehren, um dort mit seinem Vater zu leben. Zudem habe der Vater in der Zwischenzeit eine weitere erfolglose Ehe hinter sich und hätte darauf ein drittes Mal geheiratet. Es sei zweifelhaft, ob der Vater in der Lage sei, für das Kind finanziell und in anderer Hinsicht ausreichend Sorge zu tragen.¹⁷⁵ Dieser Fall zeigt auch die Grenzen juristischer Lösungen in Fällen zu Kindesentführungen auf, in denen das Wohl des Kindes eine grosse Rolle spielt und in denen sich die Situationen der Beteiligten grundlegend ändern können, bis der EGMR sich mit der Sache auseinandersetzen kann.

[Rz 73] Für den Schweizer Kontext ist des Weiteren zu

bemerken, dass die Einzelfallabhängigkeit in der Bestimmung der Reichweite eines nationalen Ermessensspielraums dann besonders gross ist, wenn es sich um Grenzfälle oder Fragen handelt, mit denen sich der Gerichtshof bisher noch nicht oder nur ansatzweise beschäftigt hat.¹⁷⁶ Viele Schweizer Fälle zählen zu dieser Kategorie, so zum Beispiel der oben genannte Fall *Mouvement Raëlien Suisse gegen die Schweiz* und die Fragen zu den Grenzen der Meinungsäusserungsfreiheit im öffentlichen Raum oder Fragen zur indirekten Strebehilfe, wie sie im Fall *Haas gegen die Schweiz*¹⁷⁷ aufgeworfen wurden. Auch Fälle zur Anerkennung «neuer» Familienformen können als Grenzfälle bezeichnet werden, die im Lichte neuerer gesellschaftlicher Entwicklungen auf gesamteuropäischer Ebene beurteilt werden müssen.¹⁷⁸

[Rz 74] Viele Fälle aus der Schweiz betreffen zudem Art. 8 EMRK. Der offene Wortlaut dieses Artikels, dem die Rechtsprechung des EGMR eine auffangrechtliche Funktion beimisst,¹⁷⁹ sowie die sich verändernden gesellschaftlichen Bedingungen, die bei seiner Anwendung berücksichtigt werden müssen, machen es bei diesen Fällen besonders schwierig, Vorhersagen über die Weite des Ermessensspielraums zu machen, welche der EGMR gewähren wird. Dasselbe gilt für Fälle, die multipolare Grundrechtskonflikte einschliessen. Hier muss der Gerichtshof beispielsweise die Interessen von Eltern, Kindern und dem Staat häufig sehr einzelfallbezogen abwägen.¹⁸⁰

3.3 Umsetzungsfragen

[Rz 75] Ein weiterer Bereich, der unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität analysiert werden kann, sind die staatlichen Verpflichtungen zur Umsetzung von Urteilen des Gerichtshofs. Nach Art. 46 Ziff. 1 EMRK sind alle Vertragsparteien verpflichtet, «in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen».¹⁸¹ Wenn der EGMR eine Konventionsverletzung feststellt, sollen die Staaten demnach für eine möglichst umfassende Wiedergutmachung sorgen und soweit als möglich den konventionskonformen Zustand wieder herstellen (*restitutio in integrum*)¹⁸²

¹⁷⁶ Siehe dazu auch MAHONEY (Fn. 24), S. 3.

¹⁷⁷ *Haas gegen die Schweiz* (Fn. 139).

¹⁷⁸ Im Ansatz etwa Urteil des EGMR *Emonet und andere gegen die Schweiz* vom 13. März 2008, Nr. 39051/03.

¹⁷⁹ So werden unter Art. 8 EMRK beispielsweise Fälle zur Transsexualität, zum Umweltrecht, zur Achtung der persönlichen Identität, zu seelischer und körperlicher Unversehrtheit, zur Erhebung und Nutzung persönlicher Daten, zum Einwanderungsrecht, zum Erbrecht, zum Familienrecht oder Arzthaftungsrecht behandelt. Für einen Überblick siehe HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 361 ff. und MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 194 ff.

¹⁸⁰ Detaillierter zu dieser Problematik, einschliesslich zahlreicher Beispiele, siehe M. HOTTELLIER, *Les conflits de droits de l'homme et la sécurité juridique*, *Annuaire international des droits de l'homme* 2009/4, S. 114 ff.

¹⁸¹ Art. 46 Ziff. 1 EMRK.

¹⁸² Siehe z.B. Urteile des EGMR *Clooth gegen Belgien* vom 5. März 1998, Nr. 12718/87, § 14; *Vermeire gegen Belgien* vom 29. November 1991, Nr.

¹⁷⁴ *Ibid.*, §§ 100–01 (Ergänzung durch die Autorinnen). Siehe auch die ähnlichen Bemerkungen im Nachfolgeurteil des EGMR *Raban gegen Rumänien* vom 26. Oktober 2010, Nr. 25437/08, §§ 38 und 39.

¹⁷⁵ *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* (Fn. 125), §§ 145–51.

– eine Verpflichtung, die auch durch die Regeln zur Staatenverantwortlichkeit des allgemeinen Völkerrechts gestützt wird.¹⁸³ Sie kann auch als Teil des Primärprinzips qualifiziert werden, das die effektive Implementierung der Konvention auf nationaler Ebene verlangt. Wie sie ein Urteil umsetzen, ist den Staaten überlassen.¹⁸⁴ Die Urteile des EGMR haben nur deklaratorische Wirkung und können weder konventionswidrige Entscheide nationaler Instanzen aufheben, noch einer Konventionsverletzung zugrunde liegende nationale Gesetze ausser Kraft setzen.¹⁸⁵

[Rz 76] Die Überwachung der Durchführung von EGMR-Urteilen obliegt nach Art. 46 Ziff. 2 EMRK generell dem Ministerkomitee des Europarats. Gemäss Art. 35 Ziff. 2 (b) der Konvention ist dem EGMR allerdings auch eine begrenzte Rolle zugewiesen.¹⁸⁶ Die Staaten müssen ihrer Umsetzungspflicht unabhängig davon nachkommen, ob der EGMR oder das Ministerkomitee für die Überwachung dieser Umsetzung zuständig ist.¹⁸⁷ Aus seiner in diesem Bereich erstens subsidiären Rolle und zweitens begrenzten Kompetenz heraus machte der EGMR traditionell eher selten konkrete Angaben, wie die Staaten ein Urteil umsetzen sollen, und hielt sich bei der Überwachung von Umsetzungsmassnahmen zurück. In den letzten Jahren scheint der Gerichtshof allerdings weiter zu gehen und äussert sich häufiger dazu, welche generellen und individuellen Massnahmen die Staaten ergreifen sollten, um Urteile umzusetzen.¹⁸⁸ Zu nennen wären beispielsweise neuere sog. Piloturteile,¹⁸⁹ in denen der Gerichtshof mitunter Vorschläge macht, durch welche Massnahmen strukturelle Probleme, die einer Konventionsverletzung zugrunde liegen, behoben werden könnten.¹⁹⁰ Das Ziel des EGMR, darüber

den nationalen Rechtsschutz auszubauen und gleichzeitig seine eigene Arbeitsbelastung zumindest längerfristig zu senken,¹⁹¹ ist ganz im Sinne der Stärkung des Subsidiaritätsprinzips und eines dazugehörigen Primärprinzips.¹⁹² So erklärte die Grosse Kammer des Gerichtshofs in *Hutten-Czapska gegen Polen*, dass Piloturteile darauf abzielten

to assist the Contracting States in fulfilling their role in the Convention system by resolving such problems at national level, thereby securing to the persons concerned their Convention rights and freedoms as required by Article 1 of the Convention, offering to them more rapid redress.¹⁹³

[d'aider les Etats contractants à remplir le rôle qui est le leur dans le système de la Convention en résolvant ce genre de problèmes au niveau national, de sorte qu'ils reconnaissent par là même aux personnes concernées les droits et libertés définis dans la Convention, comme le veut l'article 1 de la Convention, en leur offrant un redressement plus rapide.]

[Rz 77] Auch in anderen Fällen machte der EGMR in letzter Zeit konkretere Umsetzungsangaben, beispielsweise bei Verletzungen von Art. 5¹⁹⁴ und Art. 6 EMRK.¹⁹⁵ Zudem scheint sich der Gerichtshof auch bei der Überwachung von Umsetzungsmassnahmen in letzter Zeit häufiger einzuschalten, wie anzunehmen ist mit dem Ziel, deren Effektivität zu garantieren.¹⁹⁶

[Rz 78] Auch die Schweiz muss sich aus Art. 46 Ziff. 1 EMRK heraus um die Durchführung eines Urteils des EGMR bemühen und dafür sorgen, dass ähnliche Verletzungen in Zukunft

12849/87, § 26; VILLIGER (Fn. 23), S. 149, N. 233 und FROWEIN/PEUKERT (Fn. 64), N. 4 ff. (Art. 46).

¹⁸³ J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentary*, Cambridge 2002, S. 196 und G. RESS, *The Effect of Decisions and Judgements of the European Court of Human Rights on the Domestic Legal Order*, *Texas International Law Journal* 2005/40, S. 359 ff., S. 379.

¹⁸⁴ Siehe beispielsweise die Urteile des EGMR *Papamichalopoulos gegen Griechenland* vom 31. Oktober 1995, Nr. 14556/89, § 34; *Norris gegen Irland* vom 26. Oktober 1988, Nr. 10581/83, § 50 und *Belilos gegen die Schweiz* vom 29. April 1988, Nr. 10328/83, § 78. Dies wird auch mit dem Subsidiaritätsprinzip begründet (vgl. oben 2.3.3).

¹⁸⁵ VILLIGER (Fn. 23), S. 148, N. 232.

¹⁸⁶ Mehr dazu unten 3.3.1.

¹⁸⁷ CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 423 ff.

¹⁸⁸ Siehe insbesondere die Beobachtungen *ibid.*, S. 423 und 429.

¹⁸⁹ Piloturteile sind solche, die strukturelle Probleme in einem Staat als Grund für eine Vielzahl von Beschwerden benennen. Siehe dazu M. BREUER, *Das Recht auf Individualbeschwerde zum EGMR im Spannungsfeld zwischen Subsidiarität und Einzelfallgerechtigkeit*, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2008/35, S. 121 ff.; HARRIS *et al* (Fn. 23), S. 851–52 und C. PARASKEVA, *The Application of the «Pilot-Judgment Procedure» to Post-Louizidou Cases*, *Annuaire international des droits de l'homme* 2009/4, S. 523 ff.

¹⁹⁰ Urteile des EGMR *Broniowski gegen Polen* (Grosse Kammer) vom 22. Juni 2004, Nr. 31443/96, § 139; *Hutten-Czapska gegen Polen* vom 19. Juni

2006, Nr. 35014/97, §§ 231–39 und *Burdov gegen Russland* (Nr. 2) vom 15. Januar 2009, Nr. 33508/04, § 126.

¹⁹¹ *Broniowski gegen Polen* (Fn. 190), §§ 192–93.

¹⁹² CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 431 und HOFFMANN (Fn. 2), S. 175–84.

¹⁹³ *Hutten-Czapska gegen Polen* (Fn. 190), § 234.

¹⁹⁴ Urteile des EGMR *Assanidze gegen Georgien* vom 8. April 2004, Nr. 71503/01, §§ 202–03 und *Ilascu und andere gegen Moldawien und Russland* vom 8. Juli 2004 (Grosse Kammer), Nr. 48787/99, § 490. Diese Fälle sind relativ unproblematisch, da die jeweiligen Staaten kaum eine andere als die vom EGMR vorgeschlagene Möglichkeit hatten, die Verletzung zu beseitigen.

¹⁹⁵ Urteile des EGMR *Gençel gegen die Türkei* vom 23. Oktober 2003, Nr. 53431/99, § 27; *Üknüç und Günes gegen die Türkei* vom 18. Dezember 2003, Nr. 42775/98, § 32; *Somogyi gegen Italien* vom 18. Mai 2004, Nr. 67972/01, § 86; *Stoichkov gegen Bulgarien* vom 24. März 2005, Nr. 9808/02, § 81; *Krasniki gegen die Tschechische Republik* vom 28. Februar 2006, Nr. 51277/99, § 39; *Sejdovic gegen Italien* vom 1. März 2006, Nr. 56581/00, § 119 und *Öcalan gegen die Türkei* vom 2. Mai 2005 (Grosse Kammer), Nr. 46221/99, § 210. Siehe allerdings CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 426, der bemerkt, dass der Gerichtshof nicht ganz konsistent in seinen Forderungen ist. Dazu auch RESS (Fn. 183), S. 380 f.

¹⁹⁶ Dies zeigt gerade das Vorgehen des EGMR in den Urteilen *VgT gegen die Schweiz* (Nr. 2) (Fn. 74) und *Emre gegen die Schweiz* (Nr. 2) vom 11. Oktober 2011, Nr. 5056/10.

verhindert werden. Besonders aus den Urteilen *VgT gegen die Schweiz* und *Emre gegen die Schweiz*¹⁹⁷ ergeben sich Fragen hinsichtlich der Zuständigkeit des EGMR, schweizerische Umsetzungsmassnahmen zu überwachen, sowie hinsichtlich des Ausmasses der Verpflichtung zur Umsetzung von EGMR-Urteilen durch eine Revision des zugrundeliegenden bundesgerichtlichen Urteils. Beide Aspekte werden im Folgenden aus der Perspektive der Subsidiarität analysiert.

3.3.1 Überwachungsbefugnisse des EGMR bei der Umsetzung seiner Urteile

[Rz 79] Das Ministerkomitee ist primär für die Überwachung der Umsetzung der EGMR-Urteile zuständig. Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK begrenzt die Überwachungskompetenz des EGMR auf Fälle, in denen sich bei der Umsetzung des Urteils erneute Verletzungen der EMRK ergeben oder neue rechtsrelevante Tatsachen in der bereits von ihm abgeurteilten Sache vorliegen.¹⁹⁸

[Rz 80] Ebendies sah der EGMR in den Fällen *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* und *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* als gegeben an. Die fünfte Sektion und später die Grosse Kammer des Gerichtshofs erklärten die Beschwerde des VgT für zulässig, obwohl das Ministerkomitee in einer Resolution befunden hatte, dass die Schweiz das EGMR-Urteil *VgT gegen die Schweiz (Nr. 1)* gemäss ihrer Verpflichtungen aus Art. 46 Ziff. 1 EMRK zufriedenstellend umgesetzt hatte.¹⁹⁹ Das Ministerkomitee war allerdings nicht über die Ablehnung eines Revisionsbegehrens des VgT durch das Bundesgericht informiert worden. Aus diesem Grund sah der EGMR die angemessene Überwachung der Urteilsumsetzung nach der Annahme der Resolution durch das Ministerkomitee als nicht gegeben an, was der Absicht der EMRK widerspreche, effektiven und tatsächlichen Grundrechtsschutz zu gewährleisten.²⁰⁰ Diese Tatsache, und weil sich aus der Ablehnung des Revisionsbegehrens durch das Bundesgericht neue rechtsrelevante und neu zu beurteilende Tatsachen ergeben hätten, die auch dem Ministerkomitee nicht bekannt gewesen

seien, erklärte der EGMR die erneute Beschwerde des VgT für zulässig, auf die er nach Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK eingehen könne. Ähnlich erklärte der EGMR im Fall *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* eine erneute Beschwerde von Herrn Emre für zulässig: Erstens hätten sich auch hier in Folge der Revision durch das Bundesgericht «neue Tatsachen» ergeben.²⁰¹ Zweitens bemerkte der Gerichtshof, dass er mit einer erneuten Annahme des Falles nicht in den Kompetenzbereich des Ministerkomitees eingreife. Wenn Unklarheiten über Zuständigkeiten des Gerichtshofs bestünden, könne er diese selber entscheiden.²⁰²

[Rz 81] Vor dem Hintergrund der hohen Arbeitsbelastung des EGMR und dem in der Reformdebatte immer wieder formulierten Ziel, das Subsidiaritätsprinzip zu stärken, erstaunt die Vorgehensweise des EGMR hier zunächst.²⁰³ Mit der Entscheidung, die erneute Beschwerde des VgT und des Herrn Emre für zulässig zu erklären, scheint der Gerichtshof seine Rolle gegenüber dem Ministerkomitee in der Überwachung der Urteilsumsetzung gestärkt zu haben.²⁰⁴ Die Annahme der Resolution am 22. Juli 2003 hätte die Sache VgT auf internationaler Ebene beenden können. Im Fall *Emre (Nr. 2)* hätte der EGMR dem Argument der Schweizer Regierung mehr Beachtung schenken können, dass gemäss Art. 46 Ziff. 2 EMRK primär das Ministerkomitee zuständig sei, die von den Staaten ergriffenen Umsetzungsmassnahmen zu beurteilen, einschliesslich der Ergebnisse eines Wiederaufnahmeverfahrens auf nationaler Ebene. Das Ministerkomitee hatte sich nämlich noch nicht mit der Umsetzung des Urteils *Emre (Nr. 1)* befasst.²⁰⁵ Aus dem Subsidiaritätsprinzip und seiner begrenzten Kompetenz in der Überwachung von Urteilen heraus wäre also nachvollziehbar, wenn der EGMR die Überwachung von Urteilen primär dem Ministerkomitee überliesse und in diesem Sinne eine enge Auslegung des Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK beibehalten würde.

[Rz 82] Der Gerichtshof hat den sich aus Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK ergebenden Unzulässigkeitsgrund bisher streng angewendet.²⁰⁶ Wiederholte Beschwerden sind unzulässig, wenn sie denselben Beschwerdegegenstand wie eine schon einmal eingereichte Beschwerde betreffen, d.h. wenn eine Beschwerde von denselben Personen und zum selben

¹⁹⁷ Urteile des EGMR *Emre gegen die Schweiz (Nr. 1)* vom 22. August 2008, Nr. 42034/04 und *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196). Vgl. auch das Dossier auf http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Europa/EGMR/CH-Faelle-dok/idart_8765-content.html (besucht am 5. Januar 2012).

¹⁹⁸ Letzter Teil des Satzes in Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK; und die Urteile des EGMR *Rando gegen Italien* vom 15. Februar 2000, Nr. 38498/97, § 17; *Mehemi gegen Frankreich (Nr. 2)* vom 10. Juli 2003, Nr. 53470/99, § 43 und die Entscheidungen des EGMR *Folgerø und andere gegen Norwegen* vom 14. Februar 2006, Nr. 15472/02 und *Hertel gegen die Schweiz* vom 17. Januar 2001, Nr. 53440/99.

¹⁹⁹ Die Schweiz hatte dem VgT beispielsweise Entschädigung bezahlt und das Urteil allen relevanten Institutionen zur Kenntnisnahme zugestellt. Zudem hatte das Urteil zu einer engeren Auslegung des Begriffs der politischen Werbung sowie der Reform des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen geführt. Siehe die Resolution des Ministerkomitees, Resolution Res-DH (2003) 125 vom 22. Juli 2003.

²⁰⁰ *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (fünfte Sektion), § 55; *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer), § 46 (Fn. 74)

²⁰¹ *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), § 43.

²⁰² Nach Art. 32 Ziff. 2 EMRK; *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)*, (Fn. 196), § 39.

²⁰³ So wurde das Vorgehen des Gerichtshofs in der abweichenden Meinung zum Urteil der Grossen Kammer *VgT (Nr. 2)* und der Literatur auch heftig kritisiert: *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer), abweichende Meinung von Richter Malinverni unterstützt von den Richtern Birsan, Myjer and Berro-Lefevre. Siehe auch M. HERTIG RANDALL/X. RUEDIN, *Judicial activism et exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2010/21, S. 421 ff., S. 428 und AEMISEGGER (Fn. 66), S. 56 ff.

²⁰⁴ Dazu auch HERTIG RANDALL/RUEDIN (Fn. 203), S. 430 und HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 128.

²⁰⁵ *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), § 39.

²⁰⁶ HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 125 und VILLIGER (Fn. 23), S. 66 f., N. 91.

Sachverhalt eingereicht wird.²⁰⁷ Die abweichenden Meinungen zu den jeweiligen Urteilen argumentierten dann auch, dass dies in den Fällen *VgT* und *Emre* der Fall gewesen sei.²⁰⁸ Im Fall *VgT* sei die erneute Ablehnung der Publisuisse AG, den Werbespot auszustrahlen, keine «neue Tatsache», da es sich bei dem Spot um denselben handle, den der VgT im Jahre 1994 ausstrahlen wollte. Diese Ablehnung habe der EGMR bereits in seinem Urteil vom 28. Juni 2001 behandelt.²⁰⁹ Die Situation des Beschwerdeführers habe sich somit nicht geändert.²¹⁰ Im Fall *Emre* habe sich das Bundesgericht in seinem Revisionsurteil²¹¹ mit exakt derselben Frage auseinandergesetzt wie in seinem Urteil vom 3. Mai 2004²¹² auf Grundlage dessen der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK durch die Schweiz in *Emre gegen die Schweiz (Nr. 1)* festgestellt hatte: der gegen Herrn Emre verhängten Wegweisungsverfügung. So könnten auch dem EGMR keine «neuen Tatsachen» vorliegen.²¹³

[Rz 83] Trotz dieser teilweise berechtigten Kritik an den Urteilen sind die Entscheidungen des EGMR, auf die Beschwerde des VgT und des Herrn Emre erneut einzugehen aus der Perspektive des Gerichtshofs durchaus nachvollziehbar, da er eine effektive und praktische Umsetzung der EMRK garantieren will. Das Bestreben, einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, kann hier wieder als Grenze der Subsidiarität identifiziert werden, welche den Gerichtshof bei der Feststellung neuer Tatsachen in beiden Fällen geleitet zu haben scheint. Aus der Sicht des EGMR stand die Ablehnung des Revisionsgesuchs im Fall *VgT* und die damit in Verbindung stehende Nicht-Aufhebung des konventionswidrigen Sendeverbots der effektiven Umsetzung seines ersten Urteils, und damit der Konvention, entgegen. Auch im Fall *Emre* war das Einreiseverbot durch das bundesgerichtliche Revisionsurteil nicht aufgehoben worden.

[Rz 84] In diesem Lichte interpretierte der Gerichtshof dann auch das Vorliegen neuer Tatsachen: Anders als die Minderheitsmeinung stellte der EGMR bei der Feststellung neuer Tatsachen nicht so sehr auf die möglicherweise gleich gebliebene Situation des Beschwerdeführers ab. Er sah die neue Tatsache vielmehr in der wenn auch kurzen Anmerkung des Bundesgerichts, dass der VgT kein Interesse mehr an der Ausstrahlung des Werbespots haben könne und dass das

Revisionsbegehren des VgT vor dem Bundesgericht unter anderem deshalb abgelehnt worden war. Im ersten Verfahren hatte hingegen das Verbot der politischen Werbung als Hauptargument für die Ablehnung der Beschwerde vor dem Bundesgericht gedient.²¹⁴ Für den Gerichtshof scheint das ausschlaggebende Kriterium für eine erneute Behandlung einer Sache unter Art. 35 Ziff. 2 (b) EMRK die Nicht-Identität des Beschwerdegrundes gewesen zu sein, d.h. er prüfte, ob der Grund der neueren Beschwerde ein anderer war als bei der ersten Beschwerde.²¹⁵ Dies scheint im Fall *Emre (Nr. 2)* ähnlich: Die erneut durchgeführte Verhältnismässigkeitsprüfung des Bundesgerichts und die damit verbundene Umwandlung der unbefristeten Wegweisungsverfügung in eine auf 10 Jahre befristete Verfügung im Revisionsurteil vom 6. Juli 2009²¹⁶ kann als «neuer» Beschwerdegrund im Fall *Emre (Nr. 2)* angesehen werden.²¹⁷ In Herrn Emres erster Beschwerde, über die der EGMR 2008 entschieden hatte, ging es hingegen um die unbefristete Wegweisungsverfügung, die auf den Abwägungen im Bundesgerichtsurteil von 4. Mai 2004 beruhte.²¹⁸

3.3.2 Revisionsverfahren

[Rz 85] Eine weitere Frage, mit der sich die Grosse Kammer in der materiellen Prüfung im Fall *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* und die zweite Sektion im Fall *Emre (Nr. 2)* auseinandersetzte, betrifft die Reichweite der Verpflichtungen, die die Staaten zur Umsetzung von EGMR-Urteilen aus Art. 46 Ziff. 1 EMRK durch eine Wiedereröffnung des innerstaatlichen Verfahrens haben.

[Rz 86] Art. 46 Ziff. 1 EMRK verlangt nicht zwingend, dass innerstaatliche Verfahren wieder aufgenommen werden, wenn ein EGMR-Urteil eine Konventionsverletzung festgestellt hat.²¹⁹ Das steht im Zusammenhang mit der Freiheit der Staaten, die Massnahmen für die Umsetzung der Urteile des EGMR selbst zu bestimmen. Die Möglichkeit zur Revision konventionswidriger nationaler Urteile ist aber in vielen nationalen Prozessordnungen verankert,²²⁰ unter anderem weil der EGMR immer wieder selbst angeregt hat, innerstaatliche Verfahren wieder zu eröffnen, wenn dies der

²⁰⁷ MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 343, N. 37.

²⁰⁸ *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), abweichende Meinung, § 14 und *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), abweichende Meinung, § 7.

²⁰⁹ *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), abweichende Meinung, § 14; AEMISEGGER (Fn. 66), S. 61 und HERTIG RANDALL/RUEDIN (Fn. 203), S. 431.

²¹⁰ *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), abweichende Meinung, § 12.

²¹¹ Urteil des Bundesgerichts 2F_11/2008 vom 6. Juli 2009.

²¹² Urteil des Bundesgerichts 2A.51/2004 vom 3. Mai 2004.

²¹³ *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), abweichende Meinung, § 7.

²¹⁴ *Vgt gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 75), § 65. Siehe auch die Details oben in 3.1.2 a) und b) sowie HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 127.

²¹⁵ VILLIGER (Fn. 23), S. 67, N. 92; HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 126 und die Entscheidung des EGMR *X gegen Österreich und Deutschland* vom 14. Dezember 1968, Nr. 3479/68.

²¹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2F_11/2008 vom 6. Juli 2009.

²¹⁷ *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), § 41.

²¹⁸ Urteil des Bundesgerichts 2A.51/2004 vom 3. Mai 2004.

²¹⁹ Siehe z.B. die Entscheidungen des EGMR *Lyons und andere gegen das Vereinigte Königreich* vom 8. Juli 2003, Nr. 15227/03; *Eder gegen Deutschland* vom 13. Oktober 2005, Nr. 11816/02 und das Urteil *Saidi gegen Frankreich* vom 20. September 1993, Nr. 14647/89, § 46.

²²⁰ Siehe dazu z.B. H. KELLER/A. SWEET STONE, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, in: H. Keller/A. Sweet Stone (Hrsg.), *A Europe of Rights*, Oxford 2008, S. 704.

Wiedergutmachung der Verletzung dienlich ist.²²¹ Genauso fordert das Ministerkomitee von den Mitgliedsstaaten, Revisionsmöglichkeiten auf nationaler Ebene zu schaffen.²²² Gerade das Bemühen, die Staaten beim Nachkommen ihrer Primärpflicht zu unterstützen, welche wirksame nationale Rechtsbehelfe für die effektive Umsetzung der EMRK auf nationaler Ebene verlangt, reflektiert sich in diesem Vorgehen des EGMR und des Ministerkomitees.²²³

[Rz 87] Das Bundesgericht revidiert in der Praxis zu Art. 122 BGG Urteile, wenn dadurch über eine finanzielle Entschädigung hinaus fortbestehende, nachteilige Auswirkungen einer Konventionsverletzung des ursprünglichen Verfahrens beseitigt werden können, und keine andere Möglichkeit zur Wiedergutmachung besteht.²²⁴ Das Bundesgericht lehnte das Revisionsbegehren des VgT, nachdem der EGMR 2001 eine Konventionsverletzung durch die Schweiz festgestellt hatte, hauptsächlich mit der Begründung ab, der VgT habe nicht ausreichend detailliert dargelegt, inwiefern eine Wiedergutmachung in diesem Fall ausschliesslich durch eine Revision zu garantieren sei.²²⁵ Ausserdem befand das Bundesgericht, dass eine Individualbeschwerde, die vom EGMR gutgeheissen wurde, kein Recht des Beschwerdeführers begründe, das zugrunde liegende Urteil in jedem Fall zu revidieren. Der EGMR hielt diese Argumentation des Schweizer Bundesgerichts für übermässig formalistisch (*excessivement formaliste*).²²⁶

[Rz 88] Aus dem Subsidiaritätsprinzip heraus überrascht es,

dass der EGMR das Vorgehen des Bundesgerichts als überspitzt formalistisch bezeichnet hat. Gerade die Subsidiarität erlaubt es den Staaten nach Art. 46 Ziff. 1 EMRK die Massnahmen zur Umsetzung der Urteile des EGMR eigenständig zu wählen. Sich der Argumentation des Bundesgerichts anschliessend, bekräftigte die Minderheitsmeinung zum *VgT-Urteil (Nr. 2)* der Grossen Kammer dann auch, dass erstens die Möglichkeit einer Revision auf nationaler Ebene keinen Prozess garantiere, und zweitens, dass formelle Voraussetzungen für ein solches Verfahren von den Staaten festgelegt werden können und diese selbstverständlich eingehalten werden müssten.²²⁷ Das Vorgehen des EGMR lasse sich daher nicht ohne Weiteres mit seiner Rechtsprechung vereinbaren, die traditionell eher selten konkrete Angaben macht, wie ein Staat eine Konventionsverletzung beheben soll.²²⁸ Aus der Sicht der nationalen Behörden ist es problematisch, dass die Argumentation des EGMR den Beschwerdeführer im vorliegenden Fall von der Erfüllung der nationalen formellen Beschwerdevoraussetzung für eine Revision befreite.²²⁹ Aus seiner subsidiären Rolle heraus – erstens bei der Bestimmung von Massnahmen zur Umsetzung seiner Urteile und zweitens bei der Festlegung formeller Anforderungen an nationale Rechtsbehelfe – hätte der EGMR die schweizerischen Prozessanforderungen an ein Revisionsverfahren in seiner Argumentation in grösserem Masse berücksichtigen können.²³⁰

[Rz 89] Anders als im Fall *VgT* ist das Bundesgericht im Fall *Emre* auf ein Revisionsgesuch des Herrn Emre in Folge des EGMR-Urteils *Emre (Nr. 1)* direkt eingegangen und wandelte die unbefristete Wegweisungsverfügung in eine auf 10 Jahre befristete Verfügung um.²³¹ In *Emre (Nr. 2)* stellte der EGMR daraufhin eine erneute Verletzung des Art. 8 EMRK durch die Schweiz fest. Das Bundesgericht hätte die Wegweisungsverfügung ganz aufheben müssen, um den Beschwerdeführer in die Lage zu versetzen, in der er sich ohne die Konventionsverletzung befände (*restitutio in integrum*).²³²

[Rz 90] Aus der Perspektive des Subsidiaritätsprinzips ist interessant, dass der EGMR zwar wieder die Freiheit der Staaten bekräftigte, Massnahmen zur Urteilsumsetzung zu wählen – so auch bei der Umsetzung durch die Wiederaufnahme nationaler Verfahren. Er merkte aber auch an, dass diese Freiheit (Ermessensspielraum) dahingehend begrenzt sei, dass die nationalen Gerichte die Abwägungen des EGMR (z.B. in einer Verhältnismässigkeitsprüfung) nicht mit neuen,

²²¹ Siehe Fn. 194 und 195 oben.

²²² Siehe z.B. die Empfehlung des Ministerkomitees: Recommendation No. R (2000) 2, of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th Meeting of the Ministers' Deputies; sowie The Explanatory Memorandum on Recommendation No. R (2000) 2 des Ministerkomitees: [www.coe.int/t/DGHL/Monitoring/Execution/Source/Documents/Docs_a_propos/Rec2000\(2\)-motifs_en.doc](http://www.coe.int/t/DGHL/Monitoring/Execution/Source/Documents/Docs_a_propos/Rec2000(2)-motifs_en.doc) (besucht am 5. Januar 2012).

²²³ CHRISTOFFERSEN (Fn. 5), S. 449, stellt sogar fest, dass ein Recht auf die Revision nationaler Urteile direkt aus dem Primärprinzip und der damit in Verbindung stehenden Umsetzungsverpflichtung folgen müsse und der EGMR daher seine Rechtsprechung dahingehend anpassen sollte. Ähnlich auch RESS (Fn. 183), S. 381 sowie FROWEIN/PEUKERT (Fn. 64), N. 15 (Art. 46), die bemerken, dass die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile darauf schliessen lasse, dass eine Pflicht zur Schaffung eines derartigen Wiederaufnahmegrund bestehe.

²²⁴ Siehe die Urteile des Bundesgerichts 2A.232/2000 vom 2. März 2001 i. S. Amann in Folge des EGMR-Urteils *Amann gegen die Schweiz* vom 16. Februar 2000, Nr. 27798/95; BGE 137 I 86 ff. vom 15. September 2010 i. S. Schlumpf in Folge des EGMR-Urteils *Schlumpf gegen die Schweiz* vom 8. Januar 2009, Nr. 29002/06; 5F_8/2010 vom 26. Mai 2011 in Folge des EGMR-Urteils *Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz* (Fn. 125) und 5F_4/2011 vom 8. September 2011 in Folge des EGMR-Urteils *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* (Fn. 152).

²²⁵ Urteil des Bundesgerichts 2A.526/2001 vom 29. April 2002, E. 3.2.

²²⁶ *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (fünfte Sektion), § 62 und *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer) (Fn. 74), § 94. Siehe auch oben 3.1.2 a).

²²⁷ *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer), abweichende Meinung (Fn. 74), §§ 23 ff.

²²⁸ Siehe oben, 3.3.

²²⁹ Ähnlich auch HÄNNI/KÜHNE (Fn. 84), S. 140

²³⁰ *VgT gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Grosse Kammer), abweichende Meinung (Fn. 74), § 22.

²³¹ Siehe Fn. 211.

²³² *Emre gegen die Schweiz (Nr. 2)* (Fn. 196), §§ 68 und 75.

eigenen Abwägungen ersetzen dürfen.²³³ Dies begründet sich mit der Letztentscheidungskompetenz des EGMR in der Interpretation der Konvention – in diesem Fall des Art. 8 – die auch mit der Umsetzung von Urteilen durch ein Revisionsverfahren nicht unterminiert werden sollte. Mit Blick auf die Primärverpflichtung der Staaten, die Konvention effektiv auf nationaler Ebene umzusetzen, unter anderem indem sie die Urteile des EGMR befolgen, scheint es daher einleuchtend, dass von den (endgültigen) Abwägungsentscheidungen des EGMR in einem nationalen Revisionsurteil nicht abgesehen werden sollte. So vermutete der EGMR dann auch, dass das Bundesgericht die Wegweisungsverfügung in seinem Revisionsurteil wohl ganz aufgehoben hätte, hätte es sich an die Details der Abwägungen im EGMR-Urteil *Emre* (Nr. 1) gehalten.²³⁴

[Rz 91] Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Vorgehen des Gerichtshofs im Lichte des Subsidiaritätsprinzips und der Primärverpflichtung der Staaten auch dahingehend verstanden werden kann, dass der Gerichtshof Anforderungen an Revisionsverfahren auf nationaler Ebene klären möchte, um deren langfristige Effektivität und Konventionskonformität sicher zu stellen.²³⁵ Die Primärverpflichtung der Staaten, die Konvention über die Bereitstellung effektiver Rechtsbehelfe auf nationaler Ebene umzusetzen, verlangt auch bei der Revision nationaler Urteile, dass erstens formelle Anforderungen nicht zu streng angewendet werden, und dass zweitens die Abwägungsentscheidungen des EGMR nicht durch erneute Abwägungen und Bewertungen nationaler Instanzen in einem Revisionsverfahren ersetzt werden. Wenn dies im Sinne der Primärverpflichtung der Staaten effektiv garantiert ist, wird der EGMR auch in Hinblick auf Revisionsverfahren zur Durchführung seiner Urteile wahrhaft subsidiär handeln sowie den Kompetenzbereich des Ministerkomitees bei der Überwachung von Urteilsumsetzungen achten.

4. Schlussbemerkung

[Rz 92] Das Zusammenwirken des Subsidiaritäts- und Primärprinzips ist für den EGMR von grosser Bedeutung bei der Beantwortung der Frage, wann er tätig werden sollte. Die Grenzen der Subsidiarität ergeben sich für ihn aus der Effektivität und Aktualität des Grundrechtsschutzes im jeweiligen Konventionsstaat²³⁶ – also dem Grad der Verwirklichung des Primärprinzips auf nationaler Ebene.

[Rz 93] Daraus folgt erstens, dass der EGMR nach dem

Subsidiaritätsprinzip immer dann handeln sollte, wenn nationale Gerichte keinen effektiven, individuellen Grundrechtsschutz gewährleisten, und zwar sowohl in prozeduraler wie auch in materieller Hinsicht. Bei den Schweizer Fällen wurde das besonders in der Handhabung der qualifizierten Rüge- und Substantierungspflicht sowie bei der Umsetzung von EGMR-Urteilen deutlich. Zweitens ist ein Handeln des Gerichtshofs dann gerechtfertigt, wenn dies von seiner Aufgabe abgedeckt ist, den europäischen Menschenrechtsschutz im Lichte aktueller, gesamteuropäischer gesellschaftlicher Entwicklungen fortzuentwickeln. Der Fall *Losonci Rose und Rose gegen die Schweiz* zeigt diesen Mechanismus anschaulich auf.

[Rz 94] Das Subsidiaritätsprinzip kann allerdings keine eindeutigen und endgültigen Abgrenzungen der Zuständigkeitsbereiche der nationalen Gerichte einerseits und des EGMR andererseits festlegen. Es bleibt dem Gerichtshof überlassen, im Einzelfall zu entscheiden, wie er die Umsetzung der Primärpflichten auf nationaler Ebene beurteilt, welchen Spielraum er nationalen Entscheidungen und Abwägungen einräumt und welches Gewicht er seiner Aufgabe beimisst, den europäischen Grundrechtsschutz weiterzuentwickeln und effektive Kontrolle zu gewährleisten. Dabei kann es sogar sein, dass der Gerichtshof unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Veränderungen in Europa eine Massnahme, die er in der Vergangenheit durch die Gewährung eines weiten nationalen Ermessensspielraums als konventionskonform anerkannt hat, in der Zukunft als eine Konventionsverletzung qualifiziert. Hier wird eine weitere Qualität des Subsidiaritätsgrundsatzes deutlich: Im Zusammenspiel mit dem Primärprinzip ermöglicht und fördert er die Fortentwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes.²³⁷ Denn gerade durch eine verstärkte Berücksichtigung der EMRK in der nationalen Rechtsordnung und Rechtsprechung kann sich ein «europäischer Konsens» entwickeln und verändern.

[Rz 95] In der Rechtsprechung des EGMR bleiben so immer Unsicherheiten in verfahrensrechtlicher Hinsicht sowie bei Fragen der Reichweite der materiellen Subsidiarität in Form eines nationalen Ermessensspielraums. Solche Unsicherheiten erschweren es den Staaten, ihren Primärverpflichtungen nachzukommen. Sie führen mitunter auch dazu, dass die Rechtsprechung des EGMR nur schwer nachvollziehbar ist. Diese Schwierigkeiten können am besten durch einen Dialog zwischen den Vertragsstaaten, bzw. ihren höchsten Gerichten, und dem EGMR ausgeräumt werden. Das Konventionssystem wurde in diesem Zusammenhang als ein Kooperationsmodell bezeichnet.²³⁸ Viel wäre beispielsweise gewonnen, wenn nationale Rechtsbehelfe geschaffen würden, die den Anforderungen von Art. 35 Ziff. 1 EMRK sowie der relevanten Rechtsprechung des EGMR entsprechen

²³³ *Ibid.*, §§ 71 und 72.

²³⁴ *Ibid.*, § 75.

²³⁵ Dies kann auch in den Kontext eingeordnet werden, dass der EGMR in den letzten Jahren eine aktivere Rolle bei der Formulierung von Umsetzungsmassnahmen und deren Überwachung eingenommen hat (vgl. auch 3.3 oben).

²³⁶ HOFFMANN (Fn. 2), S. 239.

²³⁷ VILLIGER (Fn. 2), S. 636 f.

²³⁸ MEYER-LADEWIG (Fn. 20), S. 30, N. 36 und detaillierter HOFFMANN (Fn. 2), S. 191 ff.

würden – ein Problem, das weit über die Schweiz hinaus den EGMR stark belastet. Auch für ein besseres Verständnis des nationalen Ermessensspielraums in materiellen Fragen sowie den Anforderungen an die Revision bundesgerichtlicher Urteile wäre ein Dialog zwischen Strassburg und Lausanne hilfreich. Gleichzeitig würde ein Dialog dazu beitragen, evolutive Grundrechtsstandards zu entwickeln, wie sie vom Gerichtshof in seiner Forderung, die Konvention als «lebendiges Instrument» zu verstehen, verlangt werden.²³⁹ Hier besteht auch eine Chance für die höchsten nationalen Gerichte, ihren Beitrag zur Weiterentwicklung der Grundrechtsstandards zu leisten. Die Analyse der schweizerischen Rechtsprechung macht deutlich, dass es auch vor dem Hintergrund der aktuellen Reformbemühungen unumgänglich sein wird, das Rechtsschutzsystem der EMRK – als Kooperationsmodell verstanden – weiter zu stärken.

* * *

²³⁹ Siehe dazu M. HOTTELLIER, Genève – Strasbourg, via Lausanne – retour. Réflexions sur le dialogue des juges cantonaux, fédéraux et européens, in: Le dialogue des juges: mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris 2009, S. 563 ff.