

Die innerstaatliche Anwendung der europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz

Von Dr. iur. Gret Haller, Rechtsanwältin, Bern *

Inhalt

I. Stellung der EMRK in der schweizerischen Rechtsordnung	521
A. Formelle Stellung	521
B. Unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention (Self-executing-Effekt)	523
C. Botschaft vom 2. März 1977 zu einem Bundesbeschluss über die dringliche Änderung des Militärstrafgesetzes	524
1. Menschenrechtsbeschwerde und Strafklage Eggs	524
2. Parlamentsdebatte und Presseberichterstattung	526
II. Durchsetzung der EMRK	526
A. Völkerrechtlich	526
B. Landesrechtlich: Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges	528
1. Hoheitsakte des Bundes	528
2. Kantonale Hoheitsakte	529
3. Verhältnis der staatsrechtlichen Beschwerde zu anderen Rechtsmitteln	530
C. Verfassungsgerichtsbarkeit	531

I. Die Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der schweizerischen Rechtsordnung

A. Formelle Stellung

Die (Europäische) Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK; AS 1974, 2151) gehört als Staatsvertrag dem *Bundesrecht* an. Sie geht somit allem entgegenstehenden kantonalen Recht vor, auch den Kantonsverfassungen.

Ein von der Bundesversammlung genehmigter Staatsvertrag steht gemäss Art. 113 Abs. 3 BV grundsätzlich im selben Rang wie Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse. Wie jene Erlasse geht die EMRK somit allen Normen

* Nach einem an der EMRK-Informationstagung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 7. September 1977 gehaltenen Referat.

niedrigerer Stufen vor, das heisst dem einfachen Bundesbeschluss, den Verordnungen des Bundesrates, den Verfügungen der Departemente usw., und dies ungeachtet dessen, ob diese Normen vor oder nach dem 28. November 1974 — dem Datum des Inkrafttretens der Konvention für die Schweiz¹ — entstanden sind. Nach dem Grundsatz «lex posterior derogat legi priori» geht die Konvention entgegenstehendem *gleichrangigem* Recht, also Bundesgesetzen und allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen, vor, sofern diese *früher* in Kraft getreten sind. Umstritten ist dagegen das Verhältnis zwischen Staatsverträgen und *späteren* Bundesgesetzen bzw. allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüssen. Hier stehen sich eine traditionell-nationale und eine modern-völkerrechtliche Betrachtungsweise gegenüber:

Nach der *traditionellen* Auffassung sind zwar spätere Bundesgesetze im Rahmen des Möglichen staatsvertragskonform auszulegen, weil davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber die betreffenden staatsvertraglichen Verpflichtungen gekannt habe und er sich an sie halten wolle. Wenn aber das Bundesgesetz nach allen gebräuchlichen Auslegungsmethoden nur den Schluss zulasse, dass der Bundesgesetzgeber bewusst eine Verletzung des Staatsvertrages in Kauf genommen habe, dann müsse sich der Richter dieser Entscheidung beugen und das neue Bundesgesetz zur Anwendung bringen.

Demgegenüber geht die erwähnte *modernere* Auffassung vom *Primat des Völkerrechtes* aus: Demnach geniesse der Staatsvertrag auch einen Vorrang vor späteren Bundesgesetzen. Einzelne Vertreter dieser Auffassung gehen noch einen Schritt weiter; sie halten dafür, dass nicht nur der Bundesgesetzgeber, sondern auch der Bundesverfassungsgeber an die EMRK gebunden sei, so dass späteres Bundesverfassungsrecht, das der EMRK widerspreche, nicht anwendbar sei. Die EMRK erhalte damit Verfassungsrang und innerhalb der Verfassung sogar einen Vorrang vor anderen Bestimmungen.

Das Bundesgericht hat im Urteil BGE 101 IV 253 erkannt, die EMRK habe mit der Ratifikation und der Publikation in der eidgenössischen Gesetzessammlung in der internen Rechtsordnung «zumindest» Gesetzesrang erlangt. Es berief sich dabei auf den Bericht und die Botschaft des Bundesrates aus den Jahren 1968 und 1974 (BB1 1968 II 1057 ff. und 1974 I 1035 ff.). Diese Feststellung des Bundesgerichts ist von besonderer Bedeutung, weil es noch im Urteil i. S. Schubert aus dem Jahre 1972 (BGE 99 Ib 39 ff.) der traditionell-nationalen Auffassung gefolgt war und einen Staatsvertrag — der allerdings aus dem letzten Jahrhundert stammt — als durch einen neueren allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss ausser Kraft gesetzt erklärt hatte. Im Gegensatz zu dieser Meinung wurde in der Parlamentsdebatte über die Ratifikation der EMRK sehr deutlich der Wille zum Ausdruck gebracht, dass die Konvention auch jüngerem Gesetzesrecht vorgehen solle. Nationalrat *Barchi* sagte wörtlich folgendes: «A l'intérieur de la Commission spéciale de notre Conseil, il a été souligné sans opposition, pratiquement à l'unanimité, que l'importance et la nature de la Convention européenne des droits de l'homme exigent qu'on lui confère une primauté aussi à l'égard des lois fédérales postérieures².» Es ist des-

¹ Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. April 1975 (ZBl 76/1975, 285 ff.), bestätigt in BGE 102 Ia 481 Erw. 7a = ZBl 78/1977, 170 f.

² StenBull NR 1974, 1465. Vgl. auch die weiteren Ausführungen des Berichterstatters zu dieser Frage unter Ziffer 1.2 des Eintretensreferates (ebenda, S. 1464 f.).

halb davon auszugehen, dass die Konvention — als nicht ganz gewöhnlicher Staatsvertrag — auch jüngeren Bundesgesetzen vorgeht.

B. Unmittelbare Anwendbarkeit (Self-executing-Effekt)

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen rechtsgeschäftlichen und rechtssetzenden Staatsverträgen. Rechtssetzend sind diejenigen Staatsverträge oder Teile von solchen, durch welche Rechtsregelungen zu Gunsten oder zu Lasten der Bürger aufgestellt werden, die hinreichend bestimmt und klar sind, um als Grundlage eines Entscheides im Einzelfall zu dienen (BGE 98 Ib 387, 100 Ib 230). Solche Staatsverträge sind gemäss der schweizerischen Rechtsordnung nach ihrem Inkrafttreten unmittelbar anwendbar, das heisst sie müssen nicht erst über einen besonderen gesetzgeberischen Akt in Landesrecht umgesetzt werden. Derartig unmittelbar anwendbare Staatsverträge oder Teile von ihnen bezeichnet man als «self-executing».

Der Katalog der geschützten Menschenrechte in der Konvention weist im Prinzip jenen Grad der Klarheit und Bestimmtheit auf, dass er nach schweizerischer Rechtsordnung unmittelbar anwendbar, also self-executing, ist (BBJ 1968 II 1076). Das gilt ohne Vorbehalt, soweit die betreffenden Menschenrechte als Freiheitsrechte (status negativus) dem Menschen einen staatsfreien Raum gewährleisten. Probleme stellen sich indessen, soweit die in der Konvention umschriebenen Rechte eine irgendwie geartete Tätigkeit des Staates voraussetzen. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 9. Dezember 1968 (BBJ 1968 II 1075) ausgeführt hat, müssen die schweizerischen Gerichte im Einzelfall darüber entscheiden, ob eine Konventionsbestimmung self-executing sei oder nicht. Die Frage nach dem Self-executing-Effekt beantwortet sich also immer nur bezogen auf die einzelne, konkrete Konventionsbestimmung, und zwar nach schweizerischem Landesrecht. Dabei ist das massgebliche Kriterium die sogenannte Justiziabilität der betreffenden Bestimmung der EMRK: Der Self-executing-Charakter ist demnach dann gegeben, wenn die Bestimmung dem Richter ein genügend klares Gebot oder Verbot zur Verfügung stellt, anhand dessen der ihm vorgelegte Fall entschieden werden kann³. Mit anderen Worten kann der Self-executing-Effekt angenommen werden, wenn es zur konkreten Anwendung der Konvention keiner Ausführungserlasse bedarf.

Ohne Zweifel *nicht* self-executing ist *Art. 13 EMRK*: Diese Bestimmung verlangt die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde gegen Konventionsverletzungen bei einer nationalen Instanz. Es ist klar, dass eine solche Instanz nicht automatisch durch die Ratifikation der EMRK geschaffen wird, wenn die entsprechenden Verfahren nicht bereits vorher zur Verfügung stehen.

Der Unterschied zwischen Konventionsbestimmungen *mit* und solchen *ohne* Self-executing-Effekt sei hier am Beispiel von *Art. 5 EMRK* dargetan, der die persönliche Freiheit und Sicherheit gewährleistet. Im ersten Absatz dieser Bestimmung werden in lit. a–f die Voraussetzungen umschrieben, worunter einer Person die Freiheit entzogen werden darf. Hier werden den Eingriffen des Staates Grenzen gesetzt, und diese Grenzen sind so bestimmt und klar abgesteckt, dass sie im Prinzip

³ Jörg Paul Müller, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz, ZSR 94/1975 I 383.

als Grundlage für den Entscheid im Einzelfall dienen können. Die *materiellen* Vorschriften von Art. 5 Abs. 1 EMRK sind somit grundsätzlich self-executing, das heisst in der Schweiz unmittelbar anwendbares Recht, auf das sich jeder Verhaftete berufen kann. Art. 5 EMRK enthält indessen neben diesen materiellen auch *formelle* Vorschriften. Gemäss Abs. 3 muss jede in Haft gehaltene Person «unverzüglich einem Richter oder einem anderen, gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt werden»; er hat Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung während des Verfahrens. Laut Art. 5 Abs. 4 EMRK hat sodann jedermann, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen wird, das Recht, ein Verfahren zu beantragen, in welchem von einem Gericht raschmöglichst über die Rechtmässigkeit der Haft entschieden und im Falle der Widerrechtlichkeit seine Entlassung angeordnet wird. Die Absätze 3 und 4 setzen demnach ein bestimmtes Handeln des Staates voraus. Der Staat muss einen Richter bzw. einen «gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten» zur Verfügung stellen, dem der Verhaftete vorzuführen ist und der über die Rechtmässigkeit der Haft entscheidet. Mit anderen Worten heisst dies, dass eine bestimmte «Infrastruktur», ein staatlicher Apparat, vorhanden sein muss, damit die Regeln von Art. 5 Abs. 3 und 4 EMRK zum Tragen kommen. Diese Infrastruktur wird durch die Menschenrechtskonvention nicht zur Verfügung gestellt; sie muss vom nationalen Gesetzgeber geschaffen werden. In dieser Hinsicht ist die Konvention deshalb nicht self-executing.

C. Botschaft vom 2. März 1977 zu einem Bundesbeschluss über die dringliche Änderung des Militärstrafgesetzes

Am 2. März 1977 hat der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zu einem Bundesbeschluss über die dringliche Änderung des Militärstrafgesetzes (MStG) unterbreitet (BBl 1977 I 1129 ff.). Nachdem der Ständerat diesen Bundesbeschluss verabschiedet hatte, erfolgte ein Rückweisungsbeschluss durch die nationalrätliche Kommission, dem der Nationalrat diskussionslos folgte, und auch der Ständerat beschloss im Differenzbereinungsverfahren Rückweisung. Durch diesen Bundesbeschluss hätte ein Teil der bevorstehenden MStG-Revision im dringlichen Verfahren vorgezogen werden sollen; die Rückweisung hat nun zur Folge, dass die gesamte MStG-Revision einheitlich im ordentlichen Verfahren vorgenommen wird. Im Zusammenhang mit den Ausführungen über den Self-executing-Effekt sollen die Ereignisse kurz dargestellt werden, die zu dieser dringlichen Vorlage geführt haben, und es soll versucht werden, die verschiedenen, zum Teil sehr widersprüchlichen Meinungsäusserungen und Pressemitteilungen etwas zu klären.

1. Menschenrechtsbeschwerde und Strafklage Eggs

Zurzeit läuft in Strassburg ein Verfahren des schweizerischen Soldaten Eggs gegen die Schweiz, der geltend macht, gegen ihn sei in konventionswidriger Weise scharfer Arrest verhängt und auch vollzogen worden. Eggs hat gleichzeitig mit der Beschwerde in Strassburg Strafklage gegen den Obergerichtspräsidenten der Armee erhoben und verlangt, dass der Obergerichtspräsident wegen Freiheitsberaubung bestraft werde. Zur Begründung führte er an, gemäss EMRK dürfe scharfer Arrest nur durch einen Rich-

ter verhängt werden; der Obergericht sei kein Richter; wenn er trotzdem den scharfen Arrest in seinem Falle letztinstanzlich bestätigt habe, habe er somit gegen die EMRK verstossen; deshalb sei dem Obergericht eine rechtswidrige Freiheitsberaubung zur Last zu legen.

Zunächst fragte es sich, ob für das Strafverfahren gegen den Obergericht die Strafverfolgungsermächtigung erteilt werden könne; denn eine solche ist für die Anhebung einer Strafuntersuchung gegen Beamte notwendig. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement verweigerte die Erteilung der Strafverfolgungsermächtigung, weshalb Eggs Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhob. Der Präsident der verwaltungsrechtlichen Kammer des Bundesgerichtes setzte das Verfahren zunächst bis zur Eröffnung des Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Falle Engel und andere gegen die Niederlande aus. Vor der Behandlung des Falles Engel durch die Strassburger Organe war man nämlich davon ausgegangen, die Konvention sei auf Angehörige der Streitkräfte nicht vollumfänglich anwendbar; erst durch den Beschwerdefall gegen die Niederlande war diese Annahme in Frage gestellt worden. Nachdem das Urteil im Falle Engel ergangen war, wies das Bundesgericht die Beschwerde Eggs am 12. November 1976 ab, und zwar lediglich aufgrund von subjektiven Aspekten, weil dem Obergericht das Unrechtsbewusstsein gefehlt habe, da im Zeitpunkt der Bestätigung der Arreststrafe der Entscheid des Gerichtshofes in der Angelegenheit Engel noch nicht gefällt und damit die Konvention noch nicht dahingehend zu interpretieren gewesen sei, dass Art. 5 EMRK auch für militärische Arreststrafen gelte. Trotzdem äusserten sich in der öffentlichen Verhandlung vom 12. November 1976 alle Bundesrichter zur Frage des Self-executing-Charakters von Art. 5 EMRK, und sie waren einhellig der Meinung, Art. 5 EMRK sei self-executing, da eine justiziable völkerrechtliche Norm vorliege, die zu ihrer konkreten Anwendung keiner Ausführungserlasse bedürfe und die somit die ihr widersprechenden landesrechtlichen Bestimmungen ausser Kraft gesetzt habe. Es wurde in der bundesgerichtlichen Beratung die Meinung geäussert, bereits nach heute geltendem Recht könnte die letztinstanzliche Entscheidung über Arrestbeschwerden den Divisionsgerichten übertragen werden.

In dieser Situation stellte sich für den Obergericht die Frage, ob er Arrestbeschwerden weiterhin entscheiden solle, wenn er nicht Gefahr laufen wolle, sich der Freiheitsberaubung schuldig zu machen. Der Bundesrat unterbreitete deshalb dem Parlament den bereits erwähnten Entwurf für einen dringlichen Bundesbeschluss, durch welchen kurzfristig der Präsident des Divisionsgerichts (Grossrichter) zur letztinstanzlichen Behandlung von Arrestbeschwerden zuständig erklärt werden sollte. Damit folgte der Bundesrat zwar der mündlichen Meinungsäusserung der Bundesrichter, aber nur teilweise. Er übernahm die Argumentation, dass Art. 5 EMRK bei der fraglichen Problemstellung der Self-executing-Charakter zukomme, dass somit das entgegenstehende Landesrecht ausser Kraft gesetzt sei und dass dem Obergericht die gesetzliche Grundlage für die Entscheidung über Arrestbeschwerden deshalb fehle. Hingegen folgte der Bundesrat der bundesrichterlichen Argumentation nicht, dass Art. 5 EMRK justiziabel sei und es deshalb zur Anwendung dieser Konventionsbestimmung keiner Ausführungserlasse bedürfe. Der Bundesrat hat also zwar die Schlussfolgerung der bundesrichterlichen Beratung akzeptiert, die Überlegungen, die zu dieser Schlussfolgerung geführt haben, aber abgelehnt. Aus

diesem Grunde unterbreitete er dem Parlament die Botschaft vom 2. März 1977, die vom Ständerat zunächst genehmigt, vom Nationalrat und schliesslich in der Differenzbereinigung auch vom Ständerat zurückgewiesen wurde.

2. Parlamentsdebatte und Presseberichterstattung

Die Diskussion des Parlamentes und die Presseberichterstattung dazu brachte einige Verwirrung. Es wurde ein ziemlich breites Meinungsspektrum vertreten, das folgendermassen zusammengefasst werden kann:

- a) Übereinstimmend mit der mündlichen Äusserung der Bundesrichter wurde die Meinung vertreten, Art. 5 EMRK sei self-executing, habe das widersprechende Landesrecht ausser Kraft gesetzt, und da diese Bestimmung keiner Ausführungserlasse bedürfe, würden automatisch die Divisionsgerichte für die letztinstanzliche Beurteilung von Arrestbeschwerden zuständig.
- b) In der ersten ständerätlichen Verhandlung kam die Auffassung des Bundesrates zum Ausdruck, Art. 5 EMRK sei self-executing und habe das widersprechende Landesrecht ausser Kraft gesetzt, weshalb ein «rechtloser Zustand» bestehe und Arreststrafen nicht mehr vollzogen werden könnten, falls dagegen Beschwerde erhoben worden sei (vgl. BBl 1977 I 1140).
- c) In derselben Verhandlung wurde von einigen Ratsmitgliedern eine Meinung geäussert, die in der Presse breitesten Widerhall fand und wonach die EMRK als Ganzes in der Schweiz nicht unmittelbar anwendbares Recht darstelle.
- d) In der zweiten ständerätlichen Verhandlung wurde dann die Auffassung vertreten, Art. 5 EMRK sei zwar self-executing und habe das widersprechende Landesrecht ausser Kraft gesetzt, aber die Rückweisung der dringlichen Vorlage durch das Parlament schaffe erneut die landesrechtliche Grundlage für die Entscheidungsbefugnis des Obergerichtes.
- e) Und schliesslich wurde die Meinung geäussert, dass die EMRK in der Schweiz zwar unmittelbar anwendbares Recht sei, Art. 5 EMRK in dieser Frage aber der self-executing-Effekt nicht zukomme, da diese Konventionsbestimmung in der hier zur Diskussion stehenden Beziehung zu wenig konkretisiert sei.

Da — wie der Presse zu entnehmen ist — ein anderer Beschwerdeführer unlängst wiederum eine Strafuntersuchung gegen den Obergerichter wegen Freiheitsberaubung beantragt hat, wird es unter Umständen Sache des Bundesgerichts sein, einer dieser Anschauungen den Vorzug zu geben.

II. Durchsetzung der EMRK

A. Völkerrechtlich

Betrachtet sich eine Einzelperson als durch Behörden eines Vertragsstaates der EMRK in ihren garantierten Menschenrechten verletzt, so kann sie diese Verletzung vor den Menschenrechtsorganen in Strassburg rügen. Eine solche Beschwerde ist aber laut Art. 25 EMRK nur möglich, wenn der betreffende Vertragsstaat ausdrücklich die Erklärung abgegeben hat, er anerkenne die Zuständigkeit der Europäischen Menschenrechtskommission bzw. des Europäischen Gerichtshofes für Menschen-

rechte zur Beurteilung von möglichen Konventionsverletzungen; dies ist für die Schweiz der Fall (AS 1974, 2175).

Eine Beschwerde wegen Verletzung der EMRK ist binnen sechs Monaten nach dem Ergehen der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung (Art. 26 EMRK) durch Vermittlung des Generalsekretärs des Europarates (Art. 25 Abs. 1 EMRK) an die Europäische Kommission für Menschenrechte zu richten. Die Kommission entscheidet zunächst über die Zulässigkeit der Beschwerde (Art. 27 EMRK). Ist die Beschwerde zulässig erklärt worden, so versucht die Kommission, eine gütliche Einigung zwischen dem Beschwerdeführer und dem betreffenden Staat herbeizuführen (Art. 28 EMRK). Ist dies nicht möglich, so erarbeitet die Kommission einen Bericht über die Frage, ob die Konvention verletzt worden sei (Art. 31 EMRK). Dieser Bericht wird an das Ministerkomitee des Europarates weitergeleitet. Innerhalb einer Frist von drei Monaten kann der Fall vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gebracht werden, und zwar entweder durch die Menschenrechtskommission oder durch den in Frage stehenden Vertragsstaat (Art. 48 EMRK). Der Gerichtshof entscheidet darüber, ob die Konvention verletzt sei (Art. 50 EMRK), und das Ministerkomitee hat darüber zu wachen, dass dem Entscheid des Gerichtshofes im betreffenden Staat Nachachtung verschafft wird (Art. 54 EMRK). Wird die Beschwerde nicht vor den Gerichtshof gebracht, so entscheidet das Ministerkomitee selbst über die Frage, ob die Konvention verletzt sei (Art. 32 Abs. 1 EMRK).

Aus Art. 1 EMRK folgt, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, ihr internes Recht mit den Anforderungen der Konvention in Einklang zu bringen. Massgebend sind dabei nicht nur die Bestimmungen der EMRK selber, sondern auch ihre Auslegung durch die Kommission und den Gerichtshof für Menschenrechte. In Art. 53 EMRK übernehmen die Vertragsstaaten sodann ausdrücklich die Verpflichtung, «in allen Fällen, an denen sie beteiligt sind, sich nach der Entscheidung des Gerichtshofes zu richten». Art. 32 Abs. 4 EMRK enthält dieselbe Verpflichtung mit Bezug auf die Entscheidungen des Ministerkomitees. Sollte der Gerichtshof oder das Ministerkomitee einen Entscheid fällen, woraus geschlossen werden muss, eine schweizerische Gesetzesnorm sei konventionswidrig, so sind es zwei Umstände, die den Gesetzgeber zur Anpassung des schweizerischen Rechtes an die EMRK veranlassen müssen: Einesteils ist es die genannte völkerrechtliche Verpflichtung; andererseits ist es das Risiko, dass Einzelpersonen, die von der Anwendung einer konventionswidrigen Norm betroffen werden, Beschwerde an die Menschenrechtskommission erheben und dass von den Strassburger Organen in diesem Falle eine Konventionsverletzung festgestellt wird.

Eine eigentliche Zwangsvollstreckung für die in Strassburg gefällten Entscheidungen gibt es nicht. Das Ministerkomitee, worin natürlich auch der Staat vertreten ist, dem eine Konventionsverletzung zur Last gelegt wird, hat nur die Möglichkeit, beim Vertragsstaat vorstellig zu werden und ihn an seine völkerrechtliche Verpflichtung zu erinnern; die völkerrechtliche Durchsetzung ist demnach einzig auf politischem Wege möglich. Wurde die Konvention durch eine individuell-konkrete Norm verletzt, so besteht die Möglichkeit, dass der Gerichtshof dem Verletzten eine Entschädigung zuspricht (Art. 50 EMRK); das Ministerkomitee begnügt sich in einem solchen Falle mit der Überprüfung, ob der Vertragsstaat dem Verletzten die

Entschädigung tatsächlich ausrichtet. Umständlicher ist das Vorgehen bei Konventionsverletzungen durch generell-abstrakte Normen, sofern diese nicht aufgrund des self-executing-Effektes landesrechtlich direkt ausser Kraft gesetzt worden sind; in diesen Fällen hat sich das Ministerkomitee darüber hinaus zu vergewissern, dass die konventionswidrigen Normen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren an die Erfordernisse der Konvention angepasst werden.

Schliesslich noch eine Bemerkung zum Instrument der Individualbeschwerde: Da die Konvention zu schweizerischem Landesrecht geworden ist, wären die schweizerischen Gerichte auch verpflichtet, die EMRK anzuwenden, falls die Schweiz die Erklärung nicht abgegeben hätte, wonach sie die Kommission und den Gerichtshof zur Behandlung von Individualbeschwerden gegen die Schweiz ermächtigt. Zwar hat das Parlament den Bundesrat mit Beschluss vom 4. Oktober 1974 zu einer unbefristeten Erklärung gemäss Art. 25 EMRK ermächtigt; der Bundesrat beschränkte jedoch die Anerkennungserklärung vom 28. November 1974 auf eine Dauer von drei Jahren; er hat mit Beschluss vom 16. November 1977 die Anerkennung für weitere drei Jahre verlängert. In der Diskussion um die Erneuerung der Anerkennung von Individualbeschwerden ist der Aspekt der landesrechtlichen Anwendbarkeit der Konvention vielfach zu wenig berücksichtigt worden.

B. Landesrechtlich: Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges

Die Menschenrechtsorgane können gemäss Art. 26 EMRK erst angerufen werden, wenn die Verletzung der EMRK auch vor allen nationalen Instanzen geltend gemacht worden ist, das heisst wenn der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft ist. Im folgenden soll dargestellt werden, vor welcher Instanz eine Verletzung der EMRK zuletzt geltend gemacht werden muss, um den Anforderungen von Art. 26 EMRK zu genügen.

Zunächst ist zu unterscheiden zwischen Konventionsverletzungen durch Hoheitsakte des Bundes und solchen durch kantonale Hoheitsakte.

1. Hoheitsakte des Bundes

Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 97 ff. des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943/20. Dezember 1968 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) enthält das Gesetz eine Generalklausel, das heisst, die Fälle, in welchen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde *unzulässig* ist, werden ausdrücklich genannt. Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann gemäss Art. 104 OG die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, also auch die Verletzung der EMRK.

Die Verfügungen, die nicht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen, können im Prinzip gemäss dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG) auf dem Verwaltungsweg an den Bundesrat weitergezogen werden. Auch hier kann laut Art. 40 VwVG jegliche Verletzung von Bundesrecht gerügt werden, somit auch eine Verletzung der Konvention. Art. 46 VwVG sagt nun aber ausdrücklich, dass Verfügungen, die nach anderen Bundesgesetzen endgültig sind, nicht weitergezogen werden können. So kommt es, dass der innerstaatliche Instanzenzug unter Umständen bereits mit der Verfügung eines Departementes oder einer Rekurskommission erschöpft sein kann.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf Art. 98 lit. a OG hingewiesen. Diese Bestimmung lässt auf dem Gebiet des Dienstverhältnisses von Bundespersonal den Weiterzug einer Verfügung des Bundesrates an das Bundesgericht zu, sofern der Bundesrat als erste Instanz verfügt hat.

2. Kantonale Hoheitsakte

Soweit kantonale Hoheitsakte auf dem Verwaltungsweg an Bundesbehörden weitergezogen werden können, werden sie zu Hoheitsakten des Bundes, von denen bereits die Rede war. Art. 97 lit. g OG sieht daneben vor, dass letztinstanzliche kantonale Verfügungen in gewissen Fällen direkt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen.

Trifft weder das eine noch das andere zu, so steht grundsätzlich die staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 84 ff. OG offen. Das Bundesgericht sah sich dabei vor die Frage gestellt, ob die Verletzung der EMRK mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen *Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger* (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) oder mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen *Verletzung von Staatsverträgen* mit dem Ausland (Art. 84 Abs. 1 lit. c OG) geltend zu machen sei. Diese Unterscheidung ist deshalb von grosser praktischer Tragweite, weil die Beschwerde im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG im Regelfall die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges voraussetzt (Art. 86 Abs. 2 Satz 1 OG), während die Beschwerde im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. c OG schon unmittelbar an einen unterinstanzlichen kantonalen Entscheid anknüpfen kann (Art. 86 Abs. 3 OG).

Das Bundesgericht hat sich im Grundsatzentscheid BGE 101 Ia 67 ff. für die an erster Stelle genannte Lösung ausgesprochen: Es hat die in der EMRK gewährleisteten Rechte den verfassungsmässigen Rechten der Bürger gleichgestellt und demgemäss erkannt, die Verletzung der EMRK sei mit staatsrechtlicher Beschwerde im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG zu rügen, was grundsätzlich nur möglich ist, nachdem zuvor von den kantonalen Rechtsmitteln Gebrauch gemacht worden ist. Ein Verzicht auf die vorgängige Ergreifung der kantonalen Rechtsmittel ist nur dann zulässig, wenn die angerufenen Normen der EMRK jenen verfassungsmässigen Rechten entsprechen, welche gemäss Art. 86 Abs. 2 Satz 2 OG vom Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges ausgenommen sind (BGE 101 Ia 69 Erw. 2c, 102 Ia 203 Erw. 2; vgl. BGE 102 Ia 199 Erw. 3). Zur Begründung seiner Stellungnahme führte das Bundesgericht aus, die in der Konvention geschützten Rechte hätten ihrer Natur nach verfassungsmässigen Gehalt, so dass eine enge inhaltliche Beziehung zwischen den verfassungsmässigen und den von der Konvention geschützten Rechten bestehe. Die gefundene Lösung dränge sich zudem aus praktischen Gründen auf: In den meisten Fällen, da eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG geltend gemacht werde, könne auch die Konvention angerufen werden. Wenn letzteres schon gegenüber unterinstanzlichen kantonalen Entscheiden möglich sei, so könne das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges praktisch nicht mehr zur Anwendung gelangen. Diese letztere Erwägung dürfte wohl der Hauptgrund für die Entscheidung des Bundesgerichtes gewesen sein: Es befürchtete, mit staatsrechtlichen Beschwerden gegen unterinstanzliche kantonale Entscheide überschwemmt zu werden, in denen die EMRK angerufen werde.

3. Verhältnis der staatsrechtlichen Beschwerde zu anderen Rechtsmitteln

Es fragt sich nun aber, wie weit die Gleichstellung der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung der EMRK mit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger gehen solle. Hier sind zwei Lösungen denkbar:

- Entweder ist die Gleichstellung eine bloss *teilweise*, das heisst sie erfolgt nur *in bezug auf das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges*. Im übrigen aber würde die Beschwerde wegen Verletzung der EMRK den Charakter einer staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. c OG beibehalten, also insbesondere mit Bezug auf die Kognition des Bundesgerichts und das Verhältnis zu anderen Rechtsmitteln.
- Die zweite Lösung bestünde darin, die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der EMRK *gänzlich* in der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. a OG aufgehen zu lassen.

Das Bundesgericht hat, soweit ersichtlich, zu dieser Alternative noch nicht Stellung genommen. Das Problem ist aber in verschiedener Hinsicht praktisch bedeutungsvoll:

Gemäss Art. 43 Abs. 1 Satz 1 OG kann mit der Berufung an das Bundesgericht geltend gemacht werden, ein Entscheid in einer Zivilsache bzw. Zivilrechtsstreitigkeit beruhe auf einer Verletzung des Bundesrechts «mit Einschluss von Staatsverträgen des Bundes». Der zweite Satz dieser Bestimmung behält die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger vor. Die Verletzung solcher verfassungsmässiger Rechte kann demnach nicht mit der Berufung, sondern nur mit der staatsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden, während die Verletzung von Staatsverträgen des Bundes mit dem Ausland in einer Berufung gerügt werden kann.

In entsprechender Weise bestimmt Art. 269 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP), die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts könne nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze. Abs. 2 dieser Bestimmung fügt wiederum bei, dass die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger vorbehalten bleibe.

Die beiden aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten haben deshalb bezüglich der Ausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges gemäss Art. 26 EMRK verschiedene Konsequenzen: Wenn die Menschenrechte in jeder Hinsicht den verfassungsmässigen Rechten gleichgestellt werden und die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der EMRK in derjenigen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger *aufgeht*, dann kann eine Konventionsverletzung nicht mit Berufung bzw. mit Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts geltend gemacht werden. Werden hingegen die Beschwerde wegen Verletzung der EMRK und diejenigen wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger einander nur *teilweise* gleichgestellt — das heisst nur in bezug auf das Erfordernis der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges —, so kann eine Konventionsverletzung mit Be-

rufung bzw. mit Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts gerügt werden; eine staatsrechtliche Beschwerde wäre in diesem Fall nur dann gegeben, wenn das Urteil — z. B. mangels genügenden Streitwertes — nicht der Berufung unterliegt oder wenn aus irgendeinem Grund keine Nichtigkeitsbeschwerde möglich ist.

C. Verfassungsgerichtsbarkeit

Gemäss Art. 113 Abs. 3 BV ist das Bundesgericht an die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allgemeinverbindlichen Beschlüsse sowie an die von ihr genehmigten Staatsverträge gebunden. Wie erwähnt, geht in der Schweiz ein Staatsvertrag unbestrittenermassen jedenfalls einem früheren Bundesgesetz vor. Das Bundesgericht hat in BGE 101 Ia 68 erkannt, dass die EMRK im wesentlichen Normen enthält, die zugleich schweizerisches Verfassungsrecht darstellen. Wie sämtliche rechtsanwendenden Behörden ist das Bundesgericht verpflichtet, dem Vorrang des Staatsvertrages vor der früheren Bundesgesetzgebung zum Durchbruch zu verhelfen. Das bedeutet, dass das Bundesgericht wenigstens jene Bundesgesetze, die vor dem 28. November 1974 erlassen worden sind, auf ihre Übereinstimmung mit denjenigen verfassungsmässigen Rechten hin prüfen muss, die in der Konvention miterfasst sind. Mit der Ratifizierung der Europäischen Menschenrechtskonvention ist deshalb ein Stück konkreter Verfassungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht möglich geworden.

Zur Frage der Verfassungsmässigkeit der Bestimmungen des eidgenössischen Medizinal- prüfungsreglementes für eingebürgerte Schweizer

Von Dr. iur. *Josef Vonarburg*, wissenschaftlicher Adjunkt beim Eidgenössischen Gesundheitsamt, Bern

Mit Beschwerdeentscheid vom 17. Januar 1977 (ZBl 78/1977, 270 ff.) hat der Regierungsrat des Kantons Aargau Art. 116 des Reglementes vom 22. Dezember 1964/26. Februar 1969 für die eidgenössischen Medizinalprüfungen (SR 811.112.1) sowie Art. 1 und 2 der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern vom 18. November 1975 über besondere Fachprüfungen für Auslandschweizer und eingebürgerte Schweizer (SR 811.112.13) als *verfassungswidrig* erklärt. Mit dieser Begründung hat er einem Apotheker eine Berufsausübungsbewilligung erteilt, obwohl dieser kein eidgenössisches Diplom besitzt, wie dies in der aargauischen Verordnung vom 3. April 1958 über die Apotheker zwingend vorgeschrieben ist. Durch diese Bewilligungserteilung wurde zwar kein Bundesrecht verletzt, sind doch die Kantone von Bundes wegen nicht verpflichtet, Berufsausübungsbewilligungen nur an Inhaber eines eidgenössischen Apothekerdiploms zu erteilen; denn Art. 33 BV

Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeinde- verwaltung

Band 78
Dezember 1977
Nr. 12

Redaktion

Dr. iur. Hans Peter Moser,
Verwaltungsgericht, Seilergraben 1, 8001 Zürich

Dr. iur. Reinhard Isler,
Direktor der Nordostschweizerischen Kraftwerke, Zürich

Prof. Dr. iur. Alfred Kuttler,
Chef der Rechtsabteilung des Baudepartementes Basel-Stadt