

## **Das Bundesgericht umgeht die Verfassung nicht** ***Verbindlichkeit von Bundesgesetzen und von Völkerrecht***

*Der Autor der folgenden Entgegnung setzt sich kritisch mit der These der Zürcher Staats- und Völkerrechtsprofessorin Helen Keller im „Staatspolitischen Forum“ in der NZZ vom 20.7.05 auseinander, wonach sich das Bundesgericht im Konflikt zwischen Bundesgesetzen und der Europäischen Menschenrechtskonvention über das verfassungsrechtliche Anwendungsgebot von Bundesgesetzen hinwegsetze.*

Helen Keller spricht im Beitrag „Das Bundesgericht umgeht die Verfassung“ (NZZ 20.7.05) davon, dass unser höchstes Gericht mit seiner Praxis zum Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen das Anwendungsgebot von Artikel 191 der Bundesverfassung (BV) verletze. Dem wäre in der Tat so, wenn dieses Anwendungsgebot nur für Bundesgesetze gälte. Dann wären diese nach dem Willen des Verfassungsgebers jeglicher Kontrolle durch Gerichte entzogen. Art. 191 verpflichtet nun aber das Bundesgericht zur Anwendung sowohl von Bundesgesetzen als auch von Völkerrecht. Solche Normen dürfen demnach nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung überprüft werden; insoweit ist die Rechtslage klar. Unklar bleibt jedoch, wie bei einem Konflikt zwischen diesen beiden Arten von Rechtsquellen, von Bundesgesetzen und Völkerrecht, untereinander vorzugehen ist. Die Verfassung selbst gibt darauf keine Antwort.

### **Verbot der Rechtsverweigerung**

Das Bundesgericht hatte aber schon derartige Fälle zu beurteilen, in denen Bundesgesetze mit dem Völkerrecht, z.B. der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), in Widerspruch standen. Hätte es die Frage des Vorrangs der einen oder andern Rechtsquelle einfach offen gelassen, wäre ein Entscheid in der Sache unmöglich gewesen. Aufgrund des Rechtsverweigerungsverbots ist das Bundesgericht jedoch verpflichtet, ihm vorgelegte Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden. Wenn sich die Lösung nicht direkt aus der Verfassung ergibt, muss es rechtsschöpferisch tätig werden. Dadurch „verletzt“ das Bundesgericht die Verfassung nicht; es würde dies umgekehrt vielmehr tun, wenn es sich einem Entscheid verweigerte. Vor diesem Hintergrund

ist die Aussage, das Bundesgericht habe seine traditionelle Zurückhaltung „leichtfertig aufgegeben“, nicht haltbar, blieb ihm doch in diesen Fällen schlicht nichts anderes übrig. Auch davon, dass „die Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertür“ (sprich durch die EMRK) eingeführt worden sei, kann kaum die Rede sein. Eine Überprüfung von Bundesgesetzen im Hinblick auf die EMRK ist keine Verfassungsgerichtsbarkeit, sondern eine „Staatsvertragsgerichtsbarkeit“, denn es findet eine Kontrolle auf Vereinbarkeit mit einem Staatsvertrag, nicht mit der Verfassung statt. Und diese „Hintertür“ muss dem Bundesgericht offen stehen, wenn ihm nicht der Weg zu einer Entscheidung versperrt werden soll.

### **Vertretbare Unterscheidung**

Es stimmt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu führt, dass die Grundrechte der EMRK auch auf der nationalen Ebene besser abgesichert sind als die ausschliesslich von der Bundesverfassung garantierten. Das ist vom Verfassungsgeber so gewollt, wenn er für Bundesgesetze die Verfassungsgerichtsbarkeit ausschliesst, eine „Staatsvertragsgerichtsbarkeit“ aber zulässt. Man kann diese Rechtslage wenig befriedigend finden, weil sie mit Blick auf den Rechtsschutz zwei Kategorien von Grundrechten schafft. Geradezu „eklatant“ erscheinen die Unterschiede allerdings doch wohl nicht. Ein stärkerer Schutz für die Grundrechte der EMRK, wie etwa der körperlichen Integrität, der Bewegungs- und Meinungsäusserungsfreiheit, als für die Grundrechte, die ausschliesslich von der BV gewährleistet werden – wie die Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit – ist nicht jenseits des Vertretbaren.

*Martin Schaub*

Assistent für Staats- und Völkerrecht an der Universität Zürich

Neue Zürcher Zeitung, 20. Juli 2005

## **Das Bundesgericht umgeht die Verfassung** *Überprüfung von Bundesgesetzen im Bereich der EMRK*

*Von Helen Keller\**

Die Zeiten, in denen Rechtsuchende aus der Schweiz das letzte Urteil aus Lausanne erhielten, gehören seit längerem jedenfalls für den Bereich des Menschenrechtsschutzes der Vergangenheit an. Diese Beschwerden können nach Strassburg an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gezogen werden. Die Überordnung der EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention) über das nationale Recht hat tiefgreifende Konsequenzen für die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz.

Was in anderen Bereichen undenkbar ist, zeichnet sich im Grundrechtsschutz allmählich als verfassungsrechtliche Realität ab: Bei einem offensichtlichen Konflikt zwischen der EMRK und einem Bundesgesetz setzt sich das Bundesgericht über das Bundesgesetz hinweg und verletzt damit das verfassungsrechtliche Anwendungsgebot, das für Bundesgesetze gemäss Art. 191 der Bundesverfassung gilt (so etwa im Entscheid BGE 125 II 417). Es tut dies mit der überzeugenden Begründung, dass eine eindeutige Nichtbeachtung der EMRK zu einer Beschwerde in Strassburg führen könnte, wo eine Konventionsverletzung festgestellt würde. In diesem verfassungsrechtlichen Dilemma zieht es das Bundesgericht vor, die Sache selbst zu entscheiden, bevor es zu einer reinen Durchlaufstelle im gesamteuropäischen Grundrechtsschutz verkommt.

Die Einführung einer partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit mag aus der Optik eines gesamteuropäischen Grundrechtsschutzes einleuchten. Tatsächlich wäre es widersinnig, vom Bundesgericht verlangen zu wollen, es solle vor offensichtlichen EMRK-Verletzungen die Augen verschliessen, wenn sich das Verdikt aus Strassburg bereits abzeichnet. Trotzdem vermag dieses verfassungsgerichtliche Flickwerk nicht vollständig zu überzeugen: Erstens schafft das Bundesgericht damit zwei verschiedene Kategorien von Grundrechten, nämlich eine EMRK-geschützte, bei der die verfassungsgerichtliche Kontrolle gewährleistet ist, und eine zweite, bei der sich das Bundesgericht an das Anwendungsgebot von Art. 191 BV hält und damit verfassungswidrige Bundesgesetze anwendet, und zwar selbst dann, wenn sie gegen Grundrechte verstossen.

Es ist sachlich nicht überzeugend, dass ein Rechtsuchender in Lausanne mehr Grundrechtsschutz erhalten soll, nur weil die Garantie, auf die er sich beruft, auch in der EMRK verankert ist. Eklatant wird das Missverhältnis der beiden Kategorien von Grundrechten, wenn man sich vor Augen hält, dass weder die Wirtschaftsfreiheit noch die Eigentumsgarantie in der EMRK geschützt sind, wohl aber im schweizerischen Verfassungsrecht. Zweitens vermag die Einführung einer partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit aus staatsrechtlichen Gründen nicht zu überzeugen. Das Bundesgericht hat es bisher abgelehnt, die Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertüre einzuführen. Es folgte damit einer historischen Tradition richterlicher Zurückhaltung, die der Reputation und Legitimation unseres obersten Gerichts zuträglich war. Diese verfassungspolitisch weise Haltung darf nicht leichtfertig aufgegeben werden. Drittens ist die Einführung der partiellen Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Makel jeder richterlichen Rechtsfortbildung behaftet: Sie bleibt punktuell und lässt zu viele Fragen offen. Unklar bleibt etwa, ob sich auch kantonale Gerichte mit der Begründung, ein Bundesgesetz sei EMRK-widrig, darüber hinwegsetzen dürfen. Aus diesen vielfältigen Gründen tut der Verfassungsgeber gut daran, die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit umfassend zu prüfen und sie sinnvoll in das schweizerische Verfassungssystem einzubetten.

\*Die Autorin ist Professorin für öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Zürich.

*Mit freundlicher Genehmigung der Neuen Zürcher Zeitung*