

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	124 (2005)
Artikel:	Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa : die schweizerische Perspektive
Autor:	Nay, Giusep
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895763

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 24.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Die schweizerische Perspektive

GIUSEP NAY*

Grund- und Menschenrechte haben, wie man sie auch näher definiert, ihre Wurzeln im Menschsein. Sie gelten um der Achtung der menschlichen Person willen, zu der es wesentlich gehört, Rechte zu haben. Die daraus folgende gleiche Geltung der Menschenrechte für alle Menschen und über alle staatlichen Grenzen hinweg, ihre Universalität, ist ein immer wieder zu verwirklichender Anspruch. Jede Bemühung um Koordination des Grundrechtsschutzes lohnt sich daher nicht nur, sie wird zur Pflicht.

Was trägt und kann die Schweiz dazu beitragen. Sie wird vielfach als «Musterknabe» insbesondere in der Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention hingestellt. Und die EMRK ist zweifellos der Hauptmotor eines koordinierten Schutzes der Grundrechte in Europa.

Das Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht, d. h. in unserem Zusammenhang, das Verhältnis zwischen schweizerischem Recht und der EMRK, scheint mir grundlegend für eine gleiche Verwirklichung der Menschenrechte zu sein.

I. Das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht im Allgemeinen

Unter dem Titel «Grundsätze staatlichen Handelns» verpflichtet die schweizerische Bundesverfassung in Art. 5 Abs. 4 Bund und Kantone, «das Völkerrecht» zu beachten. Die Bestimmung wird in der Lehre als ein Anwendungsfall des Rechtsbindungsgebotes¹ von Abs. 1 der gleichen Bestimmung betrachtet, wonach Grundlage und Schranke des staatlichen Handelns das

* Bundesgerichtspräsident Dr. Giusep Nay, Lausanne. – Leicht überarbeitete und mit den Fussnoten ergänzte Fassung des anlässlich des 3. Europäischen Juristentags am 8. September 2005 in Genf gehaltenen Vortrages. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 RENÉ RHINOW, *Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts*, Basel/Genf/München 2003, Rz. 2406.

Recht ist. Zum «rule of law», der das staatliche Handeln bestimmt, gehört also auch das Völkerrecht.²

1. Grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts

Inwieweit in der zitierten Verfassungsbestimmung der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts zum Ausdruck gebracht wird, ist in der Lehre umstritten. Explizit wollte der Verfassungsgeber diesen Grundsatz nicht festgeschrieben. In den Materialien wird jedoch von seiner grundsätzlichen Geltung ausgegangen.³ Die Entscheide der verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts dazu sind nicht immer kohärent und werden in der Literatur kontrovers kommentiert.⁴ Ein Konsens dürfte jedoch insoweit bestehen, als sich die Schweiz zum Vorrang des Völkerrechts bekennt, mit einem Abwägungsvorbehalt in eng begrenzten Ausnahmefällen: so insbesondere DANIEL THÜRER.⁵ Es kann jedenfalls, wie dieser zutreffend anführt, dem Sinn und Geist des Völkerrechts nicht zuwiderlaufen, wenn das nationale Recht sich vorbehält, allenfalls eindeutig stärker legitimierten eigenen Normen den Vorrang zu geben, denn das Völkerrecht selbst verlange immer mehr, dass sich die Staaten in ihrem Innern demokratisch konstituieren. Und die Schweiz scheint mir bei ihrem sonst klaren Bekenntnis zur Beachtung des Völkerrechts aufgrund ihrer direktdemokratischen Tradition besonders berechtigt, sich nötigenfalls auf einen solchen Vorbehalt zu berufen. Wenn von einem Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts mit Abwägungsvorbehalt in Ausnahmefällen die Rede ist, ist mit THÜRER hervorzuheben, dass das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht nicht nach dieser Ausnahme, sondern nach der Regel des Vorrangs des Völkerrechts zu beurteilen ist, zumal eigentliche Konfliktfälle schwierig auszumachen sind. Das entspricht auch dem in der Präambel der Bundesverfassung feierlich erklärten Bestreben der Schweiz, Demokratie und Unabhängigkeit «in Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt zu stärken».

2 DANIEL THÜRER, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 201.

3 BBI 1997 I 134 f.; YVO HANGARTNER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf/Lachen 2002, N. 44 zu Art. 5.

4 ALBERTO ACHERMANN, in: Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, S. 61 ff.

5 THÜRER (FN 2), S. 191; PASCAL MAHON, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003, N. 20 zu Art. 5.

2. Vorrang «zwingenden Völkerrechts»

Eine wesentliche Frage hat der Schweizer Verfassungsgeber ausdrücklich zu gunsten des Völkerrechts entschieden: Zwingendes Völkerrecht geht allem Landesrecht und damit auch dem Verfassungsrecht vor. Das folgt aus den Verfassungsbestimmungen, nach denen eine Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung zwingendes Völkerrecht nicht verletzen darf und eine entsprechende Volksinitiative ungültig ist: Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2. Fraglich ist, ob damit auf den völkerrechtlichen Begriff des *ius cogens* verwiesen wird, oder ob es sich um eine autonome, d. h. verfassungsrechtlich zu bestimmende Kategorie von Völkerrechtsnormen handelt; die Lehre neigt m. E. zu Recht dazu, dem von der Verfassung verwendeten Begriff des «zwingenden Völkerrechts» einen eigenständigen, staatsrechtlichen Charakter zuzuerkennen, wobei sich dessen Ausgestaltung am Völkerrecht zu orientieren hat.⁶ Das trägt der bewussten Verankerung des Rechtsstaates Schweiz in der Ordnung der internationalen Gemeinschaft und zugleich der Wahrung seiner Unabhängigkeit Rechnung.

3. Monismus

Die Schweiz folgt für das Verhältnis Landesrecht/Völkerrecht dem System des Monismus. Das Völkerrecht gilt, ohne dass der vorgängige Erlass entsprechender landesrechtlicher Normen (Transformation) erforderlich wäre. Es wird bei gegebenem sog. self-executing-Charakter direkt angewendet. Der self-executing-Charakter wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bejaht, wenn die Norm hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu sein. Die Norm muss mit anderen Worten justizierbar sein, Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressaten der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein.⁷ Hinzu kommt, dass gemäss der in der Schweiz bestehenden sogenannt «diffusen» Normenkontrolle jedes Gericht gehalten ist, das geltende Völkerrecht wie das innerstaatliche Recht zur Anwendung zu bringen.

6 THÜRER (FN 2), S. 184, mit Verweis auf RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel/Genf/München 2000, S. 370.

7 BGE 126 I 240 E. 2b, 120 Ia E. 5b.

II. Das Verhältnis zwischen Landesrecht und EMRK im Besonderen

1. «Quasi-Verfassungsrang» und prozessuale Gleichstellung der EMRK

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

Diese prozessuale Gleichstellung und die grundsätzliche Gleichrangigkeit von einerseits verfassungs- und anderseits konventionsmässigen Grund- und Menschenrechten – zusammen mit der dargestellten geschichtlichen Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Schweiz – ermöglichen in optimaler Weise eine verfassungskompatible Auslegung und Anwendung der EMRK wie auch eine konventionskonforme Auslegung und Anwendung der Bundesverfassung. Eine Besonderheit besteht allerdings: Die Schweiz kennt bekanntlich keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze. Das ist eine historisch bedingte Konzession an die direkte Demokratie. Die Berechtigung dieser Konzession wird und muss jedoch immer mehr hinterfragt werden, angesichts des immer grösseren Übergewichts des Bundesrechts gegenüber dem kantonalen Recht seit der Gründung des schweizerischen Bundesstaates. Und ich muss meine Aussage «kennt keine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze» gleich etwas relativieren: Es besteht nach konstanter Rechtsprechung kein Prüfungsverbot, sondern allein ein Anwendungsgebot.⁸ Das Bundesgericht kann daher in einem konkreten Anwendungsfall die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes feststellen, was im Sinne des «checks and balances» zwischen den Staatsgewalten von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.

2. Vorrang von Völkerrecht zum Schutze der Menschenrechte

Die Verfassungsbestimmung – heute Art. 191 BV –, die diese Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit stipuliert, nannte neben den für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden «massgebenden» Bundesgesetzen stets auch die Staatsverträge und nennt heute allgemein «Völkerrecht». Das Bundesgericht hat im Grundsatzentscheid BGE 125 II 417 entschieden, im Konfliktfall gehe das Völkerrecht prinzipiell dem Landesrecht vor, insbesondere wenn völkerrechtliche Normen dem Schutz der Menschenrechte dienen. Dies führt dazu, dass Bundesgesetzen trotz Art. 191 BV

8 BGE 129 I 249 E. 5.4

dann die Anwendung versagt wird, wenn sie namentlich der EMRK widersprechen. Die Kritik, die teilweise laut wird, damit umgehe das Bundesgericht den Ausschluss der Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze, dessen Aufhebung die Bundesversammlung bei der Beratung der neuen Bundesverfassung abgelehnt habe, und es würden so zwei Kategorien von Grundrechten geschaffen, erachte ich als nicht gerechtfertigt. Dem Parlament war bekannt, dass in der Lehre die Auffassung vertreten wurde, infolge des nicht nur vom Bundesgericht, sondern von allen Staatsorganen zu beachtenden grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts habe die Schweiz durch die Ratifizierung der EMRK insoweit eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze eingeführt. Der Verfassungsgeber unterliess es aber, sich ausdrücklich festzulegen. Er überliess der rechtsanwendenden Gewalt und insbesondere dem Bundesgericht, diese Frage fall- und bereichsspezifisch selber zu regeln. Wenn Art. 191 BV im gleichen Zuge Bundesgesetze und Völkerrecht als massgebend erklärt, ist es unvermeidlich, im Konfliktfall einer der beiden Normen die Anwendung zu versagen, weshalb dem Verfassungsgeber bewusst sein musste, dass dies auch ein Bundesgesetz sein kann; d. h., dass die Pflicht, Völkerrecht zu beachten und anzuwenden, zur Nichtanwendung eines Bundesgesetzes führen kann. Deshalb kann auch der Umstand, dass die Bundesversammlung es ablehnte, bei der Teilrevision «Justizreform» der Bundesverfassung eine Verfassungsgerichtsbarkeit über Bundesgesetze einzuführen, nicht gegen die Praxis des Bundesgerichts zum Vorrang des Völkerrechts angeführt werden, auch wenn diese dort faktisch zu einer Verfassungsgerichtsbarkeit führt, wo ein Grundrecht oder die Verfahrensgarantie sowohl in der EMRK oder anderen internationalen Konventionen als auch in der Bundesverfassung enthalten ist. Es kommt im Übrigen hinzu, dass beide Räte der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit – in der Form der konkreten Normenkontrolle – zugestimmt hatten, und sich lediglich nicht darüber einigen konnten, ob diese Frage in der Volksabstimmung als Variante der Justizreform zu unterbreiten sei oder nicht, was dann dazu führte, dass sie aus der Vorlage gekippt wurde.

3. Der konkrete Fall

Beim zitierten Grundsatzentscheid handelte es sich um den ersten und bisher einzigen Fall in der neueren Rechtsprechung, bei welchem ein nicht anders zu lösender Konflikt zwischen einem Bundesgesetz und Völkerrecht vorlag.⁹

⁹ Seitherige Aussagen in Bundesgerichtsentscheiden, in denen kein solcher Konflikt vorlag und die die Frage des Vorrangs des Völkerrechts jedenfalls für den betreffenden Rechtsbereich wiederum offen liessen, verwirren zwar etwas, vermögen aber am Grundsatzentscheid nichts zu ändern.

Bei diesem Fall ging es um die Einziehung und Vernichtung von staatsgefährdendem Propagandamaterial der kurdischen Arbeiterpartei PKK durch die schweizerische Regierung; diese war nach einem alten, inzwischen aufgehobenen Bundesbeschluss noch dafür zuständig. Gegen ihren Entscheid wurde Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Gegen Entscheide der Regierung ist die Beschwerde ans Bundesgericht jedoch nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht zulässig. Das Bundesgericht liess die Beschwerde dennoch in direkter Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu, wandte somit eine Bestimmung eines Bundesgesetzes nicht an. Es verwies insbesondere auf Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK; *pacta sunt servanda*) und die bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie Art. 27 WVK, wonach sich ein Staat nicht unter Berufung auf inländisches Recht seiner völkerrechtlicher Verpflichtungen entziehen kann. Daraus – und aus der Natur der völkerrechtlichen Vorschrift, wie in einem anderen Entscheid (BGE 122 II 485) ausgeführt, – ergebe sich, dass Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht, insbesondere aber bei Normen zum Schutze der Menschenrechte. Das Bundesgericht betont, diese Regelung könne sich auf bundesgerichtliche Präjudizien stützen, die die Grundlage für Art. 5 Abs. 4 BV (betreffend die Beachtung von Völkerrecht, auf den bereits eingegangen wurde) gebildet hätten.

4. EMRK-Verletzung als Revisionsgrund

Dass ein Bundesgesetz, das die EMRK verletzt, gegebenenfalls in einem konkreten Fall keine Anwendung findet, lässt der Bundesgesetzgeber im Übrigen selber in Art. 139 a des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) zu. Nach dieser Bestimmung ist die Revision eines Entscheides des Bundesgerichts zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Beschwerde gegen diesen Entscheid gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision im Sinne der Wiederaufnahme des Verfahrens möglich ist.

5. «Zwingendes Völkerrecht»

Die Praxis des Bundesgerichts mit dem Vorrang von Menschenrechtsnormen vor Bundesgesetzen findet weiterhin ihre Begründung im eingangs angeführten Vorrang von «zwingendem Völkerrecht» vor allem Landesrecht und auch vor Verfassungsrecht. In jedem Falle hat Art. 191 BV zurückzuweichen, so weit es um solches ius cogens geht. Wird dieser Begriff zudem als eigener staatsrechtlicher verstanden, etwa im Sinne eines Bezuges auf objektive Fun-

damentalnormen der Völkerrechtsordnung, wie ihn THÜRER¹⁰ u. a. vorschlägt, dürfte die Frage des Zugangs zu einem Gericht unter den Voraussetzungen von Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch darunter fallen, die Gegenstand des angeführten Grundsatzentscheides des Bundesgerichts bildete. Von einem verfassungsrechtlichen Charakter des ius cogens spricht auch die Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung¹¹, die der Bundesversammlung und dem Bundesgericht aufträgt, die Tragweite dieses Begriffs soweit als möglich zu klären. – Die Bundesversammlung hat im Übrigen die angeführten Verfassungsbestimmungen zum Vorrang zwingenden Völkerrechts bereits einmal angewendet: Sie erklärte eine Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung als ungültig, die forderte, illegal eingereiste Asylbewerber und solche, deren Gesuch rechtskräftig abgewiesen wurde, umgehend und ohne Beschwerdemöglichkeit aus der Schweiz weg zu weisen. Sie kam zum Schluss, ein derartiges Vorgehen würde gegen das Prinzip des Non-Refoulement verstossen.¹²

III. Die Anwendung der EMRK in der Schweiz

Die Schweiz hat die EMRK seit ihrer Ratifizierung 1974 parallel zur Bundesverfassung angewandt. Die EMRK hat dabei die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Bundesverfassung erheblich beeinflusst.

1. Ausgangslage

Die damals gegebene Verfassungslage begünstigte dies: Die alte Bundesverfassung von 1874 enthielt lediglich eine beschränkte Anzahl geschriebener Grundrechte. Diese lückenhafte Ordnung wurde schon früh durch die dem Bundesgericht gegenüber kantonalen Erlassen und Entscheiden zustehende Verfassungsgerichtsbarkeit aufgefüllt: Einerseits durch die Rechtsprechung zum Art. 4 der alten Bundesverfassung, der ebenso knapp wie klar festhielt: «Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich», und aus welchem verfassungsmässige Rechte wie das Willkürverbot sowie Verfahrensgarantien wie die Ansprüche auf rechtliches Gehör und auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständigung für jedermann abgeleitet wurden; anderseits anerkannte das Bundesgericht ungeschriebene Grundrechte, so die Eigentumsfreiheit, die

10 THÜRER (FN 2), S. 184 f.

11 Vgl. auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, Bern 2000, Rz. 1397.

12 BBI 1996 I 1355.

persönliche Freiheit, die Meinungsfreiheit, die Sprachenfreiheit, die Versammlungsfreiheit, die Abstimmungsfreiheit und zuletzt das Recht auf Hilfe in Notlagen.¹³ In dieser Situation waren die in der EMRK gewährleisteten Menschenrechte und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte dazu hilfreiche Konkretisierungen. – Insbesondere flossen die Verfahrensgarantien der EMRK in die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den kantonalen Prozessrechten – wo das Bundesgericht volle Verfassungsgerichtsbarkeit ausübt – ein, dies vor allem im Strafprozessrecht. Nicht zuletzt aufgrund dieses Einflusses liegt heute ein Entwurf für eine *Bundesstrafprozessordnung* vor, der demnächst in die parlamentarische Beratung gehen soll; eine *Bundescivilprozessordnung* ist ebenfalls in Vorbereitung. Diese werden die heute 26 Prozessordnungen ersetzen. – Und ein weiterer Einfluss der EMRK ist zu erwähnen: damit die Ratifizierung der EMRK möglich werde, musste die Schweiz das Stimm- und Wahlrecht der Frauen einführen und die konfessionellen Ausnahmeartikel (Jesuiten- und Klosterartikel) aufheben, was beides 1971 und 1973 gelang.

2. Die neue Bundesverfassung

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

In nicht unbedeutenden Punkten wie z. B. der Garantie des fairen Verfahrens für *alle* gerichtlichen Verfahren – nicht nur für civil rights – in Art. 30 Abs. 1 geht die schweizerische Bundesverfassung aber auch über den Grundrechtsschutz der EMRK hinaus, welche lediglich einen Mindeststandard festlegt. Auch die Rechte einer festgenommenen Person gehen – um ein weiteres

13 BGE 121 I 367 E. 2

Beispiel anzuführen – weiter: Gemäss Art. 31 Abs. 2 BV hat jede festgenommene Person, unter anderem, Anspruch darauf, unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte unterrichtet zu werden, und sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Diese Bestimmung knüpft mit der Wendung «ihre Rechte» an die Ansprüche an, welche die betroffene Person nach der Bundesverfassung, den internationalen Abkommen und der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung geltend machen kann. Beispielhaft erwähnt ist das Recht, die nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen. Zu diesen Rechten zählt aber auch das Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht der in einem Strafverfahren beschuldigten Person, wie das Bundesgericht entschied, und worauf diese bei der Festnahme daher unverzüglich aufmerksam zu machen ist¹⁴; mit anderen Worten gilt nach schweizerischem Verfassungsrecht in diesem Sinne eine Art «Miranda-Warning-Klausel».

3. Der UNO-Pakt II

Der Einfachheit halber sprach ich bisher allein von der EMRK. Hinzuzufügen ist aber, dass namentlich der UNO-Pakt II über die politischen und bürgerlichen Rechte durch das Bundesgericht auch regelmässig in seiner Rechtsprechung beigezogen wird, was für die Koordination des Grundrechtsschutzes ebenso von Bedeutung ist.

IV. Das Grundrecht der Menschenwürde als Leitlinie einer Koordination?

Über die mehr formalen Grundvoraussetzungen einer Koordination des Grundrechtsschutzes hinaus, von denen bisher nach der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts die Rede war, stellt sich die Frage nach einem möglichen materiellen Koordinationsansatz. Könnte das Grundrecht der Menschenwürde, das in den allermeisten nationalen Verfassungen verankert ist, eine Ansatz oder eine Leitlinie für die Koordination sein? Dazu wage ich noch einige Überlegungen, die allerdings bei Denkanstössen bleiben müssen. Es soll vor allem eine Anregung eines Praktikers und Pragmatikers sein.

Ich lasse dazu weitgehend zwei bzw. drei Autoren zu Wort kommen: MARKUS SCHEFER in seiner Abhandlung «Die Kerngehalte von Grundrechten»¹⁵

14 BGE 130 I 126

15 MARKUS SCHEFER, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001.

und CHRISTOF MANDRY in einem Aufsatz zusammen mit dem Tübinger Ethiker DIETMAR MIETH unter dem Titel «Europa als Wertegemeinschaft»¹⁶.

1. Menschenwürde als Auffang-Grundrechtskerngehalt

Nach MARKUS SCHEFER¹⁷ stellen die Grundrechtskerngehalte Konkretisierungen der Menschenwürde dar, die die Funktion eines *Auffangkerngehalts* hat. Die Werte, welche der Ordnung der Gesellschaft und des Rechts zugrunde liegen und diese bestimmen, seien in den Verfahren der politischen Willensbildung und Entscheidfindung je von neuem zu formulieren und zu aktualisieren. Die Garantie der Menschenwürde in der Verfassung findet nach SCHEFER ihren – auch auf metaphysischen Vorstellungen gerechter Ordnung beruhenden – Gehalt letztlich im gesellschaftlichen Konsens, denn auch der Kern einer normativen Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens müsse letztlich die Zustimmung der Rechtsgenossen finden und von ihrem Konsens getragen werden.

Zusammenfassend legt der Autor, wie ich meine, treffend dar, wie die Garantie der Menschenwürde am nachhaltigsten konkretisiert werden und damit – meiner Meinung nach – gleichzeitig eine Grundlage für eine Koordination des Grundrechtsschutzes bilden könnte. SCHEFER beantwortet die Frage, wie die Menschenwürde der Rechtsordnung jene Stabilität vermitteln könne, die ihrer Funktion als spezifische Verfassungsgarantie entspreche, wie folgt:

«M. E. sind jene Konkretisierungen der Menschenwürde in diesem Sinn besonders beständig, die von einem Konsens getragen werden, der in historischer Sicht besonders *tief* und in völkerrechtlicher Sicht besonders *breit* ist: Konkretisierungen der Menschenwürde, die von solchen Konsensen getragen werden, verfügen über erhöhte demokratische Legitimität. Die historische Konstanz bringt zum Ausdruck, dass sie sich gegenüber vielfältiger Infragestellung bewährt haben und immer wieder von neuem bestätigt worden sind. Die völkerrechtliche Breite eines Konsenses stellt sicher, dass er von zahlreichen verschiedenen Perspektiven und Motivationen getragen wird und deshalb eine erhöhte Chance der Richtigkeit in sich trägt.»

Dieses Verständnis beschränkt den materiellen Gehalt der verfassungs- und konventionsrechtlich gewährleisteten Menschenwürde nach meinem Dafürhalten so auf das Fundamentale, dass diese als Orientierungs- und Kristallisationspunkt der Grund- und Menschenrechtsrechtsprechung dienen und so m. E. einen wertvollen Ansatz für die Koordination des Grund- und Menschenrechtsschutzes über die staatlichen Grenzen hinweg sollte bilden können.

16 CHRISTOF MANDRY/DIETMAR MIETH, Europa als Wertegemeinschaft, in: Fürst/Drumm/Schöder, Ideen für Europa – Christliche Perspektiven der Europapolitik, Münster 2004, S. 121 ff.

17 SCHEFER (FN 15), S. 141 ff., Zusammenfassung.

Mit der *völkerrechtlichen Breite* wird die Berücksichtigung der Entwicklungen der Rechtsprechung der internationalen Menschenrechtsgerichtshöfe durch die nationalen Gerichte, und umgekehrt, sowie das Gleiche unter letzteren zur Pflicht.

Die *historische Konstanz* verleiht den nationalen, weiter zurück gehenden Rechtsprechungen zu den Grund- und Freiheitsrechten das gebührende Gewicht, ohne vergessen zu lassen, dass sich auch diese eingebettet in ein gemeinsames europäisches Erbe entwickelten.

2. *Europa als Wertegemeinschaft*

Nach MANDRY/MIETH¹⁸ erzeugen, unterhalten oder bestärken Wertüberzeugungen subjektive und vor allem kollektive, gemeinschaftliche Bindungen bzw. stehen mit diesen in Wechselwirkung. Dabei sind es, so die Autoren, gerade die Erfahrungen von Werten und die Überzeugung, Werterfahrungen zu teilen, die in Europa dazu geführt haben, dass Institutionen geschaffen wurden, die diese Erfahrungen bewahren und verwirklichen sollen, darunter vorab der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Sie verstehen unter Berufung auf IMMANUEL KANT, als einem Philosophen des christlich-säkularen Kontinuums, die Menschenwürde als einen «absoluten Wert», der also die anderen Werte befragen, begründen und ordnen soll. Bei der Garantie der Menschenwürde müsse man dreierlei sehen: 1. die Würde ist damit gegeben, dass der Mensch Mitglied der Menschheit ist – mehr wird nicht verlangt; 2. die Anerkennung der Würde ist Basis aller Rechte – sie sind daraus abgeleitet; 3. die Würde ist nicht nur zu achten, sondern auch zu schützen, was bedeute: je schwächer, um so schutzbedürftiger. Die Rechtsetzung und die Rechtsfolgen müssten vom Begriff der Würde her kontrolliert werden und nicht umgekehrt, sonst sei die Würde kein absoluter Wert mehr und ihr Inbegriff nach KANT, nämlich «die Achtung der Menschheit in jedem Menschen», gehe verloren.

Die Dialektik, die zwischen den Vorstellungen über die Menschenwürde und ihren jeweiligen Konkretisierungen herrscht, trägt dazu bei, deren Gehalt immer besser zum Ausdruck zu bringen: Wir gehen bei deren Konkretisierung in den einzelnen Bereichen von einer Vorstellung der Menschenwürde aus, und diese Konkretisierungen können und sollen unsere Vorstellung vervollständigen und so den Gehalt der Garantie der Menschenwürde verdichten. Diese Dialektik darf jedoch, wie MANDRY/MIETH überzeugend nachweisen, die Absolutheit des Wertes der Menschenwürde nicht aus den Augen verlieren und sie nicht relativieren.

18 MANDRY/MIETH (FN 16), S. 7 f., 14 ff.

3. Grundübereinstimmung philosophischer Exponenten

MARKUS SCHEFER¹⁹ fügt die gleichheits- und freiheitsbezogenen Aspekte der Garantie der Menschenwürde, die sich in den Grundzügen weitgehend übereinstimmender Weise aus den Schriften wichtiger Philosophen ergeben, wie folgt an:

«Sie (die Menschenwürde) verbietet jene Schlechterstellungen, die zum Ausdruck bringen, dass der Betroffene – etwa wegen seiner Gruppenzugehörigkeit – nicht als vollwertiges Mitglied der Gesellschaft anerkannt wird. Sie schützt den Einzelnen vor physischer und psychischer Grausamkeit, vor körperlicher Qual und seelischer Demütigung. In prozessualer Hinsicht garantiert sie allen Einzelnen die gleiche Massgeblichkeit im Rahmen der Rechtsetzung und schützt sie bei der Rechtsanwendung davor, ausschliesslich als Objekt staatlicher Fremdbestimmung behandelt zu werden.»

Auch diese Grundübereinstimmung philosophischer Exponenten im Wesentlichen bestärkt meine Meinung, dass die Menschenwürde ein Ansatz zur Koordination des Grundrechtsschutzes bilden könnte und sollte. Wenn der Gehalt dieses *Grundgrundrechts* auch notgedrungen wenig bestimmt ist, dürfte sich die Orientierung des Grundrechtsschutzes daran lohnen, auch als Beitrag der Justiz zur Wertegemeinschaft Europa, auf den die zitierten Autoren MANDRY/MIETH hinweisen.

V. Schlussfolgerungen

1. Aufgabenteilung?

Nicht alle Grundrechte haben natürlich den gleich nahen Bezug zur Menschenwürde. Das begründet einen unterschiedlich grossen Koordinationsbedarf. Es rechtfertigt zugleich, nach meiner Meinung zwar nicht eine eigentliche Aufgabenteilung zwischen dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und den nationalen Gerichtshöfen, aber doch eine klare Prädominanz der Rechtsprechung von Strassburg dort, wo die Menschenwürde unmittelbar und damit der Kern der Menschenrechte betroffen ist. Von einer Aufgabenteilung möchte ich nicht sprechen, weil auch im Kernbereich des Grundrechtsschutzes das Wachsen der Überzeugungen von unten nach oben bedeutsam ist, sollen sie breit von den europäischen Bürgerinnen und Bürgern mitgetragen werden. Letzteres verpflichtet aber auch die nationale Rechtsprechung, über die eigenen nationalen Grenzen hinaus und nach Strassburg zu blicken, um zum notwendigen breiten völkerrechtlichen Konsens beizutragen.

19 SCHEFER (FN 15), S. 144 f.

Der nahe Bezug zur Menschenwürde ist gewiss gegeben beim Verbot der Todesstrafe, der Folter und der unmenschlichen Behandlung überhaupt. Ebenso jedenfalls in Bereichen der Meinungsäußerungsfreiheit und der persönlichen Freiheit, die für die Entfaltung der menschlichen Person besonders wichtig sind. Dazu zu zählen ist jedoch m. E. ebenfalls das Diskriminierungsverbot: Nicht vollwertiges Mitglied der Gesellschaft zu sein, betrifft das Selbstbewusstsein des Menschen und erniedrigt ihn, berührt also seine Würde.

2. Beispiel Diskriminierungsverbot

Zum letzten Bereich will ich exemplifizierend *kurz* auf die Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts eingehen, die einer muslimischen Primarlehrerin das Tragen des Kopftuches bzw. das Anbringen eines Kruzifixes im Schulzimmer einer öffentlichen Schule untersagen.²⁰

Der Staat soll sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss dem Neutralitätsgebot «bei öffentlichen Handlungen» in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht neutral verhalten. Wenn er daher in Erfüllung einer staatlichen Aufgabe eine öffentliche Schule führt – oder etwa für den Strafvollzug sorgt oder öffentliche Friedhöfe einrichtet – soll er das so tun, dass er die religiöse und weltanschauliche Freiheit seiner Bürgerinnen und Bürger nicht verletzt.

Vorausgesetzt, es treffe zu, dass das Anbringen eines Kruzifixes im Schulzimmer oder das Tragen des Kopftuches durch eine muslimische Lehrerin in der staatlichen Schule eine Parteinahme des Staates zugunsten der entsprechenden Religion oder eine Identifikation des Staates mit dieser bedeutet – worüber diskutiert werden kann und wird –, widerspricht beides dem Neutralitätsgebot. Die Frage ist jedoch die, ob der Staat nicht einer zu strikten negativen Neutralitätspflicht huldigt und letztlich Partei für das Areligiöse nimmt, wenn er religiöse Zeichen, wie sie in der pluralistischen Gesellschaft, die seine Bürgerinnen und Bürger bilden, präsent sind, aus dem öffentlichen und staatlich beherrschten Bereich ausschliesst. Das Argument, Kinder und Eltern anderen Glaubens könnten in ihren Glaubensüberzeugungen verletzt werden, ist – zumal bereits eine solche blosse Möglichkeit genügen soll – m. E. schwer damit zu vereinbaren, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht davor schützt, mit anderen Glaubenskundgebungen konfrontiert zu werden. Die Toleranz, die von Bürgerinnen und Bürgern mit diesem Grundsatz erwartet wird, sollte auch im Verhalten des Staates zum Ausdruck kommen. Allein

20 BGE 116 Ia 252, 123 I 296.

Toleranz kann den religiösen Frieden gewährleisten, weshalb die insbesondere im Kopftuch-Entscheid des Bundesgerichts zum Ausdruck gebrachte Sorge um den religiösen Frieden nach meiner Auffassung ebenso gut, wenn nicht besser, für einen gegenteiligen als den gezogenen Schluss ins Feld geführt werden kann.

Die Betonung des Schutzes der negativen Religionsfreiheit und der negativen Neutralitätspflicht in diesen beiden Entscheiden kontrastiert mit dem – zu Recht – hohen Rang und Vorrang, der der positiven Religionsfreiheit in anderen Bundesgerichtsentscheiden zum Schuldispens für religiöse Feiertage²¹ und zur Religionsausübung im Strafvollzug²² sowie betreffend die Helmtragpflicht eines Sikhs im Strassenverkehr²³ eingeräumt wird. Hier kommt eine positive Neutralitätspflicht im Sinne der gleichmässigen Unterstützung aller Religionsgemeinschaften zum Ausdruck, indem der Staat der Religionsausübung keine Hindernisse in den Weg legt, ausser wenn ein entgegenstehendes öffentliches Interesse ohne Einschränkungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht verwirklicht werden kann.²⁴

Kritisch lässt sich nun im Sinne des dargelegten möglichen Koordinationsansatzes der Menschenwürde fragen, ob diese Entscheide zu religiösen Zeichen im öffentlichen Bereich genügend in den angesprochenen, vorausgesetzten breiten *historischen* und *völkerrechtlichen* Konsens eingebettet sind. Das ist in unseren Tagen von erheblicher Bedeutung im Zusammenhang mit den Fragen der Integration anderer Kulturen – im weiten Sinne des Wortes – in unsere europäische, zu der vorab die Toleranz und die Integrationsfähigkeit gehört. Dies verdiente – unter besonderer Berücksichtigung der Wurzeln und der Geschichte des christlichen Abendlandes, würde ich meinen – eine nähere Untersuchung, die hier nicht geleistet werden kann. Mir scheint eine unterschiedliche europäische Rechtsprechung hier gar einen Teil von Diskriminierung zurück zu lassen. Oder positiv ausgedrückt, nur eine einheitliche europäische Rechtsprechung wehrt nach meiner Überzeugung genügend der Diskriminierung und leistet ihren Beitrag zur Integration und zum friedlichen Zusammenleben.

21 BGE 117 Ia 311, 114 Ia 129.

22 BGE 129 Ia 74, 113 Ia 304.

23 BGE 119 IV 260.

24 Zum Ganzen näher GIUSEP NAY, Rechtsprechung des Bundesgerichts zwischen positiver und negativer Neutralität des Staates, in: de Mortanges/Tanner, Kooperation zwischen Staat und Religionsgemeinschaften nach schweizerischem Recht, Zürich/Basel/Genf 2005, S. 215 ff.

VI. Schlussbemerkung

Lassen sie mich zum Schluss nochmals zum eingangs angesprochenen Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht als Grundpfeiler der Koordinationsbemühungen zurückkommen.

Welchen Rang das Völkerrecht im schweizerischen Recht einnimmt und einnehmen soll, ist nicht nur eine juristische Frage, sondern auch eine solche des politischen und wirtschaftlichen Umfeldes, in welchem wir stehen. Das Bewusstsein um die Abhängigkeit vom Ausland und daher um die Bedeutung des *internationalen Rechts* gehört seit langem zum schweizerischen Grundverständnis, und begründet ihre besondere Bereitschaft diesem in der internationalen Politik die Herrschaft zu geben. Das drückte bereits auf der alten Tagsatzung der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein Berner Vertreter treffend so aus: «Wenn die anderen vorangehen, folgen die Eidgenossen nach, und gehen die anderen nicht voran, so tun es die Eidgenossen»²⁵.

25 Zitiert nach ACHERMANN (FN 4), S. 91 f.

