

**Art. 6 EMRK
als Rechtsschutzgarantie
gegen die öffentliche Gewalt**

**Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane
zur Anwendung des Art. 6 EMRK
in der Verwaltungsrechtspflege**

Analysen und Perspektiven

Dr. Andreas Kley

Rechtsanwalt

Zürich 1993

SCHWEIZER STUDIEN ZUM INTERNATIONALEN RECHT

HERAUSGEGEBEN VON DER SCHWEIZERISCHEN VEREINIGUNG FÜR
INTERNATIONALES RECHT

Band 85

Hinweis: Die Seitenzahlen in dieser Ausgabe stimmen nicht mit der Buchpublikation überein, sondern nur die Randziffern. Die ursprünglichen Seitenzahlen ergeben sich aus dem Inhaltsverzeichnis

Schulthess Polygraphischer Verlag Ag, Zürich 1993

ISBN 3 7255 3149 8

Druck: Druckerei Huber, Dübendorf

Vorwort

Vor 25 Jahren habe ich die ersten Kontakte im Strassburger Palais des droits de l'homme geknüpft. Unvergesslich bleibt, dass erfahrene Mitarbeiter wie Karel Vasak mir, dem blutigen Anfänger, immer wieder dieselbe Frage stellten: Was bedeuten die Wörter "civil rights and obligations", beziehungsweise "droits et obligations de caractère civil", in Art. 6 Ziff. 1 EMRK? Ich habe sehr naiv eine Antwort gegeben, die sich als völlig falsch entpuppen sollte: Gemeint seien Zivilrechtsstreitigkeiten. Damals stellte sich die Frage im Fall Ringeisen, und sie sollte sich in den folgenden Jahren immer wieder stellen.

Etwas weniger dornenvoll erwies sich die Auslegung des Begriffs "strafrechtliche Anklage", aber auch in diesem Bereich kam es immer wieder zu hitzigen Auseinandersetzungen.

Heute liegt zum Anwendungsbereich von Artikel 6 eine reichhaltige Rechtsprechung vor, die zu seiner stetigen Ausweitung geführt hat. In der Regel war es der Gerichtshof, der Grenzen durchbrach, während die Kommission grössere Zurückhaltung übte in der Befürchtung, die Anwendung der Garantien von Art. 6 in Verwaltungssachen könnten zu deren Verwässerung führen. Eines hat sich allerdings kaum geändert: Noch heute herrscht Unsicherheit in der Frage, in welchen Fällen und auf welche Weise Art. 6 in Verwaltungssachen anzuwenden sei.

Mit grosser Dankbarkeit darf deshalb die sorgfältige und reichhaltige Untersuchung von Dr. Kley begrüsst werden, die nicht nur mit Akribie die Rechtsprechung von Kommission und Gerichtshof darstellt und analysiert, sondern überdies, was leider nicht selbstverständlich ist, die europäische Literatur über alle Sprachgrenzen hinweg verwertet.

In der zweiten Hälfte seiner Arbeit legt Kley sodann dar, was die Garantie des "fair trial" in der Praxis bedeutet, wobei auch die Ungültigkeit der

schweizerischen Erklärung und des Vorbehalts hinsichtlich Öffentlichkeit erläutert werden.

Dass mit dem vorliegenden Buch das letzte Wort zu diesem Problemkreis geschrieben wurde, darf man nicht erwarten, der Strassburger Gerichtshof ist, jedenfalls aus der Sicht der Kommission, unentwegt für Überraschungen gut. Mir scheint aber, dass Kley einen ausgesprochen günstigen Zeitpunkt für seine Veröffentlichung getroffen hat - kein Zweifel, dass sie auf das grosse Interesse stossen wird, das sie verdient.

S. Trechsel

Dank

Besonders zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. S. Trechsel, Präsident der zweiten Kammer der Europäischen Kommission für Menschenrechte, für viele wertvolle Hinweise und konstruktive Kritik. Bei Herrn Prof. Dr. Y. Hangartner möchte ich mich für die anregenden Gespräche bedanken. Sodann sei meiner Frau, Dr. Anna Kley-Struller, Rechtsanwältin, für ihre sachkundige Lektüre gedankt.

Den Direktoren des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, den Herren Professores Dres. R. Bernhardt, J.A. Frowein und H. Steinberger, danke ich für das gewährte Gastrecht.

Von grossem Nutzen waren mir die vom Directorate of Human Rights, Council of Europe, zur Verfügung gestellten Materialien. Die Arbeit entstand mit der Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds. Die Forschungskommission der Hochschule St. Gallen unterstützte die Drucklegung mit einem Beitrag aus dem Bühler-Reindl-Fonds. Ich danke diesen Institutionen.

A.K.

St. Gallen, Juli 1993

Inhaltsverzeichnis

Literatur.....	XIII
Abkürzungen.....	XX
§ 1 Grundlagen.....	RZ 1/1
§ 2 Sachlicher Geltungsbereich von Art. 6-1 EMRK.....	Rz 8/7
I. Problem	Rz 8/7
II. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen	7
1. Begriff	Rz 9/7
2. Ausgewählte Problembereiche	Rz 14/13
a) Neben- und Übertretungsstrafrecht	Rz 14/13
b) Disziplinarrecht bei den freien Berufen.....	Rz 15/14
c) Disziplinarrecht bei öffentlichen Bediensteten	Rz 16/15
d) Strafsteuern	Rz 17/17
3. Würdigung.....	Rz 18/18
III. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Strei- tigkeiten.....	Rz 19/19
1. Begriff	Rz 19/19
2. Klassische Privatrechtskodifikationen, Sonderprivatrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit	Rz 23/23
3. Grundlinien der Rechtsprechung zu den "Civil rights"/ "Droits de ... caractère civil" bei Verwaltungsstreitsachen.....	Rz 27/27
4. Praxis der Konventionsorgane.....	Rz 38/38
5. Definitionsversuche der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil"	Rz 42/47
IV. Würdigung.....	Rz 45/50

V.	Zusatzprotokoll über Verfahrensgarantien im öffentlichen Recht...	55
1.	Bedürfnis	Rz 51/55
2.	Weiteres Vorgehen.....	Rz 54/58
§ 3	Anforderungen der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK	Rz 57/61
I.	Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.....	Rz 57/61
II.	Erstinstanzliche Gerichtszuständigkeit oder gerichtliche Nach- kontrolle bei erstinstanzlicher Verwaltungszuständigkeit.....	Rz 59/64
III.	Gerichtlich zu überprüfende Akte	Rz 60/65
IV.	Überprüfungsbefugnis	Rz 62/66
1.	In "zivilrechtlichen" Sachen	Rz 63/66
2.	Bei strafrechtlichen Anklagen	Rz 65/68
V.	Entscheidungskompetenz des Richters.....	RZ 66/69
VI.	Geltung für den Instanzenzug	Rz 69/71
VII.	Art. 6-1 EMRK und Verfahrensbestimmungen	Rz 72/75
§ 4	Auslegende Erklärung und Vorbehalt zu Art. 6-1 EMRK.....	Rz 75/79
I.	Ungültigkeit der auslegenden Erklärungen	Rz 75/79
1.	Ungültigkeit der auslegenden Erklärung	Rz 75/79
2.	Präzisierte auslegende Erklärung.....	Rz 77/81
3.	Ungültigkeit der präzisierten auslegenden Erklärung	Rz 80/84
II.	Ungültigkeit des Vorbehaltes hinsichtlich Öffentlichkeit.....	Rz 84/87
§ 5	Anpassung der schweizerischen Gerichtsorganisation an Art. 6-1 EMRK	89
I.	Notwendigkeit einer Anpassung.....	Rz85/89
II.	Bundesstaatliche Zuständigkeit	Rz 87/90
III.	Unmittelbare Anwendbarkeit.....	Rz 89/92

IV. Verfassungsrechtliche Perspektiven des Gerichtsschutzes gegen die Exekutive.....	Rz 91/94
1. Genügt Art. 6-1 EMRK?.....	Rz 91/94
2. Notwendigkeit einer Gerichtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt.....	Rz 92/95
3. Gerichtsschutzgarantie gegen die Exekutive?.....	Rz 94/97
a) Ungeschriebenes oder "abgeleitetes" Grundrecht?	Rz 94/97
b) Totalrevision der Bundesverfassung	Rz 95/98
c) Neue Kantonsverfassungen	Rz 96/99
4. Ausblick: Art. 98a OG	Rz 98/101

Es handelt sich in diesem Inhaltsverzeichnis um die ursprünglichen Seitenzahlen der Buchpublikation und nicht etwa dieser Online-Ausgabe. Deshalb werden zusätzlich beim Inhaltsverzeichnis noch die Randziffern (Rz) angegeben.

Literatur

Abraham Ronny, Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des Etats parties, RUDH 1992 409ff.

Berchtold Klaus, Menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege, in: Pernthaler Peter (Hrsg.), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte, Wien 1986, S. 85ff.

Berchtold Klaus, Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts: Die Rechtslage in Österreich, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 137ff.

Bleckmann Albert, Zum Begriff der "Civil rights" in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Ress Georg (Hrsg.), Entwicklungstendenzen im Verwaltungsverfahrensrecht und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wien/New York 1990, 253ff.

Borghi Marco, L'applicabilité de l'article 6 CEDH aux "contestations" en matière de droit de la construction, Baurecht 1/91 11ff.

Brunschwiler Carl Hans, Kann die Schweiz beim angestrebten Standard des Verfahrensschutzes nach der EMRK mithalten? In: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 126ff.

Cameron Iain/Horn Frank, Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case, German Yearbook of International Law 1990 69ff.

Cohen-Jonathan Gérard, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Aix-en-Provence/Paris 1989.

Dijk Pieter van/Hoof Godefridus van, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Deventer/Boston 1990.

Dijk Pieter van, Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding to geven, in: Handelingen 113/1983 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, eerste stuk, S. 1ff.

Dugrip Olivier, L'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux juridictions administratives, RUDH 1991 336ff.

Dugrip Olivier/Sudre Frédéric, Du droit à un procès équitable devant les juridictions administratives: l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 24 octobre 1989, Revue française de droit administratif 1990 203ff.

Fawcett James E., The application of the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford 1987.

Flauss Jean-François, Actualité de la Convention européenne des Droits de l'homme, Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme: l'année 1991, L'actualité juridique - Droit administratif 1992 15ff.

Flauss Jean-François, Actualité de la Convention européenne des Droits de l'homme, Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme: janvier-avril 1992, L'actualité juridique - Droit administratif 1992 416ff.

Frowein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1985.

Frowein Jochen, Die Überprüfungsbefugnis im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 EMRK, in Festschrift für Felix Ermacora, Kehl a.Rh./Arlington 1988, S. 141ff.

Frowein Jochen, Europäische Menschenrechtskonvention und nationaler Rechtsschutz, Vortrag vom 12.11.1984, Heidelberg 1985.

Grotian Andrew, Article 6 of the European Convention on Human Rights, Strassburg: Council of Europe, Directorate of Human Rights 1992.

Haefliger Arthur, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern 1993.

Hangartner Yvo, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechtes II: Grundrechte, Zürich 1982.

Harris D.J., The application of article 6 (1) of the European Convention on Human Rights to administrative law, British Yearbook of international Law 1974-1975 157ff.

Hirsch Ballin E.M.H., Tot welke wijzigingen in het Nederlandse recht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aanleiding to geven, in: Handelingen 113/1983 der Nederlandse Juristen-Vereniging deel 1, tweede stuk, S. 1ff.

Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Golsong Heribert, Karl Wolfram, Miehsler Herbert, Petzold Herbert, Rogge Kersten, Vogler Theo, Wildhaber Luzius, Köln usw., Loseblatt, Stand: 2. Lieferung 1992; (zit.: Verfassersname, IntKom).

Jacot-Guillarmod Olivier, La Convention européenne des droits de l'homme et la Suisse, ZBl 1986 49ff.

Kälin Walter/Sidler Lisbeth, Verschuldensgrundsatz und Öffentlichkeitsprinzip: Die Strafsteuer im Lichte von Verfassung und EMRK, in: ASA 1991/1992 161ff.

Kälin Walter, Die EMRK als Faktor der europäischen Integration, in: Festschrift für Dietrich Schindler, Basel/Frankfurt a.M. 1989, S. 529ff.

Khol Alphonse, Implications de l'article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, en procédure civile, Journal des Tribunaux (Bruxelles) 1987 637ff.

Kley Andreas, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss. St. Gallen 1989.

Kley Andreas, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992.

Koering-Joulin Renée, La notion européenne de "tribunal indépendant et impartial" au sens de l'article 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 1990 765ff.

Kuttler Alfred, Kann die Schweiz beim angestrebten Standard des Verfahrensschutzes nach der EMRK mithalten? In: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 130ff.

Lemmens Paul, Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen, Over het toepassingsgebied van de artikelen 6, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens en 14, lid 1, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, Antwerpen 1989.

Leuprecht Peter, Réflexions sur les garanties judiciaires pour les procédures administratives, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 1ff.

Matscher Franz (Hrsg.), Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts / Judicial safeguards in administrative proceedings / Garanties judiciaires pour les procédures administratives (Salzburger Kolloquium), Schriften des Österreichischen Instituts für Menschenrechte, Band 1, Kehl a.Rh. 1989.

Matscher Franz, Les garanties judiciaires pour les procédures administratives, Rapport introductif, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 9ff.

Machacek Rudolf, Europäische Menschenrechtskonvention und Verwaltungsrechtspflege, in: Pernthaler Peter, (Hrsg.), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte, Wien 1986, S. 43ff.

Münger Bernhard, Die Arbeiten des Expertenkomitees Menschenrechte beim Europarat, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 29ff.

Nørgaard Carl Aage, Judicial safeguards in administrative proceedings: The Scandinavian countries, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 65ff.

Nowak Manfred, CCPR-Kommentar, Kehl a.Rh. usw. 1989.

Oeter Stefan, Die "auslegende Erklärung" der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Unzulässigkeit von Vorbehalten nach Art. 64 EMRK, ZaöRV 1988 514ff.

Pernthaler Peter, Rechtsweg als Menschenrecht, in: Festschrift für Hans R. Klecatsky zum 70. Geburtstag, Wien 1990, S. 221-235.

Raymond Jean, La Suisse devant les organes de la Convention européenne des Droits de l'Homme, ZSR 1979 II 1ff.

Schmidt-Assmann Eberhard, Verfahrensgarantien im Bereich des öffentlichen Rechts. Darstellung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland mit vergleichenden Hinweisen auf die Bundesverwaltungsrechtspflege in der Schweiz im Blick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 89ff oder EuGRZ 1988 577ff.

Schmuckli Thomas, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Diss. Fribourg 1990.

Schubarth Martin, Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozessrecht, ZSR 1975 I 465ff, insb. S. 497ff.

Schweizer Rainer, Auf dem Weg zu einem schweizerischen Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht, ZBl 1990 193ff.

Schweizer Rainer, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Sozialversicherungsrecht, in: Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 19ff.

Stavros Stephanos, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Dordrecht/Boston/London 1993.

Thürer Daniel, Europäische Menschenrechtskonvention und schweizerisches Verwaltungsverfahren, ZBl 1986 241ff.

Thürer Daniel, Neuere Entwicklungen im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBl 1988 377ff.

Trechsel Stefan, Gericht und Richter nach der EMRK, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 385ff.

Trechsel Stefan, Der Einfluss der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Schweiz, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1988 667ff.

Trechsel Stefan, Das verflixte Siebente? Bemerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, in: Festschrift für Felix Ermacora, Kehl a.Rh. usw. 1988, S. 195ff.

Trechsel Stefan, Die Bedeutung der EMRK im Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1989 819ff.

Trechsel Stefan, Suisse, in: Delmas-Marty Mireille (Hrsg.), Raisonner la Raison d'État, Paris 1989, S. 375ff.

Trechsel Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989.

Trechsel Stefan, Gerichtlicher Menschenrechtsschutz in Grund- und Menschenrechtsfragen auf europäischer Ebene aus der Sicht der europäischen Kommission für Menschenrechte, in: Stern Klaus (Hrsg.), 40 Jahre Grundgesetz, Entstehung, Bewährung und internationale Ausstrahlung: Internationales Symposium vom 17. bis 20. Mai 1989, veranstaltet vom Institut für öffentliches Recht und Verwaltungslehre der Universität zu Köln, München 1990, S. 189-196.

Trechsel Stefan, Strafbarkeit der Erben wegen Steuerhinterziehung des Erblassers, Recht 1993 16ff.

Velu Jacques/Ergec Rusen, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bruxelles 1990.

Weh Wilfried Ludwig, Der Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Das Ende des "cautious approach" und seine Auswirkungen in den Konventionsstaaten, EuGRZ 1988 433ff.

Weh Wilfried Ludwig, Für und Wider den "cautious approach"/ civil rights und strafrechtliche Anklage (Art. 6 EMRK) in der Rechtsprechung der Strassburger Organe, EuGRZ 1985 469ff.

Wildhaber Luzius, Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 1979 II 229ff.

Wildhaber Luzius, "Civil rights" nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Basel/Frankfurt a.M. 1985, S. 469ff.

Wildhaber Luzius, Die Schweiz und die EMRK im Rahmen neuerer Entwicklungen, Saarbrücken: Europa-Institut (Vorträge und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 173) 1989, Vortrag vom 28.11.1988.

Abkürzungen

A.	Auflage
a.A.	anderer Auffassung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Amt Bull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (N), Ständerat (S)
Anm.	Anmerkung
a.o.	and others
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
B	Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGr	Bundesgericht
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874, SR 101
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
c.	contre
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights, Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.1966, SR 0.103.2 (AS 1993 750)
CD	Collection of Decisions of the European Commission of Human Rights/ Recueil de décisions de la Commission européenne des Droits de l'Homme

- DR Decisions and Reports/Décisions et Rapports de la Commission européenne des droits de l'homme
- E Zulassungsentscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte
- ECHR Publications of the European Court of Human Rights

EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950, SR 0.101
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
gl. A.	gleicher Auffassung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HRLJ	Human Rights Law Journal
IntKom	Internationaler Kommentar, vgl. im Literaturverzeichnis
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N.	Note(n)
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights, in continuation of the SIM Newsletter
Nr.	Nummer
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943, SR 173.110
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichtes Graubünden
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
sGS	(kantonale) systematische Gesetzessammlung
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht (bis 1990, ab 1991 vgl. SZIER)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StE	Der Steuerentscheid
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, SR 311.0

StPO	Strafprozessordnung
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (bis und mit 1990, vgl. SJIR)
v.	versus oder vom
VE	Verfassungsentwurf
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRP	Verwaltungsrechtspflege (-Gesetz oder -Verordnung)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, SR 172.021
WVK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
ZP	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Die Kantone sind nach Autokennzeichen abgekürzt.

Siehe weitere Abkürzungen: Verzeichnis der Abkürzungen in der amtlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide (BGE).

Die folgenden Kurzbegriffe bedeuten stets:

Gerichtshof	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Kommission	Europäische Kommission für Menschenrechte
Konvention	EMRK

§ 1 Grundlagen [S. 1]

1 Nach Art. 6-1 EMRK hat - kurz gefasst - jedermann einen Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird und zwar von einem *unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht*. Diese Norm gewährleistet vor allem das Grundrecht auf Zugang zu einem Gericht, *vorausgesetzt* es handelt sich um "Civil rights and obligations" bzw. "Droits et obligations de caractère civil" oder um eine "criminal charge" bzw. "accusation en matière pénale". Diese in Art. 6-1 EMRK verankerte *Rechtsschutzgarantie*¹ ist das konstitutive Element des Rechts auf ein rechtsstaatliches Verfahren².

2 Zunächst wurde in Art. 6-1 EMRK allerdings keine Rechtsweggarantie gesehen, sondern lediglich ein Bündel von besonderen Verfahrensrechten vor Gerichten, insbesondere des Anspruches auf rechtliches Gehör³. Doch die ersten Urteile des Gerichtshofes haben klargestellt, dass Art. 6-1 EMRK eine Rechtsschutzgarantie enthält⁴. Ausserdem macht Art. 6-1 EMRK den Gerichtszugang mit dem Erfordernis des "fair ... hearing" und den besonderen Verfahrensgarantien *effektiv*.

3 Art. 6-1 EMRK spricht nach der Praxis der Konventionsorgane neben der *Rechtsweggarantie* noch folgende Verfahrensgarantien aus⁵:

- Faires Verfahren, Grundsatz der Waffengleichheit, rechtliches Gehör⁶;
- Öffentlichkeit der Verhandlung und Urteilsverkündung⁷;

¹ Die Begriffe Gerichtsschutz, Rechtsweg- und Rechtsschutzgarantie werden synonym als Grundrecht auf den Zugang zu einem Gericht verstanden.

² Urteil Deweer, ECHR Series A 35, § 49; Hirsch Ballin, Wijzigingen 15ff.

³ Vgl. Schubarth, Strafprozessrecht 497; Golsong Herbert, Völkerrechtliche Vertragsbestimmungen über den innerstaatlichen gerichtlichen Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Band 3, Köln usw. 1971, S. 251ff, insb. 255ff.

⁴ Siehe z.B. Urteil Ringelsen, ECHR Series A 13, § 95; Urteil Golder, ECHR Series A 18, § 36; Urteil Sporrang and Lönnroth, ECHR Series A 52, § 84; van Dijk/van Hoof, Convention 296f; van Dijk, Wijzigingen 88ff m.w.H.; Grotrian, Article 6, § 50.

⁵ Vgl. Matscher, Garanties 9; Schubarth, Strafprozessrecht 497; Thürer, Verwaltungsverfahren 246; Wildhaber, Civil rights 469. Hinweis: Diese wichtigen Verfahrensbestimmungen können hier nicht weiter dargelegt werden.

⁶ Vgl. z.B. Miehsler/Vogler, IntKom, N. 341ff zu Art. 6 EMRK; Frowein/Peukert, Kommentar N. 54ff zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 318ff; van Dijk, Wijzigingen 95ff; Khol, Implications 641, §§ 11f.

Siehe zum prozessualen Armenrecht, das hier nicht behandelt werden kann: Khol, Implications 638, § 6; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 132ff zu Art. 6 EMRK je m.w.H.

⁷ Vgl. z.B. van Dijk/van Hoof, Convention 325ff; van Dijk, Wijzigingen 109ff; Miehsler/Vogler, IntKom, N.

- angemessene Verfahrensdauer⁸;
- Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesetzlich eingesetzten Gerichts⁹.

4 Art. 6-2 und 6-3 EMRK garantieren besondere Rechte des Angeklagten¹⁰. Die Anforderungen an ein Strafverfahren gemäss Art. 6-3 EMRK sind spezifische Aspekte des Rechts auf ein "fair trial" gemäss Art. 6-1 EMRK¹¹. Die Aufzählung des Art. 6-3 EMRK ist nicht abschliessend, sondern nennt beispielhaft Aspekte eines "fair trial"¹².

In "zivilrechtlichen"¹³ Verfahren können die besonderen Garantien des Art. 6-3 EMRK nur unter besonderen Umständen als Bestandteile des "fair trial" angesehen werden¹⁴. *Art. 6-3 EMRK gilt* demnach bloss für die Verfahren der strafrechtlichen Anklage, kann aber indirekt auf die "zivilrechtlichen" *Verfahren ausstrahlen*.

Ist Art. 6 EMRK in seiner "zivilrechtlichen" oder strafrechtlichen Tragweite grundsätzlich anwendbar, so führt dies allerdings nicht zur unbesehenen oder automatischen Anwendung aller entsprechenden Verfahrensgarantien. Die Konventionsorgane differenzieren vielmehr diese Verfahrensanforderungen nach Sachgebiet, Instanzenzug und konkreter Situation der Betroffenen.

5 Art. 6 EMRK ist die wichtigste und am häufigsten angerufene Vorschrift der Konvention. Die Konventionsorgane haben die für den Rechtsstaat konstitutive Bedeutung der

331ff zu Art. 6 EMRK; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 79ff zu Art. 6 EMRK je m.w.H.; vgl. Khol, Implications 641f, § 13 zum Recht auf persönliche Teilnahme an den Verhandlungen und § 16 zur Öffentlichkeit.

⁸ Vgl. dazu Frowein/Peukert, Kommentar, N. 98ff zu Art. 6 EMRK; Miehsler/Vogler, IntKom, N. 309ff zu Art. 6 EMRK; van Dijk, Wijzigingen 114ff; Khol, Implications 642f, § 17; Gartner Irene, Verfahrensverzögerungen, deren Ursachen und Folgen im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, Österreichische Richterzeitung 1991 246ff; vgl. das krasse Beispiel gemäss Urteil Dobbertin, ECHR Series A 256-D, § 37ff m.w.H.; vgl. auch N. 74.

⁹ Vgl. z.B. Miehsler/Vogler, IntKom, N. 295ff zu Art. 6 EMRK; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 88ff zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 335; van Dijk, Wijzigingen 121ff; Khol, Implications 639f, § 10.

¹⁰ Nämlich die Unschuldsvermutung gemäss Ziff. 2 und Verfahrensgarantien gemäss Ziff. 3.

¹¹ Urteil Artico, ECHR Series A 37, § 32; Urteil Colozza, ECHR Series A 89, § 26; Urteil F.C.B. c. Italie, ECHR Series A 208-B, § 29; Urteil Artner, ECHR Series A 242-A, § 19; Urteil T. c. Italie, ECHR Series A 245-C, § 25; Urteil Hennings, ECHR Series A 251-A, § 25; Urteil Hadjianastassiou, ECHR Series A 252, § 31.

¹² Urteil Artico, ECHR Series A 37, § 32, Urteil Colozza, ECHR Series A 89, §§ 26f.

¹³ Der Begriff der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" kann nicht richtig, und insbesondere nicht mit "zivilrechtlich" übersetzt werden, vgl. N. 21. Daher wird "zivilrechtlich" im folgenden in Anführungszeichen gesetzt.

¹⁴ Urteil Airey, ECHR Series A 32, § 26; Urteil Albert and Le Compte, ECHR Series A 58, § 39; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 54 zu Art. 6 EMRK.

Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK stets hervorgehoben. Daher besitzen die Verfahrensrechte in einem demokratischen Staat im Sinne der Konvention eine derart prominente Stellung, dass eine einschränkende Auslegung von Art. 6-1 EMRK nicht dessen Ziel und Schutzobjekt entsprechen würde¹⁵. Der Gerichtshof hat daher die teleologische Auslegung der Konvention namentlich am Art. 6 EMRK entwickelt¹⁶.

6 Art. 14-1 CCPR statuiert eine dem Art. 6-1 EMRK fast wörtlich entsprechende Garantie auf Zugang zu einem Gericht. Die Bestimmungen sind zu einem guten Teil zusammen im Rahmen der Vereinten Nationen entstanden¹⁷ und enthalten unter dem Gesichtspunkt des Gerichtszugangs dieselbe Garantie¹⁸. Daher wird Art. 14 Abs. 1 CCPR hier nicht eigens behandelt.

7 Mit der *wirksamen Beschwerde an eine nationale Instanz* gemäss Art. 13 EMRK kann eine Verletzung der Konvention behauptet werden. Art. 13 EMRK stellt nach ständiger Rechtsprechung der Konventionsorgane *keine Rechtsschutzgarantie* dar¹⁹, denn die nationale Instanz braucht kein Gericht zu sein, vielmehr genügt bereits ein verwaltungsinterner Beschwerdeweg. Art. 13 EMRK ist zu den speziellen Rechtsweggarantien der Art. 5-4 und 6-1 EMRK subsidiär²⁰.

¹⁵ Urteil Delcourt, ECHR Series A 11, § 25; Urteil Wemhoff, ECHR Series A 7, § 8 der Entscheidungsgründe (zu Art. 5 EMRK); Urteil Airey, ECHR Series A 32, § 24; Urteil Deweer, ECHR Series A 35, § 45; Urteil De Cubber, ECHR Series A 86, § 30.

¹⁶ Vgl. Velu/Ergec, Convention 336, § 381. Vgl. N. 20.

¹⁷ Vgl. Lemmens, Geschillen 12f; Nowak, Kommentar, N. 1 zu Art. 14 CCPR. Vgl. zur interessanten Entstehungsgeschichte beider Vertragsbestimmungen: Harris, Application 176ff; van Dijk/van Hoof, Convention 295ff; van Dijk, Wijzigingen 55ff; van Dijk Pieter, The interpretation of "civil rights and obligations" by the European Court of Human Rights - one more step to take, in: Mélanges Gérard Wiarda, Köln usw. 1988, 131ff; Velu Jacques, Le problème de l'application aux juridictions administratives, des règles de la Convention européenne des Droits de l'Homme relatives à la publicité des audiences et des jugements, Revue de Droit international et de Droit comparé 1961 129ff, insb. 135ff; Lemmens, Geschillen 205ff; Frowein/Peukert, N. 1ff zu Art. 6 EMRK; Miessler, IntKom, N. 33 zu Art. 6 EMRK m.w.H.; Trechsel, Bedeutung 829; Dugrip, Applicabilité 339, § 12; Fawcett, Application 134f.

¹⁸ Hirsch Ballin, Wijzigingen 36f m.w.H.; die Rechtsprechung des UNO Human Rights Committee nimmt denn auch eine ähnliche Entwicklung wie bei den Konventionsorganen, vgl. N. 33, S. 31, Anm. 3 und N. 35, S. 36, Anm. 2. Siehe zu den sonstigen Unterschieden van Dijk, Wijzigingen 62ff.

¹⁹ Urteil Klass, ECHR Series A 28, § 67; Urteil Leander, ECHR Series A 116, §§ 77 lit. b, 83; BGE 118 Ib 283 und dazu Yvo Hangartner, AJP 1992 1576ff m.w.H.; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 3 zu Art. 13 EMRK; Frowein, Rechtsschutz 30; Abraham, Incidences 416; van Dijk/van Hoof, Convention 528; Trechsel, Suisse 385; Hirsch Ballin, Wijzigingen 23; Haefliger, Menschenrechtskonvention 266; Wetzels Thomas, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz (Art. 13 EMRK) und seine Ausgestaltung in der Schweiz, Diss. Basel 1983, S. 99ff m.w.H.; Mertens Pierre, Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme, Bruxelles 1973, S. 71.

²⁰ Vgl. Hirsch Ballin, Wijzigingen 22 m.w.H.; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 7 zu Art. 13 EMRK; Trechsel, Einfluss 673; van Dijk/van Hoof, Convention 524f m.w.H.; Matscher Franz, Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art. 13 EMRK, in: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, Köln usw. 1986, S. 315ff, insb. S. 324 m.w.H.

§ 2 Sachlicher Geltungsbereich von Art. 6-1 EMRK [S. 7]

I. Problem

8 Art. 6-1 EMRK ist nur dann anwendbar, wenn "zivilrechtliche" Ansprüche und Verpflichtungen geltend gemacht werden *oder* die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage in Frage steht. In diesen Sachbereichen wird eine mit effektiven Verfahrensrechten bewehrte Gerichtsschutzgarantie wirksam. Insbesondere in Staaten mit einem nicht voll ausgebauten gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung - wie in der Schweiz, Österreich und den skandinavischen Staaten - ist diese Garantie bedeutsam. Die Rechtsprechung der Konventionsorgane zur Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK entwickelt sich *konsequent*. Allerdings besteht in bestimmten Fragen eine gewisse Unsicherheit betreffend den exakten Anwendungsbereich der Bestimmung²¹.

II. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei strafrechtlichen Anklagen

1. Begriff

9 Eine strafrechtliche Anklage ("criminal charge"/"bien-fondé de toute accusation en matière pénale") muss sich auf eine Straftat beziehen²². In aller Regel ist dies eine rechtswidrige Handlung, die den Tatbestand einer Strafnorm des besonderen Teils des Strafgesetzbuches oder eines Nebenstrafgesetzes erfüllt. Die Strassburger Organe bestimmen indessen den Begriff der strafrechtlichen Anklage *autonom*²³. Ansonsten könnten die Staaten den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK nach freiem Belieben vermindern, indem sie erklärten, es liege gar keine Straftat, sondern ein blosser Verstoss gegen Disziplinarrecht oder eine Ordnungswidrigkeit vor²⁴. Daher hat sich der Gerichtshof die Überprüfung vorbehalten, ob

²¹ Vgl. N. 30ff, 33ff.

²² Urteil Öztürk, ECHR Series A 73, § 47. Damit erstreckt sich Art. 6-1 EMRK in strafrechtlicher Hinsicht nur auf den Beschuldigten, nicht auf den Kläger, Anzeiger oder sonstige Interessierten, BGr v. 3.11.1988 und v. 25.8.1988, SJIR 1989 282f; BGr v. 13.9.1990, SZIER 1991 403f.

²³ Urteil Engel, ECHR Series A 22, §§ 80f; van Dijk, Wijzigingen 81; Dugrip, Applicabilité 347, § 41; Stavros, Garanties 2ff; Grotrian, Article 6, § 36.

²⁴ Vgl. Urteil Campbell and Fell, ECHR Series A 80, § 68. Die anfängliche Rechtsprechung der Kommission stellte auf die Klassifikation im nationalen Recht ab, vgl. E 734/60, X. v. Germany, CD 6, 29; Stavros, Garanties 3.

die innerstaatliche Abgrenzung zwischen Straf- und Disziplinarrecht nicht dem Ziel und Zweck von Art. 6 EMRK zuwiderläuft²⁵. Dabei zieht er drei alternative Gesichtspunkte in Betracht²⁶:

- Ausgangspunkt ist die *Zuordnung der fraglichen Materie zum nationalen* Straf- oder eben Disziplinarrecht. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch im Hinblick auf die folgenden nur von beschränkter Bedeutung.
- Die *Natur der Zuwiderhandlung* bestimmt sich nach dem Kreis der potentiellen Adressaten der Vorschrift. Disziplinarsanktionen wollen die Einhaltung spezifischer Verhaltensvorschriften durch besondere Personengruppen (Beamte, Schüler, Studenten, Angehörige der freien Berufe usw.) sicherstellen. Richtet sich eine "Disziplinarvorschrift" potentiell aber an die gesamte Bevölkerung, so ist der Verstoss dagegen als strafrechtlich zu werten.
- Sind *Art und Schweregrad der angedrohten Rechtsfolge* bedeutend genug, muss eine Straftat im Sinne von Art. 6-1 EMRK angenommen werden.

10 In Konkretisierung dieser Gesichtspunkte hat der Gerichtshof folgende Reaktionen als strafrechtlich gewertet:

- Disziplinarmaßnahmen gegen holländische Soldaten (14 Tage strenger Arrest)²⁷;
- den Entzug des Drittelsreststrafenerlasses bei Disziplinverstössen englischer Gefangener im Umfang von 570 Tagen²⁸;
- das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht (im vorgelegten Fall wurde ein Verstoss gegen die Strassenverkehrsordnung mit einem Bussgeld von DM 60.- geahndet)²⁹;
- eine Busse von Fr. 120.- wegen angeblicher Teilnahme an einer unbewilligten Demonstration³⁰;

²⁵ Urteil Weber, ECHR Series A 177, § 29.

²⁶ Vgl. Urteil Demicoli, ECHR Series A 210, §§ 30-34; Urteil Weber, ECHR Series A 177, §§ 31-34; Urteil Öztürk, ECHR Series A 73, §§ 50-53; Urteil Engel u.a., ECHR Series A 22, §§ 82-85; Urteil Campbell and Fell, ECHR Series A 80, §§ 70-73; Boes M., *Administratieve sancties en Art. 6 EVRM in België*, Zwolle 1989, S. 14; Abraham, *Incidences 415*; Dugrip, *Applicabilité 348*, § 44; Miehsler, *IntKom*, N. 197ff zu Art. 6 EMRK; Frowein/Peukert, *Kommentar*, N. 25 zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, *Convention 310f*; Matscher, *Rapport 20f*; Stavros, *Guarantees 7*; Grotrian, *Article 6*, § 40; Machacek, *Verwaltungsrechtspflege 57f* je m.w.H.

²⁷ Urteil Engel u.a., ECHR Series A 22, §§ 82-85.

²⁸ Urteil Campbell and Fell, ECHR Series A 80, §§ 70-73. Dagegen gilt die disziplinarische Verschärfung des Untersuchungshaftregimes nicht als strafrechtliche Anklage, vgl. E 11691/85, René Pelle c. France (12 Tage Einzelhaft), DR 50, 263; E 7754/77, X. c. Suisse, DR 11, 216 oder VPB 1983 Nr. 125; BGE 117 Ia 187; BGE 118 Ia 360 und dazu Yvo Hangartner, *AJP* 1993 82ff.

²⁹ Urteil Öztürk, ECHR Series A 73, §§ 50-53; bestätigt im Urteil Lutz, ECHR Series A 123, §§ 50-57; vgl. Schroth Hans-Jürgen, *Europäische Menschenrechtskonvention und Ordnungswidrigkeitenrecht*, EuGRZ 1985 557ff, insb. S. 558; Haefliger, *Menschenrechtskonvention 124f* und Thüerer, *Verwaltungsverfahren 258* über den "nichtstrafrechtlichen Charakter" des Ordnungswidrigkeitenrechts.

³⁰ Urteil Belilos, ECHR Series A 132, § 62.

- eine Busse von bis zu Fr. 500.- wegen Veröffentlichung von nicht mehr geheimen Tatsachen im Verlaufe eines Strafverfahrens³¹;
- Disziplinarsanktion des maltesischen Parlamentes von bis zu 60 Tagen Gefängnis und/oder Busse von bis zu 500 maltesischen Pfund gegen einen Zeitschriftenherausgeber, dem Ehrenbeleidigung durch einen satirischen Beitrag vorgeworfen wurde³².

Die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage steht *bis zur rechtskräftigen Erledigung eines Strafverfahrens* (Verurteilung oder definitive Einstellung) in Frage³³; Art. 6 EMRK gilt daher auch im Rechtsmittelverfahren³⁴. Verfahrensleitende Entscheide innerhalb eines Strafverfahrens stellen selber keine strafrechtliche Anklagen dar³⁵. Auch gelten die Garantien des Art. 6-1 EMRK nicht für Beschlüsse, die erst *nach* der strafrechtlichen Verurteilung ergehen, so die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug und Rückversetzung³⁶, die Gnadenentscheidung der zuständigen Behörde (Regierung oder Parlament)³⁷ und das Verfahren zur Prüfung eines Wiederaufnahmeantrages³⁸. Wird das Strafverfahren wiederaufgenommen, so gilt in diesem Verfahren Art. 6-1 EMRK aber erneut.

11 *Bagatellstrafsachen*, die mit nur geringen Bussen oder kurzen Haftstrafen geahndet werden, fallen in den Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Viele Strafprozessordnungen sehen dafür ein vereinfachtes Verfahren vor, um die Gerichte zu entlasten und der Kriminalisierung entgegenzuwirken³⁹. So gelten aber bereits eine Busse von 120.- Fr. oder eine Ordnungsbusse von 60.- DM als strafrechtliche Sanktionen, welche die Anwendung des Art. 6

³¹ Urteil Weber, ECHR Series A 177, § 34.

³² Urteil Demicoli, ECHR Series A 210, §§ 30-34.

³³ Urteil Eckle, ECHR Series A 51, §§ 72ff; vgl. Gollwitzer Walter, Kommentar zur Menschenrechtskonvention, N. 41 m.w.H. zu Art. 6, in: Löwe-Rosenberg, StPO-Grosskommentar, 31. Lieferung: MRK, IPBPR, Berlin/New York 1992.

³⁴ Vgl. N. 69.

³⁵ Vgl. z.B. E 11669/85, A. v. Germany, DR 54, 95 (Entscheid, den Angeklagten dem Gericht zu überstellen). Im strafprozessualen Untersuchungsverfahren werden aber die Verfahrensgarantien des Art. 5 EMRK wirksam.

³⁶ Hier kann sich jedoch ein Problem in bezug auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 5-4 EMRK ergeben. Die Kommission wird ihre bisherige Rechtsprechung (vgl. z.B. B 7648/76, Christinet c. Suisse, DR 17, 35) kaum aufrechterhalten, vgl. Trechsel, Kommentar, N. 5 vor Art. 42 StGB und N. 8 zu Art. 45 StGB.

³⁷ Vgl. N. 55: Es handelt sich um eigentliche Actes de Gouvernement.

³⁸ E 14288/88, X. gegen Österreich, ÖJZ 1990 216 m.w.H.; vgl. auch N. 40, S. 46, Anm. 5.

³⁹ Vgl. z.B. Art. 52 StPO SG (provisorische Bussenverfügung), die jedoch nach erfolgter Einsprache des Angeschuldigten zum normalen Strafverfahren führt.

EMRK herbeiführen⁴⁰. Jugendstrafverfahren haben ebenfalls die Garantien des Art. 6 EMRK einzuhalten⁴¹.

12 Das Urteil Demicoli⁴² macht auf das besondere Problem der *parlamentarischen Straf- und Verwaltungsrechtspflege* aufmerksam. Danach sind abschliessende Strafkompetenzen des Parlamentes unzulässig, vielmehr muss ein parlamentarischer Strafentscheid vor ein Gericht gebracht werden können. Dem könnte etwa die Regelung des Art. 20 KV GE widersprechen, wonach der Präsident eines Genfer Parlamentes eine Person, die sich eines "grave manque de respect" schuldig macht oder der "désordre ou tumulte" vorgeworfen wird, maximal 24 Stunden in Haft setzen kann⁴³. U.U. handelt es sich um eine strafrechtliche Sanktionierung verpönten Verhaltens. Ein Tag Haft ist im Sinne von Art. 6-1 EMRK bereits eine erhebliche Strafe, die sich zudem an die Allgemeinheit richtet. Ist Art. 6 EMRK anwendbar, so verletzt diese Ordnung den in Art. 6-1 EMRK garantierten Gerichtszugang, da der Parlamentspräsident abschliessend befindet⁴⁴.

13 Wieweit die Nebenstrafen des Art. 51-56 StGB ebenfalls den Garantien des Art. 6-1 EMRK unterliegen, ist schwer zu entscheiden⁴⁵. Die Frage ist aber insofern belanglos, als

⁴⁰ Vgl. Sachverhalt des Urteils Belilos, ECHR Series A 132, § 62; Urteil Öztürk, ECHR Series A 73, §§ 50-54. Der Kanton Waadt hat als Folge des Urteils Belilos die entsprechende "loi du 17 novembre 1969 sur les sentences municipales" mit Inkraftsetzung per 2.5.1989 revidiert und eine gerichtliche Überprüfung der Tatsachen- und Rechtsfragen eingeführt (N. 90, S. 93, Anm. 8), vgl. die Resolution DH (89) 24 des Ministerkomitees v. 19.9.1989, VPB 1989 IV Nr. 64-D; Weh, Anwendungsbereich 447.

⁴¹ B 13924/88, Erik Hans Nortier v. Netherlands, §§ 50ff (unbestritten, vgl. auch NQHR 1992 503f, anhängig); BGE 108 Ia 90 (unbestritten); Hottelier Michel, Le droit des mineurs d'être jugés par un tribunal impartial au sens de l'art. 6 par. 1er CEDH, Semaine Judiciaire 1989 133ff; a.A. vgl. Bolle Pierre-Henri, La notion helvétique de tribunal indépendant et impartial, Revue de science criminelle et droit pénal comparé 1990 753ff, insb. S. 762f und Anm. 44-48.

⁴² ECHR Series A 210. Im E 17073/90, X. gegen Österreich, ÖJZ 1992 845, stellte ein Untersuchungsausschuss des österreichischen Parlamentes die politische und administrative Verantwortlichkeit für die Umgehung der Kriegsmaterialausfuhrverbote fest. Die Kommission sah darin kein verschleiertes Strafverfahren und hielt Art. 6 EMRK für unanwendbar (unzulässig erklärt).

⁴³ Vgl. genauer Art. 20 Abs. 2 KV GE, wonach Präsidenten weiterer Behörden dafür zuständig sind; soweit es sich um Gerichtspräsidenten handelt, ist die Vorschrift weniger problematisch. Eine ähnliche Vorschrift nennt Art. 118 Abs. 3 des Gesetzes v. 15.5.1979 über das Reglement des Grossen Rates des Kantons Freiburg, sGS 121.1., wobei hier die Verhaftung und Überweisung an die Gerichtsbehörden genannt ist; also in der Meinung, dass ein ordentliches Strafverfahren (z.B. wegen Sachbeschädigung usw.) durchgeführt wird. Insofern wäre die Vorschrift unbedenklich. Die meisten Kantone und der Bund sehen bei Tumulten die Wegweisung des Publikums aus dem Ratssaal vor, was unproblematisch ist, vgl. Art. 52 Abs. 4 des Geschäftsreglementes des Nationalrates v. 22.6.1990, SR 171.14 und Art. 44 Abs. 3 des Geschäftsreglementes des Ständerates v. 24.9.1986, SR 171.14, Art. 36 und 76ff des st. gallischen Grossratsreglementes v. 24.10.1979, sGS 131.11.

⁴⁴ A.A. Gewährleistungsbotschaft, BBl 1978 I 1284f; 1978 konnte man die Entwicklung dieser Rechtsprechung aber noch nicht unbedingt voraussehen.

⁴⁵ Es ist zweifelhaft, ob es sich wirklich um Strafen und nicht um Massnahmen handelt, vgl. Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, AT II, Bern 1989, S. 26ff; Trechsel, Kommentar, N. 1 zu vor Art. 51 StGB.

der Strafrichter ohnehin über die Ausfällung der Nebenstrafen befindet. Sie stellt sich indessen, wenn Administrativsanktionen (z.B. der Führerausweisentzug) aus rechtsstaatlichen Gründen (Art. 6-1 EMRK) in die richterliche Kompetenz überführt werden sollen⁴⁶. Die Empfehlung des Ministerkomitees über Verwaltungsstrafen vom 13.2.1991 fordert immerhin einen Gerichtsschutz gegen solche Verwaltungsstrafen⁴⁷.

2. Ausgewählte Problembereiche

a. Neben- und Übertretungsstrafrecht

14 Die Missachtung der Normen des kantonalen *Übertretungsstrafrechtes* und der zahllosen *Strafbestimmungen in den Verwaltungs- und Verfahrensgesetzen* der Kantone⁴⁸ und des Bundes⁴⁹ führt zur Ausfällung einer *Busse* oder gar von *Haft*. Beide Sanktionsarten stellen nach den Kriterien des Gerichtshofes hinsichtlich ihrer Schwere und ihres Adressatenkreises strafrechtliche Anklagen gemäss Art. 6-1 EMRK dar; es sind die Garantien des Art. 6 EMRK zu

⁴⁶ Vgl. Schulz Hans, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern 1987, S. 95 betreffend den Führerausweisentzug. Dieser unterliegt als Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG schon heute der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Art. 97ff OG (vgl. z.B. BGE 116 Ib 146). Würde er als strafrechtliche Anklage bewertet (was z.B. Dugrip, *Applicabilité* 350, § 49 befürwortet), so müsste das nachkontrollierende Gericht auch die Strafzumessung (Entzugsdauer) prüfen, vgl. N. 65. Die Kommission hat im E 10950/84, St. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 101 Art. 6-1 EMRK auf ein Verfahren betreffend den Entzug des Führerausweises wegen übersetzter Geschwindigkeit angewandt.

⁴⁷ Recommendation R (91) 1 v. 13.2.1991 über Verwaltungsstrafen, Prinzip 8, vgl. Information Sheet No. 28, S. 178ff: "An act imposing an administrative sanction shall be subject, as a minimum requirement, to control of legality by an independent and impartial court established by law." Im verwaltungsstrafrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK bringt diese Empfehlung allerdings eine Verschlechterung gegenüber Art. 6-1 EMRK, da das nachprüfende Gericht nur Rechtsfragen prüfen soll, nicht den ebenso wichtigen Sachverhalt.

⁴⁸ Vorbehalten in Art. 335 Ziff. 1 Abs. 2 und Ziff. 2 StGB. Siehe z.B. das Urteil des Aargauer Verwaltungsgerichtes v. 26.2.1991, StE 1992 B 101.1. Nr. 5 (Ordnungsbusse wegen Nichteinreichung der Steuererklärung); BGr. v. 7.5.1991, J.R. gegen Gemeinderat St. Margrethen und Strafkammer des Kantonsgerichts St. Gallen, SZIER 1992 502 und Amtsblatt des Kantons St. Gallen 1992 1791 (Zuständigkeit des Gemeinderates bei Widerhandlungen gegen das Baugesetz); es liessen sich hier zahlreiche Bestimmungen anführen.

Besonders interessant ist das Problem, das sich in BGE 117 Ia 491 stellt: Der die Beugehaft anordnende Richter übt gewissermassen (interne, justizielle) "Verwaltungstätigkeit" aus. Gleichwohl kann nicht verlangt werden, dass der Richter, der die Zeugnisverweigerung bestraft, ein anderer ist als jener, der den Zeugen zur Befragung vorgeladen hat. Die Verhandlung betreffend die Verhängung von Beugehaft muss freilich gemäss Art. 6-1 EMRK öffentlich erfolgen. Vgl. auch E 17417/90, S. et E. c. Suisse, VPB 1992 Nr. 55; B 14220/88, Ravensborg v. Sweden, NQHR 1993 203 (vor dem Gerichtshof anhängig).

⁴⁹ Insbesondere das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22.3.1974, SR 313.0 (VStrR) und die zahlreichen Bestimmungen des Nebenstrafrechtes in Verwaltungsgesetzen des Bundes, vgl. Haefliger, Menschenrechtskonvention 122. So ist Art. 6-1 EMRK auf Verfahren betreffend Zollbussen anwendbar, vgl. E 11423/85, Paolo Senis c. France, DR 59, 50. Im Urteil Salabiaku, ECHR Series A 141-A war die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK in einem Zollstrafverfahren unbestritten.

gewähren. Soweit erstinstanzlich eine Verwaltungsbehörde zuständig ist, bedarf es entgegen Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB einer in ihrem Umfang hinreichenden gerichtlichen Nachkontrolle⁵⁰.

b. Disziplinarrecht bei den freien Berufen

15 Die Staaten unterwerfen die *Angehörigen der freien Berufe* (z.B. Medizinalpersonen, Rechtsanwälte, Notare) häufig besonderen Standes- und Berufspflichten. Verstösse gegen die Standesordnung ziehen mitunter erhebliche *Disziplinarsanktionen* nach sich. Die Konventionsorgane sehen diese Reaktionen nicht als strafrechtliche Anklagen an. Art. 6-1 EMRK ist demzufolge nicht anwendbar⁵¹. Wird als Sanktion dagegen ein (auch bloss befristetes) Berufsausübungsverbot ausgesprochen, so kann Art. 6-1 EMRK anwendbar sein, weil eine "zivilrechtliche" Streitigkeit vorliegt⁵².

c. Disziplinarrecht bei öffentlichen Bediensteten

16 Die Kommission wurde häufig angerufen, weil gegen öffentliche Bedienstete Sanktionen wegen Disziplinarfehlern verhängt wurden. Als beamtenrechtliche Disziplinarsanktionen stehen Verweis, Busse, Kürzung der Besoldung und von Vergünstigungen,

⁵⁰ Siehe den durch "friendly settlement" erledigten Sachverhalt im Urteil *Société Sténuit*, ECHR Series A 232-A, §§ 5 und 7, wo Art. 6 EMRK mangels gerichtlicher Kontrolle verletzt wurde, vgl. Flauss, *Convention* 1991, 20 und *Convention*, janvier-avril 1992, 419.

In der Praxis bestehen hier zwei wichtige Problembereiche: *Zum einen* findet gestützt auf Art. 345 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bei Übertretungen entgegen Art. 6-1 EMRK keine gerichtliche Strafrechtspflege statt (vgl. Trechsel, Einfluss 694). Vgl. z.B. Art. 97 des st. gallischen Volksschulgesetzes v. 13.1.1983, sGS 213.1 (= VSG SG), wonach Eltern (diese unterliegen keinem Disziplinarrecht mehr, wie noch die Kinder), welche die Kinder nicht zum Schulbesuch anhalten, mit Ordnungsbusse bis zu Fr. 200.- gebüsst werden können; dafür ist entgegen Art. 6-1 EMRK ein reiner Verwaltungsweg vorgesehen (vgl. Art. 128 und 130 Abs. 1 lit. b VSG SG; letzte Instanz im Kanton ist der Erziehungsrat, vgl. anschaulich GVP 1988 Nr. 92); siehe weitere Nachweise zu den Sanktionen bei Kley, Grundpflichten 301. Z.T. werden die Verwaltungsstrafen aber vom ordentlichen Strafrichter ausgesprochen, vgl. z.B. Art. 131 VSG SG.

Zum andern muss das nachkontrollierende Gericht Tatbestand, alle Rechtsfragen und - bei strafrechtlichen Anklagen - die Strafzumessung prüfen, vgl. N. 65.

⁵¹ Vgl. Miehsler/Vogler, *IntKom*, N. 181 zu Art. 6 EMRK. Siehe das anschauliche Beispiel des E 11869/85 v. Belgium, *European Human Rights Reports* 1989 76 (Disziplinarmaßnahmen der belgischen Notarkammer, wonach einem Notar empfohlen wurde, Honorare an die Klienten zurückzubezahlen; Art. 6-1 EMRK unanwendbar); E 10059/82, M. c. Allemagne, DR 43, 5, Busse von 12'000.- DM für standeswidriges Verhalten eines Apothekers, Art. 6-1 EMRK unanwendbar). M.E. ruft die Schwere der Sanktion im letzteren Fall trotz des beschränkten Adressatenkreises nach einer Gerichtskontrolle im Sinne von Art. 6-1 EMRK.

⁵² Vgl. N. 30 und N. 38, S. 39, Anm. 1.

Rückversetzung im Amt, Versetzung in das provisorische Dienstverhältnis und als schwerste Sanktion die disziplinarische Entlassung⁵³ zur Verfügung. Bei diesen Disziplinarsanktionen hat die Kommission die Anwendung des Art. 6-1 EMRK abgelehnt.

Der *Verweis* ist selbst dann keine strafrechtliche Reaktion⁵⁴, wenn er die Ehre des Beamten tangiert⁵⁵; ebensowenig ist die *disziplinarische Busse* als strafrechtliche Sanktion anzusehen⁵⁶.

Schwieriger ist die Frage zu beurteilen, wie bei Beamten und Lehrern die Disziplinar-massnahme der *Besoldungskürzung* zu bewerten ist. In der Wirkung ebenso einschneidend wie eine Busse hat sie dennoch keinen typisch strafrechtlichen Charakter⁵⁷.

Die disziplinarische *Entlassung von Beamten* ist nach der aktuellen Rechtsprechung der Konventionsorgane ebenfalls keine strafrechtliche Sanktion⁵⁸. M.E. müsste sie als schwerwiegende Massnahme einer Gerichtskontrolle gemäss Art. 6-1 EMRK unterliegen⁵⁹.

Nach den drei im Falle Engel entwickelten Gesichtspunkten besteht m.E. ein grosses Bedürfnis, dass zumindest die schwere Disziplinarsanktion der Entlassung als strafrechtliche Anklage gewertet wird. Denn die öffentlichen Bediensteten stellen eine grosse Bevölkerungskategorie dar; die nationale Zuordnung zum Disziplinarrecht kann nicht entscheidend sein.

Beim beamtenrechtlichen Disziplinarrecht ist allerdings die Abgrenzung zum "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK nicht einfach. Namentlich das Urteil Editions Périscope⁶⁰ könnte nun dazu führen, dass sämtliche pekuniären Disziplinar-massnahmen

⁵³ Vgl. die in diesem Sinne für das schweizerische Recht typische Regelung des Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30.6.1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten, SR 172.221.10. Als Disziplinarsanktion steht jedoch die Freiheitsstrafe nicht zur Verfügung, diese Sanktion wäre beim Beamtenrecht schwer vorstellbar, vgl. Stavros, Garanties 22. Vgl. zum Beamtenrecht auch N. 35.

⁵⁴ Vgl. E 17089/90 gegen Österreich, ÖJZ 1992 162; vgl. auch BGr v. 15.11.1990, BVR 1991 429f.

⁵⁵ E 10293/83, B. v. United Kingdom, DR 45, 41.

⁵⁶ E 10365/83, S. v. Germany, DR 39, 237; im Sachverhalt ging es um eine Geldbusse von DM 4000.- wegen Anstiftung zu ungesetzlichem Streik.

⁵⁷ E 12873/87 gegen Österreich, ÖJZ 1990 126, Gehaltskürzung von 25% während dreier Jahre.

⁵⁸ E 15965/90, X. c. Espagne (Abberufung eines Richters wegen disziplinarischer Verfehlungen ist keine strafrechtliche Anklage). In etlichen Fällen sah die Kommission die Entlassung von Staatsangestellten weder als strafrechtliche Anklage noch als zivilrechtliche Streitigkeit an (vgl. N. 35, S. 36, Anm. 1 zu weiteren Fällen, die nur unter letzterem Gesichtspunkt geprüft wurden), vgl. z.B.: E 734/60, X. v. Germany, CD 6, 29; E 9799/82, C. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 99 (Beamter der Stadtwerke von L.); E 10582/83, P. v. Portugal, DR 40, 271 (dem öffentlichen Dienst anzugehören oder als Bediensteter entlassen zu werden betrifft kein "zivilrechtliches" Recht, eine Entlassung stellt schon gar keine strafrechtliche Anklage dar); E 7374/76, X. v. Denmark, DR 5, 157 (Ein Pastor der dänischen Staatskirche auferlegte den Eltern von Taufkindern, entgegen den Weisungen seiner Vorgesetzten, den Besuch von fünf Stunden Religionsunterricht. Die erfolgte disziplinarische Entlassung wurde weder als "Zivilstreitigkeit" noch als strafrechtliche Anklage gewertet.); E 8496/79, X. v. United Kingdom, DR 21, 168 (disziplinarische Entlassung eines Polizisten, der sich Kraftstoff "geborgt" hatte).

⁵⁹ Vgl. Stavros, Garanties 22; Thürer, Verwaltungsverfahren 259 und die vorbildliche Regelung in Art. 16 Abs. 1 KV BE (die in der neuen Berner Verfassung, die am 6.6.1993 angenommen wurde, fehlt).

⁶⁰ Vgl. N. 37. Dazu kommt noch, dass sich das Beamtenrecht auf dem Weg der Angleichung an das privatrechtliche Arbeitsrecht befindet, vgl. N. 35; damit würde der Sachbereich ganz dem "zivilrechtlichen"

(Bussen, Besoldungskürzungen) als "zivilrechtlich" angesehen werden müssten. Die künftige Rechtsprechung wird in dieser Frage hoffentlich einen verbindlichen Weg weisen.

d. Strafsteuern

17 Die Gerichte haben sich mehrfach mit der im Sinne des Art. 6-1 EMRK strafrechtlichen Natur der *Strafsteuer* beschäftigt. Die Strafsteuern wollen nicht nur als sog. Nachsteuern den Steuer- und Zinsenausfall ausgleichen, sondern zusätzlich als general- und spezialpräventiv indizierte Verwaltungssanktionen wirken⁶¹. In dieser Ausprägung sind sie *echte Strafen* und ziehen die Anwendung des Art. 6 EMRK nach sich. Das Ausmass der Strafsteuern kann bedeutende Beträge ausmachen. Nach dem Adressatenkreis richten sie sich an die steuerpflichtige Allgemeinheit. Die Kriterien des Gerichtshofes sind offensichtlich erfüllt; Art. 6-1 EMRK ist daher auf Strafsteuerverfahren anwendbar. Die aktuelle Rechtsprechung und die Literatur teilen heute mehrheitlich diese Auffassung^{62,63}.

Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK zugewiesen.

⁶¹ Vgl. z.B. Art. 125 (Steuerwiderhandlung, ausgestaltet als verwaltungsrechtliche Busse von Fr. 1 bis 10'000.-) und Art. 126 des st. gallischen Steuergesetzes v. 23.6.1970, sGS SG 811.1 (Steuerhinterziehung, ausgestaltet als 1/3 bis zum dreifachen Betrag der Nachsteuer), vgl. Weidmann Heinz/Grossmann Benno/Zigerlig Rainer, Wegweiser durch das st. gallische Steuerrecht, 4. A., Muri/Bern 1987, S. 270; vgl. Art. 129 Abs. 1 BdBS, welcher eine Busse bis zum Vierfachen des entzogenen Steuerbetrages vorsieht. Das Bundesgericht verlangt, dass die allgemeinen Regeln des Art. 48 Abs. 2 und Art. 63ff StGB Anwendung finden, vgl. BGE 114 Ib 30. Es handelt sich im Falle von Art. 129 Abs. 1 BdBS um eine strafrechtliche Sanktion (BGE 116 IV 266 m.w.H.; BGr v. 5.7.1991, in: StE 1992 B. 101.6 Nr. 3).

⁶² Rechtsprechung: Vgl. BGr v. 14.9.84, StE 1985 B 101.21 Nr. 2; BGE 116 IV 266; BGr v. 5.7.1991, StE 1992 B 101.6 Nr. 3; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1989 II Nr. 19; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, ZBl 1983 327ff; Rechenschaftsbericht des Verwaltungsgerichtes Zürich an den Kantonsrat 1989, Nr. 38-42 und 1991, Nr. 29-31, 33, 34; StE 1991 B 101.8 Nr. 6; GVP 1991 Nr. 24 (Einordnung als echte Strafe). Das Verwaltungsgericht Schwyz, StE 1987 B 101.21 Nr. 5 (S. b), bezweifelt die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK, weil "nicht Vergeltung und Besserung des fehlbaren Steuerpflichtigen im Vordergrund" stehen, "sondern das Bestreben, die fiskalischen Interessen des Gemeinwesens zu schützen". Auch stünden keine Freiheitsstrafen auf dem Spiel. Der französische Conseil d'Etat (das oberste Verwaltungsgericht) sieht Art. 6-1 EMRK ebenfalls als unanwendbar an, vgl. Dugrip, *Applicabilité* 350, §§ 50, 51.

Es ist aber zumindest eigenartig, dass das Bundesgericht die Bestrafung der Erben wegen Steuerhinterziehung des Erblassers zwar als strafrechtliche Anklage angesehen hat (vgl. BGE 117 Ib 367 oder EuGRZ 1992 416), aber darin keine persönliche Bestrafung der Erben sah, vgl. Trechsel, *Strafbarkeit* 16ff.

Literatur: Vgl. Trechsel, *Strafbarkeit* 27 Anm. 52 m.w.H.; Flauss, *Convention* 1991, 20; Kälin/Sidler, *Strafsteuer* 169ff m.w.H.; Zweifel Martin, *Die Strafsteuer als Strafe*, ASA 1989/90 1ff, insb. S. 4ff; Kälin Walter/Sidler Lisbeth, *Die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK auf kantonale Steuerhinterziehungsverfahren*, Archiv für schweizerisches Abgaberecht 1988/89, 529ff, insb. S. 538f m.w.H.; Anzenberger Werner, *Finanzstrafrecht und MRK: Neuerungen im Finanzstrafrecht im Lichte der europäischen Menschenrechtskonvention*, Wien 1989, S. 69.

⁶³ Die Kommission hält Straf- und Zusatzsteuern wohl für strafrechtlich im Sinne von Art. 6-1 EMRK, vgl. B 11464/85, Max von Sydow v. Sweden, DR 53, 85; EuGRZ 1987 329 sowie gütliche Einigung, DR 53, 121; EuGRZ 1988 329; E 12547/86, M.B. v. France, EuGRZ 1992 174f; die Konventionsorgane haben in dieser

3. Würdigung

18 Der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK in ihrer strafrechtlichen Tragweite unterliegen also bereits einige Gebiete des klassischen Verwaltungsrechtes, namentlich verwaltungsrechtliche Strafbestimmungen, einzelne Disziplinarsanktionen und Strafsteuern. Das Verwaltungsrecht wird damit - was häufig übersehen wird - nicht nur vom "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK her einer partiellen Gerichtskontrolle unterworfen. Nach einem Verwaltungs- oder "Parlaments-" Strafverfahren muss letztinstanzlich ein Richter angerufen werden können, sei es der Strafrichter, ein Verwaltungsgericht oder eine mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Rekurskommission⁶⁴.

III. Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK bei "zivilrechtlichen" Streitigkeiten

1. Begriff

19 Würde Art. 6-1 EMRK als *Verweis auf das nationale Recht* verstanden, so müsste der einzelstaatliche Zivilrechtsbegriff Anwendung finden. Dieses Vorgehen führte zu einer *unterschiedlichen* Anwendung des Art. 6-1 EMRK in den einzelnen Staaten⁶⁵. Das in der Präambel der Konvention ausgesprochene Ziel eines gemeinsamen, europäischen Grundrechtstandards würde vereitelt. Die Konventionsorgane haben daher einen *konventionseigenen, autonomen Begriff des "Zivilrechtes"* entwickelt⁶⁶.

20 Die Formel der "determination of his civil rights and obligations" bzw. "contentions sur ses droits et obligations de caractère civil" ist in ihrer Tragweite unbestimmt und hat im System des Art. 6 EMRK und der Konvention dornenvolle Probleme aufgeworfen⁶⁷. Die

Frage aber noch nicht definitiv entschieden, vgl. Flauss, *Convention* 1991 20; Abraham, *Incidences* 414. Gegenwärtig sind solche Verfahren vor der Kommission anhängig, vgl. Trechsel, *Strafbarkeit* 27.

⁶⁴ Vgl. N. 59.

⁶⁵ Van Dijk, *Wijzigingen* 71f; Fawcett, *Application* 133f; Wildhaber, *Civil rights* 470; Miehsler, *IntKom*, N. 101 zu Art. 6 EMRK.

⁶⁶ Urteil Ringeisen, ECHR Series A 13, § 94; Urteil Le Compte, Van Leuven und De Meyere, ECHR Series A 43, §§ 46f; vgl. weitere Hinweise bei Lemmens, *Geschillen* 19 und Anm. 54, 146ff; van Dijk, *Wijzigingen* 72; Jacot-Guillarmod, *Convention* 63; Wildhaber, *Civil rights* 470 Anm. 5; Bleckmann, *Civil rights* 255; Thürer, *Verwaltungsverfahren* 247; Dugrip, *Applicabilité* 339, § 14.

⁶⁷ Unter den vielen Beiträgen zum "Zivilrechtsbegriff" des Art. 6 EMRK sind zwei hervorragende hervorzuheben. Der 1977 erschienene umfangreiche Aufsatz von Harris, *Application* hat gestützt auf die erste Praxis der Strassburger Organe das grundlegende Problem in seiner ganzen Tragweite vorausgesehen und ist nach wie vor

Auslegungs-grundsätze der anwendbaren⁶⁸ Art. 31-33 WVK tragen wenig zur Erhellung bei, da sich dem Wortlaut wie auch den Vertragsverhandlungen keine eindeutigen Hinweise entnehmen lassen. Aus diesem Grunde ist die allgemeine Auslegungsregel des Art. 31-1 WVK bedeutsam; vor allem die *teleologische Auslegung* hat ein besonderes Gewicht⁶⁹. Die teleologische Auslegung wird aber nicht abstrakt angewandt, vielmehr wird auf die vorherrschenden Rechtssysteme der europäischen Staaten Rücksicht genommen. Nach ihrer Präambel stellt die Menschenrechtskonvention eine dynamische Entwicklung eines gemeinsamen, europäischen Grundrechtskataloges in Aussicht. Die zur Auslegung eingesetzten Organe haben die Menschenrechtskonvention auf neue Gefährdungen der Individualfreiheit hin angepasst ausgelegt⁷⁰. Die in den letzten Jahrzehnten stark gewachsene Macht der Exekutive haben die Konventionsorgane durch eine ausgeweitete Zuständigkeit der Gerichte zu kompensieren gesucht, da die Konvention der richterlichen Kontrolle von Machtausübung ohnehin ein besonderes Gewicht zuweist⁷¹.

21 Der englische Begriff der "Civil rights" kann *nicht* mit "Zivilrecht" übersetzt werden⁷², da in den angelsächsisch beeinflussten Rechtsordnungen keine Trennung von Zivil- und öffentlichem Recht im Sinne der kontinentalen Tradition besteht⁷³. Der Begriff ist im englischen Recht den verschiedensten Auslegungen zugänglich⁷⁴. Er könnte vor allem mit "civil

aktuell. Im Hinblick auf die neuere Praxis der Konventionsorgane hat Lemmens, Geschillen eine ebenso vollständige wie auch grundlegende Arbeit verfasst.

⁶⁸ Vgl. Urteil Golder, ECHR Series A 18, § 30; Urteil Sunday Times, ECHR Series A 30, § 48; Harris, Application 174.

⁶⁹ Vgl. Mémoire du Gouvernement Suisse du 30.10.1978 im Urteil Schiesser, ECHR Series B 32, S. 41f, 47; Miehsler, IntKom, N. 55 zu Art. 6 EMRK; Ganshof van der Meersch Walter, Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme, in: Mélanges Gérard Wiarda, Köln usw. 1988, S. 201ff, insb. S. 202, Ziff. 5 m.w.H.; Khol, Implications 637, § 3; Kälin, Faktor 534; Thürer, Entwicklungen 381; de Schutter Olivier, L'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un essai en démolition, in: Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques 1992, S. 83ff, insb. S. 87 und Anm. 21; Ost François, Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Delmas-Marty Mireille (Hrsg.), Raisonner la Raison d'Etat, Paris 1989, S. 405ff, insb. S. 412f (zum Urteil Golder) und S. 422ff.

⁷⁰ Gl. A. Kälin, Faktor 535.

⁷¹ Vgl. Trechsel, Einfluss 685f.

⁷² Vgl. Miehsler, IntKom, N. 4 zu Art. 6 EMRK m.w.H.; Frowein, Rechtsschutz 12f; Schmuckli, Fairness 21.

⁷³ Der berühmte englische Verfassungsrechtler Albert Venn Dicey, The Law of the Constitution, 10th edition, London usw. 1959, S. 330 schrieb: "For the term 'droit administratif' English legal phraseology supplies no proper equivalent. The words 'administrative law', which are its most natural rendering, are unknown to English judges and counsel, and are in themselves hardly intelligible without further explanation." Vgl. Garner Jack/Jones B., Administrative Law, 6th Edition, London 1985, S. 3f wonach die Aussage Diceys auch heute noch richtig sei, aber "if administrative Law is simply considered to be the law relating to the administration of government, there must be acknowledged to be a large body of administrative law in Britain today ..."; vgl. auch Foulkes David, Administrative Law, 7th Edition, London 1990, S. 5.

⁷⁴ Vgl. Harris, Application 157ff; Miehsler, IntKom, N. 7ff zu Art. 6 EMRK; Schmuckli, Fairness 40.

liberties" (Grundrechten) identifiziert werden. "The expression 'civil rights' has in English a political rather than a legal flavour, being close to the rotunder 'civil liberties'"⁷⁵. Der französische Text spricht etwas deutlicher von "Droits ... de caractère civil" und nicht "Droits civils". Diese erstere Textfassung will eine enge, nur auf das Privatrecht bezogene Auslegung verhindern⁷⁶. Welche Bereiche in der Nähe ("caractère") des Zivilrechtes miterfasst werden, ist allerdings nach dem französischen Text nicht ersichtlich. Damit sind die beiden authentischen Textfassungen⁷⁷ gleichermassen unklar und einer autonomen Auslegung durch die dazu berufenen Konventionsorgane bedürftig.

22 Bemerkenswert ist das Verhalten der amerikanischen Delegation anlässlich der parallel zur Konvention erfolgenden Beratung des Welpaktes über bürgerliche und politische Rechte⁷⁸. Die amerikanische Vertreterin und Kommissionsvorsitzende lehnte die Formel der "Civil rights and obligations" ab⁷⁹:

"She pointed out that paragraph 1 of that amendment differed from the original text in that 'civil rights or obligations' had been replaced by 'civil suit'. The reason for that was that many civil rights and obligations, such as those connected with military service and taxation, were generally determined by administrative officers rather than by courts; the original text, on the other hand appeared to suggest that all such rights and obligations must necessarily be determined by an independent and impartial tribunal. The United States amendment would obviate such an interpretation".

Die schillernde Bedeutung des englischen Begriffs der "Civil rights" war jedenfalls von Anfang an bekannt. Damit wird deutlich, dass die Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf das Verwaltungsrecht nicht wegen einer extrem extensiven "Zivilrechts-"Interpretation des

⁷⁵ Fawcett, Application 134.

⁷⁶ Vgl. Harris, Application 135, 173; Schmuckli, Fairness 42. Die Auffassungen sind aber auch beim französischen Text geteilt.

⁷⁷ Vgl. die Schlusserklärung nach dem Art. 66 EMRK. Schwer verständlich ist indessen, warum ein grosser Teil der Literatur nur die "Civil rights" behandelt, aber die ebenfalls authentische französische Textfassung weglässt, vgl. an Stelle vieler Pernthaler, Rechtsweg 221ff, insb. 225 der darunter auch noch das Verwaltungsstrafrecht rechnet; Machacek, Verwaltungsrechtspflege 52.

⁷⁸ Die Beratungen zu Art. 14 CCPR und Art. 6 EMRK verliefen parallel und führten im Ergebnis zu einer jeweils ähnlichen Formulierung, vgl. N. 6.

⁷⁹ Vgl. Votum von Chairman Mrs. Franklin D. Roosevelt, USA, Commission on Human Rights, Fifth Session, Summary Record on the 107th Meeting held at Lake Success, New York, 1.6.1949, U.N. Doc. E/CN.4/SR 107, S. 2f; Harris, Application 179; Miehsler, IntKom, N. 39f zu Art. 6 EMRK m.w.H. in Anm. 1; Partsch Karl Josef, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, in: Die Grundrechte, Band I/1, Berlin 1966, S. 235ff, insb. S. 377: Der Begriff stammt "aus den Arbeiten in der Organisation der Vereinigten Nationen (...) und wurde dort in einem ganz weiten Sinne ausgelegt, so dass alle Rechte des Individuums ... darunter zu verstehen sind." Die entsprechende Stelle des Art. 14-1 CCPR lautet: "his rights and obligations in a suit of law" bzw. "contestations sur ses droits et obligations de caractère civil".

Gerichtshofes erfolgt, sondern im Vertragstext selbst angelegt ist⁸⁰. Die Vertragsstaaten haben damit rechnen müssen, dass die Art. 6-1 EMRK bzw. 14-1 CCPR wichtige Teile des Verwaltungsrechts erfassen können⁸¹.

2. Klassische Privatrechtskodifikationen, Sonderprivatrecht und freiwillige Gerichtsbarkeit

23 Die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK auf *klassische Zivilrechtsstreitigkeiten*⁸² ist unbestritten⁸³. Dazu gehören sämtliche Streitigkeiten, die sich zwischen Privaten (oder zwischen einem Privaten und dem Staat als Privatperson) aus den Privatrechtskodifikationen⁸⁴ (also dem Zivilgesetzbuch und dessen fünftem Buch, dem Obligationenrecht) ergeben. Zum Privatrecht gehören auch die privatrechtlichen Sondererlasse des Bundes

⁸⁰ Die amtliche deutsche Übersetzung der EMRK, SR 0.101, verwendet den Begriff "zivilrechtlich", was die authentische Fassung nur verstümmelt wiedergibt, vgl. N. 21. In der politischen Auseinandersetzung um die Konvention (vgl. Amtl Bull S 1990 694 "unverständliche Überdehnung von Artikel 6 der EMRK"; Haefliger, Menschenrechtskonvention 120: "sehr extensive Interpretation", vgl. auch S. 270f und Anm. 26) wird immer wieder auf die nicht authentische deutsche Übersetzung Bezug genommen, dass der Gerichtshof den klaren (sic!) Vertragstext verlassen habe.

⁸¹ Lemmens, Geschillen 225 urteilt in seiner umfangreichen Studie über die vorbereitenden Arbeiten: "De conclusie kan dan ook ... niet anders zijn dan dat de 'travaux préparatoires' bevestigen dat aan het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen' een (zeer) ruime interpretatie gegeven moet worden." (Die Schlussfolgerung aus den vorbereitenden Arbeiten stützen die Ansicht, dass dem Begriff der "bürgerlichen Rechte und Verpflichtungen" eine (sehr) weite Interpretation gegeben werden muss.). Im Ergebnis ähnlich urteilen Thürer, Verwaltungsverfahren 248 und Schmuckli, Fairness 42ff, insb. 45. Dem schweizerischen Bundesrat war die weite Tragweite der Rechtsweggarantie schon von Anfang an bekannt, vgl. Botschaft über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.3.1974, BBl 1974 I 1045f.

⁸² Der Begriff der Streitigkeit hat im Vergleich zum "Zivilrechtsbegriff" zu keinen nennenswerten Schwierigkeiten geführt; siehe die Definition z.B. im Urteil Jacobsson, ECHR Series A 163, §§ 67-71; Urteil Pudas, ECHR Series A 125, § 31; Urteil Bentham, ECHR Series A 97, § 32; vgl. auch Urteil Le Compte and others, ECHR Series A 43, § 45 je m.w.H.; Khol, Implications 638, § 3; Lemmens, Geschillen 22ff; Matscher, Notion 396ff; Schmuckli, Fairness 32ff.

⁸³ Vgl. Frowein/Peukert, Kommentar, N. 8 zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, Convention 298ff stellen ebenfalls nicht mehr in Frage, dass das traditionelle, gesamtkodifizierte Privatrecht von Art. 6-1 EMRK erfasst wird; offen ist nur noch welche Gebiete des Verwaltungsrechts miterfasst werden. Harris, Application 163f macht darauf aufmerksam, dass Art. 6-1 EMRK auch nur auf einen beschränkten Bereich des Zivilrechtes, nämlich des Handelsrechtes, angewandt werden könnte. Die Praxis hat sich diese Auffassung jedoch nie zu eigen gemacht. Vielmehr haben die Konventionsorgane ein nach nationalem Recht "zivils" Recht stets als solches im Sinne der Konvention angesehen; siehe die umfangreiche Zusammenstellung der Praxis der Konventionsorgane bei Lemmens, Geschillen 164ff.

⁸⁴ Art. 6-1 EMRK ist aber nur anwendbar, wenn die strittigen Rechte nach innerstaatlichem Recht als solche anerkannt sind. Art. 6-1 EMRK garantiert nicht einen bestimmten Inhalt von "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" im innerstaatlichen Recht, vgl. N. 47, S. 52, Anm. 2.

(Immaterialgüterrecht⁸⁵, Versicherungsvertragsgesetz, bäuerliches Bodenrecht usw.)⁸⁶ sowie der Restbestand kantonalen Privatrechts⁸⁷. In diesem Sinne haben die Konventionsorgane Art. 6-1 EMRK beispielsweise auf folgende Sachverhalte angewandt:

- Scheidung von Ehegatten⁸⁸, Nichtigkeitsklärung einer Bürgerrechtsehe⁸⁹;
- Streitigkeiten betreffend eine Dienstbarkeit auf einem Grundstück⁹⁰;
- Schadenersatz wegen einer Schlägerei⁹¹ oder wegen eines Verkehrsunfalles⁹²;
- Streitigkeiten zwischen Privaten wegen der Baukosten eines Warenhauses⁹³;
- Erbteilungsstreitigkeit⁹⁴;
- Persönlichkeitsrecht, Recht auf einen guten Ruf⁹⁵;

⁸⁵ Deren privatrechtlicher Regelungsgehalt führt zweifellos zur Anwendung des Art. 6-1 EMRK (Miehsler, IntKom, N. 56 und 148 zu Art. 6 EMRK, B 12633/87, Smith Kline und French Laboratories Ltd gegen Niederlande, gütliche Einigung betreffend Zwangslizenz an einem Patent, vgl. EuGRZ 1991 365). Die verwaltungsrechtliche Anwendung der Immaterialgütergesetzgebung (Registereintragsverfahren von Erfindungen, Marken, Pflanzensorten, Muster und Modellen) bedarf einer Gerichtskontrolle (vgl. E 19589/92 v. Netherlands betreffend "refusal of a patent application"); a.M. Velu/Ergec, Convention 388, § 434 und die ältere Rechtsprechung der Kommission, vgl. E 8000/77, X. v. Switzerland, DR 13, 81; E 7830/77, X. v. Austria, DR 14, 200; B 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, DR 21, 5ff, § 153; vgl. Miehsler, IntKom, N. 148 Anm. 15 zu Art. 6 EMRK.

⁸⁶ Art. 6-1 EMRK ist auf diese Sondererlasse ebenfalls anwendbar, vgl. Miehsler, IntKom, N. 143ff zu Art. 6 EMRK.

⁸⁷ Vgl. Kley, Privatrecht 26 m.w.H.

⁸⁸ Urteil Taiuti, ECHR Series A 229-I, § 13 (unbestritten; Urteil; Urteil Maciariello, ECHR Series A 230-A, § 13 (unbestritten); B 12628/87, F. against Austria, § 40.

⁸⁹ E 18643/91, Josefa Benes gegen Österreich, ÖJZ 1992 594f (Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK unbestritten, unzulässig erklärt).

⁹⁰ B 11898/85, Giovanni Diana c. Italie, § 30; Urteil Diana, ECHR Series A 229-A, § 13; ähnlich z.B. das Urteil Ridi, ECHR Series A 229-B, § 13.

⁹¹ B 12955/87, Aldo Andreucci c. Italie, § 23; für den Gerichtshof war die grundsätzliche Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK selbstverständlich, vgl. das Urteil Andreucci, ECHR Series A 228-G, § 13.

⁹² B 13261/81, Carlo Arena c. Italie; vgl. das Urteil Arena, ECHR Series A 228-H, § 13.

⁹³ B 10474/83, Otto Veit v. Germany, §§ 107, 108; DR 60, 78; vom Ministerkomitee in der Resolution DH 89 (6) bestätigt.

⁹⁴ E 11290/84, Giovanni Clabro v. Italy, DR 53, 50; oder z.B. Urteil Manieri, ECHR Series A 229-D, § 14.

⁹⁵ ("Right to enjoy a good reputation") Urteil Helmers, ECHR Series A 212-A, § 27 m.w.H.; E 10594/83, J.H. Munro, DR 52, 158; E 11430/85, Antonio Sciarretta c. Italie, DR 50, 191; E 10877/84, Monica Wallén c. Suède,

- mietrechtliche Streitigkeit betreffend Wohnung⁹⁶;
- Schadenersatz des Straftäters an sein Opfer⁹⁷;
- arbeitsrechtliche Streitigkeit betreffend vorübergehende Entlassung⁹⁸.

24 Die eher seltenen *Doppelnormen* besitzen einen privat- und zugleich einen öffentlichrechtlichen Charakter⁹⁹. Die in der Schweiz bekannten Doppelnormen befassen sich vor allem mit Fragen der Nutzung des Grundeigentums. Auf diese Fragen ist nach der Praxis der Konventionsorgane Art. 6-1 EMRK zweifellos anwendbar¹⁰⁰.

25 Die *freiwillige Gerichtsbarkeit* sorgt präventiv für die Sicherung und Gewährleistung der privatrechtlichen Ansprüche der einzelnen¹⁰¹. Dabei stellt eine Privatperson einen Antrag an die Behörde, oder die zuständige Behörde trifft von sich aus eine hoheitliche Anordnung. Zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören beispielsweise die Führung öffentlicher Register (z.B. Grundbuch, Handelsregister, Zivilstandsregister¹⁰²), das Vormundschaftsrecht oder die Kinderschutzmassnahmen¹⁰³. Diese Sachbereiche sind grundsätzlich dem Privatrecht zugehörig, da sie unmittelbar der Verwirklichung von Privatrechtsansprüchen dienen. Diese Zuordnung zum Privatrecht ist freilich formal; nach ihrer Natur gehört die freiwillige Gerichtsbarkeit zum Verwaltungsrecht¹⁰⁴. Die Strassburger Organe haben die zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht befindlichen Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Anforderungen des Art. 6-1 EMRK unterworfen¹⁰⁵, so namentlich alle Rechte, die das

DR 43, 184.

⁹⁶ E 11949/86, D.P. v. United Kingdom, DR 51, 195.

⁹⁷ Selbst wenn dies im Strafverfahren erledigt wird, vgl. Urteil Moreira de Azevedo, ECHR Series A 189, §§ 63ff; Urteil Tomasi, ECHR Series A 241-A, §§ 120, 121.

⁹⁸ Urteil Cesarini, ECHR Series A 245-B, §§ 9, 15 (unbestritten).

⁹⁹ Wichtigstes Beispiel: Art. 699 ZGB, vgl. z.B. BGE 109 Ia 78; weitere Hinweise bei Kley, Privatrecht 177 Anm. 1. Doppelnormen sind zum Teil auch in den kantonalen Baugesetzen bekannt, vgl. BGE 90 I 206 und Kley, Privatrecht 184 Anm. 2 m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. N. 31 und 38.

¹⁰¹ Vgl. Kley, Privatrecht 44 m.w.H.

¹⁰² Auch die Immaterialgüterrechtsregister sind dazu zu zählen, vgl. N. 23.

¹⁰³ Vgl. Kley, Privatrecht 44 mit weiteren Beispielen.

¹⁰⁴ Vgl. Kley, Privatrecht 43, 117, 142 m.w.H.

¹⁰⁵ Die Einsicht Dritter in öffentliche Register berührt Art. 6-1 EMRK aber nicht, vgl. N. 40, S. 46, Anm. 3.

Familienleben betreffen¹⁰⁶. Im Urteil Winterwerp¹⁰⁷ hat der Gerichtshof die Entziehung der Geschäftsfähigkeit als "zivilrechtliche" Streitigkeit angesehen.

26 Das Verwaltungsrecht kann - strukturell gleichartig wie die freiwillige Gerichtsbarkeit - die *freiheitliche Gestaltung der Privatrechtsordnung* tangieren. So bedürfen gewisse Grundstücksgeschäfte in manchen Staaten einer behördlichen Bewilligung; deren Verweigerung macht das Rechtsgeschäft ungültig. Zu ähnlichen Einschränkungen der privatrechtlichen Vertragsfähigkeit führen die graduellen Massnahmen des Vormundschaftsrechts; die vorberatete oder bevormundete Person kann gewisse oder gar alle Rechtsgeschäfte nicht mehr allein tätigen. Ähnlich wirken sich auch die zahllosen Berufsausübungsbewilligungen aus; die betreffende Tätigkeit und damit die Möglichkeit privatrechtlichen Handelns besteht ohne sie nicht mehr. Es liegt auf der Hand, dass namentlich das Wirtschaftsverwaltungs- und Wettbewerbsrecht unter diesem Gesichtspunkt schwer vom Zivilrecht abzugrenzen ist¹⁰⁸.

3. Grundlinien der Rechtsprechung zu den "Civil rights"/"Droits de ... caractère civil" bei Verwaltungsstreitsachen

27 Ursprünglich bestimmte die Kommission die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK nach der traditionellen Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, wie sie in den deutschsprachigen Ländern vorherrschend war¹⁰⁹. Dementsprechend wurde in allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten die Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK verneint.

28 Die Rechtsprechung des Gerichtshofes¹¹⁰ nahm den prägenden Ausgang im Urteil *Ringelsen*¹¹¹. Dem Beschwerdeführer war von der zuständigen Bezirksgrundverkehrs-

¹⁰⁶ Vgl. Urteil W. v. United Kingdom, ECHR Series A 136-C, § 78; B 16969/90, Joseph Keegan v. Ireland (vor dem Gerichtshof anhängig); E 10148/82, Garcia c. Suisse, DR 42, 98 oder VPB 1985 Nr. 77, 86, 89. Die Beschwerde wurde aber wegen Nichterschöpfens des innerstaatlichen Instanzenzuges, Art. 26 EMRK, für unzulässig erklärt, vgl. dazu Kley, Privatrecht 51 Anm. 2 m.w.H. und S. 52.

¹⁰⁷ ECHR Series A 33, § 73; Urteil Olsson (No. 2), ECHR Series A 250, § 96 (Plazierung von Kindern in einer Pflegefamilie); Lemmens, Geschillen 165 Anm. 660 m.w.H. auf die Praxis; Jacot-Guillarmod, Convention 61; Guillod, Garanties 41 hält z.B. bei allen vormundschaftlichen Massnahmen Art. 6-1 EMRK für anwendbar.

¹⁰⁸ Vgl. N. 30.

¹⁰⁹ Vgl. van Dijk, Wijzigingen 72f; Fawcett, Application 136ff m.w.H.; Miehsler, IntKom. N. 69 zu Art. 6 EMRK; Grotrian, Article 6, § 8.

¹¹⁰ Vgl. die ausführliche Zusammenstellung der älteren Praxis bei: Wildhaber, Civil rights 470ff; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 8ff, 35f zu Art. 6 EMRK m.H. auf die Rechtsprechung der Kommission; Miehsler, IntKom, N.

kommission die erforderliche Bodenverkehrsgenehmigung für einen Grundstückkaufvertrag verweigert worden. Zur Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK führt der Gerichtshof aus, dass¹¹²

"...it is not necessary that both parties to the proceedings should be private persons, which is the view of the majority of the Commission and of the Government. The wording of Article 6 § 1 is *far wider*; the French expression 'contestations sur (des) droits et obligations de caractère civil' covers all proceedings the result of which is decisive for private rights and obligations. The English text, 'determination of ... civil rights and obligations', confirms this interpretation.

The character of the legislation which governs how the matter is to be determined (civil, commercial, administrative law, etc.) and that of the authority which is invested with jurisdiction in the matter (ordinary court, administrative body) are therefore of little consequence.

In the present case, when Ringeisen purchased property from the Roth couple, *he had a right to have the contract for sale* which they had made with him approved if he fulfilled, as he claimed to do, the conditions laid down in the Act. Although it was applying rules of administrative law, the Regional Commission's decision was to be decisive for the relations in civil law ('de caractère civil') between Ringeisen and the Roth couple. This is enough to make it necessary for the court to decide whether or not the proceedings in this complied with the requirements of article 6 § 1 of the Convention."

29 Der Gerichtshof sieht in den privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ringeisen und den Grundstücksverkäufern Roth ein subjektives Recht, in welches die Verweigerung der Genehmigung eingreift. Freilich wirkt der privatrechtliche Grundstückkaufvertrag nur zwischen den Vertragsparteien, aber nicht im Verhältnis zum Staat. Nach dem Wortlaut von Art. 6-1 EMRK müssen die "Civil rights" bzw. "Droits de ... caractère civil" allerdings Prozessgegenstand sein¹¹³, was in der vorliegenden Konstellation bedeutet, dass sie die Beziehungen von Ringeisen zum Staat regeln müssen. Folglich setzt Art. 6-1 EMRK im Verhältnis vom Bürger zum Staat voraus, dass das beeinträchtigte private Rechtsverhältnis zwischen Ringeisen und Roth zusätzlich durch ein weiteres Recht gegen Eingriffe durch den

59ff und N. 193ff zu Art. 6.

¹¹¹ Vgl. Urteil Ringeisen, ECHR Series A 13, insb. § 94, welches der Gerichtshof im Urteil Sramek, ECHR Series A 84 bestätigte.

¹¹² Urteil Ringeisen, ECHR Series A 13, § 94.

¹¹³ Das anerkennt auch der Gerichtshof: vgl. Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 47; Urteil Pudas, ECHR Series A 125, § 31 lit. d, wonach die zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen das Objekt oder eines der Objekte des Rechtsstreites sein müssen. Das Resultat des Verfahrens müsse für ein solches Recht unmittelbar entscheidend sein, vgl. Dugrip, *Applicabilité* 343, § 25. Die diesbezügliche Kritik von Bleckmann, *Civil rights* 262f (der Gerichtshof habe auf dieses Erfordernis verzichtet) ist m.E. nicht berechtigt.

Staat geschützt wird. Dieses abstrakte Recht kann hier m.E. nur ein Grundrecht, im vorliegenden Fall, die Eigentumsgarantie oder die Vertragsfreiheit sein. Der Gerichtshof findet die "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" in diesem Dreiecks-Rechtsverhältnis privatrechtlich und grundrechtlich (dualistisch) vor: Im Verhältnis zwischen Ringeisen und dem Ehepaar Roth (privatrechtlicher Grundstückkaufvertrag) sowie im Verhältnis zwischen Ringeisen und dem österreichischen Staat (Grundrecht der Eigentumsgarantie, Vertragsfreiheit)¹¹⁴.

30 Im Urteil König¹¹⁵ fand die "dualistische" Auslegung einen noch deutlicheren Ausdruck. Die zuständige Verwaltungsbehörde entzog dem Beschwerdeführer die Genehmigung zum Betrieb einer Klinik. Der Gerichtshof hielt den Entzug der Bewilligung für einen Eingriff in das (potentielle) *privatrechtliche* Rechtsverhältnis zwischen dem Arzt und den Patienten, das freilich überhaupt nicht Gegenstand des Verwaltungsverfahrens war. Der Bewilligungsentzug kann deshalb nur dann in ein Recht eingreifen, wenn das *den Prozessgegenstand* bildende Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Staat von einem Recht geschützt wird. Folgerichtig hält der Gerichtshof die Möglichkeit, eine Privatklinik zu betreiben und den Arztberuf auszuüben, selbst für ein Recht, das einen "Civil character" bzw. "Caractère civil" habe¹¹⁶. Ein solches Recht, das - etwa wie im Fall König - einen Arzt vor Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung schützt, ist seiner Natur nach ein *klassisches Grundrecht*.

31 Im Urteil Sporrang und Lönnroth¹¹⁷ ist der Gerichtshof in seiner Begründung ein erhebliches Stück weitergegangen. Die Beschwerdeführer besaßen in der Stadt Stockholm mehrere Grundstücke, die für eine Enteignung vorgesehen waren. Wegen der immer wieder geänderten Städtebauplanung bestand ein Bauverbot über die betroffenen Grundstücke, das im Ergebnis je nach Grundstück zwischen acht und 25 Jahren andauerte. Infolgedessen konnten die Eigentümer zwecks Finanzierung von Renovationen keine Hypothekarkassen finden. Auch Versuche, die Liegenschaften zu verkaufen, schlugen fehl, und bisweilen war es schwierig, überhaupt Mieter zu finden.

Die Kommission hatte die Ansicht vertreten, Art. 6-1 EMRK sei unanwendbar, weil in diesem Verwaltungsverfahren keine Streitigkeiten "zivilrechtlicher" Art entschieden worden seien¹¹⁸. Dazu hielt der Gerichtshof in Bestätigung der Urteile Ringeisen und König¹¹⁹

¹¹⁴ Vgl. Bleckmann, Civil rights 260ff.

¹¹⁵ Urteil König, ECHR Series A 27.

¹¹⁶ Urteil König, ECHR Series A 27, §§ 86-96, insb. § 92; bestätigt im Urteil Kraska, ECHR Series A 254-B, § 25.

¹¹⁷ ECHR Series A 52, § 79; später bestätigt, vgl. Urteil Poiss, ECHR Series A 117, § 48; Urteil Bodén, ECHR Series A 125, §§ 28f.

¹¹⁸ Vgl. B 7151/75 et 7152/75, ECHR Series B 46, S. 13ff, insb. §§ 130-138.

¹¹⁹ ECHR Series A 13, § 94; ECHR Series A 27, § 94.

lapidar fest¹²⁰: "It is of little consequence that the contestation (dispute) concerned an administrative measure taken by the competent body in the exercise of public authority." Das Eigentumsrecht der Beschwerdeführer stelle zweifellos ein "Civil right" bzw. "Droit ... de caractère civil" dar¹²¹. Zwischen den Beschwerdeführern und dem schwedischen Staat seien die Rechtmässigkeit der Bauverbote und die Entschädigung streitig gewesen, so dass der nicht vorhandene Gerichtszugang Art. 6-1 EMRK verletze.

32 Bemerkenswerterweise prüft der Gerichtshof die Frage *nicht mehr*, ob ein Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen (etwa dem Beschwerdeführer und seinen Mietern, potentiellen Käufern usw.) beeinträchtigt sei. Die Herleitung der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" beschränkt sich vielmehr auf das *grundrechtliche* Verhältnis der Beschwerdeführer zum Staat. Bei einem privatrechtsrelevanten Grundrecht (Eigentumsgarantie, Vertragsfreiheit, Berufsfreiheit, Handels- und Gewerbefreiheit) verzichtet der Gerichtshof in der Folge überhaupt auf die dualistische Herleitung und lässt den grundrechtlichen Streit genügen. Damit hat er die entscheidende Wende vollzogen und Art. 6-1 EMRK auch in rein öffentlichrechtlichen Materien angewandt¹²².

33 In den Urteilen Feldbrugge und Deumeland¹²³ hat der Gerichtshof den "zivilrechtlichen" Charakter einer Streitigkeit auf eine weitere Art und Weise begründet. Er hat für den Bereich der *Sozialversicherung* (Fortzahlung des Krankengeldes bzw. Hinterbliebenenrente nach Arbeitsunfall) die traditionelle Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht herangezogen. Dabei wog er in einer Gesamtbetrachtung die privatrechtlichen Aspekte gegenüber den öffentlichrechtlichen ab und räumte ersteren den Vorrang ein. Der Gerichtshof nahm in einer *autonomen Parallelwertung die konventionsrechtliche Ausscheidung von privatem und öffentlichem Recht* wie folgt vor¹²⁴:

¹²⁰ Urteil Sporrang and Lönnroth, ECHR Series A 52, § 80.

¹²¹ Urteil Sporrang and Lönnroth, ECHR Series A 52, § 80 erster Satz.

¹²² Gegen die grundrechtliche Interpretation des Art. 6-1 EMRK kann auch nicht folgendes eingewendet werden: Art. 6-1 EMRK nenne nicht nur "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil", sondern auch "Obligations" und damit meine diese Bestimmung eindeutig nur privatrechtliche Beziehungen. Die Forschung hat sich nach der Staatsrechtslehrertagung von 1982 (VVDSrL 41, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, Bericht und Mitbericht von Volkmar Götz und Hasso Hofmann) auch den Grundpflichten zugewandt. Fast alle europäischen Verfassungen statuieren Grundpflichten (vgl. die rechtsvergleichenden Überblicke bei Kley, Grundpflichten 165ff, 195f, 228ff, 264f, 290, 301) und die Konvention selbst behält deren Geltung zum Teil ausdrücklich vor (vgl. Kley, Grundpflichten 137). Der Begriff der "Obligations" steht also einem grundrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK gerade nicht im Wege.

¹²³ ECHR Series A 99, §§ 25-40; ECHR Series A 100, §§ 59-74.

¹²⁴ So die Zusammenfassung der Kommission im E 10855/84, K. c. Allemagne, DR 55, 51 insb. S. 58 unter Hinweis auf das Urteil Feldbrugge, ECHR Series A 99, §§ 28-40 und Urteil Deumeland, ECHR Series A 100, §§ 62-74. Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat in der Communication No. 112/1981, v. Canada, Ziff. 9.2 (in: Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol, Volume 2, New York 1990, S. 28ff; vgl. die Zusammenfassung in EuGRZ 1986 610) den Anspruch eines Armeeeingehöri-

"Les éléments de rattachement au domaine du droit public retenus par la Cour sont le caractère de droit public de la législation nationale régissant la matière, le caractère obligatoire de l'assurance en question et la prise en charge de la protection sociale par la puissance publique, alors que les éléments de rattachement au domaine du droit privé seraient la nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, le rattachement éventuel au contrat de travail et les affinités que pourrait présenter le système d'assurance en question avec une assurance de droit commun".

34 Mit dieser Begründung gelangen Rechtsgebiete, die - obwohl öffentlichrechtlich geregelt - auch einer privatrechtlichen Normierung zugänglich wären, in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK.

Die Kommission hatte in mehreren Fällen die vom Gerichtshof entwickelten "*parallelwertungsmässigen*" Kriterien - entsprechend ihrer ursprünglichen Haltung in dieser Frage - zurückhaltend angewandt¹²⁵. Der Gerichtshof hat aber Art. 6-1 EMRK in einer sich rasch entwickelnden Rechtsprechung auf das gesamte Sozialversicherungsrecht und die Sozialhilfe (ohne Versicherungscharakter) angewandt.

Das Urteil Salerno betraf eine Streitigkeit zwischen einem "Notaio coadiutore" (Notar-Stellvertreter) und der "Cassa Nazionale di Notariato" betreffend Pensionsansprüche bzw. Rückzahlung von bezahlten Beiträgen. Der Gerichtshof nahm an, "le droit revendiqué présentait sans nul doute un caractère civil"¹²⁶. Diese Feststellung ist freilich nur vor dem Hintergrund der Urteile Feldbrugge und Deumeland zweifelsfrei.

Der Gerichtshof ist nun aber bei einigen Entscheiden gegen Italien einen erheblichen Schritt weitergegangen. Im Urteil Francesco Lombardo¹²⁷ wertete er die Streitigkeit betreffend eine erhöhte Pension eines ehemaligen Mitgliedes der Carabinieri als "zivilrechtlich", *obwohl* die Höhe der Bezüge nach italienischem Recht *nicht direkt von den einbezahlten, persönlichen Beiträgen abhängen*. Den entsprechenden Einwand der italienischen Regierung beantwortete der Gerichtshof wie folgt¹²⁸:

wegen "mental disorders" entlassen worden war, auf eine Pension ebenfalls als "zivilrechtlich" angesehen. Den Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht sah er nicht als massgebend an; vgl. ferner Communication Nr. 203/1986, EuGRZ 1986 435.

¹²⁵ E 10855/84, K. c. Allemagne, DR 55, 51 (Verfahren über die Gewährung von Arbeitslosenhilfe); siehe auch die entsprechenden Überlegungen E 11450/85, Christer Wallin c. Suède, DR 55, 142. Im B 9630/81, Pasquale Minniti c. Italie, §§ 33-38, DR 59, 5 hielt die Kommission dagegen die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK auf eine Unfallversicherungsrente für gegeben an, weil die Versicherung durch Beiträge der arbeitsvertraglich angestellten Arbeitnehmer finanziert werde. Das Ministerkomitee bestätigte am 2.3.1989 die Ansicht der Kommission in der Resolution DH 89 (7).

¹²⁶ Urteil Salerno, ECHR Series A 245-D, § 16.

¹²⁷ ECHR Series A 249-B. Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem Urteil Giancarlo Lombardo, ECHR Series A 249-C zugrunde (Altersversorgung eines Richters).

¹²⁸ Urteil Francesco Lombardo, ECHR Series A 249-B, § 17 oder die identische Formulierung im Urteil Giancarlo

Notwithstanding the public law aspects pointed out by the Government, what is concerned here is essentially an obligation on the State to pay a pension to a public servant in accordance with the legislation in force. In performing this obligation the State is not using discretionary powers and *may be compared, in this respect, with an employer who is a party to a contract of employment governed by private law*. Consequently, the right of a carabinieri to receive an 'enhanced ordinary pension' if he fulfils the necessary conditions of injury and disability is to be regarded as a 'civil right' within the meaning of Article 6 § 1, which is therefore applicable in the present case."

Das wichtige *Urteil Salesi*¹²⁹ betraf eine Streitigkeit betreffend eine monatliche Invalidenunterstützung, die von keinen persönlichen Beitragszahlungen abhängig war. Der Gerichtshof sah die durch das Urteil *Feldbrugge und Deumeland* eingeleitete Rechtsentwicklung und die Rechtsgleichheit als Grund an, um Art. 6-1 EMRK *generell* auf das Gebiet der sozialen Sicherheit anzuwenden¹³⁰:

"The Court is here once again confronted with the issue of the applicability of Article 6 § 1 to social security disputes. The question arose earlier in the cases of *Feldbrugge and Deumeland*. At that time the Court noted that there was great diversity in the legislation and practice of the member States of the Council of Europe as regards the nature of the entitlement to insurance benefits under social security schemes. Nevertheless, the development in the law that was initiated by those judgments and the principle of equality of treatment warrant taking the view that today *the general rule is that article 6 § 1 does apply in the field of social insurance*.

In the present case, however, the question arises in connection with welfare assistance and not, as in the cases previously cited, social insurance. Certainly there are differences between the two, but they cannot be regarded as fundamental at the present stage of development of social-security law. This justifies following, in relation to the entitlement to welfare allowances, the opinion which emerges from the aforementioned judgments as regards the classification of the right to social-insurance benefits, namely that State intervention is not sufficient to establish that Article 6 § 1 is inapplicable.

As in the two cases previously referred to, other considerations argue in favour of the applicability of Article 6 § 1 in the instant case. The most important of these lies in the fact that despite the public-law features pointed out by the Government, Mrs. Salesi was not affected in her relations with the administrative authorities as such, acting in the exercise of discretionary powers; she suffered an interference *with her means of subsistence and was claiming an*

Lombardo, ECHR Series A 249-C, § 16.

¹²⁹ ECHR Series A 257-E.

¹³⁰ ECHR Series A 257-E, § 19.

individual, economic right flowing from specific rules laid down in a statute giving effect to the Constitution¹³¹.

(...) In sum, the Court sees no convincing reason for distinguishing between Mrs Salesi's right to welfare benefits and the rights to social insurance benefits asserted by Mrs Feldbrugge and Mr Deumeland."

Der Gerichtshof sieht keine Veranlassung, zwischen Sozialversicherungsrenten und öffentlicher Fürsorge zu unterscheiden; Art. 6-1 EMRK ist bei beiden anwendbar. Damit gelangt das gesamte Sozialversicherungsrecht, das Fürsorge- und Sozialhilfewesen in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK.

Nach den erwähnten italienischen Sozialversicherungsfällen war es nur folgerichtig, dass der Gerichtshof Art. 6-1 EMRK auch im Fall Margrit Schuler-Zgraggen gegen die Schweiz¹³² anwendbar erklärte. In dieser Streitigkeit betreffend die Aufhebung der Invalidenrente einer versicherten Mutter hätten mindestens vor einer Instanz die Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK - namentlich die öffentliche Verhandlung - voll eingehalten werden müssen.

35 Beim Verfahren der Parallelwertung entsteht die Unsicherheit, ob alle Bereiche staatlicher Tätigkeit, die sich *auch* privatrechtlich abwickeln liessen, von Art. 6-1 EMRK erfasst werden. Das Problem lässt sich besonders deutlich beim *Beamtenrecht* illustrieren.

Für die Staatsbediensteten gilt grundsätzlich ein öffentlichrechtliches Dienstrecht, das mit der besonderen Stellung und Aufgabe dieser Arbeitnehmer gerechtfertigt wurde. Die mitunter starren Regelungen in den Beamtengesetzen führten zu einer "Flucht" in das flexiblere Arbeitsvertragsrecht des Obligationenrechts.

In der Schweiz findet zudem auf breiter gesetzgeberischer Front eine Annäherung des öffentlichen Dienstrechts an das privatrechtliche Arbeitsverhältnis statt. So haben einige Gemeinden und Kantone auf den Beamtenstatus ganz verzichtet. Im staatlichen Dienstrecht werden vermehrt Elemente des obligationenrechtlichen Arbeitsvertrages übernommen. Das Dienstverhältnis ist nicht mehr ein hoheitlich verfügbares Gewaltverhältnis, sondern wird vielmehr vertraglich ausgehandelt und ausgestaltet¹³³. Das öffentliche Dienstrecht weicht dort vom privatrechtlichen Arbeitsvertrag ab, wo die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung das erfordern.

Wenn Art. 6-1 EMRK in seiner "zivilrechtlichen" Tragweite auf alle Streitigkeiten betreffend Anstellung, (Nicht-)Beförderung, Versetzung und Entlassung von öffentlichen Bediensteten

¹³¹ Es handelt sich um Art. 38 der Italienischen Verfassung, der jedem arbeitsunfähigem Bürger das Recht auf Fürsorge und Unterstützung zusichert.

¹³² Urteil des Gerichtshofes vom 24.6.1993, vgl. auch B 14518/89. Die Kommission sah Art. 6-1 EMRK mit 8 zu 7 Stimmen als anwendbar an; vgl. auch Schweizer, Sozialversicherungsrecht 23 und zustimmend 37f.

¹³³ Vgl. Helbling Peter, Totalrevision des eidgenössischen Beamtengesetzes, AJP 1993 647ff m.w.H.

unanwendbar sein soll, wie dies die Rechtsprechung der Kommission annimmt¹³⁴, so werden die Arbeitnehmer des Staates - je nach ihrem Status, aber ohne sachliche Begründung - von den Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK nicht geschützt, bzw. im Falle der privatrechtlichen Anstellung geschützt. Die Annäherung von öffentlichem Dienstrecht und Arbeitsvertragsrecht sollte m.E. dazu führen, dass sich die Staatsbediensteten wie die privatrechtlichen Arbeitnehmer auf die Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK berufen können¹³⁵. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat nun gerade in den beiden Urteilen Lombardo diese Parallelwertung gleichmässig vollzogen¹³⁶. Dazu kommt noch, dass der Gerichtshof die "Civil rights" bzw. Droits ... de caractère civil" nun auch "pekuniär" herleitet¹³⁷. Auf diese Weise werden die finanziellen Bereiche des öffentlichen Dienstrechtes zweifellos in den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK fallen.

36 Nicht nur das Sozial- und Beamtenrecht, sondern der weite Bereich der staatlichen Leistungsverwaltung könnte im Verfahren der autonomen Parallelwertung den Anforderungen des Art. 6-1 EMRK unterstellt werden. Dabei ist etwa an andere staatliche Versicherungen als die Sozialversicherung (z.B. Gebäudeversicherung), die Post¹³⁸, die Bahn und das sonstige öffentliche Transportwesen, die Erschließung von Grundstücken, die Ge-

¹³⁴ Vgl. z.B. E 15965/90, X. c. Espagne (Absetzung eines Richters wegen disziplinarischer Verfehlungen); E 8686/79, X. v. Italy, DR 21, 208 (Entlassung eines Lehrers, keine "Zivilstreitigkeit"); E 9501/81, X. v. Germany, DR 27, 249 oder EuGRZ 1982 60f (Entlassung eines Pastors), E 9877/82, X. v. Portugal, DR 32, 258 (Streitigkeit betreffend Angehörigkeit zum Richterstand, vgl. auf S. 259 m.w.H.); E 9248/81, Torsten Leander v. Sweden (wo der hier interessierende Teil der Beschwerde unzulässig erklärt wurde; der zulässig erklärte Teil dieser Beschwerde führte zum Urteil Leander, ECHR Series A 116), DR 34, 78; E 12647/87, Bertrand c. Suisse, VPB 1989 Nr. 62 (Recht, angestammte Beamtenstelle zu behalten ist nicht "ziviler" Natur); vgl. weitere Hinweise bei Velu/Ergec, Convention 383f, § 427; Fawcett, Application 137; Dugrip, Applicabilité 346, § 36. Vgl. N. 16, S. 15, Anm. 6 zu weiteren Hinweisen, wo die Kommission die disziplinarische Entlassung auch nicht als strafrechtliche Anklage angesehen hat.

¹³⁵ Gl. A. Hirsch Ballin, Wijzigingen 82ff, insb. S. 85. Die neuere Rechtsprechung der Kommission tendiert im Hinblick auf rein finanzielle Streitigkeiten in diese Richtung, vgl. B 12986/87, Scuderi v. Italy (vor dem Gerichtshof anhängig); B 12996/87, M.R. v. Italy (aus der Liste der anhängigen Fälle gestrichen, vgl. ECHR Series A 245-E), in beiden Fällen geht es um eine "re-evaluation of a civil servant's salary" (NQHR 1992 503). Die Kommission sah Art. 6-1 EMRK als anwendbar an. Im E 15058/89, Royce Darnell v. United Kingdom, ging es um den Direktor eines staatlichen Labors, der vertraglich-privatrechtlich angestellt war. Die Kommission sah in diesem Fall Art. 6-1 EMRK umso mehr als anwendbar an. Der Bericht wurde verabschiedet; der Fall ist anhängig, vgl. NQHR 1992 502f. Vgl. auch Urteil Muyldermans, ECHR Series A 214-B, vgl. N. 39, S. 42, Anm. 5. In diesen Fällen ging es allerdings um Geldstreitigkeiten; dagegen blieb die Kommission im E 15965/90, X. c. Espagne bei ihrer ursprünglichen Auffassung, vgl. N. 35, S. 36 Anm. 1 m.w.H.

Zukunftsweisend ist die Praxis des UNO-Menschenrechtsausschusses, der in der Communication Nr. 203/1986 die Wiederaufstellung eines entlassenen Beamten als "zivilrechtlich" angesehen hat, vgl. EuGRZ 1989 435 und Nowak, Kommentar, N. 12 Anm. 40 zu Art. 14 CCPR.

¹³⁶ Vgl. N. 34.

¹³⁷ Vgl. N. 37.

¹³⁸ Der österreichische Verfassungsgerichtshof hat am 15.6.1992 Art. 6-1 EMRK nicht auf die Berechnung von Fernmeldegebühren angewandt, ÖJZ 1993, S. 566..

meindewerke wie Wasserversorgung, Energiewesen, Abwasser- und Abfallentsorgung zu denken. Es wäre schwer zu begründen, warum Art. 6-1 EMRK im Verfahren der Parallelwertung hier nicht gelten sollte.

37 Im Urteil "Editions Périscope" ging es einer Gesellschaft um Schadenersatz für die vom französischen Staat nicht gewährten Posttaxen- und Steuererleichterungen. Das Verwaltungsgericht von Paris und letztinstanzlich der Conseil d'Etat wiesen das Schadenersatzbegehren ab. Die Kommission erklärte die Beschwerde betreffend Verfahrensdauer für zulässig und in ihrem Bericht sah sie Art. 6-1 EMRK für verletzt an. Der Gerichtshof übernahm die Auffassung der Kommission und erstmals formulierte er eine abstrakte (Teil-)Definition der "Civil rights"/"Droits ... de caractère civil"¹³⁹:

"The court notes that the subject-matter of the applicant's action was 'pecuniary' in nature and that the action was founded on an alleged infringement of rights which were likewise pecuniary rights. The right in question was therefore a 'civil right', notwithstanding the origin of the dispute and the fact that the administrative courts had jurisdiction".

Nach dem Urteil Editions Périscope hat also jede *pekuniäre* Streitigkeit zwischen dem Staat und einem Individuum einen "zivilrechtlichen" Charakter. Sollte der Gerichtshof an seiner Auffassung festhalten, so werden weite Teile des Verwaltungsrechts von Art. 6-1 EMRK erfasst, so beispielsweise Streitigkeiten betreffend Abgaben und Steuern, Subventionen, alle Arten von Leistungen der Sozialversicherung und Sozialhilfe, Staatshaftung, die finanziellen Aspekte des öffentlichen Dienstrechtes¹⁴⁰ und Beiträge für die Benutzung von Anstalten. Dieses Urteil kann sich - nach den Urteilen Ringeisen und König - geradezu als ein Meilenstein auf dem Weg zu einer relativ allgemeinen Rechtsschutzgarantie erweisen.

4. Praxis der Konventionsorgane

38 Der Gerichtshof hat in seiner mittlerweile gefestigten Praxis folgende Sachbereiche als "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" angesehen und der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK unterworfen:

- behördliche Genehmigung für Grundstückverkauf¹⁴¹;
- Enteignung, langfristiges Bauverbot auf Liegenschaften¹⁴²;

¹³⁹ Urteil Editions Périscope, ECHR Series A 234-B, § 40.

¹⁴⁰ Vgl. N. 16 und zu "zivilrechtlichen" Aspekten N. 35.

¹⁴¹ Urteil Ringeisen, ECHR Series A 13; bestätigt im Urteil Sramek, ECHR Series A 84, §§ 34f; ebenso behördliche Genehmigung zum Behalten eines ersteigerten landwirtschaftlichen Grundstücks über die Dauer von zwei Jahren hinaus, Urteil Håkansson and Stureson, ECHR Series A 171, § 60. Vgl. auch E 12585/86, L. gegen Schweden, EuGRZ 1991 196.

- Verweigerung einer Baubewilligung¹⁴³;
- Entzug der ärztlichen Berufsausübungsbewilligung¹⁴⁴;
- Entschädigungsverfahren wegen Belästigung durch Fluglärm¹⁴⁵;
- Entzug einer Bewilligung für eine Flüssiggas-Tankstelle¹⁴⁶;
- sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten wegen einer Hinterbliebenenrente infolge Unfalls, Lohnfortzahlung bei Krankheit, Pensionsansprüche und Invalidenhilfe¹⁴⁷;
- Verlust der Aufenthaltsberechtigung auf der Kanalinsel Guernsey und damit verbundene Unmöglichkeit, das dortige Eigenheim zu bewohnen¹⁴⁸;
- Staatshaftungsfälle¹⁴⁹;

¹⁴² Enteignungsbewilligung und Bauverbot, Urteil Sporrang und Lönnroth, ECHR Series A 52, §§ 79-83 und ebenso Urteil Bodén, ECHR Series A 125, §§ 28-32. Bauverbot auf Grundstück, Urteil Jacobsson, ECHR Series A 163, § 73.

¹⁴³ Urteil Skärby, ECHR Series A 180-B, § 29 unter Hinweis auf das Urteil Allan Jacobsson, ECHR Series A 163, § 72f. Die Kommission hatte vor wenigen Jahren noch die gegenteilige Auffassung vertreten, vgl. E 10395/83, N. c. Autriche, DR 48, 65 und E 11844/85, Gunnar Erikson a.o. c. Suède, DR 55, 205; BGr v. 24.2. 1993, X. c. Vaud (Unterschutzstellung eines historischen Gebäudes), vgl. Besprechung von Andreas Kley, AJP 1993 Heft 8.

¹⁴⁴ Urteil Albert et Le Compte, ECHR Series A 58, §§ 25-30 und Urteil Le Compte, van Leuven and de Meyere, ECHR Series A 43, §§ 44-51 (befristete Einstellung im Arztberuf); Urteil König, ECHR Series A 27, § 91f (Privatklinik); Urteil Kraska, ECHR Series A 254-B, § 25.

¹⁴⁵ Urteil Zimmermann und Steiner, ECHR Series A 66, § 22.

¹⁴⁶ Urteil Benthem, ECHR Series A 97, §§ 34f. In der Folge dieses Urteils liessen die niederländischen Gerichte immer dann, wenn ein verwaltungsrechtliches Rechtsmittel keine ausreichenden Garantien bot, ein Verfahren vor den Zivilgerichten zu, um eine volle Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Verwaltungsentscheidung zu erreichen. Diese praktische Lösung hält die Rechtsweg- und die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK ein, vgl. dazu Urteil Oerlemans, ECHR Series A 219, §§ 53-57.

¹⁴⁷ Urteil Feldbrugge, ECHR Series A 99, §§ 25-40; Urteil Deumeland, ECHR Series A 100, §§ 58-74; Urteil Giancarlo Lombardo, ECHR Series A 249-C, §§ 13-16; Urteil Salesi, ECHR Series A 257-E, §§ 18f.

¹⁴⁸ Urteil Gillow, ECHR Series A 109.

¹⁴⁹ - Schadenersatz wegen während der portugiesischen Revolution begangenen rechtswidrigen Handlungen: Urteil Baraona, ECHR Series A 122, §§ 36-44, insb. § 44: "The right to compensation asserted by the applicant is a private one, because it embodies a 'personal and property' interest and is founded on an infringement of rights of this kind, notably the right of property". Der Gerichtshof stützt sich allein auf die grundrechtliche Begründung ab.

- Schadenersatz wegen nicht gewährter Steuer- und Posttaxenerleichterungen, Urteil Editions Périscope, ECHR Series A 234-B, §§ 39f.

- Schadenersatz wegen HIV-Infektion eines Bluters, Urteil X. v. France, ECHR Series A 236, §§ 29f.

- Schadenersatz wegen einer angeblichen Fehlbehandlung in einem öffentlichen Spital, Urteil H. v. France, ECHR Series A 162-A, §§ 46f.

- Schadenersatz wegen unrechtmässiger Verweigerung einer Bewilligung zur Fabrikation von Kunststofffasern,

- Güterzusammenlegungen und diesbezügliche Entschädigungen an die ursprünglichen Eigentümer¹⁵⁰;
- Widerruf einer Kraftfahrlinienkonzession¹⁵¹;
- Widerruf einer Lizenz zum Ausschank von Alkohol in einem Restaurant¹⁵²;
- Kündigungsschutzverfahren für invalide Arbeitnehmer¹⁵³;
- Widerruf einer Bewilligung zum Abbau von Schotter auf einem Grundstück¹⁵⁴;
- ausschliessliche Klagebefugnis der griechischen Technikerkammer zur Durchsetzung von Honoraransprüchen ihrer Mitglieder¹⁵⁵;
- Einzonung eines Grundstücks in ein Naturschutzgebiet und damit verbundene Einschränkung des Nutzungsrechts¹⁵⁶.

39 Die Kommission ist - entgegen ihrer früheren Praxis¹⁵⁷ - auf die vom Gerichtshof verfolgte Leitlinie eingeschwenkt¹⁵⁸. Sie hat *Art. 6-1 EMRK bei folgenden Streitigkeiten als anwendbar* angesehen:

Urteil *Neves e Silva*, ECHR Series A 153-A, §§ 35-37. - Siehe zum deutschen Wiedergutmachungsrecht: *Mann Frederick/Kurth Jürgen*, *The Notion of 'Civil Rights' in Article 6 of the ECHR*, in: *German Yearbook of International Law* 1992 81ff. Die beiden Autoren halten *Art. 6-1 EMRK* konsequenterweise als auf das Wiedergutmachungsrecht anwendbar.

¹⁵⁰ Urteil *Ettl a.o.*, ECHR Series A 117, § 74; Urteil *Erkner und Hofauer*, ECHR Series A 117, § 62; Urteil *Poiss*, ECHR Series A 117, § 48; Urteil *Wiesinger*, ECHR Series A 213, §§ 49f; hier wird auf die "Property rights" abgestellt, die gemäss § 50 unbestrittenermassen "Civil rights" darstellen; E 14696 und 14697/89, *Stallinger and Kuso v. Austria* (zulässig); ebenso BGE 118 Ia 355f und die Besprechung von *Yvo Hangartner*, *AJP* 1993 79ff.

¹⁵¹ Urteil *Pudas*, ECHR Series A 125, §§ 36-38. Der Gerichtshof legt hier das "zivilrechtliche" Gewicht auf die privaten Vertragsabschlüsse zwischen dem Konzessionsinhaber und seinen Kunden.

¹⁵² Urteil *Tre Traktörer AB*, ECHR Series A 159, §§ 36-44, insb. § 43: "Certes, l'Etat jouit en Suède d'un monopole pour le commerce de gros des boissons alcoolisées, mais il en confie surtout à des personnes et sociétés privées, par l'octroi de licences, la distribution dans les restaurants et les bars. En pareil cas, les intéressés accomplissent une activité commerciale privée, à des fins lucratives et sur la base de contrats entre eux et les clients"; ebenso E 11899/85, *Wasagrillen Knud Nylund AB* gegen Schweden, *EuGRZ* 1991 194.

¹⁵³ Urteil *Obermeier*, ECHR Series A 179, § 67.

¹⁵⁴ Urteil *Fredin*, ECHR Series A 192, § 63.

¹⁵⁵ Urteil *Philis*, ECHR Series A 209, § 57 (unbestritten); vgl. den vor dem Gerichtshof anhängigen Fall B 13092/87 und B 13984/88, *The Holy Monasteries v. Greece*, wo es um die ausschliessliche Prozessführungsbefugnis der Griechisch-Orthodoxen Kirche geht.

¹⁵⁶ Urteil *Oerlemans*, ECHR Series A 219, §§ 47f. Der Gerichtshof hat allein grundrechtlich argumentiert. Urteil *Geouffre de la Pradelle*, ECHR Series A 253-B, § 23, wo die Regierung offenbar von der Anwendbarkeit des *Art. 6-1 EMRK* ausging, vgl. zum Sachverhalt genauer den E 12964/87, *EuGRZ* 1991 298.

¹⁵⁷ Vgl. N. 27.

- Verweigerung einer Ausnahmebaubewilligung bei einem Bauverbot¹⁵⁹, Erteilung einer Baubewilligung¹⁶⁰, Verfahren der bau- oder umweltschutzrechtlichen Einsprache durch Nachbarn¹⁶¹;
- Erwerbsersatz für Arbeitslosigkeit infolge Betriebsstörung¹⁶² oder infolge Unfalls¹⁶³;
- Herstellungs- und Vertriebsbewilligung für eine Rheuma-Heilsalbe¹⁶⁴;
- Invalidenpension¹⁶⁵;
- steuerbehördliches Vorkaufsrecht für Grundstücke zur Verhinderung der Steuerflucht¹⁶⁶;
- Streitigkeit, ob eine verstaatlichte Gesellschaft noch das Recht der Persönlichkeit besitze¹⁶⁷;
- teilweiser Schadenersatz wegen eines Mankos in der Postkasse¹⁶⁸;
- Verpflichtung, auf eigenem Grundstück eine bestimmte Baumart zu pflanzen¹⁶⁹;

¹⁵⁸ Vgl. Weh, Anwendungsbereich 435. Selbstverständlich erachtet sich das Bundesgericht an die Praxis der Konventionsorgane gebunden, vgl. BGr v. 30.10.1991, RUDH 1992 350. Die BGr-Praxis wird im folgenden nachgewiesen.

¹⁵⁹ E 12032/86, Carsten Jacobsen gegen Schweden, EuGRZ 1991 194f (betreffend Ausnahmebaubewilligung bei Bauverbot) und B 12318/86, Rolf Wollart c. Suède, §§ 32-36 (vgl. den E in EuGRZ 1991 195) Ausnahmebaubewilligung bei Bauverbot, vom Ministerkomitee am 27.9.1991 bestätigt.

¹⁶⁰ B 12887/87, Myrdal gegen Schweden, EuGRZ 1991 196, (gütliche Einigung) Baubewilligung; E 15267/89, gegen Österreich, ÖJZ 1992 385f, Baubewilligung für Einkaufszentrum; BGr v. 30.10.1991, RUDH 1992 350.

¹⁶¹ E 12884/87, O. v. Austria (zulässig erklärt); B 14282/88, Zander v. Sweden, NQHR 1993 203.

¹⁶² B 11892/95, Franco Cesarini c. Italie.

¹⁶³ B 12786/87, Giancarlo Testa c. Italie, § 26; vgl. Urteil Testa, ECHR Series A 223-J.

¹⁶⁴ B 15269/89, Josef Müller AG v. Switzerland, §§ 53-66; vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt.

¹⁶⁵ B 12698/87, Alvaro Casadio c. Italie, § 26 (vgl. Urteil Casadio, ECHR Series A 223-I) ebenso in B 13337/87, Ernestina Dal Sasso c. Italie, B 10659/83 (vgl. Urteil Dal Sasso, ECHR Series A 223-N), B 10659/83, Saverio Lo Giacco c. Italie, §§ 18-24, vom Ministerkomitee am 6.6.1991 in der Resolution DH 91 (13) bestätigt; E 11362/85, C. v. Italy, DR 50, 168, vgl. Flauss, Convention, janvier-avril 1992, 417 und EuGRZ 1989 351.

¹⁶⁶ E 13616/88, H. v. France, HRLJ 1991 480 oder RUDH 1991 594f.

¹⁶⁷ B 11724/85, Manuel Mendes Godinho e Filhos c. Portugal, §§ 99-106.

¹⁶⁸ B 12217/86 Marie-Louise Muyldermans v. Belgium, §§ 50f, ECHR Series A 214-A, S. 13ff oder EuGRZ 1991 366ff; trotz beamtenrechtlichen Grundlagen überwiegen "zivilrechtliche" Aspekte. Infolge gütlicher Einigung zwischen Beschwerdeführerin und belgischer Regierung erging in der Sache kein Urteil.

¹⁶⁹ B 12570/86, Martin Denev v. Sweden, §§ 38-50, vom Ministerkomitee bestätigt, DH (93) 7 v. 9.3.1993, EuGRZ 1991 195f und den E, DR 59, 127; im E 10471/83, B. v. United Kingdom, DR 45, 113 bewertete die Kommission aber noch eine Streitigkeit betreffend eine andere als die gesetzlich vorgesehene Grundstücksnutzung nicht als "zivilrechtlich".

- Verfahren betreffend zusätzliches Milchkontingent¹⁷⁰;
- Widerruf einer Genehmigung zum Betrieb einer Mülldeponie¹⁷¹;
- Streiterledigung zwischen vertraglich Angestelltem und öffentlicher Verwaltung durch das ordentliche Arbeitsgericht¹⁷² und Besoldungsstreitigkeit zwischen einem Beamten des Finanzministeriums und dem Staat¹⁷³;
- Verfahren um Erteilung von Ersatztaxikonzessionen¹⁷⁴;
- Enteignung von Grundeigentum¹⁷⁵ oder von dinglichen Rechten (wegen übermässigen Schiesslärms) und von Aktien¹⁷⁶;
- Verweigerung einer Bewilligung, in einer Privatschule staatlich anerkannte Klassen des 7.-9. Schuljahres zu führen¹⁷⁷;
- staatliche Bewirtschaftung von nichtgenutztem Wohnraum¹⁷⁸;
- Bewilligung zur Ausübung eines Berufes¹⁷⁹ und deren disziplinarischer Widerruf¹⁸⁰;

¹⁷⁰ B 16034/90, Van der Hurk v. Netherlands, NQHR 1993 203 (anhängig).

¹⁷¹ E 16922/90, Fischer v. Austria.

¹⁷² E 11882/85, C. v. United Kingdom, DR 54, 162. Vgl. N. 35 m.w.H.

¹⁷³ B 12996/87, M.R. c. Italie. Der Gerichtshof entschied in der Sache nicht, weil die Beschwerdeführerin kein Interesse mehr zeigte, vgl. Urteil M.R. c. Italie, ECHR Series A 245-E.

¹⁷⁴ B 12213/86, Jon Axelsson, Roy Gasper, L.-E. Hjelm and Stig Nissen v. Sweden, §§ 42-56, vgl. den E in EuGRZ 1989 266.

¹⁷⁵ B 11250/84, Giuseppe Azzi c. Italie, § 40 (unbestritten) und vom Ministerkomitee am 6.6.1991 in der Resolution DH 91 (12) bestätigt; B 12236/86, Zumtobel v. Austria (beim Gerichtshof anhängig). Das Bundesgericht ist dieser Rechtsprechung gefolgt, vgl. BGE 114 Ia 19f und 127f, 115 Ia 69f; BGr v. 28.4.1988, SJIR 1990 214f (Enteignung).

¹⁷⁶ B 12421/86, Paul and Gerda Meier-Sax v. Switzerland, S. 19, vgl. die E in DR 57, 179 und in EuGRZ 1989 307; E 12952/87, Ruiz-Mateos gegen Spanien, EuGRZ 1991 406ff, Enteignung von Aktien eines Grosskonzerns; B 9482/81, Scotts' of Greenock Ltd. and Lithgows Limited v. United Kingdom, §§ 53-58, DR 58, 5, Verstaatlichung der Schiffsbauindustrie, vom Ministerkomitee am 26.10.88 in der Resolution DH 88 (14) bestätigt. E 14726/89, Kefalas and Giannoulatos v. Greece (Zwangsübernahme der Aktienmehrheit einer "Problem"-Gesellschaft durch eine Staatsagentur).

¹⁷⁷ B 11533/85, Ingrid Jordebo Foundation of Christian Schools v. Sweden, §§ 80-94; vgl. den E in DR 51, 125 oder EuGRZ 1988 282f.

¹⁷⁸ B 12887/87, Ake Lindén und Konsumentfinans Karlsson & Lindén AB gegen Schweden, EuGRZ 1991 196, (gütliche Einigung).

¹⁷⁹ B 13942/88, M.K. gegen die Schweiz (Arztberuf), vgl. den E, EuGRZ 1991 408f. Dieser Fall betreffend ungenügende Aktenkenntnis eines Bundesrichters ist vor dem Gerichtshof anhängig, vgl. zur ähnlichen Problemstellung BGr v. 23.12.1991, R.M. c. Cour de cassation du canton de Genève, SZIER 1992 502f; E 11504/85, Jean-Claude Nyström c. Belgique, DR 58, 48; vgl. E 10027/82, Guchez v. Belgium, DR 40, 100 (Architektenberuf).

- ehrenrührige Berichterstattung durch eine staatliche Behörde¹⁸¹;
- Fortsetzung der Berufstätigkeit als Immobilienhändler¹⁸²;
- Konkurserklärung¹⁸³.

40 Die Kommission hat in negativen und abschliessenden¹⁸⁴ Zulässigkeitsentscheidungen *Art. 6-1 EMRK als nicht anwendbar angesehen*:

- Vollstreckung von Gerichtsurteilen¹⁸⁵;
- Rückweisung einer Klage aus prozessualen Gründen, z.B. wegen Fristablaufs¹⁸⁶;
- Verfahren der einstweiligen Verfügung¹⁸⁷;
- Entscheid über die Erstattung von Kosten, die ein Kläger nach Rückzug seiner Klage dem Beklagten zu bezahlen hat¹⁸⁸;
- durch Gefängnisbehörden beeinträchtigter Briefverkehr zwischen Häftling und Anwalt¹⁸⁹;
- Gerichtsberichterstattung¹⁹⁰;

¹⁸⁰ E 10364/83, André Cavalin v. France, DR 53, 28; B 9359/81, Michel Honart v. Belgium, §§ 30-34, DR 53, 5; E 11097/84, Klemens Blochmann v. Germany, DR 48, 65; E 12502/86, Cornelius Ginikanwa v. United Kingdom, DR 55, 251 (Anwaltsberuf); E 12458/86, Raphaël Verstele v. Belgium, DR 59, 113 (Anwaltsberuf).

¹⁸¹ E 17101/90, Fayed a.o. v. United Kingdom und E 8282/78, Scientology v. Sweden, DR 21, 109.

¹⁸² Vgl. den B nach Art. 30 EMRK, 11282/84, Jaxel c. France, DR 59, 42 und den E, EuGRZ 1988 281f.

¹⁸³ E 10259/83, Spcl. ANCA et autres c. Belgique, DR 40, 170. Dem widerspricht das Urteil des BGr v. 29.3.1990, SZIER 1991 402f, wonach Art. 6-1 EMRK auf die Konkursöffnung gemäss Art. 189 SchKG nicht anwendbar sei. Das bundesgerichtliche Urteil erging offenbar ohne Konsultation der Praxis der Konventionsorgane. Künftig muss sich der Betroffene daher, entgegen dem Wortlaut des Art. 189 SchKG und dem erwähnten Bundesgerichtsurteil, vorher äussern können.

¹⁸⁴ Die negativen Zulassungsentscheide der Kommission sind abschliessend, weil der Gerichtshof - anders als bei den positiven Entscheiden - deren Zulassung nicht überprüfen kann, vgl. Trechsel, Menschenrechtsschutz 189. Siehe zur Praxis bis 1985: Frowein/Peukert, Kommentar, N. 36 zu Art. 6 EMRK und Miehsler, IntKom, N. 149ff zu Art. 6 EMRK. Diese ältere Praxis der Kommission ist infolge der inzwischen erfolgten Anpassung an die Praxis des Gerichtshofes z.T. nicht mehr repräsentativ.

¹⁸⁵ E 11051/84, Jean Laplace c. France, DR 52, 222; E 10757/84, W. v. Austria, DR 56, 36. Es sei denn, in diesem Verfahren werden erneut materiellrechtliche Fragen entschieden. Vgl. E 11258/84, Anton Dornbach v. Germany, DR 48, 225, die Zwangsversteigerung eines Grundstücks infolge Grundpfandbetreibung betrifft "Droits ... de caractère civil" bzw. "Civil rights".

¹⁸⁶ E 10865/84, Rachel Blay c. Allemagne, DR 47, 188.

¹⁸⁷ E 12446/86, Katarina Alsterlund v. Sweden, DR 56, 229; ebenso BGr v. 7.7.1988, SJIR 1989 284f.

¹⁸⁸ E 12446/86, Katarina Alsterlund v. Sweden, DR 56, 229.

¹⁸⁹ B 11523/85, Harry Grace v. United Kingdom, § 120.

- Eintragung eines Ehrendoktors in den Reisepass¹⁹¹;
- Verfahren um Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes¹⁹²;
- Maturitäts- und Universitätsexamen¹⁹³;
- Asylverfahren, fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung bzw. Ausweisung von Ausländern und Einreisesperren¹⁹⁴;
- Einbürgerungsverfahren¹⁹⁵;
- Eintragung einer Verurteilung in das Strafregister¹⁹⁶;
- Verfahren betreffend Einsicht Dritter in das Grundbuch¹⁹⁷;
- Rückweisung eines Appellationsgesuches ("leave to appeal") durch das britische Oberhaus¹⁹⁸;
- Verfahren über ein Gesuch um Revision eines Urteils¹⁹⁹;

¹⁹⁰ E 11553/85 et 11658/85, G. Hodgson, D. Woolf Productions Ltd. a.o., DR 51, 136.

¹⁹¹ E 19098/91, X. v. Austria, ÖJZ 1993 214.

¹⁹² E 14939/89, Lidija Widmer c. Suisse, VPB 1991 Nr. 46.

¹⁹³ E 17254/90, B.A.A. c. Suisse, VPB 1991 Nr. 45; E 11085/84, M. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 96 m.w.H. Ebenso das BGr v. 21.8.1989, SJIR 1990 212 (kantonale Diplomprüfungen). Bei Examen betreffend eine Berufsausübungsbewilligung müssen behauptete Willkür und Verfahrensfehler von einem Gericht geprüft werden können, vgl. Urteil van Marle a.o, ECHR Series A 101, §§ 27-38.

¹⁹⁴ E 19088/91, B.S. c. Suisse, VPB 1992 Nr. 50 (Asyl); E 12364/86, Alicihan Kilic c. Suisse, DR 50, 280 (Asyl); E 12122/86, Shankernath Lukka v. United Kingdom, DR 50, 268 (Asyl); E 13162/87, P. v. United Kingdom, DR 54, 211 (Asyl); E 12364/86, K. c. Suisse, VPB 1987 Nr. 71 (Asyl); E 9285/81 X., Y. and Z. v. United Kingdom, DR 29, 205 (Niederlassungsbewilligung); E 8118/77 Omkarananda et le Divine Light Zentrum c. Suisse, DR 25, 105, § 8 oder VPB 1983 Nr. 123 (Ausweisung); E 13930/88, Robert Whitehead v. Italy, DR 60, 272 (Ausweisung); E 7289/75 et 7349/76, X. et Y. c. Suisse, VPB 1983 Nr. 122 oder DR 9, 57 (Einreisesperre). Siehe aber den E 19184/91 v. Switzerland betreffend Ausweisung eines zum Katholizismus konvertierten Pakistani, der sich in seinem Heimatland religiöser Verfolgung ausgesetzt sieht.

¹⁹⁵ E 14447/88, X. v. Austria, ÖJZ 1993 142; E 13325/87, S. c. Suisse, DR 59, 256; E 5212/71, X. v. Austria, CD 43, 69. Interessant ist freilich, dass die Staatsangehörigkeit (lat. civitas) ursprünglich in den grossen Privatrechtskodifikationen geregelt war, vgl. Makarov Alexander, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. A., Stuttgart 1962, S. 7f. Die Staatsangehörigkeit war etwa in Frankreich zu Beginn des 19. Jahrhunderts noch eine "Voraussetzung des uneingeschränkten Genusses von Zivilrechten".

¹⁹⁶ E 11338/85, Georg Brozicek c. Allemagne, DR 43, 231.

¹⁹⁷ E 11854/85, Paul Clavel c. Suisse, DR 54, 153 oder VPB 1988 Nr. 63 und 75.

¹⁹⁸ E 12972/87, Eric Porter v. United Kingdom, DR 54, 207.

¹⁹⁹ E 11971/86, M. c. Suisse, VPB 1988 Nr. 64; E 14288/88 gegen Österreich, ÖJZ 1990 216; E 7761/77, X. v. Austria, DR 14, 171; BGE 113 Ia 64, BGr v. 18.4.1988, SJIR 1989 284 und BGr v. 27.7.1990, SZIER 1991 404. Diese Entscheide gelten für Strafverfahren, entsprechendes muss auch für "zivilrechtliche" Gesuche um Revision eines Urteils gelten.

- Disziplinarverfahren gegen Beamte²⁰⁰;
- Auseinandersetzungen um Fragen des Glaubens und der religiösen Praxis²⁰¹;
- internationale Rechtshilfe in Strafsachen und Auslieferungsverfahren²⁰²;
- Streitigkeiten betreffend Haftentschädigung²⁰³;
- Recht einer Gewerkschaft, vom Arbeitgeber Auskünfte über eine bestimmte Personalkategorie zu erhalten²⁰⁴;
- Verfahren betreffend Militär- oder Zivildienst²⁰⁵;
- Streitigkeiten betreffend Abgaben und Steuerveranlagung²⁰⁶;
- Streitigkeiten betreffend politische Rechte²⁰⁷.

41 Nach der aktuellen Rechtsprechung der Kommission findet demnach Art. 6-1 EMRK im wesentlichen keine Anwendung auf prozessrechtliche Streitigkeiten, auf Asyl- und ausländerpolizeiliche Verfahren, Einbürgerung, Militär- und Zivildienst, die Steuerveranlagung und politische Rechte.

²⁰⁰ E 11909/85, M. c. Suisse, VPB 1989 Nr. 56 (Gesuch um Einleitung eines solchen Verfahrens) sowie die Anordnung von Disziplinarsanktionen wie Verweis, Besoldungskürzung, Busse oder Entlassung, vgl. N. 16, S. 15, Anm. 6 (strafrechtliche Tragweite) und N. 35 (zivilrechtliche Tragweite).

²⁰¹ E 7374/76, X. v. Denmark, DR 5, 159. So bedürfen staatskirchenrechtliche Auseinandersetzungen um rein religiöse Fragen *innerhalb* der öffentlichrechtlich anerkannten Religionsgemeinschaften keiner Gerichtskontrolle.

²⁰² E 11514/85, A. et A. c. Suisse, VPB 1987 Nr. 73; E 7317/75, Lynas c. Suisse, VPB 1983 Nr. 120 (Auslieferungsverfahren vor den Behörden des ersuchenden Staates).

²⁰³ Vgl. E 10406/83, S. c. France, DR 42, 133 und E 11352, K. c. Allemagne, DR 45, 273 (denn das Right to liberty ist nicht "zivilrechtlich"). Das Bundesgericht hat in BGE 118 Ia 104 Art. 6-1 EMRK auf ein Haftentschädigungsverfahren angewandt, ohne die Anwendbarkeit überhaupt zu prüfen. Mit der "pekuniären" Herleitung der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" (vgl. N. 37) dürfte nun aber die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK gegeben sein.

²⁰⁴ E 11678/85, Syndicat CFDT des Etablissements et Arsenaux du Val de Marne, Jacques Vesque c. France, DR 54, 98.

²⁰⁵ E 11734/85, Siegfried Nicolussi v. Austria, DR 52, 266; E 10600/83, Jorgen Johansen c. Norvège, DR 44, 155 (Verfahren zum Vollzug des zivilen Ersatzdienstes für Militärdienstverweigerer).

²⁰⁶ E 14623/89, X. v. Austria, ÖJZ 1993 140; E 13013/87, Wasa Liv Ömsesidigt a.o. v. Sweden, DR 58, 163; E 11189/84, Société S. et T. c. Suède, DR 50, 121; E 9908/82, X. v. Germany, DR 32, 266; E 10616/83, J. et B. Gottesmann c. Suisse, VPB 1985 Nr. 72; Art. 6-1 EMRK ist aber wohl auf die Rückerstattung zuviel bezahlter Steuern und Posttaxen anwendbar, vgl. N. 37. Art. 6-1 EMRK ist auch auf die Erhebung von Importzöllen für Alkohol unanwendbar, vgl. BGr v. 14.12. 1989, SJIR 1990 216f.

²⁰⁷ E 11068/84, Carmine Priorello c. Italie, DR 43, 195.

5. Definitionsversuche der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil"

42 Der Gerichtshof hat es mehrfach abgelehnt, eine abstrakte und allgemeingültige Definition der "Droits ... de caractère civil" bzw. "Civil rights" zu geben²⁰⁸; bis er im Urteil Editions Périscope eine Teildefinition angegeben hat²⁰⁹. Die Rechtsprechung zum Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK ist trotz dieser Teildefinition von einer gewissen Rechtsunsicherheit geprägt²¹⁰; eine einfache und überzeugende abstrakte Definition wäre deshalb von grossem Nutzen. Es sind daher etliche Definitionen des Begriffs der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" vorgeschlagen worden²¹¹. Diese Definitionen krankten mitunter daran, dass sie die unbestimmten Begriffe des geltenden Textes durch andere unbestimmte Begriffe ersetzen wollen²¹²; das Problem wird damit höchstens verlagert.

43 Die Kommissionsmitglieder Melchior und Frowein haben in ihrem vielzitierten²¹³ Minderheitsvotum zum Benthem-Bericht²¹⁴ den Begriff der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" abstrakt umschrieben:

²⁰⁸ Vgl. z.B. Urteil Benthem, ECHR Series A 97, § 35. Bei den strafrechtlichen Anklagen hat der Gerichtshof einen gut handhabbaren Katalog von Gesichtspunkten entwickelt, vgl. N. 9.

²⁰⁹ Vgl. N. 37 und ECHR Series A 234-B, § 40. Schon im Urteil Fredin, ECHR Series A 192, § 63 findet sich eine punktuelle Definition: "Civil rights" bedeutet "to develop their property in accordance with the applicable laws and regulations".

²¹⁰ Vgl. z.B. Leuprecht, *Réflexions* 3f (spricht gar von einem "trouble" innerhalb der Konventionsorgane); Wildhaber, *Civil rights* 469; Münger, *Expertenkomitee* 33f; Matscher, *Rapport* 20 gestützt auf den vorher zitierten Beitrag von Wildhaber; *Votum Türk*, in: Matscher (Hrsg.), *Verfahrensgarantien* 153.

²¹¹ Vgl. die Darlegung der einzelnen Versuche bei Velu/Ergec, *Convention* 375ff, § 421. Vgl. weitere Angaben bei Schmuckli, *Fairness* 58f.

Schmuckli, *Fairness* 38 hat sich mit seiner These, Art. 6 EMRK sei auf überhaupt jedes Verfahren anwendbar, einer wesentlichen Fragestellung entzogen, vgl. aber immerhin die Korrektur auf S. 131ff. Siehe den Definitionsvorschlag von Harris, *Application* 157ff; wiederholt von Bleckmann, *Civil rights* 253. Harris schlägt eine Gleichsetzung der "Civil rights" bzw. "Droits ... de caractère civil" mit den Grundrechten vor. Der Gerichtshof ist heute schon ein gutes Stück dieses Weges gegangen, vgl. N. 27ff und 45ff.

²¹² Vgl. z.B. Mayer Heinz, *Zivilrechtsbegriff und Gerichtszuständigkeit*, *Zeitschrift für Verwaltung* 1988 473ff, insb. 480, der Art. 6-1 EMRK auf die "Rechtsbeziehungen der Menschen unter sich" angewendet wissen will. Oder Dugrip, *Applicabilité* 342, § 24 *Droits civils / Droits publics et politiques*.

²¹³ Vgl. z.B. Lemmens, *Geschillen* 225 Anm. 923; van Dijk/van Hoof, *Convention* 301; Khol, *Implications* 638, § 4; Wildhaber, *Civil rights* 472; Miehsler, *IntKom*, N. 73 zu Art. 6; Thürer, *Verwaltungsverfahren* 252 Anm. 42; Machacek, *Verwaltungsrechtspflege* 54; Frowein, *Rechtsschutz bringt die Definition auf die Kurzformel*, wonach Art. 6-1 EMRK in "Bereichen der normalen Bürgerfreiheit" anwendbar sein sollte.

²¹⁴ B 8848/80, ECHR Series B 80, S. 47f, §§ 9 und 14. Ähnlich abweichende Meinung Frowein im B 9384/81, *Deumeland v. Germany*, ECHR Series B 83, S. 26 und B 8562/79, *Feldbrugge v. Netherlands*, ECHR Series B 82, S. 29; zustimmend Frowein/Peukert, *Kommentar*, N. 22 zu Art. 6 EMRK; Khol, *Implications* 638, § 4 und Velu/Ergec, *Convention* 377, § 421. Der Gerichtshof hat die Minderheitsmeinung Frowein/Melchior aber nie

"Il faut considérer comme droits de caractère civil tous les droits qui sont des droits individuels dans l'ordre juridique interne et qui ressortissent du domaine de la liberté générale de l'individu, dans son activité professionnelle ou toute autre activité autorisée par la loi. Il en est et demeure ainsi même lorsque, pour des raisons d'utilité publique et de protection de l'intérêt général, l'Etat a reçu des pouvoirs de surveillance quant à l'exercice de ces droits."

"La minorité aimerait également souligner que l'interprétation exposée ci-dessus n'inclut pas dans la notion de droit de caractère civil les droits ou obligations existant pour l'individu non pas en sa qualité de personne privée mais bien de citoyen et qui concernent par essence le droit public, c'est-à-dire les cas où sont en jeu un statut ou des rapports juridiques particuliers avec les institutions de l'Etat en tant que telles (par exemple service public, questions fiscales, service militaire, questions d'immigration, affaires électorales)."

44 Der Gerichtshof hat sich diese Definition nicht zu eigen gemacht. Er hat vielmehr seine kasuistische Linie weiterverfolgt, wohl deshalb, weil jede neue Definition neue Abgrenzungsprobleme mit sich gebracht²¹⁵ hätte. Manche Wesensbereiche des Verwaltungsrechts, wie das Bau-, Enteignungs- und Planungsrecht, werden nach der aktuellen Rechtsprechung des Gerichtshofes von Art. 6-1 EMRK erfasst. Umgekehrt berühren andere Kernbereiche des öffentlichen Rechts, wie etwa die politischen Rechte, das Steuer- und Fremdenpolizeirecht, Art. 6-1 EMRK gerade nicht. Zudem ist die Anschauung derjenigen Rechte, welche die Staatsangehörigen als solche begünstigen sollen, einem starken Wandel unterworfen²¹⁶. So wird namentlich die Tatsache, dass etwa die politischen Rechte nur den Staatsangehörigen zustehen sollen und nicht auch den ständig niedergelassenen Ausländern, in Frage gestellt.

bestätigt. Eine ähnliche Definition vertritt Lemmens, Geschillen 234f, der umgekehrt die "politieke rechten en verplichtingen" definiert, auf die Art. 6-1 EMRK und 14-1 CCPR nicht anwendbar sein soll.

²¹⁵ Dies zeigte sich daran, dass Melchior und Frowein in den Berichten Feldbrugge und Deumeland mit ihrer Definition zu einem gegenteiligen Ergebnis kamen, vgl. Urteil Feldbrugge, ECHR Series B 82, S. 29 (Frowein) und S. 30ff (Melchior a.o.) ebenso Urteil Deumeland, ECHR Series B 83, S. 26 (Frowein) und S. 27ff (Melchior a. o.).

²¹⁶ Vor allem das moderne Verständnis der Staatsangehörigkeit als Grundrecht, auf das ein Anspruch besteht, stellt diese Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und Nichtstaatsbürgern in Frage, vgl. Hangartner, Staatsrecht II 223ff.

IV. Würdigung

45 Der Gerichtshof hat die Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK mit fünf unterschiedlichen Argumentationsweisen umschrieben, nämlich mittels der *privatrechtlichen*, der *privatrechtlich-grundrechtlichen* (dualistischen), *rein grundrechtlichen*, der *parallelwertungsmässigen* und schliesslich sogar der *pekuniären* Herleitung.

Infolge der insgesamt konsequenten Praxis und dem reichen Case-Law ist mittlerweile ein erhebliches Mass an Rechtssicherheit erreicht. Im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge hat das kürzlich ergangene Urteil *Salesi*²¹⁷ aber klargestellt, dass das *gesamte* Sozialversicherungs- und Sozialhilfe- (oder Fürsorge-)wesen den Anforderungen des Art. 6-1 EMRK unterstehen. Der Gerichtshof hat eine Differenzierung in diesem einheitlichen Rechtsgebiet angelehnt und das "droit subjectif de caractère patrimonial"²¹⁸ wegen seiner erheblichen Bedeutung für den Betroffenen genügen lassen. Die aus den Urteilen *Deumeland* und *Feldbrugge* bekannten Erfordernisse einer Beziehung zu einem Arbeitsvertrag sowie der Parallelität zum privatrechtlichen Versicherungswesen hat der Gerichtshof spätestens im Urteil *Salesi* aufgegeben. Dies mit gutem Grund, denn sie beruhen letztlich auf Rückzugsgefechten der früheren Auffassung der Kommission, Art. 6-1 EMRK sei bloss auf "rein" privatrechtliche Streitigkeiten anwendbar.

Im Bereich der staatlichen Leistungsverwaltung besteht mangels Urteilen des Gerichtshofes noch eine gewisse Unsicherheit²¹⁹, da hier das Ausmass der "parallelwertungsmässigen" und "pekuniären" Herleitung noch nicht absehbar ist.

46 Diese verbleibende Rechtsunsicherheit betreffend den Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK ist im Konventionstext selbst angelegt²²⁰. Die Konventionsorgane, insbesondere der in dieser Frage grosszügigere Gerichtshof, haben dem mehrdeutigen Text eine konkrete Gestalt gegeben. Freilich ist Rechtsprechung - das gilt insbesondere für die Grundrechtsprechung - an und für sich eine schöpferische Aufgabe, die angesichts der sich wandelnden Bedürfnisse von Staat und Gesellschaft nie abgeschlossen, sondern einer fortwährenden Entwicklung unterworfen ist. Die Rechtsunsicherheit wird sich daher nie gänzlich beseitigen lassen.

²¹⁷ ECHR Series A 257-E.

²¹⁸ Urteil *Salesi*, ECHR Series A, 257-E, § 19, vgl. auch Urteil *Deumeland*, ECHR Series A 100, § 71; E 10855/84, K. c. Allemagne, DR 55, 51 insb. 59.

²¹⁹ Vgl. N. 35.

²²⁰ Vgl. N. 22.

47 Die *dualistische und die rein grundrechtliche Herleitung* führen zu einer interessanten Weiterentwicklung des internationalen Grundrechtsschutzes durch die Konventionsorgane. Der Gerichtshof muss sich im Verhältnis Bürger-Staat ebenfalls zu einem "Civil right" bzw. "Droits ... de caractère civil" als Grundrechten aussprechen. Dabei hat er sich bemerkenswerterweise nicht auf die in der Konvention und ihren Zusatzprotokollen gewährleisteten Garantien beschränkt, sondern Grundrechte anerkannt, die *nationalen* Grundrechtskatalogen zugehören, wie die Vertragsfreiheit, Berufsfreiheit oder die Handels- und Gewerbefreiheit²²¹. Innerhalb des Art. 6-1 EMRK entwickelt sich ein *sekundärer Grundrechtskatalog*, der nicht durch seinen Inhalt²²², sondern durch die Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK geschützt und verwirklicht wird. Diese "neuen, wirtschaftlichen EMRK-Grundrechte" sind gewissermassen leere Hülsen, die aber von einem wirksamen Mantel von Verfahrensrechten umgeben sind. Mangelhaft erscheint allerdings die knappe Begründung dieser neuen Rechte; der Gerichtshof beschränkt sich meist auf eine Behauptung, dass dieses oder jenes Recht ein "Civil right" bzw. "Droit ... de caractère civil" darstelle.

48 Im Ergebnis schützen die Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK alle diejenigen verwaltungsrechtlichen Rechtsbereiche, die einen grundrechtlich-wirtschaftlichen

²²¹ Aus dem Katalog der Konventionsrechte hat der Gerichtshof lediglich Art. 8 EMRK und Art. 1 ZP 1 EMRK herangezogen, vgl. Velu/Ergec, Convention 390, § 437. Siehe in diesem Zusammenhang das interessante Urteil Kraska, ECHR Series A 254-B, § 24, wo der Gerichtshof die Frage, ob eine Streitigkeit über ein *Recht* vorliege, diese unter Hinweis auf Art. 31 BV bejaht hat. Entsprechendes tat die Kommission im B 15269/89, Josef Müller AG v. Switzerland, § 53-66, insb. § 61, vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt, vgl. VPB 1992 Nr. 53. Im Urteil Salesi, ECHR Series A 257-E, § 19 hat der Gerichtshof bemerkenswerterweise auf das Sozialrecht in Art. 38 der Italienischen Verfassung hingewiesen und dieses als "zivilrechtlich" angesehen.

²²² Der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK lassen sich aber keine materiellrechtlichen Postulate (z.B. Strafansprüche) entnehmen, vgl. Urteil Lithgow, ECHR Series A 102, § 192; Urteil Bodén, ECHR Series A 125, § 28; Urteil W. v. United Kingdom, ECHR Series A 121, § 73; E 12810/87, Lars Lorenus v. Sweden, DR 59, 172; E 10820/84, As. c. Suisse, VPB 1986 Nr. 93; E 9310/81, Frederick William Baggs v. United Kingdom, DR 44, 13 und E 9310/81, Michael Anthony Rayner v. United Kingdom, DR 47, 5; E 17004/90, R.H. v. Norway; E 15267/89 gegen Österreich, ÖJZ 1992 385f; B 15269/89, Josef Müller AG v. Switzerland, § 59, vom Ministerkomitee am 15.5.1992 in der Resolution DH 92 (16) bestätigt. In der B 11540/85, Haim Karni v. Sweden, §§ 80-94 (vgl. E 11540/86, EuGRZ 1989 266f) lehnte die Kommission die Anwendung von Art. 6-1 EMRK ab, da der Beschwerdeführer mit seiner Nichtzulassung als sozialversicherungsrechtlich anerkannter Arzt bloss nicht einverstanden war. Vgl. Haefliger, Menschenrechtskonvention 118f; Miehsler, IntKom, N. 79 zu Art. 6 EMRK; Grotrian, Article 6, §§ 13ff. In der Praxis wird der Begriff "Recht" weit gefasst, vgl. Velu/Ergec, Convention 372ff, § 418; Matscher, Rapport 10; Matscher, Notion 400ff; Dugrip, Applicabilité 1991 339, § 15; Lemmens, Geschillen 49f und Anm. 174 m.w.H. Der Gerichtshof hat im Urteil van Marle a.o., ECHR Series A 101, §§ 27-38 das sachrichtige Ergebnis der Fachprüfung für Buchprüfer nicht als "Recht" charakterisiert; anders aber Urteil H. v. Belgium, ECHR Series A 127.

Vgl. Urteil 1P.49/1992, BGr v. 20.8.1992 (nicht amtlich publiziert), NZZ v. 13.10. 1992, S. 23: Auseinandersetzungen zwischen der Stadt Lausanne und dem Kanton Waadt über Subventionen für Denkmalschutz betreffen kein innerstaatlich anerkanntes Recht. Art. 6-1 EMRK ist daher unanwendbar und die abschliessende Zuständigkeit des Waadtländer Regierungsrates ist unbedenklich. Zudem besteht - was im Urteil nicht erörtert wurde - bei einer Auseinandersetzung zwischen Trägern öffentlicher Gewalt kein Bedürfnis für Gerichtsschutz gemäss Art. 6-1 EMRK; jedenfalls hat eine Gemeinde nicht das Individualbeschwerderecht des Art. 25 EMRK, vgl. den analogen E 13252/87, Commune de Rothenthurm c. Suisse, DR 59, 251.

Zusammenhang aufweisen. Man könnte in diesem Zusammenhang geradezu von der *umgekehrten Drittwirkung einer freiheitlichen Privatrechtsvorstellung auf das Verhältnis des Staates zum einzelnen* und damit die Grundrechte sprechen. Was immer auch Ausdruck einer freiheitlichen Privatrechtsordnung ist, soll - wenn sich der Staat dieser Materie mit seinem Verwaltungsrecht annimmt - an den Verfahrensgarantien des Art. 6-1 EMRK teilhaben²²³. Damit schliesst die Konvention thematisch an die Europäischen Gemeinschaften an. Umgekehrt wird die Ratifikation der Konvention durch die Europäischen Gemeinschaften ausgiebig diskutiert²²⁴. Die beiden grundlegenden Institutionen im Dienste der europäischen Integration nähern sich einander thematisch und politisch an.

49 Man kann sich indes fragen, warum gerade die ökonomischen Grundrechte eines so starken prozessualen Schutzes bedürfen, nicht aber die für den materiellen Rechtsstaat nachgerade konstitutiven ideellen Grundrechte. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Konvention die ideellen Grundrechte als materielle Rechte anerkennt, was für den Bereich der wirtschaftlichen Freiheit jedoch nicht zutrifft²²⁵. Zudem hat das Bedürfnis nach verfahrensrechtlichem Schutz gerade im Bereich des Wirtschaftsverwaltungs- und Sozialrechts zugenommen, da der Interventions- und Sozialstaat vermehrt in Freiheit und Eigentum eingegriffen oder Voraussetzungen für deren Genuss geschaffen hat. Daher erscheint es nachgerade als eine Vervollständigung der Konvention zu einem europäischen Grundrechtskatalog, wenn der Bereich wirtschaftlicher Freiheit *verfahrensrechtlich* abgesichert wird.

50 Die weitere Entwicklung der Rechtsprechung bleibt freilich ungewiss. Möglicherweise wird der Gerichtshof nicht nur die wirtschaftlichen Freiheiten, sondern auch sämtliche Grundrechte der Konvention und ihrer Zusatzprotokolle als "Civil rights" bzw. *Droits ... de caractère civil*" ansehen²²⁶. Eine Ausdehnung des Geltungsbereiches des Art. 6-1

²²³ Es ist faszinierend festzustellen, dass die Rechtsprechung der Konventionsorgane damit Gedanken wiederbelebt, die bereits Otto Bähr, *Der Rechtsstaat*, Kassel/ Göttingen 1864, S. 18ff entwickelt: Nämlich die Übertragung des privatrechtlichen Rechtsschutzdenkens auf das öffentliche Recht.

²²⁴ Vgl. Velu/Ergec, *Convention* 79ff, § 97 m.w.H.; Kälin, *Faktor* 537f; Wildhaber, *Schweiz* 10 m.w.H.; Frowein Jochen, *Europäische Grundrechtsprobleme*, in: *Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Kehl a.Rh./Strassburg 1981, S. 727ff. Im E 13258/87, *M. & Co. c. Allemagne*, RUDH 1991 134ff anerkannte die Kommission, "que le système juridique des Communautés européennes non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais assure aussi le contrôle de leur respect." Sie erklärte daher die Beschwerde betreffend eine durch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ausgesprochene Busse für unzulässig.

²²⁵ Ausgenommen Art. 1 ZP 1 EMRK, Eigentumsgarantie, die aber infolge der weitreichenden Schrankenvorbehalte keinen wirksamen Schutz bietet, vgl. van Dijk/ van Hoof, *Convention* 454.

²²⁶ Siehe das interessante Votum von Juge Jan de Meyer : "Je suis plus que jamais porté à croire que tous les 'droits et obligations' qui ne se rapportent pas à la détermination du 'bien-fondé' d'une 'accusation en matière pénale' doivent être considérés comme ayant un caractère 'civil' au sens de l'article 6... . C'est, si vous le voulez, ma manière d'essayer de réaliser vraiment la sécurité juridique." Matscher (Hrsg.), *Verfahrensgarantien* 177; vgl. auch Frowein, *Rechtsschutz* 15.

EMRK auf das gesamte Verwaltungsrecht würde die ohnehin geringe Bedeutung des Art. 13 EMRK weiter vermindern, der bei Verletzungen der in der Konvention garantierten Rechte eine wirksame Beschwerde zusichern will. Der zu Art. 5-4 und 6-1 subsidiäre²²⁷ Art. 13 EMRK würde leer laufen²²⁸; er wäre gewissermaßen in Art. 6-1 EMRK "inkorporiert".

V. Zusatzprotokoll über Verfahrensgarantien im öffentlichen Recht

1. Bedürfnis

51 Die partielle Anwendung des Art. 6 EMRK auf Verwaltungsverfahren hat zur Frage geführt, ob der von Art. 6 EMRK nicht erfasste Bereich des Verwaltungsrechts mit gewissen Verfahrensgarantien und einer *Gerichtsschutzgarantie* zu versehen ist²²⁹. Damit liesse sich der teilweise unsichere "zivilrechtliche" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK genauer bestimmen. So haben sich einige Europarats-Seminare und -Konferenzen damit

²²⁷ Vgl. N. 7.

²²⁸ Vgl. Bleckmann, Civil rights 268ff.

²²⁹ M.W. erstmals vorgeschlagen von Harris, Application 200; sodann der österreichische Richter Franz Matscher in seiner *Opinion séparée* im Urteil König, ECHR Series A 27, S. 48f; am Seminar von Siena 1982 hat Klaus Berchtold diesen Vorschlag erneuert, vgl. Leuprecht, *Réflexions* 2; Berchtold, *Verfahrensgarantien* 142. Das Ministerkomitee bzw. die parlamentarische Versammlung des Europarates hat diesbezüglich folgende Empfehlungen abgegeben:

- Résolution (77) 31 vom 28.9.1977 über den Schutz des einzelnen gegenüber der Verwaltung;
- Recommendation R (80) 2 vom 11.3.1980 über die Ausübung des Ermessens durch die Verwaltung;
- Recommendation R (87) 16 vom 17.9. 1987 über Massenverwaltungsverfahren.

Keine dieser Dokumente fordert indessen eine Rechtsweggarantie; diese Forderung wäre den Staaten zu weit gegangen. Vielmehr begnügen sie sich mit dem rechtlichen Gehör, dem Recht auf Akteneinsicht, der Eröffnung von Verfügungen usw., die den aus Art. 4 BV abgeleiteten Verfahrensrechten durchaus entsprechen, vgl. Conseil D'État, *Études et Documents* 1978-1979, S. 43ff; Kuttler, *Notiz* 130, 133.

- Recommendation R (91) 1 vom 13.2.1991 über Verwaltungsstrafen fordert im Prinzip 8 einen Gerichtszugang gegen Verwaltungsstrafen, vgl. dazu N. 13.

befasst²³⁰. 1988 wurden Expertengespräche über ein *Zusatzprotokoll* für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten ("*Art. 6bis EMRK*") aufgenommen²³¹.

52 Das Zusatzprotokoll hätte nur im residualen, nicht bereits von Art. 6-1 EMRK erfassten Bereich Anwendung finden können. Dieser Restbereich wurde infolge der Praxis des Gerichtshofes immer enger, da die Rechtsprechung des Gerichtshofes sich gerade zur Zeit der Expertengespräche weiterentwickelt hatte²³². Es ist daher wenig erstaunlich, dass die begonnenen Expertengespräche unterbrochen wurden²³³. Denn die Vertragsstaaten wollten mit dem Projekt eines "Art. 6bis EMRK" die Rechtsprechung der Konventionsorgane zu Art. 6 EMRK mehrheitlich nicht antasten²³⁴.

53 Die Geltung sämtlicher Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK im Verwaltungsverfahren wurde vereinzelt als unnötig angesehen²³⁵. Insbesondere die geforderte *Öffentlichkeit* der Verhandlung und der Urteilsverkündung, die in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren absolut notwendig sei, erscheine in den Verwaltungsverfahren entbehrlich. Die von Art. 6-1 EMRK geforderte *mündliche Verhandlung* sei ebenfalls unnötig. Denn in Verwaltungssachen sei nicht der persönliche Eindruck entscheidend, vielmehr stehe die Auswertung von Akten im Vordergrund. Nötigenfalls würden Beweise erhoben, um den

²³⁰ Vgl. die Nachweise der einzelnen Konferenzen bei Münger, Expertenkomitee 36 Anm. 16. Die 18. Justizministerkonferenz des Europarates behandelte auf Zypern am 9./10.6.1992 u.a. "The strengthening of the State based on the Rule of Law: access to justice and fair trial". Der deutsche Justizminister wies in seinem Bericht (Doc. MJU-18 (92) 1, S. 5ff) auf die Notwendigkeit einer Rechtsweggarantie hin und stellte das deutsche, justizstaatliche Modell vor. Die Konferenzresolution Nr. 1 schwieg jedoch diesbezüglich.

²³¹ Vgl. das vom österreichischen Institut für Menschenrechte veranstaltete Salzburger Kolloquium vom 20./21.10.1988 über Verfahrensgarantien im öffentlichen Recht, dessen Referate und Diskussionen publiziert sind, vgl. Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien; siehe auch EuGRZ 1988 611.

Die Vorschläge des Comité d'experts pour le développement des Droits de l'Homme vom 22.9.1989, Conseil de l'Europe, DH-DEV (89) 9 enthielten: gerichtlicher Rechtsschutz gegen Verwaltungsentscheide, aber nur wenige Verfahrensgarantien (rechtliches Gehör, Recht auf Akteneinsicht, prozessuales Armenrecht, angemessene Entscheidungsfrist und Anspruch auf eine Entscheidungsbegründung). Ausnahmen für gerichtsfreie Hoheitsakte (vgl. N. 55) waren nicht vorgesehen; vgl. auch Münger, Expertenkomitee 35f; Matscher, Rapport 25f.

²³² Siehe z.B. das Urteil Neves e Silva, ECHR Series A 153-A; Urteil Tre Traktörer AB, ECHR Series A 159; Urteil H. v. France, ECHR Series A 162-A, Urteil Jacobsson, ECHR Series A 163; vgl. N. 38ff.

²³³ An der 28. Sitzung des Steering Committee for Human Rights im Juni 1990 wurde die Weiterführung der Gespräche zunächst um zwei Jahre verschoben, vgl. Information Sheet No. 27, S. 82.

²³⁴ Vgl. Nørgaard, Scandinavian Countries 78f, die Zusatzprotokolle zur EMRK haben bisher das Verfahren vor den Konventionsorganen verbessert oder aber neue Rechte statuiert. Nie wurde jedoch eine Gewährleistung wieder zurückgenommen. Der Schweizer Delegierte wollte Art. 6-1 EMRK aus dem Verwaltungsverfahren "wegbringen" (vgl. Votum Trechsel, berichtet in Lagodny Otto, Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1989 in Trier, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1989 908ff, insb. 926), zu Recht kritisch Schmuckli, Fairness 10f und 51.

²³⁵ Vgl. eindringlich Brunswiler, Verfahrensschutz 126f. Im Hinblick auf die Öffentlichkeit: Schmidt-Assmann, Verfahrensgarantien 124; Münger, Expertenkomitee 32; Nørgaard, Scandinavian Countries 78.

Sachverhalt zur Kenntnis des nachkontrollierenden Gerichts zu bringen. Hier solle der Gerichtshof die Anforderungen an verwaltungsgerichtliche Verfahren herabsetzen²³⁶.

Die Kommission hat sich dieser Argumentation zu Recht widersetzt²³⁷. Sie hielt eine gleichmässige Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf alle Verfahren erforderlich, weil ansonsten der Gehalt des Art. 6-1 EMRK auch in dessen traditionellen Anwendungsbereich vermindert werde. Zudem ist die Öffentlichkeit und die mündliche Verhandlung m.E. gerade in Verwaltungsrechtsverfahren, die erheblich in die Rechte des einzelnen eingreifen, nicht minder nötig als in Straf- und Zivilverfahren²³⁸.

2. Weiteres Vorgehen

54 Der Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK liesse sich relativ präzise bestimmen, wenn der Gerichtshof auf der Linie seiner aktuellen Rechtsprechung bleiben sollte. Ein (subsidiär anwendbares) Zusatzprotokoll für die übrigen Verwaltungsverfahren (Staatsangehörigkeits-, Ausländer-, Militär- und Steuerrecht sowie politische Rechte) wäre dann nach wie vor nötig. Es würde nicht die Gefahr in sich bergen, dass es die Konventionsgarantien zurücknehme²³⁹.

Ein Art. 6bis EMRK müsste in seinem Kern eine *allgemeine Rechtsschutzgarantie* enthalten. Das Abgrenzungsproblem würde seine Schärfe weitgehend verlieren, da der Gerichtszugang nach Art. 6-1 und dem künftigen Art. 6bis EMRK grundsätzlich gewährt werden müsste.

Art. 6bis EMRK als relativ allgemeine, zu Art. 6-1 EMRK subsidiäre Rechtsweggarantie würde Art. 13 EMRK obsolet machen. Art 13 EMRK könnte daher ohne Einbusse gestrichen werden.

55 Das Zusatzprotokoll sollte jedoch die *Actes de Gouvernement* (Regierungsakte, gerichtsfreie Hoheitsakte)²⁴⁰, welche den höchsten politischen Instanzen

²³⁶ Schmidt-Assmann, Verfahrensgarantien 124 und Votum Schmidt-Assmann, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 174.

²³⁷ B 8848/80, Bentham v. Netherlands, ECHR Series B 80, S. 35f, § 95.

²³⁸ Vgl. diese bereits 1869 (!) erhobene Forderung von Gustav Vogt, Beiträge zur Kritik und Geschichte der Administrativjustiz im Kanton Bern, ZBJV 1869/70, S. 137ff, 246ff, insb. S. 162, 166f. Die schweizerische Verwaltungsrechtspflege erfuhr dann freilich eine andere Entwicklung. Aus diesem Grunde würde die umfassende Geltung des Art. 6-1 EMRK im Verwaltungsverfahren das Prozessrecht in einem für kontinentaleuropäischen Begriff ungewohnten Sinne umgestalten.

²³⁹ Vgl. Art. 60 EMRK! Siehe zu diesem wichtigen Problem die Ausführungen von Wildhaber, Erfahrungen 292ff; Marc-André Eissen, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 155ff. Wohl müsste bei diesem wichtigen Zusatzprotokoll eine Ratifikation durch alle Staaten verlangt werden, was nicht leicht zu erreichen wäre.

²⁴⁰ Welche in der Schweiz mangels vollständig ausgebauter Verwaltungsgerichtsbarkeit bislang nur eine geringe Bedeutung erlangt haben, vgl. Eichenberger Kurt, Der gerichtliche Rechtsschutz des einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Band 2, Köln usw. 1970, S. 943ff, insb. 957f; Schilling Margrit, Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwal-

zustehen oder ihr gegenseitiges Verhältnis betreffen, vom Gerichtszugang ausdrücklich ausnehmen²⁴¹. Dazu wären etwa Begnadigungen von Straftätern, Volksentscheide über Verwaltungsfragen oder aussenpolitische Akte²⁴² zu rechnen.

56 Der Raum für ein Zusatzprotokoll würde stark eingeschränkt, wenn der Gerichtshof den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich auf weitere Gebiete ausdehnte. Das Projekt eines Zusatzprotokolls für Verwaltungsverfahren müsste dann wohl aufgegeben werden.

tungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973, S. 103f m.w.H.

²⁴¹ Vgl. Votum Schmidt-Assmann, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 174f; a.A. Votum Jens Meyer-Ladewig, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 150f.

²⁴² In diesem Sinne kann Art. 100 lit. a OG als gesetzliche Anerkennung der aus Frankreich stammenden Actes-de-Gouvernement-Lehre verstanden werden, die auch Eingang in die bundesgerichtliche Praxis gefunden hat: vgl. BGE 104 Ia 132, 110 Ib 4, 118 Ib 280.

§ 3 Anforderungen der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK [S. 61]

I. Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

57 Die Konvention verwendet mehrfach den Begriff des "Tribunal" und meint damit einen Spruchkörper, der von der Exekutive und den Parteien eines Streitfalles²⁴³ - oder sonst einer staatlichen Behörde, etwa dem Parlament²⁴⁴ - *unabhängig* ist.

Das "Tribunal" ist durch seine Rechtsprechungsaufgabe charakterisiert; es hat alle in seine Zuständigkeit fallenden Fragen aufgrund von Rechtsvorschriften und nach vorgeschriebenem Verfahren zu entscheiden²⁴⁵. Die Unabhängigkeit wird durch die Weisungsfreiheit von den andern beiden Staatsgewalten sichergestellt. Die gleichzeitige Mitgliedschaft in einem Gericht *und* in der Regierung bzw. dem Parlament ist somit auf Bundes- und z.T. kantonaler Ebene unzulässig²⁴⁶.

²⁴³ Urteil Ringeisen, ECHR Series A 13, § 95; Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 55; Khol, Implications 639, § 10b; die Definition ist damit mit jener des Gerichts von Art. 5-4 EMRK identisch, nur sind anhand des Art. 6 EMRK weitaus mehr Fragen der richterlichen Unabhängigkeit geklärt worden, vgl. Trechsel, Gericht 391f m.w.H. Im Urteil Campbell and Fell, ECHR Series A 80, § 78 sah der Gerichtshof die englische "Board of Visitors", die Überwachungskommission für Gefängnisse, als Gericht an, obwohl ihre Mitglieder für maximal drei Jahre vom Home Secretary ernannt werden, absetzbar sind und Verwaltungs- mit Beschwerdefunktionen verbinden. Die Kommission hatte wohl zu Recht die gegenteilige Auffassung vertreten, vgl. Frowein, Rechtsschutz 18. Vgl. B 13291/87, Einar Sverrisson gegen Island, EuGRZ 1991 570, unzulässige Personalunion von Richter und Polizist. Nach dem E 14090/88, K. v. Switzerland, DR 59, 259 ist die anwaltliche Mandatsführung und die gleichzeitige Mitgliedschaft als nebenamtlicher Ersatzrichter mit Art. 6-1 EMRK vereinbar. In Verkennung der Realitäten übersieht der Entscheid, dass zwischen Ersatzrichtern und vollamtlichen Richtern durch die bloss gelegentliche Teilnahme des Ersatzrichters an Verhandlungen persönliche Beziehungen gewollt oder ungewollt entstehen, die dem als Rechtsanwalt tätigen Ersatzrichter einen beachtlichen "Standort"-Vorteil verschaffen.

²⁴⁴ B 8603/79, Crociani c. Italie, DR 22, 180; Trechsel, Gericht 392; Koering-Joulin, Notion 768.

²⁴⁵ Vgl. Urteil Belilos, ECHR Series A 132, § 64; Urteil H. c. Belgique, ECHR Series A 127, § 50; Urteil Sramek, ECHR Series A 84, § 36; Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 55; vgl. van Dijk/van Hoof, Convention 335; Cohen-Jonathan, Convention 415ff; Velu/Ergec, Convention 451ff, §§ 513ff; Grotrian, Article 6, § 52 je m.w.H. Die Garantie des Art. 6 EMRK erstreckt sich auch auf Schiedsgerichte, die im öffentlichen Recht freilich selten sind, vgl. BGE 117 Ia 166; Jacot-Guillarmod Olivier, L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, in: Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, Köln usw. 1988 281ff.

²⁴⁶ Im Bund ist dies vorbildlich sichergestellt, vgl. Art. 108 Abs. 2 BV. In den Kantonen ist dieser Grundsatz, z.T. mangels Unvereinbarkeitsbestimmungen in den Kantonsverfassungen, noch nicht durchwegs verwirklicht. Die Konventionsorgane haben m.W. noch nicht entschieden, ob Art. 6-1 EMRK die Unvereinbarkeit von Richteramt und Parlamentsmandat gebietet. M.E. widerspricht die Kumulation von Richteramt und Parlamentsmandat bzw. einer Verwaltungsstelle dem Art. 6-1 EMRK.

Die Konventionsorgane beurteilen die Unabhängigkeit der Gerichte nach den Kriterien der Art der Ernennung der Mitglieder, der Unabsetzbarkeit, der hinreichend langen Amtsdauer und des äusseren Erscheinungsbildes²⁴⁷. Der Gerichtshof hat dies in Anlehnung an das berühmte Wort von Lord Chief Justice Hewart prägnant umschrieben: "Justice must not only be done; it must also be seen to be done"²⁴⁸. Dieses Erscheinungsbild der Unabhängigkeit kann beeinträchtigt sein, wenn die Verwaltungsbehörde und das nachprüfende Gericht im selben Gebäude untergebracht sind oder wenn sich Richter vornehmlich aus ehemaligen Beamten dieser Verwaltungsbehörde rekrutieren^{249,250}. Diese Anforderungen gelten selbstverständlich für sämtliche Arten einer Gerichtsorganisation, also für hauptamtliche oder für nebenamtliche (Ersatz-) Richter, für Fach- und Laienrichter²⁵¹, für Einzelrichter oder Kollegialgerichte sowie für allgemeine und Spezialgerichte (Rekurskommissionen²⁵²).

Einige Staaten kennen den Grundsatz "l'autorité de la chose jugée au pénal". In einem nichtstrafrechtlichen Verfahren sind danach für den "ausserstrafrechtlichen" Richter die bereits erfolgten Tatbestandsfeststellungen des Strafrichters bindend. Die richterliche Unabhängigkeit ist dadurch nicht beeinträchtigt²⁵³.

58 Der Gerichtshof befasst sich zur Zeit mit der heiklen Frage, wieweit eine Parteimitgliedschaft (die häufig Voraussetzung für eine erfolgreiche Wahl in ein Richteramt ist) unter besonderen Umständen mit der richterlichen Unabhängigkeit überhaupt vereinbar ist²⁵⁴.

²⁴⁷ Vgl. Frowein/Peukert, Kommentar N. 89 zu Art. 6 EMRK; Koering-Joulin, Notion 768; Pernthaler, Rechtsweg 223. Richter, die schon an Vorentscheiden im selben Verfahren beteiligt waren, sind nur unter spezifischen Umständen im Hauptverfahren als befangen anzusehen, Urteil Sainte-Marie c. France, ECHR Series A 253-A, § 32; Urteil Fey, ECHR Series A 255, § 30ff m.w.H.

²⁴⁸ Urteil Delcourt, ECHR Series A 11, § 31 und dazu Trechsel, Gericht 394f m.H. auf das Original; Koering-Joulin, Notion 770; Schmuckli, Fairness 47, 52, 79, 104 ohne Quellenangabe. Das Autogramm von - in der Strafsache zuständigen - Richtern in einem Buch, das den Angeklagten beschuldigt, gefährdet m.E. dieses Erscheinungsbild, vgl. a.A. der E 19629/92, E.E. c. Suisse, VPB 1992 Nr. 56. Die Kommission hat ihre andere Auffassung mit den besonderen Umständen des Falles gerechtfertigt.

²⁴⁹ Vgl. bereits Giacometti Zaccaria, Gewaltentrennung und Verwaltungsrechtspflege, in: Festgabe für Hans Fritzsche, Zürich 1953, S. 9ff, insb. S. 19; Pernthaler, Rechtsweg 223 spricht von unzulässigen verwaltungsorganisatorischen Abhängigkeiten. Frowein/Peukert, Kommentar N. 8ff zu Art. 6 EMRK über weitere Anforderungen an das unabhängige und unparteiische Gericht, die hier nicht mehr weiterverfolgt werden können.

²⁵⁰ Siehe zur Unparteilichkeit E 12350/86, Kremzow v. Austria, EuGRZ 1992 220ff. Der Bericht wurde inzwischen angefertigt; der Fall ist vor dem Gerichtshof anhängig. Siehe zur Differenzierung von richterlicher Unparteilichkeit und Unabhängigkeit: Khol, Implications 640, § 10c.

²⁵¹ Laienrichter sind grundsätzlich zulässig, vgl. E 5258/71, X. v. Sweden, CD 43, 71 (79).

²⁵² BGr v. 24.8.1990, L.C. c. Commission cantonale de recours en matière de constructions du canton de Vaud, SZIER 1992 501.

²⁵³ Vgl. z.B. E 10443/83, C. c. France, DR 56, 20.

²⁵⁴ E 14191/88, Carl G. Holm v. Sweden, HRLJ 1992 79ff. Der Bericht ist inzwischen verabschiedet und der Fall vor

II. Erstinstanzliche Gerichtszuständigkeit oder gerichtliche Nachkontrolle bei erstinstanzlicher Verwaltungszuständigkeit

59 Eine erstinstanzliche Anwendung des Verwaltungsrechts durch die Gerichte ist für das Verwaltungsrecht atypisch²⁵⁵. Die wenigen Ausnahmen rühren von einem besonderen Rechtsschutzinteresse²⁵⁶ oder von der Fiskustheorie²⁵⁷ her. In aller Regel sind erstinstanzlich Verwaltungsbehörden zuständig²⁵⁸.

Art. 6-1 EMRK gewährleistet ein Recht auf Zugang zu einem Gericht²⁵⁹; damit zwingt er die Vertragsstaaten nicht, schon erstinstanzlich Gerichte mit entsprechenden Verfahrensgarantien vorzusehen²⁶⁰. Viele Staaten haben allerdings in der Straf- und Zivilrechtspflege diese Lösung getroffen, indem in diesen Rechtsgebieten die ("ordentlichen") Gerichte zuständig sind. Im Bereich des Bagatellstrafrechtes, des Jugendstrafrechtes, des Disziplinarrechtes, der freiwilligen Gerichtsbarkeit und vor allem des Verwaltungsrechtes sind meistens *erstinstanzlich Verwaltungsbehörden* zuständig. Die Rechtsweggarantie des Art. 6-1 EMRK hebt diese Ordnung nicht aus den Angeln. Sie sichert aber für ihren Anwendungsbereich eine hinreichende gerichtliche Nachkontrolle der verwaltungsbehördlichen Handlungen und Entscheide.

dem Gerichtshof anhängig.

²⁵⁵ Charakteristisch in diesem Sinne Art. 1 VStrR, wonach das Verwaltungsstrafrecht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Verfolgung und Beurteilung einer Widerhandlung einer Verwaltungsbehörde übertragen ist.

²⁵⁶ Namentlich bei schwerwiegenden Eingriffen. So erlaubt der Kanton Bern in Art. 16 Abs. 1 KV BE die Entfernung eines Beamten oder öffentlichen Angestellten nur aufgrund eines richterlichen Urteils (die Garantie fehlt aber im Verfassungsentwurf vom 31.1.1992). Die entsprechenden Garantien der Art. 63 KV NE und 71 Abs. 2 KV VD für Justizbeamte schützen vor allem die richterliche Unabhängigkeit. Es handelt sich nicht bloss um Rechtsweggarantien, sondern um Garantien einer anfänglichen Gerichtszuständigkeit.

²⁵⁷ Vgl. Schmuckli, Fairness 58f m.w.H.; namentlich in vermögensrechtlichen Streitigkeiten, in denen nicht verfügt werden kann, wird die verwaltungsrechtliche Klage vorgesehen, vgl. z.B. Art. 116ff OG oder z.B. § 60ff VRP AG, Art. 65ff VRP SG oder Art. 121ff VRP FR.

²⁵⁸ Vgl. Frowein, Überprüfungsbefugnis 142.

²⁵⁹ Vgl. N. 1f.

²⁶⁰ Vgl. zu den beiden Arten (erstinstanzliche Gerichtszuständigkeit oder Weiterzugsmöglichkeit von verwaltungsbehördlichen Entscheiden an ein Gericht), dem Art. 6-1 EMRK gerecht zu werden, vgl. Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 51; Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 58, § 29; Urteil Lutz, ECHR Series A 123, § 57; Urteil Öztürk, ECHR Series A 73, § 56; vgl. ebenso BGr v. 19.4.1990, SZIER 1991 405; vgl. auch Frowein/Peukert, Kommentar, N. 37 Anm. 1 und N. 38 zu Art. 6 EMRK; Khol, Implications 638, § 6.

III. Gerichtlich zu überprüfende Akte

60 Der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK unterliegt - bei gegebenen Voraussetzungen - jede Streitigkeit, unabhängig davon, ob sie als Verwaltungsakt zu betrachten ist oder nicht. Bei "verfügungsfreien" Auseinandersetzungen zwischen Individuum und Staat kann u.U. eine Feststellungsverfügung²⁶¹ verlangt werden, die dann zu einem ordentlichen (Verwaltungsgerichts-) Verfahren führt. Kann ein verwaltungsbehördlicher Akt aus prozessualen Gründen²⁶² nicht vor ein Gericht gebracht werden, so ist Art. 6-1 EMRK verletzt²⁶³.

61 Art. 6-1 EMRK verlangt *kein Gesetzesprüfungsverfahren*. Unmittelbare Folgen von neu erlassenen formellen Gesetzen müssen - obwohl echte Streitigkeiten vorliegen können - keiner Gerichtskontrolle unterworfen werden²⁶⁴.

IV. Überprüfungsbefugnis

62 Prüft das Gericht eine Verwaltungsentscheidung nach, so muss die Überprüfungsbefugnis (Kontrolldichte) genügend gross sein. Die geforderte Kontrolldichte des Gerichts ist *je nach "zivilrechtlichem" oder strafrechtlichem Sachbereich* unterschiedlich gross.

²⁶¹ Im Bund Art. 25 Abs. 1 und 2 VwVG; die Kantone kennen nicht alle die Feststellungsverfügung, vgl. aber z.B. § 44 VRP LU, § 27 VRP NW.

²⁶² Diese Fälle dürften selten sein. Die verwaltungsrechtliche Klage, insbesondere im Bereiche der Staatshaftung, deckt viele Fälle des verfügungsfreien Staatshandelns (weitgehend) ab, vgl. den in dieser Hinsicht illustrativen Fall E 9486/81, Karl Adler c. Suisse, DR 32, 228 und B 9486/81, DR 46, 36, der mit der "Verurteilung" der Schweiz durch das Ministerkomitee DH (86) 4 vom 26.6.1986, DR 46, 45f endete (behauptete, wirtschaftliche Schädigung durch eine öffentliche Presseverlautbarung des eidg. Finanzdepartementes); vgl. auch Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 130.

²⁶³ Gl. A. Schmuckli, Fairness 37.

²⁶⁴ Vgl. Urteil James, ECHR Series A 98, § 81; B 11763/85, Sten Banér v. Sweden (vgl. den E 11763/85, DR 60, 128). Ebenso fordert Art. 13 EMRK kein Rechtsmittel gegenüber legislativen Akten, vgl. z.B. E 13013/87, Wasa Liv Ömsesidigt a.o. c. Suède, DR 58, 163; Urteil Costello-Roberts, ECHR Series A 247-C, § 40.

1. In "zivilrechtlichen" Sachen

63 In "zivilrechtlichen" Sachen muss das Gericht sowohl *Tatsachen- als auch Rechtsfragen* überprüfen können. Beiden kommt die gleiche ausschlaggebende Bedeutung für den Ausgang eines Verfahrens zu²⁶⁵. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass das Gericht das Ermessen ("discretionary power" bzw. "pouvoir discrétionnaire") in dem Sinne nachkontrolliert²⁶⁶, dass es auch anders, für den Beschwerdeführer günstiger ausgeübt werden könnte. Vom Erfordernis der gerichtlichen Tatsachenprüfung kann aber abgesehen werden, wenn der Tatbestand zwischen den Parteien gar nicht umstritten ist²⁶⁷.

64 Die Regierungen haben sich vor den Strassburger Organen oft darauf berufen, dass gar keine *Streitigkeit über Tat- oder Rechtsfragen* vorliege, sondern nur unterschiedliche Anschauungen im Bereiche reiner Ermessenskompetenz der Verwaltungsbehörde²⁶⁸. Der Gerichtshof beantwortet diese entscheidende Frage nach nationalem Recht und vor allem nach den Vorbringen des Beschwerdeführers²⁶⁹. Dabei ist es erforderlich, dass der Beschwerdeführer die Willkürlichkeit, Gesetzeswidrigkeit oder Tatsachenwidrigkeit des verwaltungsbehördlichen Aktes rügt. Streitet sich der Beschwerdeführer mit der Verwaltungsbehörde jedoch nur über die "beruflichen Fähigkeiten"²⁷⁰ oder "whether he was a fit and proper person"²⁷¹, so sind dies "questions of judgement"²⁷². In den beiden Fällen van Marle

²⁶⁵ Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 51; Urteil van Marle, ECHR Series A 101, §§ 35f; BGE 117 Ia 526 oder RUDH 1992 350; BGE 117 Ia 192; 117 Ia 386; 115 Ia 69f; 115 Ia 187; Frowein, Überprüfungsbefugnis 142; Kley, Privatrecht 48.

²⁶⁶ B 7598/76, Kaplan v. UK, DR 21, 5ff, § 151ff; B 11309/84, Mats Jacobsson, § 84, ECHR Series A 180-A, S. 21 oder EuGRZ 1989 263ff, § 84; Velu/Ergec, Convention 402, § 453; Khol, Implications 638, § 7; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 39 zu Art. 6 EMRK; Miehsler, IntKom, N. 80f zu Art. 6 EMRK; Frowein, Überprüfungsbefugnis 142ff; Schmidt-Assmann, Verfahrensgarantien 106f; BGE 111 Ib 232f, 115 Ib 192, 115 Ia 191f; 117 Ia 502f; BGr v. 1.6.1992, AJP 1992 1172.

²⁶⁷ E 15267/89 gegen Österreich, ÖJZ 1992 385; ebenso das Bundesgericht, BGE 117 Ia 497; BGr v. 11.11.1992 betreffend die kantonale Freihaltezone Rauschenbach am Greifensee (Kanton Zürich), NZZ v. 12.11.1992, S. 57 (weil das BGr die *strittigen* eigentumsbeschränkenden Rechtsfragen umfassend prüfen konnte, genügte die staatsrechtliche Beschwerde dem von Art. 6-1 EMRK verlangten Gerichtsschutz).

²⁶⁸ So bei der Vergabe von Konzessionen aufgrund von Staatsmonopolen, vgl. das Urteil Tre Traktörer Aktiebolag, ECHR Series A 159, § 38 (Alkoholverkaufsmonopol des schwedischen Staates); Urteil Bodén, ECHR Series A 125, § 31. Im Urteil van Marle a.o., ECHR Series A 101, § 36 hatte sich der Gerichtshof dieser Auffassung angeschlossen. Vgl. ob ein *Recht* vorliegt N. 47, S. 52 Anm. 2.

²⁶⁹ Deutlich im Urteil Bodén, ECHR Series A 125, § 32.

²⁷⁰ Vgl. Urteil van Marle a.o., ECHR Series A 101, §§ 27-38.

²⁷¹ B 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, DR 21, 5ff, § 148.

²⁷² B 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, DR 21, 5ff, § 166.

a.o. und im Kaplan-Bericht ging es um *unbestimmte Rechtsbegriffe*, die der zuständigen Behörde einen Beurteilungsspielraum verschaffen und keiner Gerichtskontrolle bedürfen. Eine gegenteilige Auffassung wäre "inconsistent with the existing, and long-standing, legal position in most of the Contracting States"²⁷³. Entsprechendes muss auch beim *Rechtsfolgeermessen* gelten. Das Gesetz weist der zuständigen Behörde ausdrücklich einen Spielraum in der Auswahl der Rechtsfolge zu, der keiner Gerichtskontrolle bedarf²⁷⁴.

2. Bei strafrechtlichen Anklagen

65 Nach Art. 6-1 EMRK gehört zur Entscheidung über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage die Schuldfeststellung und auch die Festsetzung *des Strafmasses*²⁷⁵. Soweit die Überprüfung einer verwaltungsbehördlich ausgesprochenen Strafe den ordentlichen Zivil- und Strafgerichten mit voller Kognition obliegt²⁷⁶, besteht im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK kein Problem. Kontrollieren hingegen die Verwaltungsgerichte die rein verwaltungsbehördlich ausgesprochenen strafrechtlichen Anklagen, so müssen sie entgegen allfällige prozessuale Vorschriften auch die Ermessensbetätigung prüfen²⁷⁷. Art. 6-1 EMRK führt also dazu, dass im (Verwaltungs-) Strafrecht eine volle Gerichtszuständigkeit besteht. In diesem sensiblen Bereich besteht demnach kein gerichtsfreier Raum verwaltungsbehördlicher Ermessensbetätigung.

²⁷³ B 7598/76, Kaplan v. United Kingdom, DR 21, 5ff, § 161. Der Kaplan-Bericht wurde vom Ministerkomitee in der Resolution DH (81) 1 bestätigt. Frowein, Überprüfungsbefugnis 146ff ist vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen ebenfalls zurückhaltend.

²⁷⁴ Vgl. zur bedeutenden Ausnahme des Rechtsfolgeermessens bei strafrechtlichen Anklagen (z.B. Busse von Fr. 1.- bis 5000.- oder 1 Tag bis 3 Monate Haft), vgl. folgende N. 65.

²⁷⁵ Vogler, IntKom, N. 213 zu Art. 6 EMRK; Cohen-Jonathan, Convention 405, BGE 115 Ia 410. In der Strafrechtslehre ist es umstritten, ob die Strafzumessung nur eine richterliche Ermessensbetätigung oder eine richterliche Rechtsanwendung darstellt, vgl. Schäfer Gerhard, Praxis der Strafzumessung, München 1990, S. 126ff (insb. die Spielraumtheorie oder die Punktstrafentheorie); vgl. auch Trechsel, Kommentar, N. 4 zu Art. 63 EMRK.

²⁷⁶ So etwa die Regelung im Kanton St. Gallen, vgl. Art. 244 StPO SG (Verfahren vor den Gemeindebehörden, wobei der Gemeinderat die Strafbehörde ist, Art. 247 Abs. 1 StPO SG). Gegen dessen Strafscheid ist innert 14 Tagen die Berufung an die Gerichtskommission zulässig (Art. 256f StPO SG), die wie eine erste Instanz eine vollständige Neuurteilung vornimmt, vgl. Kley, Privatrecht 218.

²⁷⁷ BGE 115 Ia 406f; PVG 1988 Nr. 24.

V. Entscheidungskompetenz des Richters

66 Nach Art. 6-1 EMRK muss das Gericht die Zuständigkeit haben, *in der Sache selbst zu entscheiden*²⁷⁸. Einer Kommission, die zwar alle Sach- und Rechtsfragen abklärt, im Ergebnis aber nur Empfehlungen an den Justizminister abgibt, geht die erforderliche Entscheidungskompetenz ab. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass der Justizminister in aller Regel diese Empfehlungen unverändert annimmt und damit rechtskräftig macht. Ein solches Verfahren sichert nicht die endgültige, *gerichtliche Lösung* von Streitigkeiten²⁷⁹.

67 Art. 6-1 EMRK gibt einen direkten Anspruch darauf, dass ein Gericht die Streitsache *materiell entscheidet*. Das ergibt sich aus dem französischen Text, der von der Entscheidung "sur le bien-fondé" spricht²⁸⁰. Danach muss es eine Verhandlung geben, in welcher das Gericht den festgestellten Sachverhalt unter die einschlägigen Rechtsnormen subsumiert. Die blosse Rückweisung an die verwaltungsbehördliche Vorinstanz genügt nicht. Vielmehr muss das Gericht in der Sache selbst *reformatorisch* entscheiden können²⁸¹. Denn nur auf diese Weise kann es überhaupt zur gerichtlichen Entscheidung kommen, die Art. 6-1 EMRK zusichert. Die blosse Kassation ist dann zulässig, wenn die Vorinstanz alle Voraussetzungen des Art. 6-1 EMRK erfüllt. Die staatsrechtliche Beschwerde, die in der Regel²⁸² kassatorisch wirkt, kann daher ein kantonales Verwaltungsverfahren unter diesem Gesichtspunkt²⁸³ nicht heilen²⁸⁴.

68 Im Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK darf die richterliche Instanz *nicht an verwaltungsbehördlich getroffene Entscheidungen gebunden* sein, die strafrechtliche oder "zivilrechtliche" Vorfragen betreffen. Es sei denn, diese Vorentscheide haben ihrerseits einer umfassenden Gerichtskontrolle²⁸⁵ unterlegen²⁸⁶. Der wichtigste Anwendungsfall dieser *Bin-*

²⁷⁸ Vgl. Urteil Benthem, ECHR Series A 97, § 40.

²⁷⁹ Vgl. Urteil Benthem, ECHR Series A 97, § 40.

²⁸⁰ Raymond, Suisse 66; Trechsel, Gericht 386.

²⁸¹ Urteil Le Compte a.o, ECHR Series A 43, § 51 ; Urteil König, ECHR Series A 27, § 98; Trechsel, Gericht 386; Miehsler, IntKom, N. 289 zu Art. 6 EMRK m.w.H.; Schmuckli, Fairness 68; Pernthaler, Rechtsweg 222f.

²⁸² Vgl. zu Ausnahmen z.B. BGE 115 Ia 297, 107 Ia 257 (Anweisung, der Häftling sei zu entlassen).

²⁸³ Nebst der beschränkten Kognition, vgl. N. 86 und der Verfahrensdauer, vgl. N. 74.

²⁸⁴ Die inzwischen am 17.12.1992 unwirksam erklärte (vgl. N. 80ff), präzisierende auslegende Erklärung behielt zu Recht die Kassation vor, vgl. N. 77.

²⁸⁵ Urteil Obermeier, ECHR Series A 179, § 70; Urteil Albert and Le Compte, ECHR Series A 58, § 29.

dungsfreiheit ist die Blankettstrafdrohung des Art. 292 StGB, wonach der Ungehorsam gegen eine Verfügung mit Haft oder Busse bestraft werden kann. Nach der Praxis des Bundesgerichts²⁸⁷ ist eine bloss verwaltungsbehördlich ausgesprochene Verfügung vom Strafrichter immer akzessorisch zu überprüfen, wenn keine Beschwerde an ein Verwaltungsgericht möglich ist. Macht der Betroffene von der Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Kontrolle keinen Gebrauch oder steht dieser Entscheid noch aus, so darf der Strafrichter die Verfügung nur auf offensichtliche Gesetzesverletzung überprüfen. In Ergänzung zur bundesgerichtlichen Praxis ist freilich hinzuzufügen, dass nicht nur Rechtsfragen, sondern auch die Sachverhaltsfeststellungen vom Strafrichter geprüft werden müssten²⁸⁸. Die zum Teil fehlende kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit wird insoweit kompensiert²⁸⁹.

VI. Geltung für den Instanzenzug

69 Art. 6-1 EMRK begründet keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel gegen eine erstinstanzliche Gerichtsentscheidung (Instanzenzug)²⁹⁰. Wenn aber Rechtsmittel gegeben sind, so müssen in diesen Verfahren die Garantien des Art. 6-1 EMRK grundsätzlich eingehalten werden. Allerdings können Besonderheiten der Berufungs-, Revisions- oder Kassationsverfahren trotz Widerspruches zu Art. 6-1 EMRK (z.B. Öffentlichkeit, Über-

²⁸⁶ Siehe die Beispiele aus dem landwirtschaftlichen Bodenrecht oder dem Grundstückserwerb durch Personen im Ausland, wo Verfügungen unmittelbar zivilrechtliche Folgen haben, Weber-Dürler Beatrice, Verwaltungsrecht als Vorgabe für Zivil- und Strafrecht, Votum, in: VVDStRL 50 (1990) 276; Imboden Max/Rhinow René, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band 2, Basel/ Stuttgart 1976, Nr. 142 B II. b.

²⁸⁷ Vgl. BGE 98 IV 106 bestätigt von BGE 104 IV 137.

²⁸⁸ BGE 98 IV 106 E. 3d scheint sich mit einer Prüfung reiner Rechtsfragen zu begnügen.

²⁸⁹ Aus menschen- und konventionsrechtlicher Sicht ist daher die in der Literatur umstrittene Überprüfungskompetenz des Strafrichters kein Thema mehr; vgl. aber die Darlegung der verschiedenen Meinungen bei Trechsel, Kommentar, N. 7 zu Art. 292 StGB m.w.H. Eigenartigerweise haben die umfangreichen Auseinandersetzungen um Art. 292 StGB diesen entscheidenden Aspekt stets ausgeblendet.

²⁹⁰ Vgl. Urteil *Belgian Linguistic Case*, ECHR Series A 6, § 9 der Entscheidungsgründe, S. 33; Urteil *Delcourt*, ECHR Series A 11 § 25; E 14739/89, *Hugh Callaghan a.o. v. United Kingdom*, DR 60, 296; E 11941/86, *G. c. France*, DR 57, 100; E 8603/79, 8723/79, 8729/79, *Crociani a.o. v. United Kingdom*, DR 22, 147; E 11396/85, *John W. Ross v. United Kingdom*, DR 50, 179; *Strafkassationshof des Waadtländer Kantonsgerichtes v. 27.7.1990*, JdT 1991 III 30; *van Dijk/van Hoof*, *Convention 305f*; *Khol*, *Implications 639*, § 9; Trechsel, 7. Zusatzprotokoll 202; Frowein/Peukert, Kommentar N. 52 zu Art. 6 EMRK, Miehsler/Vogler, IntKom, N. 272 m.w.H. zu Art. 6 EMRK. Vgl. aber zu einem Rechtsmittelanspruch N. 90, S. 93, Anm. 2.

prüfungsbefugnis) unter Umständen bestehen bleiben²⁹¹. Die Anwendung des Art. 6-1 EMRK auf Rechtsmittelverfahren hängt von deren Funktionen ab. Prüft die zweite Instanz sowohl Tatsachen- als auch Rechtsfragen umfassend und ist der Tatbestand umstritten, so kann etwa die Frage von Schuld oder Unschuld ohne mündliche Anhörung nicht ordnungsgemäss entschieden werden²⁹². Die zweite Instanz muss demnach eine volle Neuprüfung des Falles mit einer öffentlichen Anhörung vornehmen. Dagegen können Rechtsmittelverfahren, die nur die zweitinstanzliche Überprüfung von Rechtsfragen erlauben, mit den Erfordernissen des Art. 6-1 EMRK übereinstimmen, obwohl der Rechtsmitteleinleger keine Gelegenheit hatte, persönlich gehört zu werden²⁹³. So steht beispielsweise im *Berufungsverfahren* vor Bundesgericht die richtige Anwendung des Bundesprivatrechtes (auch z.T. im Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit²⁹⁴), nicht aber der Sachverhalt zur Debatte²⁹⁵. Diese Regelung ist sinnvoll, denn sie will die einheitliche Anwendung des Bundesprivatrechtes in der Schweiz sicherstellen²⁹⁶. Art. 6-1 EMRK ist daher nicht verletzt, wenn das Bundesgericht den Sachverhalt - entsprechend seiner Aufgabe - nicht mehr überprüft²⁹⁷.

Die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* an das Bundesgericht erfüllt hinsichtlich der Überprüfungsbefugnis die Anforderungen des Art. 6-1 EMRK, da die Art. 104²⁹⁸ und 105 OG stets eine richterliche Überprüfung von Rechts- und Sachverhaltsfragen erlauben.

70 Die Kommission hat Art. 6-1 EMRK zunächst nicht auf *verfassungsgerichtliche Verfahren* angewandt, die Frage später aber offen gelassen²⁹⁹. Auch nahm der Gerichtshof keine Geltung von Art. 6-1 EMRK im Verfahren vor dem deutschen Bundesver-

²⁹¹ Vgl. Urteil Sutter, ECHR Series A 74, § 28; Urteil Axen, ECHR Series A 72, § 27; Urteil Pretto a.o., ECHR Series A 71, §§ 21-23; Urteil Pakelli, ECHR Series A 64, § 29; Urteil Delcourt, ECHR Series A 11, §§ 25f; E 9315/81 X. v. Austria, DR 34, 96; Trechsel, 7. Zusatzprotokoll 203 Anm. 19 m.w.H.; Frowein, Rechtsschutz 20f.

²⁹² Urteil Ekbatani, ECHR Series A 134, § 32; Urteil Helmers, ECHR Series A 212-A, § 38.

²⁹³ Urteil Ekbatani, ECHR Series A 134, § 31; Urteil Helmers, ECHR Series A 212-A, § 36.

²⁹⁴ Vgl. Art. 44 OG, wo es gerade um den gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verwaltung geht. Da die präzisierende auslegende Erklärung ungültig ist (vgl. N. 80ff), verpflichtet Art. 6-1 EMRK die Kantone zu einem gerichtlichen Rechtsschutz.

²⁹⁵ Vgl. Art. 43 und Art. 63 Abs. 2 OG.

²⁹⁶ Vgl. Art. 114 BV.

²⁹⁷ E 7211/75, X. c. Suisse, DR 7, 104 oder VPB 1983 Nr. 127. Entsprechende Überlegungen gelten auch für die staatsrechtliche Beschwerde.

²⁹⁸ Soweit Art. 104 Abs. 2 OG eine Überprüfung des Sachverhaltes ausschliesst, weil eine richterliche Vorinstanz diesen bereits geprüft hat, ist auf die vorstehenden Überlegungen zur Berufung zu verweisen.

²⁹⁹ Vgl. Cohen-Jonathan, Convention 406 m.w.H.; Frowein/Peukert, Kommentar, N. 21 zu Art. 6 EMRK m.w.H., vgl. nunmehr E 12953/87, Ruiz-Mateos gegen Spanien, EuGRZ 1991 406ff, insb. S. 407.

fassungsgericht an, denn die Entscheidung des obersten deutschen Gerichts betraf nicht den in den unteren Instanzen strittigen arbeitsrechtlichen Anspruch³⁰⁰. In den Urteilen Ettl, Deumeland und Kraska³⁰¹ wandte er Art. 6-1 EMRK auf verfassungsgerichtliche Verfahren an, weil es in der Sache um "zivilrechtliche" Ansprüche ging.

In einer staatsrechtlichen Beschwerde können - wie das Urteil Kraska³⁰² deutlich gemacht hat - ebenfalls "zivilrechtliche" Streitigkeiten zur Beurteilung anstehen (z.B. Enteignungen, Handels- und Gewerbefreiheit), womit Art. 6-1 EMRK grundsätzlich anwendbar ist³⁰³. Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde müssen aber nicht alle Rechts- und Tatsachenfragen geprüft werden, weil in den oberinstanzlichen Verfahren die Garantien des Art. 6-1 EMRK der Funktion des Rechtsmittels angepasst werden³⁰⁴. Diese bloss partielle Geltung des Art. 6-1 im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde bedeutet umgekehrt, dass die staatsrechtliche Beschwerde ein kantonales Verfahren, das nur vor Verwaltungsbehörden stattgefunden hat, nicht heilen kann^{305,306}.

71 Die Geltung des Art. 6-1 EMRK im Rechtsmittelverfahren schliesst es aus, dass der einmal beschrittene Rechtsweg zu einer Verwaltungsbehörde führt³⁰⁷. Das Recht auf

³⁰⁰ Vgl. Urteil Buchholz, ECHR Series A 42, § 48.

³⁰¹ ECHR Series A 117, §§ 33-35; ECHR Series A 100, §§ 77 und 89; ECHR Series A 254-B, § 26. Ebendies tat die Kommission im B 12350/86, Kremzow v. Austria (vor dem Gerichtshof anhängig), vgl. den E EuGRZ 1992 220ff; Grotrian, Article 6, § 50 m.w.H.

³⁰² ECHR Series A 254-B, § 26.

³⁰³ Eigenartigerweise prüft das Gutachten BJ, VPB 1985 III Nr. 36, S. 262ff überhaupt nicht die entscheidende Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 6-1 EMRK im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren. Soweit richterliche Vorinstanzen, die dem Art. 6-1 EMRK entsprechen, entscheiden, sollte die Anwendbarkeit von Art. 6-1 EMRK auf die staatsrechtliche Beschwerde nur funktionsgemäss (Schutz der Grundrechte), nicht aber vollumfänglich erfolgen. Allerdings könnte bei einer auch bloss partiellen Anwendung von Art. 6-1 EMRK das Erfordernis der angemessenen Dauer verletzt werden.

³⁰⁴ Vgl. N. 69.

³⁰⁵ Vgl. N. 86. Siehe N. 87 zu einem entsprechenden rechtspolitischen Vorschlag.

³⁰⁶ Art. 6-1 EMRK verlangt zumindest einmal eine gerichtliche Rechts- und Tatsachenkontrolle, vgl. N. 62ff und zu einer Ausnahme N. 63. Die staatsrechtliche Beschwerde käme als einziges gerichtliches Rechtsmittel zu spät (vgl. N. 74) und die bloss kassatorische Natur genügt der von Art. 6-1 EMRK verlangten Entscheidungskompetenz nicht (vgl. N. 67).

³⁰⁷ Vgl. Trechsel, Einfluss 694; ungenau Miehsler/Vogler, IntKom, N. 272 wonach Art. 6-1 EMRK kein Recht auf Gerichtsbarkeit in allen Instanzen gewähre, richtig aber die in Anm. 4 aufgeführten Belege, vgl. Urteil Le Compte a.o., ECHR Series A 43, § 51 lit. a. Die oberste Instanz muss immer ein Gericht sein. Dem widerspricht etwa die Bündner Regelung: Nach Art. 62 und 82 des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch (EGZZGB) v. 5.3.1944, sGS GR 210.100 ist die erstinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde der Bezirksgerichtsausschuss. Dessen Entscheide können an den Regierungsrat weitergezogen werden. Noch krasser war die Zuständigkeitsordnung in Appenzell I.Rh.: Nach Art. 67 der inzwischen aufgehobenen Strafprozessordnung war die Standeskommission (Kantonsregierung) als Kassationsgericht eingesetzt. Weil sie die Strafurteile des Kan-

den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 BV) und der darin enthaltene Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit würde ebenfalls den Gerichten übergeordnete rechtsprechende Verwaltungsbehörden ausschliessen.

VII. Art. 6-1 EMRK und Verfahrensbestimmungen

72 Art. 6-1 EMRK stellt als Rechtsschutzgarantie eine institutionelle Garantie³⁰⁸ dar. Sie bedarf der gesetzlichen Ausformung, die zu inhärenten "Beschränkungen" des Rechtes auf ein Gericht führt. Die Vertragsstaaten haben dabei einen grossen Gestaltungsspielraum. Dennoch dürfen die Verfahrensbestimmungen den Gerichtszugang des einzelnen nicht in der Weise beschränken, dass die eigentliche Substanz der Rechtsweggarantie verletzt wird. Auch ist eine Verfahrensregelung mit Art. 6-1 EMRK unvereinbar, wenn sie nicht ein legitimes Ziel verfolgt und wenn die verwendeten Mittel zum angestrebten Ziel nicht in einem vernünftigen Verhältnis stehen³⁰⁹.

73 Die Konventionsorgane haben zahlreiche Verfahrensbestimmungen³¹⁰ auf deren Vereinbarkeit mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 6-1 EMRK geprüft³¹¹, namentlich:

tonsgerichts überprüfte, konnte von einer richterlichen Unabhängigkeit keine Rede sein. Wie in keinem Kanton vereinigte die Kantonsregierung gewissermassen alle Gewalt in sich; ihre Mitglieder gehören nämlich gemäss Art. 22 Abs. 1 KV AI auch zugleich dem Grossen Rat an. Die Kantonsregierung ist nach der neuen Strafprozessordnung nicht mehr "Kassationsgericht", und zwar aus Gründen der Gewaltentrennung (nicht aber wegen Art. 6-1 EMRK), vgl. Hauser Robert, Zur Totalrevision der Strafprozessordnung von Appenzell-Innerrhoden, ZStR 1987 228ff, insb. S. 234.

³⁰⁸ Vgl. Miehsler/Vogler, IntKom N. 271 zu Art. 6 EMRK; Schmuckli, Fairness 87; vgl. Kley, Grundpflichten 99 Anm. 2 m.H. auf die Quellen.

³⁰⁹ Vgl. Urteil Ashingdane, ECHR Series A 93, § 57; Urteil Golder, ECHR Series A 18, § 38; Urteil Winterwerp, ECHR Series A 33, §§ 60, 75; Urteil Deweer, ECHR Series A 35, § 49; E 12972/87, Eric Porter v. United Kingdom, DR 54, 207. Vgl. Miehsler/Vogler, IntKom, N. 276 zu Art. 6 EMRK m.w.H.

³¹⁰ Die bei erstinstanzlicher Gerichts- (ordentliche Gerichtsbarkeit) oder Verwaltungszuständigkeit (Verwaltungsrechtspflege) gleichermassen bedeutsam sind, vgl. N. 59.

³¹¹ Vgl. zur umfangreichen Rechtsprechung Frowein/Peukert, Kommentar, N. 41ff zu Art. 6 EMRK; Miehsler, IntKom, N. 276ff zu Art. 6 EMRK.

- Amtssprachen³¹²;
- Gerichtsstandsbestimmungen³¹³;
- Bussen wegen missbräuchlicher Prozessführung³¹⁴;
- Fristen^{315,316};
- Formularzwang³¹⁷;
- Vertretungsregelungen bei Minderjährigen und Entmündigten³¹⁸;
- Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege oder Rechtsverteidigung bei aussichtslosen Prozessen³¹⁹.

Die Kommission hat die vielfach im kantonalen Prozessrecht verlangten Vorschüsse und Sicherheitsleistungen³²⁰ bei aussichtslos erscheinenden Klagen oder Beschwerden als zulässig angesehen³²¹.

74 Die Missachtung von Verfahrensbestimmungen kann den Gerichtszugang ganz verwehren. So muss der verwaltungsbehördliche Entscheid innert einer bestimmten Frist unter Beachtung gewisser Formalien an das Gericht weitergezogen werden. Nach dem ungenutzten Fristablauf ist der Entscheid grundsätzlich nicht mehr anfechtbar³²². Diese Regelung ist im

³¹² E 8907/80, L. c. Autriche et Suisse, VPB 1986 Nr. 94, 117, 118; E 9099/80 X. v. Austria, DR 27, 209 (betreffend Übersetzung).

³¹³ Vgl. z.B. E 16875/90, B.G. c. Suisse, VPB 1991 Nr. 49 betreffend Art. 350 StGB i.V.m. 263 Abs. 3 BStP.

³¹⁴ Betreffend Missbrauch des Eingaberechtes, E 8954/80, Association X. and 17 Individuals v. Germany, DR 26, 194.

³¹⁵ Vgl. z.B. E 8407/78, X. c. Suisse, DR 20, 179 oder VPB 1983 Nr. 116 (Prozessfristen); E 9707/82, X. v. Sweden, DR 31, 223 (materiellrechtliche Verjährungsfrist).

³¹⁶ Vgl. E 8407/78, X. c. Suisse, DR 20, 179: Der im Ausland lebende Rechtsmittelinleger muss selber dafür sorgen, dass die Frist eingehalten wird.

³¹⁷ B 4451/70, Golder v. United Kingdom, ECHR Series B 16, S. 50f, § 89.

³¹⁸ E 11793/85, B. c. Suisse, VPB 1987 Nr. 76; E 6916/75, X., X. et Z. c. Suisse, DR 6, 107 oder VPB 1983 Nr. 118.

³¹⁹ E 16588/90, X. v. Austria, ÖJZ 1993 141f; E 11182/84, Eberlin c. Suisse, VPB 1986 Nr. 92; E 6958/75, X. c. Suisse, DR 3, 155 oder VPB 1983 Nr. 117; E 9353/81, Webb v. United Kingdom, DR 33, 133; vgl. auch E 12040/86, M. v. United Kingdom, DR 52, 269 (Beschränkung des Gerichtszuganges für Querulanten, Geistes- kranke oder Zahlungsunfähige). In diesem Sinne beinhaltet Art. 6-1 EMRK kein generelles Recht auf ein kostenloses Verfahren, vgl. BGr v. 23.11.1990, SZIER 1991 404.

³²⁰ Vgl. z.B. Art. 96 VRP SG und entsprechende zivilprozessuale Regelungen Art. 274ff ZPO SG; Art. 128 Abs. 1 VRP FR, § 195f VRP LU, § 117 VRP NW, § 79 VRP TG, § 15 VRP ZH.

³²¹ E 6958/75, X. c. Suisse, DR 3, 155 oder VPB 1983 Nr. 117.

³²² Vgl. z.B. die grundsätzliche Verfahrensregelung in der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, wonach in

Hinblick auf den Gerichtszugang unbedenklich, wenn es allein vom Willen des Betroffenen abhängt, ob er das Gericht anrufen will oder nicht³²³. Ist es dem Betroffenen infolge eines unverschuldeten Hindernisses nicht möglich, die zum Gerichtszugang geforderte Handlung vorzunehmen, so muss nach Art. 6-1 EMRK - unabhängig von einer gesetzlichen Regelung³²⁴ - die Frist wiederhergestellt werden^{325,326}.

enumerierten Fällen (z.B. Art. 41 i.V.m. Art. 59 Abs. 1 lit. a, Art. 42 i.V.m. Art. 59 Abs. 1 lit. b und Art. 59 Abs. 1 lit. c VRP SG, § 54 VRP TG, §§ 52-55 VRP AG) oder generell (vgl. z.B. § 148 VRP LU) an eine Gerichtsinstanz gelangt werden kann; entsprechendes gilt auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit, vgl. Kley, Privatrecht 56ff m.w.H. oder die unbedenklichen Regelungen der Art. 128f (Strafbescheid) und Art. 131 StPO SG (Einsprachemöglichkeit innert 14 Tagen, mit der Folge der gerichtlichen Beurteilung).

³²³ Vgl. Urteil Deweer, ECHR Series A 35, §§ 48-54; der Beschwerdeführer hatte unter dem Zwang einer vorläufigen Schliessung seiner Metzgerei eine Geldbusse bezahlen müssen und vermied dadurch ein Strafverfahren. Er hatte damit nicht freiwillig auf ein ordentliches Verfahren und den Gerichtszugang verzichtet.

³²⁴ Welche im Regelfall meist besteht, vgl. z.B. Art. 35 OG, Art. 85 Abs. 1 GerG SG, § 31 VRP AG, § 36 VRP LU.

³²⁵ Vgl. E 16487/90 gegen Österreich, ÖJZ 1992 421ff; danach muss Personen, welche ohne Verschulden die Weiterzugsfrist versäumt haben, ein angemessener Rechtsschutz zur Verfügung stehen, so z.B. durch die Wiederherstellung der Frist, welche den Gerichtszugang erneut ermöglicht. Vgl. B 12129/86, Hennings gegen Deutschland, §§ 49-51, EuGRZ 1992 277f; im Urteil Hennings v. Germany, ECHR Series A 251-A, § 26 kam der Gerichtshof zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer darum besorgt sein muss, dass er die in seinem Briefkasten befindliche Post tatsächlich erhält.

³²⁶ Siehe zum parallelen Problem, ob überspitzter Formalismus im nationalen Rechtsmittelrecht eine Beschwerde an die Kommission im Hinblick auf Art. 26 EMRK unzulässig macht: vgl. Trechsel, Menschenrechtsschutz

Bei der Berechnung der angemessenen ("raisonnable"/"reasonable") Frist ist die Dauer eines allenfalls vorausgehenden Administrativverfahrens zu berücksichtigen³²⁷. Muss zunächst ein mehrstufiges, verwaltungsinternes Verfahren durchlaufen werden, so dürfte der Richter kaum mehr innert angemessener Frist zu erreichen sein; Art. 6-1 EMRK ist verletzt.

194f; siehe vor allem B 13467/87, Jäger gegen Schweiz, gütliche Einigung, EuGRZ 1992 280 und DR 62, 269.

³²⁷ Vgl. Urteil König, ECHR Series A 27, § 98; Khol, Implications 642, § 17a.

§ 4 Auslegende Erklärung und Vorbehalt zu Art. 6-1 EMRK [S. 79]

I. Ungültigkeit der auslegenden Erklärungen

1. Ungültigkeit der auslegenden Erklärung

75 Im Urteil *Belilos*³²⁸ hat erstmals eine internationale Instanz über die Gültigkeit einer auslegenden Erklärung bzw. eines Vorbehaltes zu einem völkerrechtlichen Vertrag befunden. Dabei ging es um die Wirksamkeit der auslegenden Erklärung der Schweiz zu Art. 6-1 EMRK, wonach in bezug auf Streitigkeiten über zivilrechtliche Rechte und Pflichten oder die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage nur eine letztinstanzliche richterliche Prüfung der Akte oder Entscheidungen der öffentlichen Gewalt stattfindet³²⁹. Der Gerichtshof hat die auslegende Erklärung nicht als reine Interpretationserklärung gelten lassen³³⁰, sondern die Frage nach ihrer Rechtsnatur offen gelassen³³¹. Er hat darauf hingewiesen, dass - selbst wenn die Erklärung einen echten Vorbehalt darstelle - sie gegen zwei zwingende Erfordernisse des Art. 64 EMRK (Verbot allgemeiner Vorbehalte und kurze Inhaltsangabe des betreffenden Gesetzes) verstosse, "with the result that it must be held to be *invalid*"³³².

³²⁸ ECHR Series A 132. Das vorinstanzliche Bundesgerichtsurteil ist in der amtlichen Sammlung publiziert: BGE 108 Ia 313 = Pr 1983 Nr. 261. Das Urteil ist in der Literatur vielfach und eingehend dargelegt worden, so dass es an dieser Stelle vorausgesetzt werden muss, vgl. Oeter, Erklärung 514; van Dijk/van Hoof, Convention 607ff; Villiger Mark, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Belilos* gegen die Schweiz, Recht 1989 59ff und insbesondere die Studie von Cameron/Horn, Reservations 69ff, die alle Aspekte des Urteils ausgeleuchtet hat, insbesondere diejenigen Möglichkeiten, die der Gerichtshof im Urteil gar nicht in Betracht gezogen hat.

Die Gültigkeit einer andern auslegenden Erklärung der Schweiz zu Art. 6 Abs. 3 lit. c und e EMRK stand im B 9116/80, *Temeltasch c. Suisse*, zur Debatte, vgl. DR 31, 120 oder ZaöRV 1983 834ff oder EuGRZ 1983 150. Vgl. Wildhaber Luzius/Wagner Beatrice, Der Fall *Temeltasch* und die auslegenden Erklärungen der Schweiz, EuGRZ 1983 145ff. Die Kommission stellte damals die Gültigkeit dieser Erklärung nicht in Frage, weil sie hinreichend klar sei. Vor dem Hintergrund der Urteile *Belilos*, ECHR Series A 132, §§ 52-60 und *Weber*, ECHR Series A 177, §§ 36-38 erachtete das Bundesgericht den Vorbehalt als problematisch, weil die Erklärung "ne comporte pas un bref exposé des lois que l'Etat signataire a ainsi entendu mettre à l'abri des exigences conventionnelles", vgl. unpubliziertes Urteil, BGr v. 17.12.1991, G.F. c. Cour de justice du canton de Genève, RUDH 1992 179 oder SZIER 1992 487f (nicht in BGE enthalten).

³²⁹ Vgl. den vollen Wortlaut der ursprünglichen Erklärung: AS 1974 2173.

³³⁰ Wie noch die Kommission, vgl. B 10328/83, *Belilos c. Suisse*, ECHR Series A 132, S. 38ff, § 102. Die auslegende Erklärung kann sachlich richtig oder falsch sein; die Konventionsorgane vermag sie in der Auslegung nicht zu binden.

³³¹ Vgl. Urteil *Belilos*, ECHR Series A 132, § 49.

³³² Vgl. Urteil *Belilos*, ECHR Series A 132, § 60, vgl. auch § 51. Die schweizerische Literatur hat bis zu diesem Urteil stets die gegenteilige Meinung vertreten; vgl. Wildhaber, IntKom, N. 595ff, insb. N. 630ff zu Art. 6 EMRK m.w.H.; Thürer, Verwaltungsverfahren 259ff; einzig Brändle Dieter, Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss. Zürich 1978, S. 113f hielt die interpretative Erklärung für ungültig.

76 Die Worte der auslegenden Erklärung "letztinstanzliche richterliche Prüfung der Akte oder Entscheidungen der öffentlichen Gewalt ..." erlaubten es nicht, die Tragweite der von der Schweiz übernommenen Verpflichtung festzustellen. Vor allem sei der Anwendungsbereich der Erklärung unklar und offen sei auch, ob sie die tatbestandliche Seite eines Rechtsfalles erfasse oder nicht. Die von Art. 64-1 EMRK geforderte Eindeutigkeit werde damit nicht erfüllt³³³. Ferner würden die vorbehaltenen gesetzlichen Vorschriften nicht - wie in Art. 64-2 EMRK gefordert - aufgeführt. Trotz allfälliger praktischer Schwierigkeiten seien auch Bundesstaaten aus Beweis- und Rechtssicherheitsgründen verpflichtet, diese beiden materiellen Bedingungen des Art. 64 EMRK zu erfüllen³³⁴. Der Gerichtshof umschrieb die Rechtsfolge der Unwirksamkeit äusserst knapp: "At the same time, it is beyond doubt that Switzerland is, and regards itself as, bound by the Convention irrespective of the validity of the declaration"³³⁵. Dabei hätte eine Reihe anderer Möglichkeiten bestanden³³⁶.

2. Präzisierte auslegende Erklärung

77 Die Schweiz hat auf das Urteil Belilos rasch reagiert und war auf eine "Schadensbegrenzung" bedacht³³⁷. Schon am 16.5.1988 hat sie - mit Wirkung ab dem Urteilstag (29.4.1988) - eine neue, auf den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich eingeschränkte Fassung ihrer auslegenden Erklärung hinterlegt³³⁸. Damit wurde der Sachbereich der strafrechtlichen Anklagen vollumfänglich von Art. 6 EMRK erfasst³³⁹. Die präzisierte Erklärung verstand unter "letztinstanzlicher richterlicher Prüfung" eine auf die *Rechtsanwendung beschränkte richterliche*

³³³ Urteil Belilos, ECHR Series A 132, § 55.

³³⁴ Urteil Belilos, ECHR Series A 132, § 58. Es handelt sich also nicht um eine einfache Formvorschrift; der Gerichtshof hat diese Auffassung im Urteil Weber, ECHR Series A 177, § 38 bestätigt.

³³⁵ Urteil Belilos, ECHR Series A 132, § 60.

³³⁶ Vgl. näher Cameron/Horn, Reservations 115ff und die vor dem Urteil Belilos geschriebenen, interessanten Ausführungen von Wildhaber, der die Tragweite des Problems und die Folgen vorausgesehen hat, IntKom, N. 595ff, insb. N. 648 und 659. Frowein Jochen, Reservations of the European Convention on Human Rights, in: Studies in honour of Gérard J. Wiarda, Köln usw. 1988, S. 193ff.

³³⁷ Der innenpolitische Druck war erheblich: Im Ständerat wurde im Gefolge dieses Urteils das Postulat Danioth auf "vorsorgliche" Kündigung der Konvention durch die Schweiz mit 16 zu 15 Stimmen knapp abgelehnt, Amtl Bull S 1988 554ff; Haefliger, Menschenrechtskonvention 43. Vgl. auch Amtl Bull S 1988 410ff, insb. 411 betreffend Nichterneuerung bzw. Widerruf der Erklärungen gemäss Art. 25 und 46 EMRK. Siehe zu weiteren abenteuerlichen Vorschlägen, um das Urteil Belilos zu umgehen, vgl. Votum Wildhaber, in: Matscher (Hrsg.), Verfahrensgarantien 166f. Vgl. zu Widerständen in andern Staaten gegen "Strassburg": Abraham, Incidences 415.

³³⁸ AS 1988 1264. Siehe das Schreiben von Bundesrätin Kopp v. 6.6.1988 an die kantonalen Justizdepartemente, SJIR 1988 272ff.

³³⁹ Vgl. BGE 115 Ia 183, insb. 187ff. Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde vermag ein kantonales Administrativstrafverfahren im Hinblick auf Art. 6-1 EMRK nicht zu heilen, anders noch BGE 111 Ia 267. Daher blieb im B 12425/86, S. gegen die Schweiz, EuGRZ 1991 507 (ohne Gerichtskontrolle vom Gesundheitsdepartement des Kantons Wallis auferlegte Geldstrafe von 120.- Fr.) der Schweiz nicht anderes als eine gütliche Einigung mit der Beschwerdeführerin übrig. Ansonsten hätte sie eine erneute Verurteilung riskiert.

*Prüfung kassatorischer Natur*³⁴⁰. Zusätzlich wurden³⁴¹ die betroffenen Gesetzesbestimmungen des Bundes- und kantonalen Rechts zusammengestellt und der Erklärung am 27.12. 1988 beigegeben³⁴².

78 Die auslegende Erklärung zu Art. 6-1 EMRK hätte - unabhängig von der inzwischen erfolgten Unwirksamerklärung durch das Bundesgericht³⁴³ - eine bloss *untergeordnete Bedeutung* gehabt. Die Vorbehaltsregelung des Art. 64 EMRK erlaubt es nämlich den Vertragsstaaten nicht, den in der Konvention vereinbarten gemeineuropäischen Grundrechtsstandard über Jahrzehnte hinweg von der eigenen Rechtsordnung fernzuhalten³⁴⁴. Vielmehr soll anlässlich der nächsten Revision des betreffenden Gesetzes die notwendige Anpassung vorgenommen und der Vorbehalt hinsichtlich dieser Norm zurückgezogen werden³⁴⁵. Die Kantone entsprechen dem grundsätzlich, denn sie bauen den gerichtlichen Rechtsschutz laufend aus³⁴⁶.

³⁴⁰ Damit hat der schweizerische Bundesrat unmittelbar auf die entsprechende Frage im 3. Satz von § 55 des Urteils Belilos, ECHR Series A 132 geantwortet.

³⁴¹ Vgl. zu Fehlern: Kley, Privatrecht 49 Anm. 1; der Kanton Graubünden hat z.B. "strafrechtliche" Normen vorbehalten, obwohl die auslegende Erklärung diesen Bereich nicht mehr erfasste (Art. 61 des Bündner Schulgesetzes) oder gar die sicherheitspolizeiliche Festnahme (Art. 9 der GR Verordnung über die Kantonspolizei), die in den Anwendungsbereich des Art. 5-4 EMRK fällt.

³⁴² Merkwürdigerweise sind nur die Gesetzesbestimmungen des Bundesrechts in der AS 1989 277, Anm. 1 publiziert; wogegen die kantonalen Bestimmungen nicht offiziell veröffentlicht sind. Siehe die auszugsweise Wiedergabe bei Kley, Privatrecht 285ff. Der Bund hätte mindestens eine Veröffentlichung in den kantonalen Gesetzessammlungen veranlassen müssen. Ebenso eigenartig ist, dass der Europarat in seiner amtlichen Ausgabe der EMRK zwar die geänderte auslegende Erklärung, nicht aber die dazugehörige Liste des Bundes- und kantonalen Rechts publiziert hat. Üblicherweise publiziert der Europarat nicht nur die Vorbehalte, sondern auch die auslegenden Erklärungen mit Hinweisen auf die abweichende Gesetzgebung.

³⁴³ Vgl. N. 80ff.

³⁴⁴ Vgl. Concurring opinion des Richters De Meyer im Urteil Belilos, ECHR Series A 132, S. 32; Dissenting opinion der Kommissionsmitglieder Kiernan und Gözübüyük im B 9116/80, Temeltasch c. Suisse, DR 31, 120 oder EuGRZ 1983 150ff; Borghi, Applicabilité 13; Schmuckli, Fairness 115.

³⁴⁵ Die Staaten halten sich in ihrer Praxis nicht immer daran; so hat etwa das Fürstentum Liechtenstein den Vorbehalt zu Art. 6 EMRK trotz einer totalrevidierten Gesetzgebung fortgeschrieben und die bisherige konventionswidrige Gesetzgebung nicht angepasst, vgl. Information Sheet No. 29, S. 1. Unter gewissen Umständen wenden die Konventionsorgane bei einer Gesetzesrevision den Vorbehalt auf die ursprüngliche Norm noch an, vgl. B 7511/76 und 7743/76, Campbell and Cosans v. United Kingdom, ECHR Series B 42, S. 12, § 39; BGE 117 Ia 386f.

³⁴⁶ Vgl. Botschaft des Regierungsrates des Kantons Thurgau an den Grossen Rat zum Entwurf für ein neues Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch v. 12.6.1990, S. 11f. Im Hinblick z.B. auf die St. Galler Rechtsordnung war die Nennung zahlreicher Gesetzesnormen in der Liste kantonalen Normen hinfällig geworden, weil das neue st. gallische Zivilprozessgesetz zahlreiche, abschliessende verwaltungsbehördliche Kompetenzen auf den Richter übertragen hat, vgl. Kley, Privatrecht 49 Anm. 1 und siehe im einzelnen Art. 312 ZPO SG.

Unrichtig Schmuckli, Fairness 10, wonach die Kantone sich weigerten, ihre Gesetzgebung dem Art. 6 EMRK anzupassen. Vgl. vielmehr N. 96ff.

Eine Reihe von Kantonen hatte kaum³⁴⁷ oder gar keine³⁴⁸ Vorschriften aufgeführt, mit der Folge, dass eine volle Bindung an Art. 6-1 EMRK eintrat³⁴⁹. Diese elf Kantone hatten gewissermassen eine Vorreiterrolle bis zur Unwirksamklärung³⁵⁰ vom 17.12.1992 übernommen.

79 Eine andere Folge des Urteils Belilos bestand darin, dass die Schweiz zu Art. 14-1 CCPR³⁵¹ einen *Vorbehalt* angebracht hat, der sich inhaltlich mit der präzisierten Erklärung zu Art. 6-1 EMRK deckt³⁵². Dessen Gültigkeit dürfte kaum fraglich sein, da im Weltpakt über bürgerliche und politische Rechte eine Art. 64 EMRK entsprechende Bestimmung fehlt. Darum gelangen im Hinblick auf den Weltpakt die allgemeinen Vorbehaltsregeln der Art. 19ff WVK zur Anwendung³⁵³.

3. Ungültigkeit der präzisierten auslegenden Erklärung

80 Die Literatur hatte das Vorgehen der Schweiz nach dem Urteil Belilos für unzulässig gehalten, weil Art. 64 EMRK das Anbringen von Vorbehalten nur anlässlich der Ratifikation erlaube, nicht aber später³⁵⁴.

81 Das Bundesgericht hat die Gültigkeit der präzisierten Erklärung schon bald in Frage gestellt³⁵⁵. Es hat festgehalten, dass sich "Änderungen der kantonalen Verfahrens- und

³⁴⁷ Die Kantone Bern, Uri, Nidwalden, Zug, Schaffhausen, Basel-Stadt, Aargau und Neuchâtel (vgl. BGE 115 V 253) haben nur eine bis sechs Zuständigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit genannt, wie etwa Namensänderung, Adoption, Beiratschaft, Stiftungsaufsicht oder Entmündigungen. In bezug auf die verwaltungsrechtliche Tragweite ist Art. 6-1 EMRK vollumfänglich anwendbar.

³⁴⁸ So haben der Kanton Waadt (vgl. BGE 115 Ia 66 und 117 Ia 526 = RUDH 1992 350), Glarus und Obwalden auf eine solche Liste verzichtet.

³⁴⁹ Das Bundesgericht musste sich deshalb in mehreren Fällen *nicht* mit der Gültigkeit der präzisierten auslegenden Erklärung befassen, vgl. BGE 117 Ia 378, insb. S. 387; BGE 115 Ia 71; 115 Ia 192; 115 V 253.

³⁵⁰ Vgl. N. 80ff.

³⁵¹ Der mindestens gleich weit wie Art. 6-1 EMRK ausgelegt wird, vgl. N. 33, S. 31, Anm. 3 und N. 35, S. 36, Anm. 2.

³⁵² Vgl. Art. 1 lit. c Abs. 2 des Bundesbeschlusses vom 13.12.1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, AS 1993 747.

³⁵³ Vgl. Velu/Ergec, Convention 158, § 207.

³⁵⁴ Vgl. Guillod, Garanties 50; Oeter, Erklärung 522; Kley, Privatrecht 49; Borghi, Applicabilité 12f; a.A. (aber bereits vom Bundesgericht überholt, vgl. N. 81) Haefliger, Menschenrechtskonvention 135, der dies für einen "überspitzten Formalismus" hielt. Siehe die differenzierende Darlegung bei Cameron/Horn, Reservations 117ff. Wildhaber, IntKom, N. 659 zu Art. 6 EMRK schlug diese nachträgliche Präzisierung schon vor dem Urteil Belilos vor.

³⁵⁵ Siehe die neutrale Formulierung in BGE 117 Ia 192: "Es ergibt sich somit, dass die geltende (und Art. 6-1 EMRK verletzende, A.K.) Verfahrensordnung ... jedenfalls dann nicht zu beanstanden ist, wenn die auslegende Erklärung zu Art. 6 EMRK respektiert wird". Im parallelen Berufungsverfahren in derselben Sache betreffend den Kanton Schwyz, BGE 117 II 132 hatte das Bundesgericht diese Frage mangels Rüge nicht prüfen müssen.

Zuständigkeitsordnungen über kurz oder lang ... als unumgänglich erweisen" werden³⁵⁶. 1992 hielt das Bundesgericht den Kanton Zürich in einem obiter dictum an, zur Festsetzung von Bau- und Niveaulinien einen Beschwerdeweg zu schaffen, der den Anforderungen des Art. 6-1 EMRK genügt. Es tat dies, *obwohl* die entsprechenden Normen in der präzisierten Erklärung aufgeführt waren³⁵⁷. Schliesslich hat es in einem *bahnbrechenden Urteil vom 17.12.1992 die präzisierte auslegende Erklärung für unwirksam erklärt*³⁵⁸.

82 Im Verfahren ging es um den Anspruch eines Elternteils ohne elterliche Gewalt oder Obhut, mit seinem Kind persönlich verkehren zu können. Im betroffenen Kanton Thurgau spielte sich dieses Verfahren vor den vormundschaftlichen Verwaltungsorganen und letztinstanzlich vor dem Regierungsrat ab. Eine Berufung an das Bundesgericht war nicht möglich, weil es sich in dieser Streitsache nicht um eine Zivilstreitigkeit handelte, sondern um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Eingabe wurde als staatsrechtliche Beschwerde entgegengenommen und *einstimmig* gutgeheissen. Das Bundesgericht schloss sich der in der Literatur vertretenen Ansicht an, wonach die präzisierte auslegende Erklärung von 1988 zu spät angebracht worden war³⁵⁹ und deshalb unwirksam sei. Da diese Erklärung allein vom Bundesrat und nicht von der Bundesversammlung ausging, sah sich das Bundesgericht daran nicht gebunden. Art. 6-1 EMRK gilt daher seit dem Urteil vom 17.12.1992 vollumfänglich im Sinne der Rechtsprechung der Konventionsorgane. Bund und Kantone werden den gerichtlichen Rechtsschutz im Bereich des Privatrechtes *und* des Verwaltungsrechtes erheblich ausbauen müssen.

Der Bundesrat sollte ausserdem - um jegliche Missverständnisse zu vermeiden - die präzisierte auslegende Erklärung aufheben und eine entsprechende Bekanntmachung in der amtlichen Sammlung des Bundesrechts publizieren³⁶⁰.

Im Hinblick auf ein mögliches Verfahren vor der Europäischen Menschenrechtskommission blieb der nationale Instanzenzug unausgeschöpft (Art. 26 EMRK); eine Beschwerde wäre somit unzulässig gewesen (Art. 27-3 EMRK). Die Verfahrensführung durch den Beschwerdeführer wies noch einen andern erheblichen Makel auf. In der staatsrechtlichen Beschwerde wurde die Rüge versäumt, das Entmündigungsverfahren vor den Verwaltungsbehörden verletze die Rechtsweggarantie des § 7 KV SZ. In der Sache hätte damit auf jeden Fall, unabhängig von Art. 6 EMRK, eine gerichtliche Beurteilung erfolgen müssen.

³⁵⁶ BGE 117 II 140.

³⁵⁷ Nämlich die § 96-113 des Zürcher Bau- und Planungsgesetzes. Das BGr hatte allerdings die Gültigkeit der präzisierten auslegenden Erklärung nicht abschliessend zu beurteilen, da die staatsrechtliche Beschwerde aus andern Gründen gutgeheissen wurde. Vgl. Urteil 1P.313/1991 v. 21.10.1992, NZZ v. 22.10.1992, S. 57 und v. 16.2.1993, S. 46. In BGE 115 Ia 67 war die fragliche Rechtsnorm in der präzisierten Erklärung gar nicht aufgeführt; ebendies gilt für das Urteil, BGr v. 1.6.1992, BVR 1992 439ff = BGE 118 Ia 223 (der betroffene Kanton Bern hatte in seiner Liste lediglich Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufgeführt).

³⁵⁸ BGr v. 17.12.1992, EuGRZ 1993 72ff (E. 2-8) oder Zeitschrift für Vormundschaftswesen 1993 28ff (E. 2-8) oder AJP 1993 333ff (E. 5-7).

³⁵⁹ Vgl. N. 80.

³⁶⁰ Auch der Bundesrat müsste sich an das Urteil vom 17.12.1992 gebunden erachten. In einem Strassburger Verfahren, in dem der Bundesrat als letzte Instanz geurteilt hat (Fälle der Art. 99-101 OG), dürfte er sich vor den Konventionsorganen nicht erneut auf die präzisierte Erklärung berufen. Der Ausnahmekatalog der Art. 99-101 OG von der Verwaltungsgerichtsbarkeit müsste gekürzt werden, vgl. N. 85.

83 Die Konvention hat in der Schweiz - wie auch in Schweden³⁶¹ und Österreich - zu einer nachgerade "revolutionären Änderung"³⁶² des Organisationsrechtes geführt. Die Schweiz befindet sich in einer ähnlichen Sachlage wie Österreich, nach dem ebenfalls bahnbrechenden Erkenntnis vom 3.12.1984 des österreichischen Verfassungsgerichtshofes³⁶³. Danach konnte der österreichische Vorbehalt zu Art. 5 EMRK nicht interpretativ auf Art. 6 EMRK ausgedehnt werden. In der Folge hat der österreichische Verfassungsgeber die Art. 129a ff im Bundes-Verfassungsgesetz eingefügt. In den österreichischen Bundesländern, die keine eigene Verwaltungsgerichtsbarkeit kennen, wurden unabhängige Verwaltungssenaten errichtet, welche eine Reihe von Zuständigkeiten, insbesondere Verwaltungsstrafsachen zu übernehmen haben³⁶⁴. In der Lehre wurde der Entscheid, bloss Verwaltungssenaten und keine allgemeinen Landesverwaltungsgerichte einzuführen, heftig kritisiert³⁶⁵. Möglicherweise werden die Verwaltungssenaten zu eigentlichen Landesverwaltungsgerichten ausgebaut werden³⁶⁶.

II. Ungültigkeit des Vorbehaltes hinsichtlich Öffentlichkeit

84 Im Urteil Weber³⁶⁷ stand die Gültigkeit des Vorbehaltes zum Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung und der Urteilsverkündung zur Debatte³⁶⁸. Der Gerichtshof hielt den Vorbehalt für unwirksam, da er das Erfordernis der kurzen Inhaltsangabe der betreffenden Gesetze gemäss Art. 64-2 EMRK offensichtlich nicht erfüllte³⁶⁹. Nach dem Urteil Weber hat sich

³⁶¹ Vgl. Danelius Hans, Judicial Control of the administration, a Swedish proposal for legislative reform, Mélanges Gérard J. Wiarda, Köln usw. 1988, S. 115ff; Hofmann Rainer, Erweiterung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in Schweden, Reaktion auf die Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 1990 10ff; Nørgaard, Scandinavian Countries 65ff, insb. 71ff.

³⁶² Der österreichische Verfassungsgerichtshof und in dessen Gefolge viele Autoren haben die beschwörende Formel geschaffen, wonach die Konvention nicht so ausgelegt werden dürfe, dass sie die nationalen Gesetzgeber zu einer *revolutionären Änderung* ihrer Rechtsordnungen zwingt, vgl. Urteil v. 27.6.1960, Juristische Blätter 1961 352.

³⁶³ Vgl. VfSlg 10 291 = EuGRZ 1985 85 = ÖJZ 1985 342.

³⁶⁴ Vgl. Art. 129a Ziff. 1 B-VG. Die unabhängigen Verwaltungssenaten nahmen ihre Tätigkeit am 1.1.1991 auf.

³⁶⁵ Vgl. Kobzina Alfred, Verwaltungsgerichte und Verwaltungssenaten, ÖJZ 1990 65ff m.w.H.; Berchtold Klaus, Menschenrechtskonforme Neuorganisation der Verwaltungsrechtspflege, in: Pernthaler Peter (Hrsg.), Föderalistische Verwaltungsrechtspflege als wirksamer Schutz der Menschenrechte, Wien 1986, S. 85; Pernthaler, Rechtsweg 223; Merli Franz, Art. 6 EMRK und das österreichische Verwaltungsrechtsschutzsystem, ZaöRV 1988 251ff, insb. S. 264ff; Bundeskanzleramt, Verfassungsdienst (Hrsg.), Die Gewährleistung eines fairen Verfahrens, Beiträge zum Verfassungsrecht, Bd. 2, Wien 1987.

³⁶⁶ Die richterliche Unabhängigkeit ist zweifelhaft, da sich die Richter der Senate aus der Verwaltung rekrutieren, vgl. zu diesem Problem N. 57.

³⁶⁷ ECHR Series A 177.

³⁶⁸ Vgl. AS 1974 2148.

³⁶⁹ Drei Wochen vor dem Urteil Weber hielt noch das Bundesgericht, BGE 116 Ia 66, diesen Vorbehalt für gültig, denn Art. 64-2 EMRK "will ebenfalls verhindern, dass ein Vorbehalt einen generellen Charakter aufweist und zudem den Parteien, den Organen der Konvention und dem einzelnen genau aufzeigen, welche Gesetze von den

die schweizerische Regierung auch mit dem Gedanken einer nachträglichen Verbesserung des unwirksamen Öffentlichkeitsvorbehaltes getragen³⁷⁰, dieses Vorgehen aber unterlassen.

Infolgedessen gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit³⁷¹ vollumfänglich. Er soll die einzelnen gegen eine Geheimjustiz schützen und ist ein wichtiges Mittel, um das Vertrauen in die Rechtmässigkeit und Unparteilichkeit der Gerichte zu schützen. Die Öffentlichkeit trägt dazu bei, das faire Verfahren nach Art. 6-1 EMRK zu verwirklichen, dessen Garantie zu den Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft gehört³⁷².

Eine Folge des Urteils Weber bestand darin, dass die Schweiz zu Art. 14-1 CCPR einen *Vorbehalt* angebracht hat, der sich inhaltlich mit dem unwirksam erklärten Vorbehalt zu Art. 6-1 EMRK deckt³⁷³. Dessen Gültigkeit dürfte kaum zweifelhaft sein, da im Weltpakt über bürgerliche und politische Rechte eine Art. 64 EMRK entsprechende Bestimmung fehlt³⁷⁴.

Wirkungen der EMRK ausgenommen sind." Unter Hinweis auf den B 9116/80, *Temeltasch c. Suisse*, DR 31, 132ff, § 91 hielt das Bundesgericht diese Sachlage für unbedenklich, da der Gehalt der betreffenden Normen ohnehin leicht feststellbar sei. In diesem Sinne auch das Gutachten des Bundesamtes für Justiz v. 8.6.1979, VPB 1980 Nr. 72 zu Art. 6-3 lit. e EMRK.

³⁷⁰ Vgl. Kälin/Sidler, *Strafsteuer* 176 Anm. 55.

³⁷¹ Siehe zu dessen eingehender Behandlung: Frowein/Peukert, *Kommentar*, N. 79ff zu Art. 6 EMRK; van Dijk/van Hoof, *Convention* 325ff; Kälin/Sidler, *Strafsteuer* 177ff; Miehsler/Vogler, *IntKom*, N. 331ff zu Art. 6 EMRK.

³⁷² Urteil Sutter, ECHR Series A 74, § 26 m.w.H.; BGE 115 V 255; 113 Ia 416f m.w.H.; Frowein/Peukert, *Kommentar*, N. 79ff zu Art. 6 EMRK; Miehsler/Vogler, *IntKom*, N. 331ff zu Art. 6 EMRK, van Dijk/van Hoof, *Convention* 325 Anm. 631 m.w.H.

³⁷³ Vgl. Art. 1 lit. c Abs. 1 des Bundesbeschlusses vom 13.12.1991 betreffend den internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, AS 1993 747.

³⁷⁴ Vgl. N. 79.

§ 5 Anpassung der schweizerischen Gerichtsorganisation an Art. 6-1 EMRK [S. 89]

I. Notwendigkeit einer Anpassung

85 Das Verwaltungsrecht wird nun sowohl vom strafrechtlichen als auch vom "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK erfasst. Die Kantone müssen im "verwaltungsrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK ihre (Spezial-) Verwaltungsgerichte als letzte kantonale Instanzen einsetzen. Ebenso muss der Bund den Ausnahmekatalog der Art. 99-101 OG von der Generalklausel des Art. 97 OG entsprechend kürzen³⁷⁵. Im Verhältnis der drei Gewalten werden die (bislang untergewichtigen Verwaltungs-) Gerichte längerfristig ein zusätzliches Gewicht erhalten.

Die blosse Änderung der in der unwirksam erklärten, präzisierenden auslegenden Erklärung genannten Gesetze wird freilich gerade *nicht* genügen. Denn Art. 6-1 EMRK erfasst in seinem "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich *nicht nur* die freiwillige Gerichtsbarkeit und bloss zivilrechtsnahe Bereiche des Verwaltungsrechts, wie sie in der Liste der Gesetze aufgeführt wurden. Es besteht die erhebliche Gefahr, dass die Tragweite des Art. 6-1 EMRK verkannt wird; das Bundesgericht müsste dann die Kantone weiterhin "überraschen" und einen Gerichtsschutz gegen Handlungen der Exekutive verlangen.

86 Die staatsrechtliche Beschwerde kann kantonale Verfahren, die sich nur vor Verwaltungsbehörden abgespielt haben, nicht heilen³⁷⁶. Die staatsrechtliche Beschwerde erlaubt nämlich nur die Prüfung der Rechtsfragen, ob ein verfassungsmässiges Recht, ein Recht der Konvention oder der beiden Weltpakte verletzt worden ist³⁷⁷. Der Sachverhalt kann grundsätz-

³⁷⁵ Im Hinblick auf den "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK sind folgende Bestimmungen zumindest fragwürdig:

- Art. 99 lit. b, c, d, e, h, i;

- Art. 100 lit. b Ziff. 3 (soweit arbeitsmarktliche Bewilligungen betroffen sind, vgl. BGE 116 Ib 302), d Ziff. 2 und 3, e Ziff. 4, g, h, i, l Ziff. 2 und 3, m, n, o, q, r Ziff. 2, t Ziff. 2, u (unsicher, es handelt sich um politisch äusserst wichtige Akte);

- Art. 101 lit. c kann problematisch sein.

Selbstverständlich müssten die hier aufgezählten Ausnahmeklauseln ausführlich anhand der einschlägigen Gesetzgebung und der Rechtsprechung der Konventionsorgane diskutiert werden. Bei der vorliegenden Aufzählung handelt es sich um eine vorläufige Infragestellung. Die Kürzung des Kataloges der Art. 99-101 wird ohnedies das Anliegen einer Entlastung des Bundesrates unterstützen, vgl. zu den Reformpostulaten der künftigen OG-Totalrevision: Amtl Bull S 1992 358.

³⁷⁶ Das Bundesgericht hat zudem keine hinreichende Entscheidbefugnis, vgl. N. 67. U.U. kann auch die angemessene Verfahrensdauer verletzt sein, vgl. N. 74.

³⁷⁷ Vgl. Art. 84 Abs. 1 OG und Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV; gegenüber den Kantonen hat die staatsrechtliche Beschwerde für den Bereich der verfassungsmässigen Rechte (vgl. Gutachten BJ, VPB 1985 III Nr. 36, S. 237ff) einen fast lückenlosen Schutz durch das Bundesgericht verwirklicht. Nach heutiger Anschauung ist Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, welcher die Rechtsprechung über verfassungsmässige Rechte dem Bundesgericht zuweist

lich nicht überprüft werden; einzig wenn die Vorinstanz den Sachverhalt qualifiziert unrichtig feststellt, wird das Willkürverbot verletzt. Insofern findet eine beschränkte Sachverhaltsfeststellung statt.

II. Bundesstaatliche Zuständigkeit

87 Die Grundrechte der Bundesverfassung sowie der internationalen Abkommen ändern die bundesstaatliche Kompetenzverteilung nicht. Sichert eine grundrechtliche Garantie den einzelnen einen Gerichtszugang oder ein Verfahrensrecht zu, so sind Bund und Kantone in je ihrem Zuständigkeitsbereich für deren Respektierung und Verwirklichung primär verantwortlich³⁷⁸. Der Bund wäre beispielsweise nicht kompetent, ein zentrales Verwaltungsgericht für die Kantone einzusetzen, ohne dass eine spezielle Kompetenznorm erlassen würde. Dessenungeachtet ist eine OG-Revision vorgeschlagen worden, gemäss welcher das Bundesgericht bei der Beurteilung staatsrechtlicher Beschwerden im "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK "gehalten ist, ... Sachverhalts- und Rechtsfragen in dem von der EMRK geforderten Umfang frei zu prüfen, soweit das kantonale Recht diese Aufgabe nicht einer verwaltungsunabhängigen richterlichen Instanz im Kanton überträgt"³⁷⁹. Damit hätte der "justizstaatliche Druck" aus Strassburg aufgefangen werden sollen; die staatsrechtliche Beschwerde hätte im weiten "zivilrechtlichen" Anwendungsbereich des Art. 6-1 EMRK die Funktion einer kantonalen Verwaltungsgerichtsbeschwerde übernommen. Freilich widerspricht dieses zentralistische Modell einer Verwaltungsgerichtsbarkeit³⁸⁰ dem Selbstbewusstsein der Kantone³⁸¹. Der Nationalrat hat die Motion daher abgelehnt³⁸². Das Problem kann nur durch den gegenwärtig laufenden Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund *und* Kantonen wirklich gelöst werden.

(ausgenommen die nicht mehr bedeutsamen "Administrativstreitigkeiten" - zu verstehen als "politische Streitigkeiten" - gemäss Art. 113 Abs. 2 BV) eine Rechtsweggarantie, die vom gewöhnlichen Gesetzgeber nicht angetastet werden darf.

³⁷⁸ Vgl. Yvo Hangartner, Besprechung des Urteils BGE 118 Ia 331, AJP 1993 79ff, insb. S. 80; Hangartner, Staatsrecht II 55 m.w.H.

³⁷⁹ Motion Zimmerli Nr. 90.568, Amtl Bull S 1990 693ff. Der Ständerat hat die Motion gutgeheissen, der Nationalrat hat sie abgelehnt, vgl. Amtl Bull N 1991 2454. Anlass dazu gab BGE 115 Ia 67 (Kanton Waadt). BGE 115 Ia 67 wurde vom BGr mehrfach bestätigt, vgl. Urteile v. 30.5.1990, SZIER 1991 410f und BGE 118 Ia 223.

³⁸⁰ Man könnte geradezu von einem österreichischen Modell sprechen, vgl. N. 83, wobei aber Österreich den umgekehrten Weg geht und eine partielle Landesverwaltungsgerichtsbarkeit einführt.

³⁸¹ Der Vorschlag hätte das Problem wohl nicht lösen können. Muss ein mehrstufiger kantonaler Verwaltungsweg durchlaufen werden, bis das Bundesgericht sich der Sache annimmt, so erfolgt die gerichtliche Beurteilung u.U. nicht mehr in angemessener Frist, vgl. N. 74.

³⁸² Amtl Bull N 1991 2454ff.

88 Art. 114bis Abs. 4 BV gestattet indessen eine punktuelle Bundeslösung, wonach die Kantone mit Genehmigung der Bundesversammlung administrative Streitigkeiten an das Bundesgericht überweisen können. Eine solche Überweisung ist etwa bei der Disziplinarrechtspflege gegen Magistratspersonen angezeigt, wo aus staatspolitischen Gründen eine kantonale Gerichtspflege vermieden werden soll³⁸³. Diese Bestimmung kann aber keinesfalls dazu dienen, die Kantone vom Ausbau einer eigenen, umfassenden Verwaltungsgerichtsbarkeit zu entbinden.

III. Unmittelbare Anwendbarkeit

89 Die in der Konvention garantierten Rechte stellen grundsätzlich unmittelbar anwendbare Normen dar³⁸⁴. Der von Art. 6-1 EMRK gewährleistete Gerichtszugang setzt allerdings eine "innerstaatliche Infrastruktur" einer bestehenden und gesetzlich eingerichteten Gerichtsorganisation voraus³⁸⁵. Fehlt eine Gesetzgebung über eine relativ allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit, so ist die unmittelbare Anwendbarkeit des Gerichtszugangs gemäss Art. 6-1 EMRK in Frage gestellt. In einer solchen Konstellation muss der *Gesetzgeber* Abhilfe schaffen³⁸⁶. Das Parlament als Budgetbehörde ist ausserdem verpflichtet, für eine hinreichende Personal- und Sachausstattung zu sorgen³⁸⁷.

90 Im Bund und in fast allen Kantonen³⁸⁸ bestehen Verwaltungsgerichte oder Spezialverwaltungsgerichte mit einer breiten Sachzuständigkeit. Der Gerichtszugang für eine Streitsache kann also im *Kontext* eines bereits ausgebauten, gerichtlichen Rechtsschutzsystems problemlos eröffnet werden³⁸⁹. Vor diesem Hintergrund ist *Art. 6-1 EMRK unmittelbar anwendbar*³⁹⁰. Beim System der *Generalklausel* sind vielfach - nach dem Vorbild des Bundes³⁹¹ -

³⁸³ Vgl. Votum Koller in Amtl Bull S 1990 695; siehe das Beispiel des Kantons Solothurn, BBl 1990 II 1057.

³⁸⁴ Vgl. Bericht des Bundesrates über die EMRK vom 9.12.1968, BBl 1968 II 1075.

³⁸⁵ Wildhaber, Erfahrungen 339; Hangartner Yvo, Besprechung der Urteile BGE 118 Ia 331 und 118 Ia 353, AJP 1993 79ff, insb. S. 81.

³⁸⁶ BGE 115 Ia 72. Gl. A. Borghi, Applicabilité 13.

³⁸⁷ BGE 107 Ib 162.

³⁸⁸ M.W. hat einzig der Kanton Appenzell I.Rh. noch kein Verwaltungsgericht.

³⁸⁹ Vgl. N. 102.

³⁹⁰ Siehe die Beispiele von BGr v. 17.12.1992, Zeitschrift für Vormundchaftswesen 1993 28ff oder EuGRZ 1993 72ff. BGE 118 Ia 333ff, 116 Ia 60 (allerdings zu Art. 5-4 EMRK) oder etwa Rivista di diritto amministrativo ticinese 1990 Nr. 9 (Gerichtliche Überprüfung von gemeindlichen Übertretungsstrafverfügungen); BGE 116 Ib 169 (kantonales Enteignungsverfahren). Bemerkenswert ist auch das sofortige Vorgehen der Waadtländer Gerichte nach dem Urteil Belilos: sie liessen die Einsprache gegen gemeindliche Bussenentscheide zu. Der Gesetzgeber hat später die Berufung an den Einzelrichter normiert, vgl. Gauthier Jean, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation pénale vaudoise, in: Mélanges publiés par la Faculté de droit à l'occasion du 100ème anniversaire de la loi sur l'Université de Lausanne, Lausanne 1991, S. 93ff, insb. S. 96f.

gewisse Streitsachen von der Generalklausel ausgenommen. Ein Verwaltungsgericht kann den nötigen Gerichtszugang zwanglos schaffen, indem es die Ausschlussbestimmung nicht anwendet³⁹². Beim System der *Enumeration* kann ein Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit direkt *gestützt auf Art. 6-1 EMRK begründen*³⁹³. Die Verwaltungsstreitsache kann damit, entsprechend der grundsätzlichen Anforderung des Art. 6-1 EMRK, in die gerichtliche Zuständigkeit überführt werden.

Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde ist Art. 6-1 EMRK noch leichter anwendbar als in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Denn das Bundesgericht kann einen Art. 6-1 EMRK verletzenden Entscheid kassieren und den Kanton *anweisen*, für eine gerichtliche Beurteilung zu sorgen³⁹⁴. Der Kanton kommt dieser Anweisung nach, indem das Verwaltungsgericht sich in der oben beschriebenen Weise zuständig erklärt. Ist dies ausnahmsweise nicht möglich, weil eine gerichtliche Organisation in einem Sektor vollständig fehlt, so kann das zuständige Rechtsetzungsorgan einen dringlichen Erlass verabschieden, das die Verwaltungsgerichtsbarkeit einführt. Das Bundesgericht als Verfassungsgericht kann auf diese kantonale Struktur von raschen Rechtsetzungsformen abstellen und Art. 6-1 EMRK daher *in jedem Falle unmittelbar anwenden*.

IV. Verfassungsrechtliche Perspektiven des Gerichtsschutzes gegen die Exekutive

1. Genügt Art. 6-1 EMRK?

91 Art. 6-1 EMRK bringt in seiner "verwaltungsrechtlichen" Tragweite insbesondere in weiten Teilen des Wirtschaftsverwaltungsrechts einen grundrechtlich abgesicherten

³⁹¹ Vgl. Art. 99-101 OG.

³⁹² So die *Reneja-Praxis* des Bundesgerichtes, wo der an sich nicht unmittelbar anwendbare Art. 13 EMRK dennoch angewendet wurde, vgl. BGE 109 Ib 183 und dazu Trechsel, Suisse 385; Trechsel, Einfluss 708f; Schmuckli, Fairness 18f. Im Hinblick auf Art. 113 Abs. 3 BV ist dieses Vorgehen unproblematisch, weil die EMRK als zeitlich jüngeres Recht (1974) den Ausschlussbestimmungen des OG (1968) vorgeht. Allenfalls hat das Völkerrecht sogar Vorrang, vgl. BGE 111 Ib 71f; BGr v. 17.12.1993, E. 5 bb, AJP 1993 333ff oder EuGRZ 1993 72ff.

Die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 2 ZP 7 EMRK und Art. 14-5 CCPR (Recht auf eine zweite Gerichtsinstanz in Strafsachen) muss ebenfalls nach dem gesetzlichen Kontext beantwortet werden. Unverständlich ist das Vorgehen des Kantonsgerichtes St. Gallen, das die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 ZP 7 EMRK verneint hat. Deshalb erliess der Grosse Rat einen dringlichen Grossratsbeschluss, der das Verfahren vor den Gemeindebehörden über den Weg von zwei Gerichtsinstanzen weiterführte. Die ältere Rechtsprechung des Kantonsgerichtes liess hingegen ein zweitinstanzliches Rechtsmittel zu, vgl. GVP 1985 Nr. 67! Vgl. Botschaft des Regierungsrates vom 18. August 1992 über den Grossratsbeschluss über das zweitinstanzliche Rechtsmittel im Verfahren vor den Gemeindebehörden, Amtsblatt des Kantons St. Gallen 1992 1789ff, insb. S. 1791f und 2052 (Publikation) oder sGS SG 962.12.

³⁹³ Vgl. BGE 118 Ia 334 und dazu die Besprechung von Yvo Hangartner, AJP 1993 79ff, insb. S. 81.

³⁹⁴ Beispiele: BGr v. 17.12.1992, Zeitschrift für Vormundchaftswesen 1993 28ff oder EuGRZ 1993 72ff, E. 8; BGE 115 Ia 69f.

Gerichtsschutz gegen Massnahmen und Handlungen der öffentlichen Verwaltung. Es fragt sich freilich, ob nicht aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen Überlegungen auch in den residualen Bereichen des Verwaltungsrechts eine *Rechtsweggarantie* bereits gilt oder eingeführt werden sollte.

2. Notwendigkeit einer Gerichtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt

92 Die wirtschaftliche, soziale und technische Entwicklung seit dem Zweiten Weltkrieg hat den Regelungsbedarf der Gesellschaft massiv erhöht. Dementsprechend hat die Verwaltung und an ihrer Spitze die Regierung in sämtlichen westeuropäischen Staaten einen erheblichen Machtzuwachs erfahren. Der Staat führt zahllose Anstalten und nimmt Fähigkeitsprüfungen vor, betreibt eine Vielzahl von Dienstleistungsunternehmen, erteilt oder widerruft Bewilligungen, spricht Konzessionen zu und erhebt Steuern oder Beiträge. Die so gewachsene Macht der Exekutive verlangt nach einem Gegengewicht, genauer nach einem verfahrensmässigen Ausgleich³⁹⁵. Der Betroffene soll sich in einem fairen Verfahren gegen eine Massnahme der Verwaltung wehren können³⁹⁶. Ein solches Verfahren ist nur vor einer verwaltungsexternen und damit unabhängigen Instanz effektiv, denn an der verwaltungsinternen Rechtspflege haftet das Odium des Richtens in eigener Sache. Die Möglichkeit eines Gerichtszugangs dient also in erster Linie dem *Individualrechtsschutz*. Das Individuum kann vertrauen, dass das Verwaltungsrecht und vor allem die Grundrechte nicht nur nominell gelten, sondern auch verfahrensrechtlich effektiv durchgesetzt werden. Daneben verwirklicht sie die *Fortbildung des objektiven Rechts* durch eine angemessene Rechtspflege. Die ausgebaute Verwaltungsgerichtsbarkeit vollendet den *formellen Rechtsstaat*.

93 Die Verwaltungsgerichtsbarkeit sollte grundsätzlich durch eine Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt abgesichert werden³⁹⁷. Denn der Zugang zu den Verwaltungsgerichten darf nicht der Disposition des Gesetzgebers überlassen werden, mit dem erheblichen Risiko, dass die Rechtsprechung in wichtigen Sachbereichen den Regierungen überlassen bleibt. Zudem verschafft die generelle Möglichkeit verwaltungsgerichtlicher Anfechtung den Verwaltungsentscheiden Legitimität. Selbstverständlich sollen die eigentlichen "Actes de

³⁹⁵ Siehe die eindrucksvolle Begründung für ein eidgenössisches Verwaltungsgericht in der Botschaft an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Errichtung eines eidgenössischen Verwaltungsgerichts vom 20.12.1911, BBl 1911 V 322ff, insb. S. 331: Je mehr die Staatsaufgaben anschwellen, "desto grösser ist die Gefahr eines Übergriﬀs der Staatsallmacht und Beamtenautokratie gegenüber den Individualrechten des Bürgers und desto lebhafter sein instinktives Gefühl, er bedürfe eines kräftigen Schutzes gegen diese feindliche Macht."

³⁹⁶ Die Kommission hat ebensolche Überlegungen angestellt; sie konnte sich entgegen dem Gerichtshof nicht zu einer Anwendung des Art. 6 EMRK entschliessen (vgl. B 8848/80, *Bentham v. Netherlands*, ECHR Series B 80, S. 35ff, §§ 92-100; B 8562/79, *Feldbrugge v. Netherlands*, ECHR Series B 82, S. 25ff, §§ 99-103; B 9384/81, *Deumeland v. Germany*, ECHR Series B 83, S. 22f, §§ 55-59), da die Anwendung der Gerichtsschutzgarantie "far-reaching effects on fundamental features of the national legal systems" haben könnte.

³⁹⁷ Gl. A. Rossinelli Michel, *La protection contre l'arbitraire, Aspect fondamental de l'état de droit*, in: Saladin Peter u.a. (Hrsg.), *Widerstand im Rechtsstaat*, Freiburg 1988, S. 217ff, insb. S. 225.

Gouvernement" nicht einer Gerichtskontrolle unterstehen; sie gehören in die ursprüngliche Zuständigkeit der obersten Staatsorgane³⁹⁸.

Viele europäische Staaten anerkennen daher einen grundrechtlichen, über Art. 6 EMRK hinausgehenden³⁹⁹ Gerichtsschutz gegen die öffentliche Gewalt, so Deutschland, Italien, Portugal, Spanien, Griechenland, Dänemark, Island und Belgien⁴⁰⁰. In Frankreich, dem ursprünglichen Herkunftsland der Verwaltungsgerichtsbarkeit, besteht zwar kein verfassungsmässiges Grundrecht auf Gerichtsschutz gegen die Verwaltung. Allerdings können die Verwaltungsgerichte stets - mit Ausnahme gewisser Akte der Verwaltung: Gesetzgebung und Actes de Gouvernement - angerufen werden. Der Gerichtsschutz ist geradezu lückenlos⁴⁰¹. In Schweden, Österreich und der Schweiz (von wenigen Kantonen abgesehen⁴⁰²) fehlen Gerichtsschutzgarantien; dementsprechend stellt sich bei diesen Staaten in bezug auf den grundsätzlichen Gerichtszugang gemäss Art. 6-1 EMRK - unabhängig von den einzelnen Verfahrensgarantien - schon ein wesentliches Problem.

3. Gerichtsschutzgarantie gegen die Exekutive?

a. Ungeschriebenes oder "abgeleitetes" Grundrecht?

94 Das Bundesgericht hat in einer schöpferischen und ungemein bedeutsamen Rechtsprechung aus Art. 4 Abs. 1 BV eine ganze Reihe grundlegender Verfahrensgarantien "hergeleitet", namentlich den Anspruch auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht und das prozessuale Armenrecht. Im Strauss der aus Art. 4 Abs. 1 BV hergeleiteten Verfahrensrechte fehlt jedoch eine wichtige Blüte, da das Bundesgericht bislang keine Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt aus Art. 4 Abs. 1 BV hergeleitet oder anerkannt hat⁴⁰³.

Ebenso verlangt Art. 58 BV nach der ständigen Praxis keinen Gerichtsschutz gegen die Verwaltung, denn das Recht auf den gesetzmässigen Richter setzt bereits bestehende Gerichte voraus. In der bedeutsamen Änderung seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht aber 1986 festgestellt, dass Art. 58 BV in seiner ganzen Tragweite auch für Strafuntersuchungs- und Anklagebehörden gelte, wenn die *Behörde in richterlicher Funktion* tätig werde⁴⁰⁴. Damit hat

³⁹⁸ Vgl. N. 55.

³⁹⁹ Vgl. Abraham, Incidences 414.

⁴⁰⁰ Vgl. z.B. Art. 19 Abs. 4 deutsches Grundgesetz; Art. 113 Italienische Verfassung; Art. 20 Abs. 2 Portugiesische Verfassung; Art. 24 Abs. 1 Spanische Verfassung; Art. 20 Abs. 1 Griechische Verfassung; § 63 Abs. 1 Dänische Verfassung und ähnlich auch § 60 Abs. 1 Isländische Verfassung; Art. 92 und 93 belgische Verfassung. In allen Staaten gibt es aber einen Kreis von eng beschränkten Ausnahmen (sog. "Actes de Gouvernement", vgl. N. 55 und 100).

⁴⁰¹ Vgl. z.B. Fromont Michel, La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France, in: Gerichtsschutz gegen die Exekutive, Band 1, Köln usw. 1969, S. 221ff.

⁴⁰² Die eine Rechtsschutzgarantie anerkennen, vgl. N. 96f.

⁴⁰³ M.W. musste das Bundesgericht diese Rechtsfrage noch nie prüfen.

⁴⁰⁴ BGE 112 Ia 144 (unter Hinweis auf bisher nicht publizierte Rechtsprechung).

das Bundesgericht im Kern eine - thematisch äusserst beschränkte - Rechtsschutzgarantie anerkannt, da die Behörde richterliche Unabhängigkeit besitzen muss. Offen ist, ob diese Rechtsprechung auf weitere Verwaltungsbehörden mit richterlichen Funktionen (namentlich die streitige Verwaltungsverfahren entscheidenden Departementsspitzen und die Regierungen) ausgedehnt werden sollte. Dann könnte Art. 58 BV als Gerichtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt wirken.

Die aktuelle Rechtsprechung anerkennt aber bislang kein ungeschriebenes Grundrecht auf Gerichtszugang in Verwaltungssachen.

b. Totalrevision der Bundesverfassung

95 Die Arbeitsgruppe Wahlen zur Totalrevision der Bundesverfassung hat Argumente für und wider eine Rechtsweggarantie aufgeführt, enthielt sich aber einer abschliessenden Äusserung⁴⁰⁵. Demgegenüber schlug die Expertenkommission in Art. 20 des Verfassungsentwurfes von 1977 (VE) einen *Anspruch auf Rechtsschutz* vor, der in Abs. 5 eine relativ allgemeine Rechtsschutzgarantie enthielt⁴⁰⁶:

Gegen Verfügungen der Verwaltung kann der Betroffene in letzter Instanz bei einem Gericht Beschwerde führen; das Gesetz kann Ausnahmen vorsehen.

Die Vernehmlassung ergab ein positives Echo⁴⁰⁷, so dass die Rechtsschutzgarantie in der Modell-Studie des EJPD⁴⁰⁸ als Art. 21 Abs. 6 beibehalten wurde.

c. Neue Kantonsverfassungen

96 Einige kantonale Verfassungsgeber haben die grosse rechtsstaatliche Bedeutung einer zumindest relativ allgemeinen Rechtsschutzgarantie im Verwaltungsrecht anerkannt und ein entsprechendes Grundrecht statuiert. Allen voran ist die Nidwaldner Kantonsverfassung (1965) hervorzuheben, die in ihrem Grundrechtsteil (Art. 3 Abs. 4) die folgende Rechtsweggarantie enthält⁴⁰⁹: "Verwaltungssachen des kantonalen Rechts sind ... vom Richter überprüfbar." Im Kanton Nidwalden besteht im kantonalen Recht ein relativ

⁴⁰⁵ Vgl. Schlussbericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1973, S. 174ff.

⁴⁰⁶ Im Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, S. 51 wird die Rechtsschutzgarantie nur beschrieben; eine eigentliche Begründung fehlt erstaunlicherweise.

⁴⁰⁷ Vgl. Totalrevision der Bundesverfassung. Vernehmlassung zum Verfassungsentwurf 1977, Zusammenfassung sämtlicher Vernehmlassungen, 4 Bände mit durchgehenden Seitenzahlen, Bern Dezember 1980, S. 520ff.

⁴⁰⁸ BBl 1985 III 189ff.

⁴⁰⁹ Vgl. Odermatt Paul, Grundzüge der Gerichtsorganisation und der Zivilrechtspflege im Kanton Nidwalden, Diss. Zürich 1971, S. 3f; Ruf Jürg, Staats- und Verwaltungsrechtspflege im Kanton Nidwalden, Diss. Bern, Hergiswil 1990, S. 14ff.

lückenloser Gerichtsschutz gegen die Verwaltung. Nidwalden hat sich damit autonom - neun Jahre vor dem Beitritt der Schweiz zur Konvention - zu einem wichtigen rechtsstaatlichen Grundsatz bekannt.

97 Einige Kantone, die sich in den letzten Jahren eine neue Verfassung gegeben haben, garantieren in offener Anlehnung an Art. 20 VE einen *Anspruch auf Rechtsschutz*⁴¹⁰. Ein effektiver und nicht nur ein theoretisch möglicher Rechtsschutz in Verwaltungssachen beschränkt sich nicht auf eine verwaltungsinterne Rechtspflege, vielmehr muss der Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Verwaltungsrichter offen stehen⁴¹¹. Der Anspruch auf Rechtsschutz garantiert somit neben den grundlegenden Verfahrensrechten (rechtliches Gehör, prozessuales Armenrecht usw.), einen *grundrechtlich verbürgten Gerichtszugang*⁴¹². In diesen Kantonen wird der Gesetzgeber - soweit dies nicht schon geschehen ist - die institutionellen Vorkehrungen treffen müssen, damit der Gerichtszugang verwirklicht wird. Andernfalls müsste das Bundesgericht auf staatsrechtliche Beschwerde hin für die Durchsetzung dieses neuen Grundrechtes sorgen.

Umgekehrt wurde in einigen neuen Kantonsverfassungen bzw. Verfassungsentwürfen von einem Anspruch auf Rechtsschutz abgesehen, weil nicht grundsätzlich alle Akte der Verwaltung einer Gerichtskontrolle unterstellt werden wollten⁴¹³.

⁴¹⁰ § 9 Abs. 1 KV BL; Art. 13 KV UR; Art. 18 Abs. 1 KV SO; § 13 KV TG; zukunftsweisend Art. 4 Abs. 1 Satz des gescheiterten Verfassungsentwurfes vom 6.9.1968 für den wiedervereinigten Kanton Basel: "In Zivil- und Strafsachen sowie in allen Streitigkeiten über die Beschränkung von Freiheitsrechten liegt der letzte Entscheid beim Richter."

⁴¹¹ Vgl. N. 92.

⁴¹² Vgl. Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Bern 1977, S. 49f; ausdrücklich Art. 8 Abs. 2 VE TI: "Ognuno può agire in giudizio a tutela dei propri diritti". "Rechtsschutzgarantie" wird in der schweizerischen Terminologie mit Gerichtsschutzgarantie gleichgesetzt, vgl. Beyeler Erwin, Das Recht auf den verfassungsmässigen Richter als Problem der Gesetzgebung, Diss. Zürich 1978, S. 39; Botschaft betreffend die Änderung des OG v. 29.5.1985, BB1 1985 II 782; Gutachten BJ, VPB 1985 III Nr. 36, S. 242; jedenfalls wäre ein nichtgerichtlicher, bloss verwaltungsinterner Rechtsschutz ungenügend.

Eine andere Auslegung könnte nur im Hinblick auf Art. 13 KV UR angenommen werden. Drei Jahre vor Erlass der neuen Urner Verfassung hat das Volk die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit abgelehnt. Der Urner Verfassungsrat wollte daran nichts ändern; nun hat aber das Urner Volk am 17.5.1992 die Einfügung eines Art. 105a KV UR (Verwaltungsgerichtsbarkeit) beschlossen. An einer zeitgemässen Auslegung von Art. 13 KV UR als Rechtsschutzgarantie steht daher nichts mehr im Wege.

⁴¹³ Der Anspruch auf Rechtsschutz fehlt namentlich in der neuen Aargauer, Glarner und jurassischen Verfassung. In der neuen Berner Verfassung war bewusst von einem Anspruch auf Rechtsschutz abgesehen worden (vgl. noch die frühere Fassung, z.B. Art. 21 Abs. 1 VE BE - A. Zaugg), weil "nicht in jedem Verfahren eine von der Verwaltung unabhängige, richterliche Instanz" garantiert werden wollte, vgl. Art. 26 der am 6.6.1993 vom Volk angenommenen und am 1.1.1995 in Kraft tretenden Verfassung, vgl. gemeinsamer Antrag von Verfassungskommission und Regierungsrat, Verfassungssekretariat, Bern 31.1.1992, S. 78. Diese Bestimmung wurde als Art. 20 VE AR übernommen.

4. Ausblick: Art. 98a OG

98 In der Schweiz hat sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur langsam durchgesetzt⁴¹⁴.

Im Bund gestaltete sich der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit trotz der seit 1874 stark angewachsenen Bundeskompetenzen äusserst schwierig. Die Bemühungen des Zürcher Staatsrechtslehrers Fritz Fleiner führten 1929 nur zu einer partiellen Verwaltungsgerichtsbarkeit durch das Bundesgericht. Dieses war lediglich in den gesetzlich enumerierten Fällen zuständig; im übrigen blieb es bei der verwaltungsinternen Rechtspflege. Erst 1968 verwirklichte eine Partialrevision des Organisationsgesetzes die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit dem System der *Generalklausel* (Art. 97 OG).

99 Eine bedeutende Neuerung bringt die jüngste Teilrevision des Organisationsgesetzes. Art. 98a OG realisiert ein Postulat des Verfassungsentwurfes von 1977 (Art. 40 Abs. 3 VE): Die Kantone werden verpflichtet, bis zum 15.2.1997 für Streitigkeiten aus dem Bundesverwaltungsrecht, verwaltungsunabhängige Vorinstanzen mit genereller Zuständigkeit (Verwaltungsgerichte, Rekurskommissionen) einzurichten. Dabei besteht auch die Hoffnung, dass die Kantone für ihre Streitigkeiten aus kantonalem Verwaltungsrecht ebenfalls diese Gerichte mit dem System der Generalklausel einsetzen werden. Denn in den meisten Kantonen sind bestimmte Materien von der kantonalen Verwaltungsgerichtsbarkeit ausgeschlossen. Immerhin besitzen jetzt fast alle Kantone ein Verwaltungsgericht⁴¹⁵.

100 Art. 98a OG führt nun allerdings zu einer *rechtsstaatlichen Schieflage*. Im Bereiche des Bundesverwaltungsrechts realisiert er nämlich eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit durch eine kantonale Instanz und das Bundesgericht als eidgenössisches Verwaltungsgericht. Dagegen findet im Bereich der umfangreichen Ausnahmestoffen der Art. 99-101 OG überhaupt keine Gerichtskontrolle statt: Der Bundesrat ist letzte Instanz.

Soweit die Kantone in ihren eigenen Angelegenheiten ein Verwaltungsgericht vorsehen, besteht immerhin *eine* gerichtliche Instanz mit anschliessender verfassungsgerichtlicher Kontrolle durch das Bundesgericht (staatsrechtliche Beschwerde). Schliessen die Kantone in ihren Angelegenheiten ihr Verwaltungsgericht aus, so kommt lediglich die - bekanntermassen ungenügende - staatsrechtliche Beschwerde zum Zuge. Auch in dieser Situation besteht eine krasse Diskrepanz zwischen einer zweistufigen, gerichtlichen Bundesverwaltungsrechtspflege und einer fast ganz fehlenden Gerichtskontrolle.

⁴¹⁴ Vgl. N. 86 zur staatsrechtlichen Beschwerde, welche einen gewissen Ersatz dafür bot.

⁴¹⁵ Mit Ausnahme des Kantons Appenzell I.Rh. besitzen jetzt immerhin alle Kantone ein Verwaltungsgericht: Zuletzt hat der Kanton Appenzell A.Rh. die Einführung eines allgemeinen Verwaltungsgerichtes beschlossen. Das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist von der Landsgemeinde 1993 angenommen worden. Das Gesetz ist vorbildlich; so verwirklicht es die Öffentlichkeit der Verhandlungen und normiert eine weitgehende Sachzuständigkeit des Verwaltungsgerichts, vgl. den erläuternden Bericht der Expertenkommission für die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Herisau 20.10.1992; Landsgemeindevorlage: Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Lesung, Herisau 26.1.1993.

Diese Schiefelage lässt sich beseitigen, wenn der Ausnahmekatalog der Art. 99-101 OG und entsprechende kantonale Bestimmungen in kantonalen Angelegenheiten auf wirkliche *Actes de Gouvernement*⁴¹⁶ reduziert werden.

101 Die Einführung kantonalen Verwaltungsgerichte und die Kürzung des Ausnahmekataloges des Art. 99-101 OG sind allerdings nicht nur wegen des immer breiteren Anwendungsbereiches des Art. 6-1 EMRK unbedingt erforderlich. Vielmehr verlangt das Rechtsstaatsprinzip, dass Kantone und Bund (wie die meisten europäischen Staaten⁴¹⁷) ihre Verwaltungsrechtsstreitigkeiten durch unabhängige Richter auf Tatsachen und alle Rechtsfragen hin beurteilen lassen⁴¹⁸. Zwar stellt die direkte Demokratie und die demokratische Bestellung vieler Behörden eine gewisse Kompensation für die fehlende Verwaltungsgerichtsbarkeit dar. Diese demokratischen Verfahren garantieren aber nicht in jedem Einzelfall eine gesetzmässige Verwaltung; sie vermögen die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht zu ersetzen⁴¹⁹.

102 In diesem Zusammenhang erfüllt Art. 98a OG eine wichtige Aufgabe; er schafft nämlich in allen Kantonen Verwaltungsgerichte mit einer grossen Sachzuständigkeit in Bundesverwaltungsrechtssachen. Auf diese Weise wird der erforderliche, *gesetzliche Kontext*⁴²⁰ normiert, damit Art. 6-1 EMRK oder eine vom Bundesgericht unbedingt anzuerkennende Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt als unmittelbar anwendbares Grundrecht gelten kann.

Art. 6-1 EMRK ist zwar nach der Rechtsprechung der Konventionsorgane - zuletzt namentlich durch die "pekuniäre Herleitung"⁴²¹ - schon in einem grösseren Umfang als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt interpretiert worden. Gleichwohl bestehen noch bedeutsame Lücken, die *autonom* gefüllt werden sollten. Das Bundesgericht sollte - und kann dies nunmehr dank Art. 98a OG - eine relativ allgemeine Rechtsschutzgarantie als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht⁴²² des Bundes anerkennen.

⁴¹⁶ Vgl. N. 55.

⁴¹⁷ Vgl. N. 93.

⁴¹⁸ Vgl. die eindringliche Ermahnung von Peter Saladin, N. 106 zu Art. 3 BV, in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern/Basel/ Zürich 1986ff (Loseblatt); Saladin Peter, Bund und Kantone, ZSR 1984 II 577f.

⁴¹⁹ Im Gegenteil können sie die Rechtspflege gerade beeinträchtigen. So besteht die akute Gefahr, dass die regierungsrätliche Rekurspraxis vor Parlaments- und Regierungsratswahlen bürgerfreundlicher wird, namentlich, wenn die Regierungsparteien unter dem Druck erfolgreicher Oppositionsparteien stehen.

⁴²⁰ Vgl. N. 90.

⁴²¹ Vgl. N. 37.

⁴²² Wie es schon einige Kantonsverfassungen normiert haben, vgl. N. 97.