

Bernhard Ehrenzeller / Anna Gamper /
Andreas Kley / Markus Kotzur /
Benjamin Schindler / Stefan G. Schmid /
Daniel Thürer / Johann Justus Vasel /
Nesa Zimmermann (Hrsg.)

Verfassungsinterpretation

Kolloquium der «Peter Häberle-Stiftung»
an der Universität St.Gallen 2024

DIKE 

 Nomos

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2025

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-849-3

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden
ISBN 978-3-7560-3260-0

Dike Verlag AG · Weinbergstrasse 41 · 8006 Zürich
www.dike.ch · info@dike.ch



Amphibisch bleiben – EMRK und nationale Verfassungsinterpretation

Johannes Reich

Inhaltsübersicht

I.	Amphibisch werden	143
II.	Fluide verfassungspluralistische Arrangements anstelle eines verfassungsrechtlichen Monotheismus	145
III.	Resonanzraum EMRK und Flucht in die Metaphorik	147
IV.	Von Panthern, Tauben und Mäusen: institutionelle Bedingungen der Auslegung von Verfassungs- und Konventionsrecht	149
	1. EGMR und Verfassungsgerichte: EMRK und Verfassung als interpretatorische Fluchtpunkte	149
	2. Integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit: primäre Orientierung am einfachgesetzlichen Recht	150
	3. Institutionelle Faktoren der Verfassungsinterpretation	152
V.	Verfassungspluralismus statt interpretatorischer Hegemonie	153
VI.	Amphibisch bleiben	155

I. Amphibisch werden

«Wie eine hereinbrechende Flut» breite sich das Europäische Recht in der Domäne des innerstaatlichen Rechts aus, bemerkte *Alfred Thompson Denning* (Lord Denning) 1974 in einem Urteil des Court of Appeal von England und Wales.¹ Über

¹ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *H.P. Bulmer Ltd and another v. J Bollinger SA and others* [1974] 2 All ER 1226, 1232 f. («But when we come to matters with a European element, the treaty [concerning the accession of the United King-

die Flussmündungen verschaffe sich das Recht der Europäischen Gemeinschaft (seit 2009: Europäische Union) Einlass und dringe über die Flussläufe «unaufhalt-sam» ins Landesinnere vor.² Die Wucht der eindringenden Wassermassen habe «die Deiche» der nationalen Rechtsordnung durchbrochen und «das umliegende Land überflutet», konstatierte *Lord Denning* rund fünf Jahre später.³ Daher müsse «*amphibisch werden*», wer juristisch «den Kopf über Wasser halten» wolle.⁴

Wer Recht unter den veränderten Bedingungen unterspüler oder aufgebrochener Dämme nationaler Souveränität sowohl in seiner praktischen Anwendung als auch als wissenschaftliche Disziplin beherrschen will, muss demnach analoge Fertigkeiten entwickeln wie jene lebenden Organismen, die sich gleichzeitig mehreren der Lebensräume «Land», «Wasser» und «Luft» anzupassen wissen. Juristinnen und Juristen müssen somit ihre Fähigkeit unter Beweis stellen, einen Sachverhalt aus den möglicherweise entgegengesetzten Perspektiven unterschiedlicher Rechtsordnungen analysieren und beurteilen zu können. In anderen Rechtsgebieten gehört diese perspektivische Flexibilität seit je zu den unabdingbaren juristischen Grundfertigkeiten. Das gilt angesichts kollisionsrechtlicher Fragestellungen insbesondere für das Internationale Privatrecht. «Rechtspluralismus» ist daher selbst unter der Prämisse des souveränen Nationalstaates zumindest hinsichtlich spezifischer Rechte und Pflichten des Privatrechts kein Phänomen, das das Licht der Welt erst im ausgehenden 20. Jahrhundert unter den Vorzeichen fortschreitender Globalisierung erblickt hat.⁵

dom of Great Britain and Northern Ireland to the European Economic Community and to the European Atomic Energy Community] is like an incoming tide.»).

² England and Wales Court of Appeal, *Bulmer* (Fn. 1), 1232 f. («It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back.»).

³ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Shields v. E Coomes (Holdings) Ltd* [1979] 1 All ER 456, 462 («[T]he flowing tide of Community law (...) has broken the dykes (...). It has submerged the surrounding land.»).

⁴ Vgl. England and Wales Court of Appeal, *Shields* (Fn. 3), 462 («[T]he flowing tide of Community law (...) has submerged the surrounding land (...) [s]o much so that we have to learn to become amphibious if we wish to keep our heads above water.»; Kursivdruck im Haupttext hinzugefügt.).

⁵ Klassisch TEUBNER GUNTHER, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996) 255–290; sinngemäss RALF MICHAELS, Global Legal Pluralism, *Annual Review of Law and Social Science* 5 (2009), 243–262, 245 f.

II. Fluide verfassungspluralistische Arrangements anstelle eines verfassungsrechtlichen Monotheismus

Im Unterschied zu weiten Teilen privatrechtlicher Regelungen erheben Verfassungen indessen traditionell den Anspruch, das «höchste Gesetz» im Staat – «*the supreme Law of the Land*» – zu sein.⁶ Eine Verfassung duldet demnach *idealtypisch* im übertragenen Sinn «keine anderen Götter» neben sich.⁷ Nachdem ein Idealtypus stets nur eine analytische, keine empirisch-deskriptive Funktion erfüllt,⁸ vermag es epistemisch nicht zu überraschen, dass dieser «verfassungsrechtliche Monotheismus» bereits im 19. Jahrhundert Einbrüche erlitten hat, indem Verfassungsrecht durch einzelne völkervertragsrechtliche Verpflichtungen überformt wurde. In diesem Sinn forderte die Bundesversammlung etwa den konsequenten Vollzug eines am 30. Juni 1864 abgeschlossenen bilateralen Staatsvertrags, der jüdischen Staatsangehörigen Frankreichs die Niederlassungsfreiheit auf schweizerischem Staatsgebiet gewährte, obwohl die damals geltende Bundesverfassung nur «Schweizern, welche einer der *christlichen* Konfessionen angehören,» eben dieses «Recht der freien Niederlassung»⁹ gewährte.¹⁰

⁶ Art. VI Abs. 2 United States Constitution: «This Constitution (...) shall be the supreme Law of the Land; (...)»

⁷ In offenkundiger Anlehnung an 2. Moses 20,3 und 5. Moses 5,7 (Zürcher Bibel): «Du sollst keine anderen Götter haben neben mir.»

⁸ Locus classicus: MAX WEBER, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 19 (1904), 22–87, 64 f., 71 f., 74–85.

⁹ Art. 41 Abs. 1 al. 1 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848. Kursivdruck im Haupttext hinzugefügt.

¹⁰ Nachdem der Kanton Basel-Landschaft zwei jüdischen Staatsbürgern Frankreichs die Niederlassung verweigert hatte, wies die Bundesversammlung mit Beschluss vom 15. November 1865 eine von Regierungsrat und Landrat des Kantons Basel-Landschaft erhobene Beschwerde ab, mit welcher die Sistierung des Vollzugs des Staatsvertrags verlangt wurde; vgl. BBl 1865 III 946. Die Bundesversammlung folgte damit entsprechenden Anträgen des Bundesrates und der vorberatenden Kommission; vgl. Botschaft des Bundesrates [sic!] an die vereinigte [sic!] Bundesversammlung, betreffend die von der Regierung von Basel-Landschaft an französische Israeliten verweigte Niederlassung, vom 28. Oktober 1865, BBl 1865 III 801–806 und Bericht der von der Bundesversammlung (vereinigte Räte [sic!]) zur Vorberathung [sic!] des von Baselland angehobenen Kompetenzkonflikts, betreffend die Niederlassung französischer Israeliten, niedergelegten Kommission, vom 12. November 1865, BBl 1865 IV 85–88. Die Revision der fraglichen Bestimmung der Bundesverfassung (bzw. die Gleichstellung der Bürger in Bezug auf Niederlassung und Gesetzgebung) wurde von

Auf breiter Front porös wurde die verfassungsrechtliche Autarkie des schweizerischen Bundesverfassungsrechts mit dem Inkrafttreten der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK)¹¹ am 28. November 1974.¹² Die daraus resultierenden rechtlichen Umwälzungen, insbesondere die Stärkung und Erweiterung der gerichtlichen Kontrolle gegenüber Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates, der Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der Verwaltung¹³ und das deutlicher an der *Rule of law* ausgerichtete Verständnis von Rechtsstaatlichkeit¹⁴, sind im Schrifttum einlässlich diskutiert worden.¹⁵ Mit der «neuen Bundesverfassung»,¹⁶ die am 1. Januar 2000 in Kraft trat,¹⁷ wurde nicht nur die Bundesverfassung «nach-

Volk und Ständen in der Abstimmung vom 14. Januar 1866 gutgeheissen; vgl. Botschaft des Bundesrates [sic!] an die Bundesversammlung, betreffend die Revision der Bundesverfassung, vom 12. Februar 1866, BBl 1866 I 117–127.

¹¹ SR 0.101.

¹² Hellsichtig und bis heute lesenswert zu den vor dem Inkrafttreten der EMRK bestehenden Diskriminierungen und Rechtsschutzdefiziten gemäss dem damals geltenden «verfassungsrechtlichen Monotheismus» OTTO K. KAUFMANN, Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte. Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1965 in St.Gallen, Bern 1965, 245–262; vgl. auch die retrospektiv-kritische Aufarbeitung des Ratifikationsverfahrens durch EVELYN SCHMID, Le récit de la Suisse comme élève modèle et la ratification de la CEDH il y a 50 ans: entre édulcoration et autocritique, ZSR 143 (2024) I, 493–513, 498–506.

¹³ Für eine auch diesbezüglich uneingeschränkt positive Bilanz vgl. ANDREAS ZÜND/DANIEL RIETIKER, Vor 50 Jahren ratifizierte die Schweiz die EMRK, Versuch einer Standortbestimmung, ZSR 143 (2024) I, 3–35, 35.

¹⁴ JOHANNES REICH, Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2020, 333–355, Rn. 31 f.

¹⁵ Eingehend DANIELA THURNHERR, The Reception Process in Austria and Switzerland, in: Keller/Stone Sweet (Hrsg.), A Europe of Rights, Oxford 2008, 311–391; ferner JÖRG PAUL MÜLLER, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1980), 53–98, 65–67 (wonach das Inkrafttreten der EMRK «einer – jedenfalls teilweisen – kalten Einführung» der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene» entsprochen habe).

¹⁶ Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998, BBl 1999 162.

¹⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, AS 1999 2556.

geführt»,¹⁸ sondern es wurden auch die Einwirkungen der EMRK auf das schweizerische Bundesverfassungsrecht im Verfassungstext, insbesondere im Kapitel über die Grundrechte, abgebildet.¹⁹ Aus dieser Perspektive analysiert, führte die «Nachführung» der Bundesverfassung auch zur *Konstitutionalisierung des Konventionsrechts*.

Diese parallele Existenz unterschiedlicher, formell verfassungsrechtlicher und materiell oder prozedural verfassungsgleicher Normbestände brachte spezifische *verfassungspluralistische Arrangements* hervor, die zumindest im europäischen Kontext eine entschiedene *Abkehr von der tradierten verfassungsrechtlichen Autarkie* markierten. Statisch sind diese Kopplungen vor allem im Verhältnis zwischen der EMRK einerseits und dem nationalen Verfassungsrecht andererseits jedoch kaum je. Für das schweizerische Bundesverfassungsrecht verdeutlicht dies bereits das im Normtext der relevanten Bestimmung der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) verwendete Verb: «Bund und Kantone *beachten* das Völkerrecht.»²⁰ In der französischen und der italienischen Fassung werden die Verben «*respecter*» bzw. «*rispettare*» verwendet. Diese offene Formulierung lässt sich als Beleg dafür deuten, dass (auch) das verfassungspluralistische Arrangement der Bundesverfassung bloss prinzipienhaft bestimmt und daher bis zu einem gewissen Grad *fluid und entwicklungsoffen* bleiben soll.

III. Resonanzraum EMRK und Flucht in die Metaphorik

Vertragsstaaten des Europarates sind verpflichtet, endgültige Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Verfahren, in denen sie Partei sind, zu befolgen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Nachdem jedes Urteil ein Glied einer Kette von Interpretationen der EMRK oder der Zusatzprotokolle darstellt, bildet jede endgültige Entscheidung des EGMR das Konventionsrechts fort und entfaltet in diesem Sinn Wirkung für sämtliche Vertragsstaaten.²¹ Die Befolgungspflicht gemäss Art. 46 Abs. 1 EMRK bildet das Fundament des *Resonanzraums des Konventionsrechts*. Eben dieser Resonanzraum umschliesst alle Vertragsstaaten des

¹⁸ KURT EICHENBERGER, Realitätsgebundene Verfassungsrevision, Neue Zürcher Zeitung vom 12. Mai 1986, S. 19.

¹⁹ Vgl. eingehend Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1–642, 34, 44, 62, 73 f., 138.

²⁰ Kursivdruck hinzugefügt.

²¹ ANGELIKA NUSSBERGER, The European Court of Human Rights, Oxford 2020, 173.

Europarates mit ihren jeweiligen spezifischen verfassungspluralistischen Arrangements.

Innerhalb dieses Resonanzraums ist die partielle Konvergenz grundrechtlicher Gewährleistungen Folge der völkervertragsrechtlichen Verpflichtung (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Jenseits dieser räumlichen Begrenzung wird die in zahlreichen Konstellationen beobachtete transnational verlaufende partielle Angleichung nationalen Verfassungsrechts wahlweise als «Migration» (engl.: «*migration*»), «Zirkulation» (engl.: «*circulation*»), «Verpflanzung» (engl.: «*transplanting*») oder «Entlehnung» (engl.: «*borrowing*») verfassungsrechtlicher Konzepte und Ideen beschrieben.²² Diese Metaphorik deutet darauf hin, dass die Faktoren, welche diese transnationale und internationale Konvergenz befördern und rechtfertigen, nur unzureichend identifiziert werden können. Metaphorische Sprache dient oft dazu, Phänomene zu kommunizieren, die sich aufgrund ihrer Vielschichtigkeit zwar nicht mit der erforderlichen Klarheit und Präzision beschreiben und analysieren, aber gleichwohl eingängig assoziativ vermitteln lassen.²³ Dennoch täuschen Formulierungen, wonach sich Höchstgerichte an Entscheidungen anderer Verfassungsgerichte zu «inspirieren» oder miteinander in einen «gerichtlichen Dialog» einzutreten hätten, allzu leicht darüber hinweg, dass das bloße Faktum, dass ein anderes Verfassungs- oder Höchstgericht auf der Grundlage einer rechtskulturell verwandten Verfassung eine vergleichbare Fragestellung in einer bestimmten Weise entschieden hat, für sich allein keinerlei tragfähige Gründe bereitstellt, um eben diesem Urteil im Kontext einer anderen Verfassungsordnung direkte oder indirekte rechtsnormative *Geltung* im Sinn einer «Inspirationsquelle» zu verschaffen oder auch nur dessen verfassungsrechtliche *Analogiefähigkeit* zu begründen.²⁴

²² Vgl. VLAD PERJU, Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations, in: Rosenfeld/Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 1304–1327, 1306–1308 (mit einer unvollständigen Aufzählung verwendeter Metaphern).

²³ Zu konzeptuellen Metaphern vgl. GEORGE LAKOFF, Conceptual Metaphor, in: Geeraerts/Dirven/Taylor (Hrsg.), Cognitive Linguistics Research, Berlin/New York 2006, 185–238.

²⁴ Zu den rechtsnormativen Grenzen eines verfassungsvergleichenden Ansatzes anhand des in dieser Hinsicht exemplarischen BGE 142 I 49 (zum Verbot des Tragens des Hijab in der Schulgemeinde St. Margrethen) siehe REICH JOHANNES, Urteilsbesprechung betreffend Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 11. Dezember 2015, BGE 142 I 49 (2C_121/2015), ZBI 117 (2016), 369–386, 383 f.

IV. Von Panther, Tauben und Mäusen: institutionelle Bedingungen der Auslegung von Verfassungs- und Konventionsrecht

1. EGMR und Verfassungsgerichte: EMRK und Verfassung als interpretatorische Fluchtpunkte

Angesichts der Zuständigkeit des EGMR, die Einhaltung der menschenrechtlichen Verpflichtungen sicherzustellen, welche die Vertragsparteien durch die EMRK und ihre Zusatzprotokolle eingegangen sind (vgl. Art. 19 EMRK), konzentriert sich die durch Befolgungspflicht, «Inspiration» oder «Dialog» vorangetriebene *partielle Konvergenz verfassungsrechtlicher und verfassungsrechtsähnlicher Rechtsbestände* innerhalb des durch die EMRK hergestellten Resonanzraums auf *Grund- und Menschenrechte*. Ähnlich einem spezialisierten und organisatorisch verselbständigten, ausschliesslich für die Auslegung und die Anwendung des jeweiligen Verfassungsrechts zuständigen Verfassungsgericht gemäss dem durch Hans Kelsen konzipierten Modell,²⁵ bildet der EGMR ein Gericht mit eng *beschränkter sachlicher Zuständigkeit*. Der EGMR kann nur dann mit Beschwerden befasst werden, wenn die Behauptung aufgestellt wird, dass durch die EMRK oder die relevanten Zusatzprotokolle garantierte Rechte verletzt worden sind (vgl. Art. 33 und 34 EMRK). In analoger Weise sind organisatorisch verselbständigte und spezialisierte Verfassungsgerichte nur befugt, ihnen vorgelegte Sachverhalte oder Rechtssätze durch die Linse der *Verfassung* zu beurteilen. In diesem Sinn bilden die jeweiligen Verfassungen bzw. die Konvention für die betreffenden Gerichte interpretatorische Fluchtpunkte. Stets steht die Verfassung bzw. die Konvention im Zentrum, mit welcher sämtliche Elemente der Rechtsordnung konstruktivistisch in Beziehung gesetzt werden müssen. Metaphorisch zugespitzt, erinnert die Interpretationsleistung in dieser Weise spezialisierter Gerichte an *Rainer Maria Rilkes* «Panther» im Pariser *Jardin des Plantes*, dem ist, «als ob es tausend Stäbe gäbe und hinter tausend Stäben keine Welt».²⁶

Für die Mitglieder spezialisierter, organisatorisch verselbständigter Verfassungsgerichte bestehen denn auch ganz im Sinn dieser Metapher angesichts des engen Zusammenhangs zwischen Zuständigkeit und Prüfungsmassstab zumindest unter

²⁵ HANS KELSEN, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), 30–88, 53–78, 85–88.

²⁶ Vgl. RAINER MARIA RILKE, Der Panther (Im Jardin des Plantes; Paris, 6. November 1902), in: Neue Gedichte, Leipzig 1907, 37.

den methodologischen Prämissen eines *Public-Choice-Ansatzes*²⁷ Anreize, Rechtsstreitigkeiten stets als Problem der Interpretation der *Verfassung* bzw. der *EMRK* und ihrer Zusatzprotokolle darzustellen. Nur auf diese Weise vermögen spezialisierte Gerichte ihre *Zuständigkeit* zu begründen und ihren Einfluss im Verhältnis zu anderen Akteuren der innerstaatlichen, inter- und supranationalen Justiz und den übrigen Staatsgewalten zu festigen und auszuweiten. Diese analytische Perspektive liefert mögliche Erklärungsansätze für interpretatorische Leistungen wie das Verständnis des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 2 GG²⁸) als allgemeine Handlungsfreiheit durch das deutsche Bundesverfassungsgericht²⁹ oder die evolutive und extensivierende Auslegung des Schutzbereichs des Rechts auf Privat- und Familienleben (Art. 8 EMRK) durch den EGMR³⁰.

2. Integrierte Verfassungsgerichtsbarkeit: primäre Orientierung am einfachgesetzlichen Recht

Im Vergleich zur spezialisierten und organisatorisch verselbständigten Verfassungsgerichtsbarkeit ist ein Höchstgericht im System der *integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit* (Einheitsmodell) aus analogen theoretischen Überlegungen deutlich geringeren Anreizen unterworfen, Rechtsfragen als Fragen des Konventions- oder Verfassungsrechts darzustellen. Die sachliche Zuständigkeit, eine Rechtsstreitigkeit entscheiden zu dürfen, ist nicht von der verfassungs- oder konventionsrechtlichen Relevanz des Rechtsstreits abhängig.

²⁷ Zur Anwendung des ökonomischen Modells menschlichen Verhaltens («public choice» bzw. «rational choice») auf Gerichte und ihre Angehörigen vgl. statt anderer LEE EPSTEIN/WILLIAM M. LANDES/RICHARD A. POSNER, *The Behavior of Federal Judges, A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge MA 2012.

²⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Fassung gemäss Bundesgesetzblatt 2024 I Nr. 439).

²⁹ BVerfGE 80, 137 («Reiten im Walde»).

³⁰ Hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche vgl. EGMR, *Di Trizio gegen Schweiz*, 2. Februar 2016, 7186/09, Rn. 59–65, einschliesslich der gemeinsamen abweichenden Meinung der Richterinnen Helen Keller und der Richter Róbert Ragnar Spanó und Jon Fridrik Kjølbro, Rn. 4–10 (u.a. mit dem Hinweis darauf, dass die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert habe) und zuletzt EGMR, *Beeler gegen Schweiz*, Grosse Kammer, 11. Oktober 2022, 78630/12, Rn. 73–83.

Aufschlussreich ist in dieser Hinsicht das Schweizerische Bundesgericht – «die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» (Art. 188 Abs. 1 BV). Anlässlich der Ausarbeitung der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 bildete der «*United States Supreme Court* (minus *Marbury v. Madison*)» das Vorbild für die Ausgestaltung des Bundesgerichts.³¹ Folgerichtig ist das Bundesgericht als Höchstgericht nicht nur für zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche, sondern auch für verfassungsrechtliche Streitigkeiten zuständig. Nachdem vorinstanzliche zivil- bzw. strafgerichtliche Urteile in letzter Instanz einer der je zwei zivilrechtlichen bzw. strafrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zur Entscheidung zugeleitet werden,³² bestehen Anreize, die rechtliche Beurteilung einer Streitsache am *einfachgesetzlichen Recht*, insbesondere am Zivilgesetzbuch (ZGB)³³ und am Obligationenrecht (OR)³⁴ bzw. am Strafgesetzbuch (StGB)³⁵, auszurichten. Wirtschaftlicher Boykott zwischen Privaten lässt sich daher ausschliesslich als Problem des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB)³⁶, die verweigte Beförderung nicht abonniert Zeitungen durch die vollständig im Eigentum des Bundes stehende Schweizerische Post als Verletzung einer privatrechtlichen Kontrahierungspflicht darstellen.³⁷ Die Relevanz des Interesses, eine Meinung frei und ungestört von Störungsaktionen privater Drittpersonen äussern zu können, lässt sich wiederum als Aspekt der Rechtswidrigkeit bei der Prüfung des strafrechtlichen Tatbestands der Nötigung (Art. 181 StGB) charakterisieren.³⁸ Der Einbezug der verfassungsrechtlichen Perspektive, insbesondere der Geltung von Grundrechten (vgl. Art. 35 BV), erscheint entbehrlich.

³¹ JOHANNES REICH, Art. 188, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St.Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich/St.Gallen 2023, Rn. 7.

³² Zur Verteilung der Geschäfte auf die je zwei zivil- und strafrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts nach Rechtsgebieten siehe Art. 22 Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110) i.V.m. Art. 33–35a Reglement für das Bundesgericht (SR 173.110.131).

³³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch; SR 210.

³⁴ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht); SR 220.

³⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch; SR 311.0.

³⁶ Vgl. statt anderer BGE 102 II 211 (*Servette F.C. gegen Georges Perroud*); siehe auch BGE 80 II 26 (*Seelig gegen Studio 4 AG*).

³⁷ BGE 129 III 35 (*Schweizerische Post gegen Verein gegen Tierfabriken*).

³⁸ BGE 101 IV 167 E. 5 S. 172 f. (Störung eines Vortrages); vgl. in diesem Zusammenhang statt anderer auch BGE 108 IV 165 E. 3 S. 167 f. (wonach die Rechtswidrigkeit im Fall von Art. 181 StGB positiv zu begründen ist).

Gleichwohl lassen sich selbst für ein Höchstgericht im System der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit aus theoretisch-analytischer Weise unter den Prämissen eines *Public-Choice*-Ansatzes gewisse Anreize identifizieren, Rechtsstreitigkeiten in Anwendung des *Verfassungsrechts* zu entscheiden. Im Vergleich zu normhierarchisch nachgeordneten Erlassen müssen Änderungen der Verfassung ein qualifiziertes Verfahren durchlaufen. Unternehmen die übrigen Staatsgewalten daher den Versuch, Verfassungsrechtsprechung durch eine formelle Revision der Verfassung zu korrigieren, sehen sie sich im Vergleich zur Modifikation von Rechtsprechung, die sich auf einfaches Recht stützt, mit höheren Hürden und daher potenziell geringeren Erfolgsaussichten konfrontiert.³⁹ Bei starren Verfassungen fällt dieser Umstand besonders ins Gewicht. Auch aus diesem Grund ist die äusserst starre U.S.-amerikanische Verfassung inhaltlich das, wofür sie der *United States Supreme Court* hält.⁴⁰

3. Institutionelle Faktoren der Verfassungsinterpretation

Diese Zusammenhänge legen nahe, dass es in erster Linie *institutionelle* und *organisationsrechtliche*, nicht aber interpretatorische Faktoren sind, die dazu führen, dass in der einen Verfassungsordnung das Füttern von Tauben in einem Park grundrechtlichen Schutz erfährt,⁴¹ während sich das Schweizerische Bundesgericht hinsichtlich der Frage, ob das Verbot, einen «Leoparden ausserhalb des Geheges an der Leine spazieren zu führen», im Sinn einer «Beeinträchtigung einer elementaren Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung» einen unzulässigen «Eingriff in die persönliche Freiheit» (Art. 10 Abs. 2 BV) darstellt, erst gar nicht festzulegen brauchte, sondern die Rechtsstreitigkeit auf der Basis des Tierschutz-

³⁹ Eingehender SG-Kommentar REICH (Fn. 30), Art. 188 BV Rn. 13.

⁴⁰ Sinngemäss und klassisch CHARLES EVANS HUGHES, Speech before the Elmira Chamber of Commerce, May 3, 1907, in: Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906–1908, New York/London 1908, 133–146, 139: «We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is (...).»; zur Starrheit der U.S.-amerikanischen Verfassung und deren Konsequenzen vgl. JOHANNES REICH, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65 (2017), 713–742, 714 f. m.w.Nw.

⁴¹ BVerfGE 54, 143 (144).

gesetzes⁴² und der zugehörigen Verordnung⁴³ entschied.⁴⁴ In gleicher Weise hat die Lehre der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte in der höchstgerichtlichen schweizerischen Verfassungsrechtsprechung trotz intensiven publizistischen Bemühungen der Verfassungsrechtswissenschaft⁴⁵ kaum entscheidungsrelevante Spuren hinterlassen.⁴⁶ Die Tatsache, dass der Berg der Lehre von der Drittwirkung und der konstitutiven Wirkung der Grundrechte trotz seiner Verankerung im Verfassungstext (Art. 35 Abs. 1 BV⁴⁷) im Verfassungsrecht der Schweiz rechtspraktisch eine Maus geboren hat, dürfte wesentlich dem Modell der integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit geschuldet sein.

V. Verfassungsppluralismus statt interpretatorischer Hegemonie

Aufgrund der Befolgungspflicht gemäss Art. 46 Abs. 1 EMRK ist im Resonanzraum des Konventionsrechts die Stimme des EGMR trotz des Gleichordnung suggerierenden «*dialogue des juges*»⁴⁸ laut, deutlich und autoritativ zu vernehmen. Gemäss dem Grundsatz der *Subsidiarität* liegt die primäre Verantwortung für den Schutz und die Durchsetzung der durch die EMRK und die Zusatzprotokolle ge-

⁴² Tierschutzgesetz; SR 455.

⁴³ Tierschutzverordnung; SR 455.1.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 2P.8/2003 und 2A.12/2003 vom 2. Juli 2003, E. 3.3; analog BGE 132 I 7 E. 3.2 S. 9 f. (hinsichtlich des Verbots, einen Hund zu halten).

⁴⁵ Stilbildend JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 8–30 und PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982, 292–307.

⁴⁶ Vgl. BGE 125 III 277 E. 2 S. 279–283; 111 II 245 E. 4b S. 253–256 (jeweils zum Streikrecht; vgl. nunmehr Art. 28 Abs. 3 BV); bezeichnend denn auch JÖRG PAUL MÜLLER, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz, in: Diggelmann/Hertig Randall/ Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, 263 – 287, Rn. 33 (wonach die Figur der Drittwirkung angesichts der – durch den EGMR vorangetriebenen – Doktrin der Schutzpflichten entbehrlich geworden sei).

⁴⁷ «Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.»

⁴⁸ EGMR, *Maritime gegen Frankreich*, Grosse Kammer, 11. April 2006, 58675/00, teilweise abweichende Meinung der Richter Jean-Paul Costa, Lucius Caflisch und Karel Jungwiert, Rn. 8.

währleisteten Rechte indessen bei den Vertragsstaaten.⁴⁹ Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich als *Garantie verfassungspluralistischer Arrangements innerhalb des Resonanzraums des Konventionsrechts* lesen: Relevant ist einzig die effektive Gewährleistung des Konventionsrechts, nicht aber deren interpretatorische Herleitung oder deren präzise prozedurale und institutionelle Organisation auf vertragsstaatlicher Ebene.

Aufgrund seiner eng begrenzten sachlichen Zuständigkeit ist der EGMR gehalten, vorgetragene Beschwerden allein aus der Perspektive der EMRK und der Zusatzprotokolle zu beurteilen. Der EGMR muss daher eine *menschenrechtliche Sichtweise* auf Rechtsstreitigkeiten einnehmen. Innerhalb des Resonanzraums der Rechtsprechung zur EMRK kann dies auch in Verfassungsordnungen, die von einer integrierten Verfassungsgerichtsbarkeit geprägt sind, zu einer *Hegemonie der subjektiv-rechtlichen Perspektive auf die Rechtsordnung* und damit zu einer Unterminierung des verfassungspluralistischen Arrangements führen. Dadurch gerät aus dem Blickfeld, dass sich die unterschiedlichen Perspektiven auf Rechtsstreitigkeiten, die das Einheits- und das Trennungsmodell der Verfassungsgerichtsbarkeit typischerweise vermitteln, regelmässig ergänzen.

Aus *grundrechtlicher* Perspektive zeichnet sich beispielsweise deutlicher ab, dass die friedliche Nutzung der Kernenergie mit Risiken für die physische Integrität von Menschen verbunden ist, wobei sich das Ausmass der Risiken auch anhand der räumlichen Distanz zur fraglichen Kernanlage bemisst. Dadurch gewinnt die grundrechtliche Sicht, die auch das Bundesgericht verstärkt eingenommen hat,⁵⁰ an Überzeugungskraft. Umgekehrt bleibt eine rein grundrechtliche Perspektive blind für jene Gefährdungen, die durch ionisierende Strahlen nicht beim Menschen, sondern für die *Umwelt* entstehen. Auch ist fraglich, ob sich technische Risiken, die eine sehr tiefe Eintrittswahrscheinlichkeit, aber ein hohes Schadenspotenzial aufweisen, aus der Perspektive eines ganz bestimmten (sterblichen) Individuums in einer Präzision quantifizieren lassen, die ein unabhängiges rechtliches Urteil darüber erlaubt, welche Massnahmen sich aus grundrechtlicher Sicht

⁴⁹ Vgl. die letzte Erwägung der Präambel der EMRK; eingefügt gemäss Art. 1 Protokoll Nr. 15 über die Änderung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101.095.

⁵⁰ BGE 140 II 315 E. 4.8 f. S. 329–332 (Störfallvorsorge KKW Mühleberg); vgl. rechtsvergleichend den analogen Ansatz in BVerfGE 49, 89 (140–147) – Kalkar I und BVerfGE 53, 30 (57–61) – Mühlheim-Kärlich.

als geboten und verhältnismässig erweisen.⁵¹ Die subjektiv-rechtliche Perspektive kann Gerichte auch dazu verleiten, im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit und der Interessenabwägung dem Gesetzgeber vorbehaltene Ermessens- und Gestaltungsräume für sich selbst zu beanspruchen. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit würde dadurch zu einer generellen *Delegationsnorm* mutieren, aufgrund derer Entscheidungsbefugnisse von der Legislative an die Judikative übertragen werden. Unter diesem Blickwinkel weist der stärker am einfachen Recht orientierte Zugang, wie ihn etwa das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der nuklearen Sicherheit praktiziert hat,⁵² Vorzüge auf.

Die sich gegenseitig ergänzenden Perspektiven zeigen sich auch im Mehrebenensystem. In einer europäischen Sichtweise lässt sich die Rechtsprechung des EGMR zur besonderen Klimaschutzrechtlichen Beschwerdebefugnis von Vereinigungen als Ermöglichung gesellschaftlicher Teilhabe über den Zugang zur Justiz deuten.⁵³ Demgegenüber müsste diese Einschätzung im Kontext der politischen Rechte, wie sie die Bundesverfassung gewährt, wohl deutlich zurückhaltender und differenzierter ausfallen.⁵⁴

VI. Amphibisch bleiben

Zur Gewährleistung und Fortentwicklung *verfassungspluralistischer Arrangements* innerhalb eines transnational geteilten Resonanzraums ist vor diesem Hintergrund nicht nur die *Subsidiarität* des durch die Institutionen der EMRK gewährten Schutzes, sondern auch die Fähigkeit rechtsanwendender Behörden erforderlich, eine bestimmte tatsächliche Konstellationen gleichzeitig aus unterschied-

⁵¹ Vgl. zum Untermassverbot als grundrechtlichem Prüfungsmassstab BVerfGE 88, 203 (254) – Schwangerschaftsabbruch II.

⁵² Vgl. BVerfGE A-5762/2012 E. 8.2.4 (Störfallvorsorge KKW Mühleberg).

⁵³ BERIT VÖLZMANN, Gesellschaftliche Teilhabe über den Zugang zu Gericht – Zugleich ein Blick auf die KlimaSeniorinnen-Entscheidung des EGMR, Juristenzeitung 79 (2024), 903–910, 907–910.

⁵⁴ Vgl. BGE 146 I 145 E. 4.3 S. 150 (wo die Beschwerdeführerinnen – der Verein KlimaSeniorinnen Schweiz und Einzelpersonen – auf die «demokratischen Mitwirkungsmöglichkeiten» zur «Gestaltung aktueller Politikbereiche» hinweisen, wozu «insbesondere das Recht auf Ergreifung einer Volksinitiative zur Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung» gehöre); dazu JOHANNES REICH, Urteilsbesprechung zu Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 1C_37/2019, 5. Mai 2020 [BGE 146 I 145], ZBI 121 (2020), 489–507.

lichen Perspektiven rechtsnormativ zu beurteilen, ohne einem bestimmten Zugang hegemonial von vornherein abschliessende Deutungshoheit einzuräumen. Im metaphorischen Sinn bedeutet dies, dass es nicht mehr darum geht, amphibisch zu *werden*. Vielmehr geht es darum, amphibisch zu *bleiben*. Dazu sind nicht nur intellektuelle Kompetenzen erforderlich, sondern auch die Fähigkeit, sich auf unterschiedliche *Verfassungskulturen*⁵⁵ einzulassen.

⁵⁵ Stilbildend zur «Verfassungskultur» PETER HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1998, 90–92.