

# Wege zur Umsetzung der Menschenrechtskonvention in der Schweiz

**Prozessrecht** • Das Bundesgericht hat ein Urteil gefällt, das für alle Parteien wichtig ist, die in Strassburg gegen die Schweiz obsiegen. Es regelt den Weg, auf dem eine Verletzung der Menschenrechtskonvention in der Schweiz rückgängig gemacht werden kann. Die Lausanner Richter lehnten eine Revision ihres Fehlentscheids ab – mit Kostenfolgen zulasten des Gesuchstellers.

**Andreas Stöckli**  
Professor für Staats- und  
Verwaltungsrecht, Freiburg

**D**em Urteil des Bundesgerichts 5F\_8/2018 vom 5. März 2019, das zur amtlichen Publikation vorgesehen ist, lag folgender Sachverhalt zugrunde: Am 5. November 2009 führte die Junge SVP Thurgau (JSVP) in Frauenfeld eine Kundgebung für die Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten» durch. Die Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus stellte einen Bericht über diese Veranstaltung auf ihre Website in der Rubrik «Chronologie» bei der Kategorie «Verbaler Rassismus». Darin wurde der Präsident der JSVP Thurgau dahingehend zitiert, «dass es an der Zeit sei, der Ausbreitung des Islams Einhalt zu gebieten». Und weiter führte er gemäss Veranstaltungsbericht aus: «Die Schweizer Leitkultur, welcher das Christentum zugrunde liege, dürfe sich nicht von anderen Kulturen verdrängen lassen. Ein symbolisches Zeichen wie das Minarettverbot sei daher ein Ausdruck für den Erhalt der eigenen Identität.»

Auf Klage des Politikers erliess das Obergericht des Kantons Thurgau gegen die Stiftung mit Entscheid vom 17. November

2011 das Verbot, den Veranstaltungsbericht beziehungsweise den Eintrag über ihn auf ihrer Internetseite sowie in ihren anderen Publikationsmitteln unter dem Titel oder in der Rubrik «Verbaler Rassismus» zu publizieren. Das Verbot wurde der Androhung der Bestrafung im Widerhandlungsfall gemäss Artikel 292 StGB unterstellt.

Eine dagegen von der Stiftung erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintrat.<sup>1</sup>

Im März 2013 reichte die Stiftung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine Individualbeschwerde wegen Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit (Artikel 10 EMRK) ein. Der EGMR kam in seinem Urteil vom 9. Januar 2018<sup>2</sup> einstimmig zum Schluss, dass eine Verletzung von Artikel 10 der Menschenrechtskonvention (EMRK) begangen worden sei. Weiter sprach der Gerichtshof der beschwerdeführenden Stiftung Ersatz für immateriellen Schaden in der Höhe von 5000 Euro sowie Ersatz der Kosten und Ausgaben im Verfahren

in der Höhe von 30 000 Euro zu. Weitergehende Begehren der Beschwerdeführerin um gerechte Entschädigung wurden abgewiesen.

Mit Eingabe vom 6. Juli 2018 beantragte die Stiftung beim Bundesgericht, das vom Strassburger Entscheid erfasste Urteil 5A\_82/2012 vom 29. August 2012 in Revision zu ziehen, vollumfänglich aufzuheben und im Sinne der damaligen Anträge anzupassen. Insbesondere sei der Entscheid des Obergerichts vom 17. November 2011 aufzuheben. Das Bundesgericht trat auf das Revisionsgesuch nicht ein.

**BUNDESGERICHT: REVISION NICHT NOTWENDIG.** Laut Artikel 122 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) kann die Revision von bundesgerichtlichen Urteilen wegen Verletzung der EMRK (unter den kumulativen Voraussetzungen) verlangt werden, wenn der EGMR in einem endgültigen Urteil festgehalten hat, dass die EMRK oder die Protokolle dazu verletzt worden sind (litera a), eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen (litera b) und die Revision not-

wendig ist, um die Verletzung zu beseitigen (litera c). Das Bundesgericht erachtet sowohl die erste (litera a) als auch die zweite (litera b) Voraussetzung als gegeben. Einerseits sei das Urteil des EGMR vom 9. Januar 2018 endgültig geworden. Andererseits kommt das Bundesgericht zum Schluss, dass die durch den EGMR zugesprochene Entschädigung die gerichtlichen, an die Gesuchstellerin gerichteten Verbote nicht beseitige, weshalb auch die Voraussetzung nach Artikel 122 litera b BGG erfüllt sei.

Was die dritte Voraussetzung (litera c) anbelangt, kommt das Bundesgericht hingegen zum gegenteiligen Schluss. Deshalb tritt es auf das Revisionsgesuch nicht ein. Es führt zunächst aus, dass die Revision «notwendig» sei, «wenn das Verfahren vor dem Bundesgericht ohne Konventionsverletzung einen anderen Verlauf genommen hätte oder hätte nehmen können». Die Wendung «notwendig» meine aber auch, «dass es Sache der Vertragsstaaten ist, den am besten geeigneten Weg zu finden, um einen der EMRK entsprechenden Zustand wiederherzustellen und einen wirksamen Schutz der in der EMRK verankerten Garantien zu gewährleisten». Die Feststellung einer Verletzung der EMRK bedeute für sich allein noch nicht, dass eine Revision des Entscheids, der an den EGMR weitergezogen wurde, notwendig sei. «Aus dem Wesen der Revision als ausserordentlichem Rechtsmittel selbst folgt vielmehr, dass dort, wo ein anderer ordentlicher Rechtsweg besteht, der eine Verletzung zu beseitigen gestattet, dieser zuerst beschritten werden muss.» Das Bundesgericht nimmt dabei Bezug auf andere bundesgerichtliche Urteile.<sup>3</sup>

Es führt sodann aus, dass das Vollstreckungsrecht der Zivilprozessordnung (ZPO) einen solchen ordentlichen Rechtsweg vorsehe.

Das Obergericht habe in seinem Berufungsentscheid Vollstreckungsmassnahmen angeordnet, indem es das Publikationsverbot der Strafdrohung gemäss Artikel 292 Strafgesetzbuch (StGB) unterstellt habe (Artikel 236 Absatz 3 in Verbindung mit Artikel 343 Absatz 1 litera a ZPO). Für diesen Fall der direkten Vollstreckung sehe Artikel 337 Absatz 2 ZPO vor, dass die unterlegene Partei beim Vollstreckungsgericht um Einstellung der Vollstreckung ersuchen könne. Bestreite sie die Vollstreckbarkeit, erfolge deren Überprüfung von Amtes wegen (Artikel 341 Absatz 1 ZPO). Stelle das Vollstreckungsgericht die direkte Vollstreckung ein, erwachse sein Entscheid bezogen auf die vorgebrachten Einwendungen und Einreden in Rechtskraft mit Ausschlusswirkung in allfälligen weiteren Verfahren der Vollstreckung desselben Titels.

Unter Vorlage des Urteils des EGMR könne die Gesuchstellerin folglich beim Vollstreckungsgericht beantragen, die erlassene Strafdrohung nach Artikel 292 StGB aufzuheben und jede Vollstreckung des Publikationsverbots einzustellen. «Der rechtskräftige Einstellungsentscheid beseitigt sämtliche Folgen der Verletzung der EMRK und gestattet der Gesuchstellerin, ohne Rechtsnachteil ihren Bericht über die Kundgebung vom 5. November 2009 auf ihrer Website aufzuschalten oder in ihren anderen Publikationsmitteln zu veröffentlichen.» Eine Revision sei dazu nicht erforderlich.

Das Bundesgericht widerspricht sodann der Auffassung der Gesuchstellerin, indem es festhält, dass die EMRK beziehungsweise der EGMR nicht verlange, dass das Publikationsverbot als solches aufgehoben werden müsse, um die Folgen der Verletzung von Artikel 10 EMRK zu beseitigen. «Ein

gerichtliches Publikationsverbot, dessen Vollstreckbarkeit im Vollstreckungsverfahren beseitigt wurde, hat keinen Nachteil, und mangelnde Vollstreckbarkeit kann Nichtigkeit der Verfügung bzw. des Urteils bedeuten.» Da ein «ordentlicher Rechtsweg» bestehe, der es der Gesuchstellerin gestatte, einen konventionskonformen Zustand zu verlangen, sei die Voraussetzung nach Artikel 122 litera c BGG nicht erfüllt, weshalb auf das Revisionsgesuch nicht einzutreten sei.

**GEEIGNETES VERFAHREN ZUR HEILUNG DER KONVENTIONSVERLETZUNG.** Die Schweiz hat sich als «Hohe Vertragspartei» der EMRK verpflichtet, «in allen Rechtsachen, in denen sie Partei [ist], das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen» (Artikel 46 Absatz 1 EMRK). Ein Urteil des EGMR mit Feststellung einer Konventionsverletzung verpflichtet den Staat nach Artikel 46 EMRK, die Verletzung abzustellen und Wiedergutmachung für die sich daraus ergebenden Folgen in einer Art und Weise zu leisten, dass die Situation, die vor der Verletzung bestanden hat, so weit wie möglich wiederhergestellt wird.<sup>4</sup> In der Art und Weise der Urteilsumsetzung kommt dem betreffenden Staat ein gewisser Gestaltungsspielraum zu.<sup>5</sup> Geschuldet ist der Erfolg.<sup>6</sup> Es ist Sache des verurteilten Staats, «diejenigen Mittel zu wählen, die er in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung ergreifen muss, um seiner Verpflichtung aus Artikel 46 nachzukommen – vorausgesetzt, diese Mittel sind vereinbar mit dem Urteil enthaltenen Schlussfolgerungen».<sup>7</sup>

Nach der EMRK besteht keine Verpflichtung zur Wiederaufnahme innerstaatlicher Verfahren aufgrund von Urteilen, die eine Konventionsverletzung feststellen.<sup>8</sup> Der EGMR kann eine

**“In der Art und Weise der Urteilsumsetzung kommt dem betreffenden Staat ein gewisser Gestaltungsspielraum zu”**

“Aufgrund der materiellen Rechtskraft des zu vollstreckenden Entscheids sind die materiellen Einwendungsmöglichkeiten im Vollstreckungsverfahren beschränkt”

Wiederaufnahme eines bestimmten Verfahrens auch nicht anordnen.<sup>9</sup> Viele Staaten, so auch die Schweiz, sehen indes Wiederaufnahmetatbestände für den Fall einer EGMR-Verurteilung vor (siehe Artikel 122 BGG).

Das Bundesgericht musste sich im vorliegenden Entscheid mit der Frage auseinandersetzen, ob die (drei) Revisionsvoraussetzungen nach Artikel 122 BGG erfüllt sind, und verneinte dies. Während es die erste und die zweite Voraussetzung zu Recht als gegeben ansah, kam es zum Schluss, dass die dritte Voraussetzung (litera c), wonach «die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen», nicht erfüllt sei. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass mit der in Artikel 337 Absatz 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit, beim Vollstreckungsgericht die Einstellung der Vollstreckung zu verlangen, ein anderer, «ordentlicher Rechtsweg» zur Verfügung stehe, der eine Revision obsolet erscheinen lasse, um die Konventionsverletzung zu beseitigen. Diesbezüglich sind gewisse kritische Bemerkungen anzubringen.

Es entspricht zwar der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass im Sinne der Subsidiarität die Revision nach Artikel 122 BGG (als ein ausserordentliches Rechtsmittel) nur in Frage kommt, wenn kein «ordentlicher Rechtsweg» zur Verfügung steht.<sup>10</sup> Das Bundesgericht führt mit dieser Vorgabe demnach kein neues Kriterium für die Prüfung der Zulässigkeit eines Revisionsersuchens nach Artikel 122 BGG ein. So ist das Bundesgericht etwa in einem Fall, der eine Kindesentführung betraf, auf ein Revisionsgesuch nach Artikel 122 BGG nicht eingetreten, zumal nach Artikel 13 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE) die Möglichkeit be-

stand, den Rückführungsentscheid an wesentlich veränderte Umstände, die in diesem Fall vorlagen, anzupassen, um einen EMRK-konformen Zustand herzustellen.

Es ist allerdings fraglich, ob die vorliegende Konstellation mit diesem Fall zu vergleichen ist und ob das Verfahren nach Artikel 337 Absatz 2 ZPO als geeignetes Verfahren einzustufen ist, um die Konventionsverletzung zu beseitigen. Zunächst einmal fällt es schwer, das Gesuch um Einstellung der Vollstreckung nach Artikel 337 Absatz 2 ZPO als ein «ordentliches Rechtsmittel» beziehungsweise einen «ordentlichen Rechtsweg» einzustufen. Im Unterschied zu dem in Artikel 13 BG-KKE vorgesehenen Rechtsmittel, mit dem der Rückführungsentscheid als solcher in Frage gestellt werden kann, kann im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 337 Absatz 2 ZPO im Falle der Gutheissung bloss die Einstellung der Vollstreckung (das heisst im vorliegenden Fall die Aufhebung der Strafanordnung nach Artikel 292 StGB) erreicht werden.

**FRAGLICH, OB BESEITIGUNG DER KONVENTIONSVERLETZUNG ERREICHBAR IST.** Das Urteil im Erkenntnisverfahren, das heisst vorliegend das (national letztinstanzliche) Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2012, bleibt bestehen. Zwar trifft es zu, wenn das Bundesgericht ausführt, dass die EMRK nicht voraussetze, «dass das Publikationsverbot als solches aufgehoben werden müsste», zumal konventionsrechtlich massgebend ist, dass die Konventionsverletzung beseitigt wird. Es ist aber fraglich, ob dies im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens in jedem Fall auch erreicht werden kann. So stellt sich etwa die Frage, ob im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht überhaupt die Einwendung vorgebracht werden

darf, dass das zu vollstreckende Urteil an einer Konventionsverletzung leidet. Aufgrund der materiellen Rechtskraft des zu vollstreckenden Entscheids sind die materiellen Einwendungsmöglichkeiten im Vollstreckungsverfahren beschränkt.<sup>11</sup>

Artikel 341 Absatz 3 ZPO, der im Verfahren der Einstellung der Vollstreckung sinngemäss zur Anwendung kommt (Artikel 337 Absatz 2 ZPO), sieht vor, dass die unterlegene Partei materiell einwenden kann, «dass seit Eröffnung des Entscheids Tatsachen eingetreten sind, welche der Vollstreckung entgegenstehen, wie insbesondere Tilgung, Stundung, Verjährung oder Verwirkung der geschuldeten Leistung». Wenn gleich es sich nicht um eine abschliessende Aufzählung von Einwendungen handelt, sind die zulässigen materiell-rechtlichen Einwendungen auf echte Noven beschränkt.<sup>12</sup> Die unterlegene Partei kann insbesondere nicht einwenden, der zu vollstreckende Entscheid sei nicht richtig.<sup>13</sup>

Es ist insofern fraglich, ob ein Vollstreckungsgericht im vorliegenden Fall die materielle Einwendung der EMRK-Widrigkeit des Vollstreckungstitels prüfen würde. Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass dies ohne Weiteres möglich sein soll, ohne sich mit dieser Frage allerdings näher auseinanderzusetzen. Es kommt dazu, dass das Vollstreckungsgericht das Urteil des EGMR allenfalls auch deshalb – durch eine Verweigerung der Einstellung der Vollstreckung – nicht umsetzt, wenn der Parteipräsident der JSVP mit seinem Vorbringen durchdringen sollte, dass er als direkt betroffene Privatperson vor dem EGMR nicht einbezogen worden sei. Das Bundesgericht hat jedenfalls ausgeführt, dass er diese Frage in einem allfälligen Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht vorbringen dürfte. Insgesamt

betrachtet bestehen nicht unerhebliche Risiken, dass ein Gesuch um Einstellung der Vollstreckung durch die Stiftung ohne Erfolg bleiben wird. In einem solchen Fall bestünden zwar Rechtsschutzmöglichkeiten (Beschwerde nach Artikel 309 litera a ZPO und unter Umständen Beschwerde in Zivilsachen bzw. subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht)<sup>14</sup> und könnte die Stiftung, sofern sie bei sämtlichen innerstaatlichen Instanzen unterliegen sollte, erneut an den EGMR gelangen. Es fragt sich allerdings, ob dies einer Person, die vor dem EGMR obsiegt hat, auch zuzumuten ist.

**BUNDESGERICHT HÄTTE AUF DAS REVISIONSGESUCH EINTRETEN SOLLEN.** In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, was das Bundesgericht in diesem Entscheid selber formuliert hat, nämlich dass die Wendung «notwendig» gemäss Artikel 122 litera c BGG auch meine, «dass es Sache der Vertragsstaaten ist, den *am besten geeigneten Weg* zu finden, um einen der EMRK entsprechenden Zustand wiederherzustellen und einen wirksamen Schutz der in der EMRK verankerten Garantien zu gewährleisten».<sup>15</sup> Mit Blick auf das soeben Ausgeführte ist indes höchst zweifelhaft, ob der Weg über das Vollstreckungsgericht

«der am besten geeignete Weg» ist, um einen konventionskonformen Zustand herzustellen.

Es ist weiter auch zu beachten, dass die Stiftung, die vor dem EGMR obsiegt hat und Opfer einer Konventionsverletzung geworden ist, durch das Nichteintreten des Bundesgerichts die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen hat (Gerichtskosten von 2000 Franken und Parteientschädigung von 3000 Franken), wodurch der Ersatz für immateriellen Schaden in der Höhe von 5000 Euro, die der EGMR zugesprochen hatte, fast wieder aufgebraucht sein dürfte. Meines Erachtens hätte die sachgerechteste und «pragmatischste» Lösung darin bestanden, auf das Revisionsgesuch einzutreten.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass das Bundesgericht in einem sehr ähnlich gelagerten Fall (BGE 125 III 185) ohne Weiteres auf das Revisionsgesuch eingetreten ist, wobei einzuräumen ist, dass zu diesem Zeitpunkt die eidgenössische ZPO noch nicht in Kraft war. Das Bundesgericht hat in diesem Fall die Frage, ob im kantonalen Recht die zivilprozessuale Möglichkeit der Einstellung der Vollstreckung besteht, indes nicht einmal aufgeworfen, obwohl sie zu jener Zeit im einschlägigen bernischen Zivilprozessrecht vorge-

sehen war.<sup>16</sup> Das Bundesgericht weicht insofern im vorliegenden Fall von diesem Urteil ab, ohne sich mit diesem eingehender auseinanderzusetzen. Dies zeigt auch, dass das Bundesgericht in der Vergangenheit die Revisionsvoraussetzungen – zu Recht – zugunsten eines effektiven Schutzes bei festgestellten EMRK-Verletzungen «lockerter» angewendet hat.

Das vorliegende Gerichtsurteil wirft unweigerlich die Frage auf, wie das Bundesgericht die Voraussetzungen der Revision nach Artikel 122 BGG handhaben sollte. Im Sinne einer unverzüglichen Umsetzung von Urteilen des EGMR ist einer eher «grosszügigen» Auslegung der Voraussetzungen nach Artikel 122 BGG der Vorzug einzuräumen. Es ist rechtsstaatlich bedenklich, vor dem EGMR obsiegende Personen auf einen unter Umständen langwierigen und mit Risiken verbundenen anderen Rechtsweg als die Revision nach Artikel 122 BGG zu verweisen. Ob die Stiftung allerdings mit Erfolg gegen das hier besprochene Urteil des Bundesgerichts vor dem EGMR Beschwerde führen kann, steht wiederum auf einem anderen Blatt.

“Die sachgerechteste und ‘pragmatischste’ Lösung hätte darin bestanden, auf das Revisionsgesuch einzutreten”

<sup>1</sup> BGer. 5A\_82/2012 vom 29.8.2012, teilweise veröffentlicht in BGE 138 III 641.

<sup>2</sup> EGMR, Urteil vom 9.1.2018, Nr. 18597/13.

<sup>3</sup> BGE 137 III 332, E. 2.4; BGer. 5F\_6/2008 vom 18.7.2008, E. 2.2.

<sup>4</sup> Christoph Grabenwarter / Katharina Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, § 16, Rz. 3.

<sup>5</sup> Grabenwarter / Pabel, a.a.O., § 16, Rz. 3.

<sup>6</sup> Grabenwarter / Pabel, a.a.O., § 16, Rz. 3.

<sup>7</sup> Grabenwarter / Pabel, a.a.O., § 16, Rz. 3, mit Verweis auf

EGMR 28342/95 «Brumarescu c. Rumänien» vom 23.1.2001, Rz. 20.

<sup>8</sup> Vgl. Grabenwarter / Pabel, a.a.O., § 16, Rz. 5.

<sup>9</sup> Vgl. Grabenwarter / Pabel, a.a.O., § 16, Rz. 5.

<sup>10</sup> BGE 137 III 332, E. 2.4; BGer. 5F\_6/2008 vom 18.7.2008, E. 2.2.

<sup>11</sup> Melanie Huber, Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Diss., Basel/Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 212.

<sup>12</sup> Huber, a.a.O., Rz. 212.

<sup>13</sup> So ausdrücklich Huber, a.a.O., Rz. 219; vgl. auch Franz Kellerhals,

Art. 341 ZPO, Rz. 22 ff., in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012.

<sup>14</sup> Vgl. Kellerhals, a.a.O., Art. 337 ZPO, Rz. 26.

<sup>15</sup> Kursive Hervorhebung durch den Autor.

<sup>16</sup> Es handelte sich um einen Fall, welcher der bernischen Gerichtsbarkeit unterstand. Die bernische Zivilprozessordnung sah zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit des Einspruchs gegen die Vollstreckung bzw. der Einstellung der Vollstreckung vor (vgl. Art. 409 ff. der Zivilprozessordnung des Kantons Bern vom 7.7.1918; nicht mehr in Kraft).