

# DIE SCHWEIZ BRAUCHT DIE EMRK – DIE EMRK BRAUCHT DIE SCHWEIZ

ZUM WERT DES INTERNATIONALEN MENSCHENRECHTSSCHUTZES FÜR DIE SCHWEIZ

*foraus*-Diskussionspapier\* -Nr. 05, zweite, überarbeitete  
und aktualisierte Version, Juni 2011

**Henry Both**, stud. iur. UZH, spezialisiert sich in Menschenrechts- und Demokratiefragen. Kontakt:  
both.henry@gmail.com

**Stefan Schlegel**, lic. iur., leitet die *foraus*-Arbeitsgruppe Migration. Kontakt: stefan.schlegel@foraus.ch

Unter Mitarbeit von Anja Binder, Anina Heidemann, Maj-Britt Horlacher, Anna Kaiser, Corinne Reber,  
Marie von Rohr, Simon Haefeli, Johan Rochel und Patrice Zumsteg.

\* Das vorliegende Diskussionspapier der *foraus*-Arbeitsgruppen Menschenrechte, Völkerrecht und  
Europa gibt die persönliche Meinung der Autoren/innen wider und entspricht nicht zwingend derjeni-  
gen des Vereins *foraus*.

## EXECUTIVE SUMMARY

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ist eine Konvention des Europarates zum Schutz der Grundrechte. Über die Einhaltung dieser Grundrechte in den 47 Mitgliedstaaten des Europarates wacht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg. Alle Menschen, die sich durch einen Mitgliedstaat in ihren Rechten verletzt fühlen, haben direkten Zugang zum EGMR. Die Möglichkeit, mit einer Individualbeschwerde an einen internationalen Gerichtshof zu gelangen und dort ein verbindliches Urteil gegen einen Staat zu erlangen, macht die EMRK als Institution des internationalen Grundrechtsschutzes weltweit einzigartig.

Die EMRK steht in der Schweiz trotz ihrer Effizienz und ihrer positiven Wirkung zugunsten der Freiheit des Einzelnen unter zunehmendem Beschuss. Nach der Annahme der Minarettverbot-Initiative und der Ausschaffungs-Initiative, die beide höchstwahrscheinlich im Widerspruch zur EMRK stehen, hat sich die politische Rhetorik gegen die EMRK verschärft.

Polemik gegen  
die EMRK

### Die Kritik an der EMRK ist unberechtigt

Die EMRK wurde auf demokratischem Wege eingeführt und hätte seither schon mehrfach durch ein Referendum angegriffen werden können. Die Schweizer Stimmbürger/innen stehen somit zur Mitgliedschaft der Schweiz im Europarat und zur EMRK. Das Stimmvolk hat sich die Richter des EGMR in Strassburg selbst gewählt. Sie sind nicht etwa „fremde Richter“, wie zuweilen behauptet wird. Jeder Mitgliedstaat sendet einen Richter oder eine Richterin nach Strassburg; die Schweiz entsendet sogar zwei Richter.

Demokratisch  
legitimiert

Die Schweiz hat durch den Beitritt zum Europarat nicht an Souveränität eingebüsst. Souveränität besteht in der Möglichkeit eines Staates, seine Bürger/innen wirksam schützen zu können. Durch die Ratifikation der EMRK hat die Schweiz ihre Souveränität sogar gestärkt, da sie damit den Grundrechtsschutz für ihre Bürger/innen verbessert hat.

Souveräner  
Schutz

In einer Zeit der intensiven Diskussionen über die Verbindlichkeit der westlichen Werte muss auch unterstrichen werden, dass es gerade die Grund- und Menschenrechte sind, welche diese Werte konkretisieren. Ein Entscheid gegen die EMRK ist daher immer auch ein Entscheid gegen unsere eigenen Werte.

Wertedebatte

### Die EMRK ist wichtig für die Schweiz

Die Rechtsprechung des EGMR ist dynamisch und führt zu einem allmählichen Ausbau der bürgerlichen Freiheiten. Dies kam bis anhin auch den Einwohner/innen der Schweiz immer wieder zugute. In die neue Bundesverfassung von 1999 wurde eine ganze Anzahl von Freiheitsrechten übernommen, die der EGMR in seiner Rechtsprechung entwickelt hat. Im Falle eines Austritts könnten die Einwohner/innen der Schweiz nicht mehr vom weiteren Ausbau der bürgerlichen Freiheiten profitieren. Die EMRK garantiert auch eine solide Rechtsord-

EMRK als  
Grundlage für  
die BV

nung in Europa. Diese Rechtsordnung und der damit verbundene bessere Schutz der Einwohner/innen des Kontinents lässt die Schweiz – nicht zuletzt wirtschaftlich – im Umgang mit den anderen Staaten profitieren.

### **Der europäische Grundrechtsschutz braucht die Unterstützung der Schweiz**

Umgekehrt ist auch das übrige Europa auf die Mitgliedschaft der Schweiz im europäischen System des Grundrechtsschutzes angewiesen. Durch ihr unmissverständliches Bekenntnis zu den Grundrechten trägt die Schweiz zu deren Respekt im Rest der Welt bei. Das nützt nicht zuletzt den Menschen und ganzen Bevölkerungsgruppen, die in Ländern leben, in denen sie heute verfolgt oder diskriminiert werden. Durch ihre Mitgliedschaft im Europarat sind auch Länder an den Rändern des Kontinents gezwungen, den Schutz ihrer Einwohner/innen und der im Lande lebenden Minderheiten laufend zu verbessern. Zu diesen Ländern gehören insbesondere die Türkei, Aserbeidschan, Russland und Georgien. Die Einwohner/innen dieser Länder sind darauf angewiesen, dass westeuropäische Staaten – wie die Schweiz – klar für die EMRK und deren Grundrechtsschutz eintreten.

Schutz der  
Einwohner  
anderer  
Staaten

### **Die Kündigung der EMRK mit Wiederbeitritt ist rechtsmissbräuchlich**

Eine Kündigung der EMRK ist zwar theoretisch möglich, politisch aber verheerend und ein Rückschritt für die Freiheit des Einzelnen in der Schweiz und auf dem gesamten europäischen Kontinent. Hinzu kommt, dass eine Kündigung nicht rückwirkend sein kann. Eine Verurteilung der Schweiz durch den EGMR – etwa wegen des Minarettverbotes – wäre somit unabhängig von einer darauf folgenden Kündigung verbindlich.

Folgen einer  
Kündigung

Allfällige Manöver, um Volksentscheide im Widerspruch zur EMRK aufrecht zu erhalten (etwa durch einen Austritt mit anschliessendem Wiederbeitritt, wie die SVP dies neuerdings fordert), sind rechtsmissbräuchlich und aussichtslos. Es liegt auf der Hand, dass das wirksame internationale System des Grundrechtsschutzes in sich zusammenfallen würde, wenn jeder Staat, der in Strassburg verurteilt wurde, die Konvention kündigen und anschliessend mit einem Vorbehalt, der genau dieses Urteil betrifft, erneut ratifizieren könnte. Würde der Europarat dies zulassen, wäre das eine Einladung zum systematischen Regelbruch.

Kein  
Wiederbeitritt  
mit Vorbehalt

Die Schweiz soll daher auch in Zukunft unzweideutig für die Einhaltung der Grundrechte und des gesamteuropäischen Systems zum Schutz der Menschenrechte eintreten. Denn die Schweiz braucht die EMRK und die EMRK braucht die Schweiz.

Gegenseitiger  
Nutzen

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Executive Summary</b>	<b>2</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>4</b>
<b>1 Einleitung</b>	<b>5</b>
<b>2 Historische Übersicht</b>	<b>6</b>
2.1 Entstehung der EMRK	6
2.2 Ratifikation der EMRK durch die Schweiz	6
2.3 Die EMRK als wichtigste Konvention des Europarates	7
2.4 Die grundlegenden Menschenrechte der EMRK	7
2.5 Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte	8
<b>3 Häufig geäusserte Kritik an der EMRK</b>	<b>10</b>
3.1 Souveränitätsverlust durch „fremde Richter“?	10
3.1.1 Wandel des Begriffes der Souveränität	10
3.1.2 Verpflichtung aus staatlicher Handlungsfähigkeit	11
3.1.3 Eigene Richter	11
3.2 Fehlende Demokratische Legitimation?	12
3.3 Einschränkung der direkten Demokratie?	13
3.4 Kritik an Leitentscheiden des EGMR	14
3.4.1 Kritik am Kruzifix-Entscheid	14
3.4.2 Kritik am Transsexuellen-Entscheid: Die EMRK begründet Abwehrrechte gegen den Staat, keine Leistungsansprüche	16
3.4.3 Diskriminierungsverbot: Ansatzpunkt für kalkulierte Missverständnisse	17
<b>4 Warum braucht die Schweiz die EMRK?</b>	<b>19</b>
4.1 Bereicherung der Schweizer Grundrechtskultur	19
4.1.1 Bereicherung der Schweizer Gesetzgebung	20
4.1.2 Bereicherung der nationalen Rechtsprechung durch Rezeption der EMRK	21
4.2 Der Wert des doppelten Grundrechtsschutzes durch Bundesverfassung und EMRK	24
4.2.1 Ausweitung des Grundrechtsschutzes	25
4.2.2 Unabhängigkeit des Grundrechtsschutzes	26
4.3 EMRK als Beitrag zu Frieden und Sicherheit in Europa	27
<b>5 Wieso braucht die EMRK die Schweiz?</b>	<b>29</b>
5.1 Die Schweiz als Teil der europäischen Wertegemeinschaft	29
5.2 Die Schweiz als Katalysator für Reformen	29
5.3 Konsequenzen auf die Menschenrechtssituation in Europa bei einer Kündigung der EMRK durch die Schweiz	30
<b>6 Kündigung und Wiederbeitritt mit Vorbehalt?</b>	<b>32</b>
6.1 Kündigung der EMRK	32
6.2 Wiederbeitritt mit Vorbehalt	33
6.3 Politische Konsequenzen einer Kündigung	34
<b>7 Fazit</b>	<b>36</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>37</b>

## 1 EINLEITUNG

Die offizielle Bezeichnung der EMRK lautet: „Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“.<sup>1</sup> Die Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der die fundamentalen Rechte der Menschen in Europa schützt. Mit der Verabschiedung der EMRK im Jahre 1950 wurde ein europäischer Mindeststandard hinsichtlich dieser Grundrechte verwirklicht. Gesichert werden diese nicht nur durch die nationalen Gerichte, sondern zusätzlich durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg. Von anderen Systemen des internationalen Menschenrechtsschutzes unterscheidet sich die EMRK vor allem dadurch, dass

Was ist die EMRK?

1. die Urteile des EGMR verbindlich sind und
2. nicht nur Staaten, sondern auch Individuen an den Gerichtshof gelangen können.

Dadurch entsteht ein internationaler Menschenrechtsschutz im echten Sinne, der weltweit einzigartig ist und die völkerrechtliche Stellung des Individuums stärkt. Nach wie vor ist die EMRK eine inhaltlich äusserst fortschrittliche Konvention. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat enorm zur Fortentwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes beigetragen.<sup>2</sup>

Internationaler Menschenrechtsschutz

Nach den Kontroversen rund um die Europäische Menschenrechtskonvention vor – und noch verstärkt nach der Annahme der Minarettverbot-Initiative am 29. November 2009 – entschlossen wir uns, ein grundsätzliches Diskussionspapier zum Verhältnis der Schweiz zur EMRK zu verfassen. Es hat sich gezeigt, dass die EMRK im Bewusstsein der Schweizer Stimmbürger/innen nicht den Stellenwert hat, den sie verdient.

Warum ein Diskussionspapier

Dieses Papier hat nicht den Anspruch, eine juristische Einführung zur EMRK oder eine Würdigung aus juristischer Sicht zu sein. Es will statt dessen einen allgemein verständlichen Beitrag leisten zur Stärkung des Bewusstseins für das enorme Gewicht der EMRK in der Entwicklung der Schweizerischen und Europäischen Grundrechtskultur. Es sollen hierzu alle wesentlichen politischen Argumente für den Europäischen Grundrechtsschutz zusammen getragen und die Kritik an der EMRK widerlegt werden. Anhand von ausgesuchten Beispielen wird illustriert, was für eine grosse Wirkung die EMRK im Rechtsalltag der Schweiz hat.

Zu Beginn werden die Entstehung, die Grundsätze und das Verhältnis der Schweiz zur EMRK erläutert. Danach werden häufig vorgebrachte Kritikpunkte an der EMRK analysiert und widerlegt. Sodann wird der Frage nachgegangen, „Warum braucht die Schweiz die EMRK?“ aber auch der umgekehrten Frage „Warum braucht die EMRK die Schweiz?“. Zum Schluss wird auf die Forderung der SVP eingegangen, die EMRK müsse gekündigt und mit einem entsprechenden Vorbehalt erneut ratifiziert werden, wenn die Schweiz im Zusammenhang mit einer problematischen Volksinitiative vom EGMR verurteilt würde.

Aufbau

<sup>1</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), SR 0.101.

<sup>2</sup> Hobe, S. 2008: 447.

## 2 HISTORISCHE ÜBERSICHT

### 2.1 ENTSTEHUNG DER EMRK

Nach dem Zweiten Weltkrieg war das Bedürfnis nach gesicherter Rechtsstaatlichkeit in Europa gross. Menschenrechte und Grundfreiheiten sollten in Zukunft besser geschützt werden können und dieser Schutz sollte nicht mehr nur von den Einzelstaaten abhängen. Die Europäische Bewegung, eine private Organisation, forderte einen verbindlichen europäischen Menschenrechtsschutz. In der Folge wurde im Rahmen des Europarats die Konvention ausgearbeitet und am 4. November 1950 von den Vertretern von 13 Ländern in Rom unterzeichnet. In Kraft trat die EMRK im Jahre 1953.<sup>3</sup> Seither wurden mehrere Zusatzprotokolle zur EMRK geschaffen.<sup>4</sup>

### 2.2 RATIFIKATION DER EMRK DURCH DIE SCHWEIZ

Damit ein Staat dem Europarat beitreten kann, muss er heute gleichzeitig auch die EMRK ratifizieren (siehe dazu 6.1). Die Schweiz trat dem Europarat 1963 bei.<sup>5</sup> Doch vor der Ratifikation der EMRK mussten erst noch einige rechtliche Hindernisse beseitigt werden. Erstens waren die konfessionellen Ausnahmereartikel in der Bundesverfassung noch in Kraft. Diese verboten den Jesuiten jegliches Wirken im Zusammenhang mit Kirche und Schulen. Die Einrichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Orden und Klöster war verboten. Diese Ausnahmereartikel widersprachen der Religionsfreiheit nach Art. 9 EMRK. Zweitens besaßen die Frauen auf Bundesebene kein Stimm- und Wahlrecht. Dies verletzte zwar die EMRK nicht, stand jedoch im Widerspruch zu deren Sinn und Zweck. Nachdem 1971 das Frauenstimm- und -wahlrecht eingeführt und 1973 die konfessionellen Ausnahmereartikel durch eine Volksabstimmung aufgehoben worden waren, stand dem Beitritt zur EMRK nichts mehr im Weg.<sup>6</sup> 1974 beschloss die Bundesversammlung die Ratifikation der EMRK.

Verzögerte  
Ratifikation

Die unmittelbare Geltung der EMRK – auch gegenüber Schweizer Behörden und vor Schweizer Gerichten – wurde vom Bundesgericht bereits wenige Monate nach deren Inkrafttreten bestätigt.<sup>7</sup> Damit ist es in jedem Verfahren zwischen dem Einzelnen und dem Staat möglich, sich auf die EMRK zu beziehen und deren Einhaltung einzufordern. Die EMRK entfaltet damit bis zu den untersten Instanzen der Verwaltungstätigkeit ihre Wirkung.

Unmittelbare  
Geltung

<sup>3</sup> Haefliger, A. 2008: 1 ff.

<sup>4</sup> Haefliger, A. 2008:39.

<sup>5</sup> Villiger, M.E. 1999: 21.

<sup>6</sup> Haefliger, A. 2008: 5 f.

<sup>7</sup> Bundesgerichtsentscheid [BGE] 101 Ia 67, E. 2c.

## 2.3 DIE EMRK ALS WICHTIGSTE KONVENTION DES EUROPARATES

Der Europarat wurde 1949 von zehn europäischen Staaten gegründet. Ziel des Europarates ist es, die Herrschaft des Rechts zu stärken und die Menschenrechte und Grundfreiheiten zu schützen.<sup>8</sup> Diese Ziele verkörpert auch die EMRK. Wichtig ist jedoch, dass der Anstoss zur EMRK nicht aus dem Europarat selbst sondern von einer privaten Organisation ausging.<sup>9</sup> Trotzdem war der Europarat die entscheidende Voraussetzung für die Möglichkeit, eine Konvention wie die EMRK zu schaffen. Während in der Folge die europäische Integration in den europäischen Gemeinschaften – der heutigen EU – stattfand, verdankt der Europarat seine nach wie vor wichtige Rolle vor allem der EMRK.

## 2.4 DIE GRUNDLEGENDEN MENSCHENRECHTE DER EMRK

Einerseits hält die EMRK Rechte fest, die in der Schweiz kaum mehr bedroht sind, wie zum Beispiel das Recht auf Leben, das Verbot der Folter und das Verbot der Sklaverei (Art. 2 bis 4 EMRK). In der Praxis eines modernen Rechtsstaats wie der Schweiz häufiger in Frage gestellt sind jedoch die folgenden Grundrechte:

Wichtigste  
Garantien

*Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 5 EMRK):* Dieser Artikel hält fest, in welchen Fällen (und in welcher Art) einer Person die Freiheit entzogen werden darf. Die Person hat das Recht, über die Gründe des Freiheitsentzuges informiert und innert angemessener Frist einem Richter vorgeführt zu werden.

Freiheit und  
Sicherheit

*Garantie eines fairen Gerichtsverfahrens (Art. 6 EMRK):* Jede Person hat das Recht, von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht in angemessener Frist beurteilt zu werden. Jede Person gilt im Strafverfahren als unschuldig, solange nicht das Gegenteil bewiesen ist.

Faires Verfahren

*Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK):* Dieser Artikel schützt neben Privat- und Familienleben auch die Bewegungsfreiheit, die Wohnung, den Briefverkehr und andere Kommunikationsformen. Jeder Eingriff in diese Bereiche muss gesetzlich vorgesehen, durch öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein.<sup>10</sup>

Privatleben

*Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK):* Niemandem dürfen Religionen oder Weltanschauungen aufgedrängt werden. Das Recht umfasst die freie Wahl und Ausübung einer Religion allein oder in Gemeinschaft.

Religions-  
freiheit

<sup>8</sup> Villiger, M.E: 1999: 7; siehe auch die offiziellen Ziele des Europarates: <http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=nosObjectifs&l=de> besucht am 30.05.2011.

<sup>9</sup> Siehe Kapitel 2.1.

<sup>10</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: N 1 zu Art. 8.

*Freiheit der Meinungsäusserung (Art. 10 EMRK):* Das Recht umfasst die freie Meinungsbildung, die freie Mitteilung, den freien Empfang von Mitteilungen und die Freiheit von Presse, Fernsehen und Rundfunk.<sup>11</sup>

Meinungs-  
freiheit

*Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK):* Versammlungen und Vereinigungen zu friedlichen Zwecken werden geschützt. Das Recht kann nach Abs. 2 eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen und notwendig ist.

Versa-  
mmlungs-  
freiheit

*Verbot der Diskriminierung (Art. 14):* Die in der EMRK enthaltenen Garantien dürfen nicht gegenüber einer bestimmten Gruppe (bezüglich Religion, Hautfarbe, Herkunft, politische Anschauung, Vermögen, Sprache etc.) eingeschränkt werden. Es handelt sich also um ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf die in der EMRK garantierten Rechte, nicht um ein umfassendes Diskriminierungsverbot,<sup>12</sup> welches – wie es die Bundesverfassung kennt<sup>13</sup> – vor sozialer Ausgrenzung schützt.

Diskrimi-  
nierungs-  
verbot

## 2.5 DER EUROPÄISCHE GERICHTSHOF FÜR MENSCHENRECHTE

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (EGMR) wurde geschaffen, um die Einhaltung der EMRK sicherzustellen (Art. 19 EMRK). Für jeden Mitgliedsstaat des Europarates wird ein Richter oder eine Richterin gewählt. Diese müssen qualifiziert und unabhängig sein, insbesondere dürfen sie keine Weisungen von ihrem Staat befolgen (Art. 21 EMRK).<sup>14</sup>

Unabhängige  
Richter

Die EMRK kennt zwei Arten von Beschwerden. Bei der (seltenen) Staatenbeschwerde können nur Staaten als Prozessparteien auftreten (Art. 33 EMRK). Den weitaus grösseren und bedeutenderen Teil der Arbeit des EGMR machen jedoch die Individualbeschwerden aus. Eine Beschwerde kann sowohl von Einzelpersonen als auch von Organisationen und Personengruppen erhoben werden (Art. 34 EMRK).<sup>15</sup> Konventionswidrige Entscheide oder Erlasse der Staaten werden durch ein Urteil des EGMR nicht aufgehoben. Die Urteile des EGMR sind trotzdem verbindlich, d.h. sie sind nicht blosse Empfehlungen, sondern die Staaten sind verpflichtet, die Urteile umzusetzen (Art. 46 EMRK).<sup>16</sup>

Beschwerde-  
möglichkeiten

Die Zahl der eingereichten Beschwerden erhöhte sich im Lauf der Jahre ständig, sodass der Gerichtshof mittlerweile stark überlastet ist. Ende April 2011 waren

<sup>11</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: N 1 zu Art. 10.

<sup>12</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: N 1 zu Art. 14.

<sup>13</sup> Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: N 774.

<sup>14</sup> Haefliger, A. 2008: 42 f.

<sup>15</sup> Haefliger, A. 2008: 46 f.

<sup>16</sup> Haefliger, A. 2008: 56.

152'000 Beschwerden hängig.<sup>17</sup> Mit dem 14. Zusatzprotokoll zur EMRK soll der Gerichtshof wieder handlungsfähiger gemacht werden. Es sieht vor, dass weniger Richter an den Entscheiden beteiligt sind, was die Richter entlasten soll. Das Protokoll trat, nachdem es von Russland als letztem Staat ratifiziert wurde, im Juni 2010 in Kraft.

---

<sup>17</sup> [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/92D2D024-6F05-495E-A714-4729DEE6462C/0/Pending\\_applications\\_chart.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/92D2D024-6F05-495E-A714-4729DEE6462C/0/Pending_applications_chart.pdf) besucht am 30.05.2011.

### 3 HÄUFIG GEÄUSSERTE KRITIK AN DER EMRK

#### 3.1 SOUVERÄNITÄTSVERLUST DURCH „FREMDE RICHTER“?

Immer wieder wird beklagt, die Schweiz habe durch den Beitritt zum Europarat und durch die Ratifizierung der EMRK einen Teil ihrer Souveränität eingebüsst. Sogar der Vorwurf, es handle sich bei den Strassburger Richtern um „fremde Richter“ und die Ratifizierung der EMRK sei damit ein Verrat am ersten Bundesbrief von 1291 ist zuweilen zu hören.<sup>18</sup> Christoph Blocher vertrat diese Auffassung in offiziellen Ansprachen als Bundesrat.<sup>19</sup> Um dieses Argument beurteilen zu können, muss zuerst etwas Klarheit darüber geschaffen werden, was mit dem schwierigen Begriff der Souveränität gemeint ist.

Fremde  
Richter?

##### 3.1.1 WANDEL DES BEGRIFFES DER SOUVERÄNITÄT

Seit der erstmaligen Definition dieses Begriffes im absolutistischen Staat (wo Souveränität die unbedingte, ungebundene Gewalt des Herrschers bedeutete), hat sich der Souveränitätsbegriff stark gewandelt und beinhaltet heute nicht nur ein Abwehrrecht gegen aussen, sondern auch eine *Schutzpflicht gegen innen*. Dieser Gedanke wurde zuerst vom Schweizer Völkerrechtler Max Huber formuliert, als er in seiner Funktion als Präsident des Ständigen Internationalen Gerichtshofes in Den Haag im Jahr 1928 über die Rechte an der Insel Las Palmas zu entscheiden hatte<sup>20</sup>. Er hielt in dem Entscheid fest, dass die Souveränität nebst dem Recht zur Abwehr aller Einflussnahme von aussen auch die Pflicht beinhaltet, die Personen, die sich innerhalb des Souveränitätsbereiches aufhalten, zu schützen.

Schutzpflichten

Unter dieser Schutzpflicht ist in erster Linie die Möglichkeit zu verstehen, die Menschen innerhalb des Souveränitätsbereichs in ihren grundlegenden Rechten zu schützen.<sup>21</sup> Die EMRK schafft der Schweiz eine zusätzliche Möglichkeit, die Grundrechte zu schützen. Für die Schweiz ergeben sich daher keine Einschränkungen ihrer Souveränität durch die EMRK, denn die Möglichkeit, die Menschenrechte zu garantieren, ist gerade *Ausdruck* ihrer Souveränität.<sup>22</sup>

Souveränität  
durch Grund-  
rechtsschutz

<sup>18</sup> Villiger, M.E. 1999: N 48.

<sup>19</sup> 1. August-Rede 2007 in Gruyère, zu finden unter: [http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/red/archiv/reden\\_christoph\\_blocher/2007/2007-08-01\\_gruyeres.html](http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/red/archiv/reden_christoph_blocher/2007/2007-08-01_gruyeres.html) besucht am 30.05.2011.

<sup>20</sup> 4.4.1928, Reports of International Arbitral Awards Volume II S. 829-871, zu finden unter: [http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol\\_II/829-871.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf) besucht am 30.05.2011.

<sup>21</sup> Ähnlich wohl Müller, J.P. 1997: 62.

<sup>22</sup> Sutter, P. / Zelger, V. 2005: 16.

### 3.1.2 VERPFLICHTUNG AUS STAATLICHER HANDLUNGSFÄHIGKEIT

Dass ein Staat auf die Verpflichtungen behaftet wird, die er gegenüber anderen Staaten eingegangen ist, ist im Übrigen ebenfalls Ausdruck seiner Souveränität. Denn Souveränität besteht auch in Handlungsfähigkeit gegen aussen. So wie sich eine mündige Person dadurch von einer unmündigen Person unterscheidet, dass Sie sich verpflichten kann und auf ihre Verpflichtungen behaftet wird, zeichnet sich auch ein souveräner Staat dadurch aus, dass er zur Übernahme von Pflichten befähigt ist. Zu behaupten ein Staat dürfe sich über seine Verpflichtungen hinwegsetzen, weil er souverän sei, bedeutet daher immer, die Fähigkeit eines Staates, bindende Pflichten einzugehen in Frage zu stellen, also seine Handlungsfähigkeit zu verneinen und ihn so eigentlich zu entmündigen und seine Souveränität zu verspielen.

Souveränität  
bindet an  
Versprechen

Die Verbindlichkeit der völkerrechtlichen Verpflichtung muss selbst dann noch gelten, wenn nach der Vereinbarung einer internationalen Verpflichtung eine Volksabstimmung stattfindet, die sich teilweise wieder über diese Verpflichtung hinwegsetzt. Denn Verpflichtungen, die gegenüber Partnern eingegangen werden haben eine höhere Verbindlichkeit, als intern festgelegte Regeln. Das ist nicht anders, als im Umgang von Privatpersonen untereinander:

Wenn jemand sich vornimmt, jeden Monat etwas Geld für die Ferien auf die Seite zu legen, kann er sich dies jederzeit wieder anders überlegen, wenn er das Geld dringend braucht. Nimmt sich dieser Jemand hingegen zusammen mit seiner Partnerin vor, jeden Monat auf ein gemeinsames Ferienkonto einzuzahlen, so bleibt die Abmachung auch verbindlich, wenn er einmal knapp bei Kasse ist und das Geld lieber ausgeben statt anlegen würde.

Verbindlichkeit  
unter Partnern

So bleiben auch die Verpflichtungen der Schweiz, sich an die in der EMRK garantierten Grundrechte zu halten verbindlich, nachdem das Stimmvolk Bestimmungen in die Verfassung aufgenommen hat, die diesen Verpflichtungen widersprechen.

### 3.1.3 EIGENE RICHTER

Anzufügen ist noch, dass dem Gericht in Strassburg auch ein schweizerisches Mitglied angehört (zur Zeit Giorgio Malinverni, ab Oktober 2011 Helen Keller). Zudem amtet mit Mark E. Villiger ein weiterer Schweizer Richter in Strassburg, allerdings als Richter des Fürstentum Liechtensteins. Die Schweiz ist damit eines der ganz wenigen Länder, das am EGMR mit zwei Richtern vertreten ist.

Schweizer  
Richter

Die Internationalisierung des Schutzes der Menschenrechte kann somit keineswegs als „Unterwerfung unter fremde Richter“ bezeichnet werden.<sup>23</sup> Es sind

Selbsterwählte  
Richter

<sup>23</sup> Bundesblatt (BBl) 1974 I 1055.

internationale Richter, denen sich die Schweiz freiwillig unterstellt hat, nicht fremde Richter, die sich der Schweiz gegen den Willen ihrer Bevölkerung aufgezwungen haben. Die Schweizer/innen gehören seit der Ratifikation der Konvention übrigens zu den beschwerdefreudigsten Einwohner/innen Europas.<sup>24</sup> Sie würden durch den Austritt aus der EMRK dieses Recht, Beschwerde zu führen verlieren.

### 3.2 FEHLENDE DEMOKRATISCHE LEGITIMATION?

Verschiedentlich wird bei der Diskussion um die Geltung der EMRK in der Schweiz vorgebracht, dass das Volk nie die Möglichkeit gehabt habe, über einen Beitritt abzustimmen.

Bereits in den der Ratifizierung der EMRK vorangehenden Verhandlungen in den beiden Räten wurde die Frage eines Referendums aufgeworfen.<sup>25</sup> Das Parlament entschied jedoch deutlich, den Beitritt nicht dem Referendum zu unterstellen (im Ständerat mit 27 zu 4 Stimmen, im Nationalrat mit 65 zu 36 Stimmen).<sup>26</sup> Da die EMRK ein kündbarer Vertrag ist und nach damaliger Einschätzung des Parlaments keinen schweren Eingriff in die Schweizerische Rechtsordnung mit sich brachte, fiel sie nach damaligem Recht (Art. 89 Abs. 4 alte Bundesverfassung [aBV]) nicht unter das fakultative oder das (bis 1977 ungeschriebene) obligatorische Referendum<sup>27</sup> für Staatsverträge. Aus heutiger Sicht entspricht die damalige Einschätzung nicht dem enormen Gewicht der EMRK im Rechtsalltag. Gewisse Autoren und Autorinnen vertreten sogar die Meinung, dass die EMRK aus heutiger Sicht von grösserer Bedeutung sei, als irgendein anderer völkerrechtlicher Vertrag.<sup>28</sup> Insofern wäre für eine möglichst breite Akzeptanz der Konvention durchaus auch eine direktdemokratische Legitimation wünschenswert. Tatsächlich war die Ratifizierung der EMRK denn auch Anlass für ein Umdenken innerhalb des Parlamentes bezüglich der aussenpolitischen Beteiligung des Stimmvolkes.<sup>29</sup>

Demokratische  
Legitimation

Inzwischen sind die direktdemokratischen Rechte so ausgebaut worden, dass die EMRK bei einem Beitritt nach *heutigem* Recht dem fakultativen Referendum unterstellt werden müsste (Art. 141 Abs. 1 lit. d, Ziff. 2 und 3 BV) jedoch können diese Regeln nicht rückwirkend auf den damaligen Beitritt zur EMRK angewendet werden.

Heutige  
Situation

<sup>24</sup> Villiger, M.E. 1999: Fn. 29.

<sup>25</sup> Amtliches Bulletin (AB) 1974 III 378 ff., AB 1974 IV 1461 ff.

<sup>26</sup> AB 1974 III 390, AB 1974 IV 1503.

<sup>27</sup> Schindler, D. 1989: N. 1 zu Art. 89 Abs. 5.

<sup>28</sup> Keller, H. 2003: 601.

<sup>29</sup> Keller, H. 2003: 329 f.

Es ist aber anzufügen, dass später, bei der Ratifizierung der Zusatzprotokolle Nr. 6, 7 und 8 durch die Schweiz kein Referendum ergriffen wurde, obwohl die Bundesversammlung diese dem (fakultativen) Referendum unterstellt hatte, da sie ihrer Ansicht nach „multilaterale Rechtsvereinheitlichungen gemäss Art. 89 Abs. 3 lit. c aBV“ darstellten. Von der Rechtswissenschaft wird diese Qualifizierung zuweilen angezweifelt.<sup>30</sup> Die Bundesversammlung entschied sich aber trotz dieser Zweifel, in bewusster Ausweitung des Begriffes der „multilateralen Rechtsvereinheitlichung“ und mit Hinweis auf den „konstitutionellen Charakter“ der Zusatzprotokolle, dass diese dem Referendum unterstellt werden müssen.<sup>31</sup> Sie hat sich damit für die demokratischere Lösung entschieden, um allfälligen Gegnern der EMRK Gelegenheit zu geben, ihrer Opposition gegen die Konvention mit einem Referendum Ausdruck zu verleihen. Da niemand dies getan hat, muss daraus geschlossen werden, dass die Konvention zur Zeit der Ratifizierung der Zusatzprotokolle in der Bevölkerung auf breite Zustimmung gestossen ist.

Nachträgliche  
Genehmigung

Wäre ein Referendum ergriffen und erfolgreich durchgeführt worden, so hätte dies mehr bedeutet als ein blosses Unmutsbekenntnis des Stimmvolkes gegenüber der Konvention. Zumindest im Falle des 8. Zusatzprotokolls, das nach einem starken Anstieg der Arbeitslast das Verhältnis von Gerichtshof und Kommission neu regelte (und das inzwischen durch das 11. Zusatzprotokoll ersetzt worden ist), hätte ein Scheitern an der Urne wohl bedeutet, dass die Schweiz allmählich aus dem System des Europäischen Menschenrechtsschutzes ausgeschieden wäre. Sie hätte ansonsten als einziger Mitgliedstaat<sup>32</sup> die Weiterentwicklung der Strassburger Institutionen blockiert.

Wirksame  
Möglichkeit  
zum  
Referendum

### 3.3 EINSCHRÄNKUNG DER DIREKTEN DEMOKRATIE?

Das Argument, diejenigen, die eine Beschwerde beim EGMR einreichen, die sich indirekt gegen einen Volksentscheid richtet, würden sich in „querulatorischer Weise“ gegen die Demokratie wenden, ist undemokratisch, da gerade der durch die EMRK gewährleistete Grundrechtsschutz allen zusteht – auch den Angehörigen einer Minderheit – und nicht nur einer Volksmehrheit.<sup>33</sup>

Demokratie bedingt einen funktionierenden Grundrechtsschutz und insbesondere einen guten Minderheitenschutz. Denn Demokratie bedeutet in erster Linie, dass alle sich ohne Angst vor Nachteilen einbringen können. Wo abweichende Meinungen und Andersartigkeiten das Risiko von Nachteilen mit sich bringen, wird eine wirksame Opposition nicht entstehen und damit auch der Wert der Demokratie eingeebnet. Die Möglichkeit, auch gegen Entscheide der

Demokratie  
braucht  
Grundrechte

<sup>30</sup> Villiger, M.E. 1999: N 30.

<sup>31</sup> Schindler, D. 1989: N 20 zu Art. 89 Abs. 3; Amtl. Bull. NR 1986, S. 1230ff.

<sup>32</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=118&CM=7&DF=3/2/2008&CL=GER> besucht am 09.05.2011.

<sup>33</sup> Villiger, M.E. 1999: N 48.

Mehrheit ein Gericht anrufen zu können, um sich gegen solche Nachteile zu verteidigen und seine eigenen Rechten zu schützen, steht also in keiner Weise im Widerspruch zur Demokratie, sondern ist gerade eine Voraussetzung für deren Fortbestehen.

### 3.4 KRITIK AN LEITENTSCHEIDEN DES EGMR

Akzentuierte Kritik trifft die EMRK jeweils im Zusammenhang mit grundlegenden Entscheiden, welche die Schweiz zumindest indirekt betreffen. In der Regel basiert die Kritik auf einer verkürzten Darstellung des Entscheides, wie in der Folge anhand des Kruzifix-Entscheides, des Entscheides bezüglich Anspruch auf Versicherungsleistungen für eine Geschlechtsumwandlung und zweier Fälle, die das Diskriminierungsverbot betreffen, aufgezeigt werden soll.

#### 3.4.1 KRITIK AM KRUZIFIX-ENTSCHEID<sup>34</sup>

In einem Entscheid aus dem Jahre 2009, der in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen wurde und hohe Wellen warf, befasste sich die Kleine Kammer des EGMR mit der Frage, ob Italien durch die Vorschrift, dass in öffentlichen, säkularen Schulen Kruzifixe aufgehängt werden müssen, die Religionsfreiheit verletze. Das siebenköpfige Richterorgane entschied einstimmig, die Kruzifixe in öffentlichen Schulen seien mit der Religionsfreiheit nicht vereinbar, was nicht nur in Italien zu einer Polemik gegen den Gerichtshof führte, in der teilweise gezielt falsche Argumente verwendet wurden.

Kruzifixe in  
öffentlichen  
Schulen

Italien hat gegen das Urteil Berufung bei der Grossen Kammer des Gerichtes eingelegt, die inzwischen das ursprüngliche Urteil umgestossen hat. Das Berufungsurteil ist ein gutes Beispiel für die erstaunliche Fähigkeit des Gerichtes, sich in symbolisch aufgeladenen, emotionalen Fragen eine enorme Zurückhaltung und Kompromissbereitschaft aufzuerlegen.

Erfolgreiche  
Anfechtung

Es lasse sich nicht beweisen, ob ein Kruzifix an der Wand eines Klassenzimmers einen Einfluss auf die Schüler habe, auch wenn es in erster Linie als religiöses (und nicht als kulturelles) Symbol zu betrachten sei, entschied die Grosse Kammer des EGMR. Wenn es auch nachvollziehbar sei, dass die Beschwerdeführerin die Kruzifixe in den Klassenräumen als staatliche Missachtung ihres Rechts darauf sah, die Vermittlung der eigenen Weltanschauung an ihre Kinder sicherzustellen, so reiche dieser subjektive Eindruck nicht aus, um eine Verletzung der EMRK zu begründen.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Lautsi vs. Italy, Beschwerde 30814/06, Urteil vom 3. November 2009 / Berufungsurteil vom 18.03.2011.

<sup>35</sup> Pressemitteilung des Kanzlers vom 18. März 2011, S. 4, im Internet verfügbar unter [http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/110411Lautsi\\_PR\\_GER.pdf](http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/110411Lautsi_PR_GER.pdf), besucht am 07.05.2011.

Sicher kann gesagt werden, mit dieser Begründung reize der Gerichtshof seine übliche Zurückhaltung bis an die Schmerzgrenze aus und es sei ihm nicht gelungen die Bedenken der Kleinen Kammer wirksam zu zerstreuen. Der Schweizer Richter Giorgio Maliverni, der der Grossen Kammer als Richter angehörte, ist der Mehrheit der Richter mit einer abweichenden Meinung entgegengetreten, die das Urteil der ersten Instanz verteidigt.<sup>36</sup>

Der Wert des umgestürzten Urteils der Kleinen Kammer besteht darin, dass sich an den Reaktionen darauf analysieren lässt, wie die Polemik gegen den Gerichtshof funktioniert, wie sie zur Generalisierung von Einzelfallentscheiden neigt und den Eindruck zu verbreiten versucht, der Gerichtshof entscheide gegen das „Volksempfinden“.

Analyse der  
Argumente

So wurde in der Schweiz, wo der erste Entscheid in den Abstimmungskampf um die Minarettverbot-Initiative fiel, behauptet, während der Islam sich ausbreite, würden christliche Symbole durch das Völkerrecht verdrängt.

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung nahm die Behauptung eines italienischen Bischofs auf, auch Kirchen, die weithin sichtbar seien, müssten nach der Argumentation des Gerichtes gegen die Religionsfreiheit verstossen.<sup>37</sup> Diese Kritik vermengt bewusst öffentliche Einrichtungen (wo religiöse Symbole den problematischen Eindruck erwecken, der Staat selbst vermittele eine bestimmte Religion) mit dem öffentlichen Raum (wo jeder in den Grenzen der Gesetze seine Religiosität zur Schau stellen kann)<sup>38</sup>. So wird das Gefühl erzeugt, der erstinstanzliche Kruzifix-Entscheid sei ein Verdikt gegen die abendländische Tradition und das Christentum schlechthin, obwohl er nur die konfessionelle Neutralität öffentlicher Einrichtungen, insbesondere der öffentlichen Schulen betrifft. Kinder sind zum Besuch dieser öffentlichen Einrichtungen verpflichtet. Es besteht dort viel Potential für deren Beeinflussung. In religiösen Fragen müssen sie sich daher eine besondere Zurückhaltung auferlegen.

Besonderheit  
der Volks-  
schule

Johannes Singhammer, ein bayrischer CSU-Abgeordneter sah in dem Entscheid gar eine „Privilegierung des atheistischen Bekenntnisses“<sup>39</sup>. Eine Argumentation, die darauf hinausläuft, dass der Katholizismus schon dann als Bekenntnis diskriminiert werde, wenn er vom Staat gleich behandelt werden muss, wie allen anderen Bekenntnisse auch. Diese Art von Kritik belegt einerseits, wie

<sup>36</sup> Lautsi vs. Italy, Beschwerde 30814/06, Urteil vom 18.03.2011, S. 49ff.

<sup>37</sup> <http://www.faz.net/s/Rub117C535CDF414415BB243B181B8B60AE/Doc~E1C90FC09A2B74FFDB92FB59BAE1ACA1E~ATpl~Ecomcommon~Scontent.html> besucht am 06.05.2011.

<sup>38</sup> Dieser Fehler ist notorisch und kommt auch im Schweizer Parlament vor. So hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrates im Mai 2011 der Parlamentarischen Initiative Glanzmann (10.512) knapp zugestimmt, die verlangt, dass in der Verfassung festgeschrieben werde, dass Symbole der christlich-abendländischen Kultur (wie Kruzifix, Gipfelkreuz, Bildstock oder Weihnachtskrippen) im öffentlichen Raum zugelassen sind. In der Begründung des Anliegens wird dann wiederum eine Vermischung von öffentlichem Raum und öffentlichen Einrichtungen vorgenommen. NZZ Nr. 118/2011 vom 21.05.2011, S. 13.

<sup>39</sup> <http://www.spiegel.de/schulspiegel/wissen/0,1518,659297,00.html> besucht am 06.05.2011.

wichtig die Gleichbehandlung auch in Bezug auf blosser Symbole ist und andererseits, dass hinter der Polemik ein insgeheim nach wie vor eingefordertes Vorrecht der christlichen Religion auf Präsenz in staatlichen Einrichtungen besteht.

### 3.4.2 KRITIK AM TRANSSEXUELLEN-ENTSCHEID: DIE EMRK BEGRÜNDET ABWEHRRECHTE GEGEN DEN STAAT, KEINE LEISTUNGSANSPRÜCHE<sup>40</sup>

Ein anschauliches Beispiel dafür, wie mit unrichtigen Aussagen Polemik gegen die EMRK betrieben wird, ist ein Entscheid, in dem die Schweiz verurteilt wurde, weil sich eine Krankenkasse geweigert hatte, die Geschlechtsumwandlung einer Klientin zu bezahlen.

Es wurde im Anschluss kritisiert, der Entscheid führe dazu, dass der Einzelne gegen den Staat nicht nur Abwehrrecht habe (also Eingriffe des Staates in die Sphäre seiner Freiheit abwehren könne), sondern auch Leistungsansprüche, die er in Strassburg durchsetzen könne. Das führe zu einer unkontrollierten Ausweitung der Menschenrechte und verpflichte Mitgliedstaaten zu Leistungen, die nicht ihrem politischen Willen entsprächen.

Leistungs-  
ansprüche

Die Behauptung, Freiheitsrechte gegen den Staat führten automatisch zu allmählich immer zahlreicheren Leistungsansprüchen und internationale Grundrechts-Konventionen führten daher automatisch zu einer unaufhaltsamen Ausdehnung staatlicher Leistungen, taucht immer wieder auf.<sup>41</sup>

Kein Ausbau  
des Sozi-  
alstaates

Gerade die EMRK ist aber ein Beispiel dafür, wie ein internationaler Menschenrechtskatalog (und der mit der Überwachung seiner Einhaltung betraute Gerichtshof) sich auf die Abwehrrechte gegen den Staat und die Verfahrensrechte beschränkt, die dem ursprünglichen Gehalt der Konvention entsprechen.

So entpuppt sich denn auch ein Entscheid wie Schlumpf vs. Schweiz, sofern die blosser Kernaussage des Entscheides – die Versicherung muss eine Geschlechtsumwandlung bezahlen – zurück in ihren Kontext gestellt wird, als Entscheid über Abwehr- und Verfahrensrechte, der keine Leistungsansprüche begründet. Konkret ging es um den Anspruch auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und das Recht auf Privatleben (Art. 8 EMRK). Wer transsexuell ist, hat in der Schweiz nämlich grundsätzlich Anspruch auf eine Geschlechtsumwandlung, die von der Krankenversicherung finanziert werden muss. Nur wird in der Regel zwischen der Diagnose und der Operation eine Bedenkfrist von zwei Jahren verlangt. In diesem Fall wäre es hingegen unzumutbar und unverhältnismässig gewesen, auf der Einhaltung dieser Bedingung zu bestehen, denn die Patientin hatte sehr lange mit dem Bewusstsein ihrer Transsexualität

Keine Leis-  
tungs-  
ansprüche

<sup>40</sup> Schlumpf vs. Schweiz, Beschwerde 29002/06, Urteil vom 08.01.2009.

<sup>41</sup> Etwa bei Nef, R. 2009: 9 f.

gelebt und mit der Operation so lange zugewartet, bis ihre Kinder erwachsen und ihre Ehefrau gestorben war. Eine zusätzliche Bedenkfrist war daher unnötig. Allein dies hat der Gerichtshof festgehalten und begründete damit keine neuen Leistungsansprüche gegen den Staat.

Das Urteil ist allerdings auch ein Beispiel dafür, dass das Bundesgericht dem EGMR nicht servil folgt und dessen Entscheide nicht einfach kritiklos umsetzt. In der Revision des Urteils Schlumpf gegen die Schweiz kritisierte das Bundesgericht den EGMR ungewöhnlich scharf. Es warf ihm unrichtige und sogar aktenwidrige Feststellungen vor und erwog zuletzt sogar: „Man könnte sich fragen, ob der EGMR damit nicht seine (...) Zuständigkeiten überschritten hat.“<sup>42</sup> Dennoch entschied sich das Bundesgericht, dem Urteil des EGMR Folge zu geben: „Das Bundesgericht hat die im EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 festgestellten Konventionsverletzungen (...) auch dann zu beseitigen, wenn es von der Richtigkeit der Herleitung und Begründung durch den EGMR nicht überzeugt ist.“<sup>43</sup>

Kritik auch durch das Bundesgericht

### 3.4.3 DISKRIMINIERUNGSVERBOT: ANSATZPUNKT FÜR KALKULIERTE MISSVERSTÄNDNISSE

Entscheide des EGMR betreffend das Diskriminierungsverbot verkomplizieren die Situation insofern, als einerseits nach Konventionsrecht stets gefordert ist, dass sich die Diskriminierung in Beziehung zu einem „*in dieser Konvention anerkannten Recht*“ (Art. 14 EMRK) manifestiert. Andererseits hängt der diskriminierende Ausschluss von Rechten stets davon ab, welche Rechte die nationale Rechtsordnung gewährt. Dieser letzte Umstand wird bei der Besprechung von Entscheiden gerne vergessen oder (mit dem Ziel einer zwar unberechtigten aber kalkulierten Kritik) bewusst übergangen. So hängt die Frage, ob es gegen das Diskriminierungsverbot verstosse, wenn Homosexuelle von der Adoption von Kindern ausgeschlossen werden, davon ab, wie das nationale Adoptionsrecht ausgestaltet ist, ob es etwa eine Adoption durch Einzelpersonen erlaubt. Das übersieht auch der Deutsche Lesben- und Schwulenverband, wenn er frohlockt: „EMRK (sic!) bestätigt Adoptionsrecht von Lesben und Schwulen“.<sup>44</sup> Auch „Das MAGAZIN“ (die Wochenendbeilage des Tages-Anzeigers) macht denselben Fehler: „(...) So hat in einem Urteil des Jahres 2008<sup>45</sup> der Gerichtshof die Klage einer lesbischen Frau aus Frankreich gutgeheissen, die um ihr Adoptionsrecht stritt. Die Richter hielten fest, dass eine adoptionswillige Person nicht aufgrund ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert werden dürfe. Dies widerspreche der europäischen Menschenrechtskonvention. Das tut folglich auch Artikel 28 des Schweizerischen Partnerschaftsgesetzes [der eingetragenen Partnern die Adop-

Adoptionsrecht hängt vom innerstaatlichen Recht ab

<sup>42</sup> Urteil 9F\_9/2009 (publiziert unter: [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=15.09.2010\\_9F\\_9/2009](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=15.09.2010_9F_9/2009)), E. 7.3.3.3 besucht am 09.05.2011.

<sup>43</sup> Ebd., E. 7.3.4.

<sup>44</sup> <http://www.jawort.de/611+M50eb03682a1.98.html> besucht am 07.05.2011.

<sup>45</sup> E.B. vs. Frankreich, Beschwerde 43546/02, Urteil vom 22.01.2008.

tion verbietet].<sup>46</sup> Der Fehler liegt in beiden Zitaten darin, dass sie die besondere Situation in Frankreich ausser Acht gelassen haben, wo alleinstehende Personen grundsätzlich Kinder adoptieren dürfen.

In der Schweiz ist dies nur in Ausnahmefällen möglich. Die lesbische Frau wurde im genannten Fall also *ausschliesslich* wegen ihrer Homosexualität und nicht etwa auf Grund des Umstandes, dass sie unverheiratet war, von Adoptionsrecht ausgeschlossen. Was der EGMR entschied ist also lediglich, „(...) dass es von nun an in den Konventionsstaaten nicht mehr zulässig ist, einer alleinstehenden Person, welche ein Kind adoptieren will, dies einzig mit der Begründung zu verweigern, sie sei homosexuell. Das gilt auf alle Fälle in denjenigen Staaten, wo die Einzeladoption grundsätzlich erlaubt ist.“<sup>47</sup> Voraussetzung ist also, dass die entsprechende Rechtsordnung die Möglichkeit der Einzeladoption vorsieht. Der EGMR hat keine Möglichkeit, die Staaten zur diesbezüglichen Änderung ihres Rechtes zu bewegen. Wer also den Eindruck erwecken möchte, der EGMR könne über das Recht Homosexueller zur Adoption entscheiden, vereinfacht so grob, dass dadurch ein falsches Bild entsteht. In einer öffentlichen Beratung hat auch das Bundesgericht unlängst klargestellt, dass die EMRK keinen Anspruch auf Adoption vermittelt.<sup>48</sup>

Diskriminierung relativ zum nationalen Recht

Dasselbe gilt auch für den Entscheid, in dem die Schweiz verurteilt wurde, weil sie Männer mit einer leichten Behinderung nicht zum Militär- oder Zivildienst zulässt<sup>49</sup>. Der Gerichtshof schreibt darin nicht vor, dass Männer mit einer leichten Behinderung zum Dienst zugelassen werden müssen. Er könnte dies auch gar nicht vorschreiben. Er verurteilt die Schweiz nur wegen eines unsachgemässen Unterscheidungskriteriums bezüglich der Möglichkeit, Dienst zu leisten, statt Ersatzleistungen zu bezahlen: „Diskriminiert werden dienstuntaugliche Männer, die einem normalen Beruf nachgehen können, einerseits gegenüber erheblich Behinderten mit einem Invaliditätsgrad von über 40 Prozent, die den Militärpflichtersatz nicht bezahlen müssen, und andererseits gegenüber Dienstverweigerern aus Gewissensgründen, die Ersatzdienst leisten dürfen.“<sup>50</sup> Lediglich, diese Diskriminierung aufzuheben verlangt der Gerichtshof von der Schweiz. Wie sie das tut, steht ihr frei zu entscheiden.

Dienstuntauglichkeit

---

<sup>46</sup> Das MAGAZIN, 20/2010 vom 22.05.2010: 17.

<sup>47</sup> Jaggi, M. 2008: N 23.

<sup>48</sup> Beratung des Urteils 5A\_774/2010 vom 5. Mai 2011, siehe NZZ vom 06.05.2011, S. 10.

<sup>49</sup> Glor vs. Schweiz, Beschwerde 13444/04, Urteil vom 30.04.2009.

<sup>50</sup> NZZ Online vom 30.04.2009, [http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/emrk\\_militaerpflichtersatz\\_1.2482620.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/emrk_militaerpflichtersatz_1.2482620.html), besucht am 06.10.2010.

## 4 WARUM BRAUCHT DIE SCHWEIZ DIE EMRK?

Die EMRK hat sich in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in ganz Europa zum wichtigsten Abwehrinstrument gegen Freiheitsverletzungen durch den Staat und zur Durchsetzung der Menschenrechte entwickelt. Der EGMR hat aufgrund seiner Rechtsprechung zur EMRK einen grundrechtlichen Mindeststandard für ganz Europa geschaffen, der laufend verfeinert und ausgebaut wird.<sup>51</sup>

Dank stetiger Ratifizierungen durch weitere Staaten deckt dieser Mindeststandard heute einen sehr vielfältigen Rechtsraum mit rund 800 Millionen Einwohner/innen ab, der sich von Lissabon bis Wladiwostok und vom Nordkap bis nach Malta erstreckt. Doch in der Schweiz, die sich gemäss ihrer Selbsteinschätzung mustergültig an die Menschenrechte hält, wird bei Abstimmungskämpfen in der Politik und in den Medien immer wieder die Frage aufgeworfen, weshalb wir eine gerichtliche Kontrolle unserer Grundrechtspraxis durch ein internationales Gericht nötig haben. Der folgende Abschnitt zeigt auf, wie stark die Schweizer Grundrechtskultur durch den Einfluss der EMRK bereichert worden ist (4.1).

Genügt die Schweiz sich selbst?

Der doppelte Grundrechtsschutz durch die Bundesverfassung und die EMRK garantiert ausserdem eine effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten (4.2).

Nicht zuletzt leistet die EMRK ihren Beitrag dazu, dass Europa ein Raum des Friedens und der Sicherheit ist. Ein Umstand, von dem die Schweiz sehr profitiert (4.3).

### 4.1 BEREICHERUNG DER SCHWEIZER GRUNDRECHTSKULTUR

Trotz der langen Tradition von Grundrechts-Konventionen und der besonderen Schwierigkeit für den Gesetzgeber, Grundrechte abzuändern, sind die Grundrechte kein starrer Block. Sie entwickeln sich weiter und zwar einerseits dadurch, dass sich die Freiheitssphäre des Einzelnen mit der Zeit ausdehnen soll (so wurden zum Beispiel im Laufe des letzten Jahrhunderts die Frauen, wenn auch in einem sehr schleppenden Prozess, den Männern allmählich rechtlich gleichgestellt) und andererseits dadurch, dass die bestehenden Grundrechte auf die Errungenschaften der Zeit angewendet und konkretisiert werden müssen (beispielsweise auf den Umgang mit dem Internet oder mit der Gentechnologie).

In diesem Prozess hat sich die EMRK für die Schweiz in zweierlei Hinsicht als sehr bereichernd erwiesen: Sie hat sich stark auf den ausgebauten Grund-

Dynamische Grundrechte

<sup>51</sup> Tyrer vs. Vereinigtes Königreich, Beschwerde 5856/72, Urteil vom 25.04.1978.

rechtsschutz in der totalrevidierten Bundesverfassung und auf weitere neuere Erlasse ausgewirkt (4.1.1) und spielt ausserdem eine kaum zu unterschätzende, allgegenwärtige und fruchtbare Rolle in der Schweizer Rechtsprechung (4.1.2).

#### 4.1.1 BEREICHERUNG DER SCHWEIZER GESETZGEBUNG

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 wurde anhand eines sogenannten Kodifizierungsauftrages all das Verfassungsrecht, das bisher als ungeschrieben galt, in die neue Bundesverfassung aufgenommen. Im Vergleich zur alten Bundesverfassung von 1874, die (je nach Zählweise) nur 10–15 Bestimmungen mit Grundrechtscharakter enthielt, entstand so in der totalrevidierten Bundesverfassung ein umfangreicher und systematisch geordneter Grundrechtskatalog (Art. 7–34 BV). Bei der Entstehung des ungeschriebenen Verfassungsrechtes, das mit der Totalrevision der Bundesverfassung verschriftlicht wurde, hat die Rezeption des EMRK-Rechts durch das Bundesgericht eine grosse Rolle gespielt (siehe hierzu 4.1.2). Der Zuwachs an persönlicher Freiheit ist aber auch auf die Übernahme von EMRK-Garantien in die Bundesverfassung zurückzuführen. In den Text der Bundesverfassung neu aufgenommen wurden etwa der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV), Garantien betreffend den Freiheitsentzug (Art. 31 BV)<sup>52</sup> und die allgemeinen Verfahrensgarantien (Art. 29 und 29a BV).

Übernahme  
von EMRK-  
Recht

Der gewichtigste Ausbau der Grundrechte in der neuen Bundesverfassung erfolgte bezüglich den Rechten des Einzelnen im Verfahren gegenüber den Behörden oder den Gerichten. Die Schweiz wurde bisher nur ein einziges Mal wegen einer Verletzung des Rechtes auf Leben und des Verbotes von Folter verurteilt.<sup>53</sup> Hingegen wies sie erhebliche Defizite darin auf, ihren Bürger/innen ein unabhängiges und unparteiliches Gericht zur Verfügung zu stellen und eine wirksame Beschwerde zu garantieren. Sie geriet daher immer wieder in Konflikt mit der EMRK, namentlich in den beiden Entscheiden *Belilos*<sup>54</sup> und *Weber*<sup>55</sup>. Die Einführung des Art. 29a BV (der den Anspruch auf Beurteilung durch eine *richterliche* statt durch eine Verwaltungs-Behörde garantiert) ist daher ein Nachvollzug dieser Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK.<sup>56</sup>

Verfahrens-  
rechte

Auch der Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung gemäss Art. 30 Abs. 3 BV stammt nicht aus der alten BV und der dazu ergangenen Rechtsprechung, sondern hat ihren Ursprung in Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Biaggini, G. 2007: N 4 zu den Vorbemerkungen Art. 7–36 BV.

<sup>53</sup> plädoyer, 2/2011, S. 21.

<sup>54</sup> *Belilos vs. Schweiz*, Beschwerde 10328/83, Urteil vom 29.04.1988.

<sup>55</sup> *Weber vs. Schweiz*, Beschwerde 11034/84, Urteil vom 22.05.1990.

<sup>56</sup> Kley, A. 2008: N 4.

<sup>57</sup> Steinmann, G. 2008: N 2.

Die Formulierung in Art. 29 BV, wonach „jede Person in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf [...] Beurteilung innert angemessener Frist hat“, also das sogenannte Rechtsverzögerungsverbot, ist ebenfalls eine direkte Übernahme aus Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>58</sup>

Der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre in Art. 13 Abs. 1 BV, der vor der Totalrevision nur als ungeschriebenes Grundrecht existierte, wurde so formuliert, dass er materiell mit der entsprechenden Bestimmung der EMRK (Art. 8) übereinstimmt.<sup>59</sup>

Nebst der Bundesverfassung sind auch andere Erlasse stark von der EMRK beeinflusst. Das gilt speziell für die neue Eidgenössische Strafprozessordnung<sup>60</sup>, die am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist. Im Strafprozess wird besonders empfindlich in die Grundrechte eingegriffen, weshalb die Regelung des Strafprozesses als eigentlicher Härte-test für die Grundrechtskultur eines Staates gelten darf. Frank Schürmann, der „Agent du Gouvernement“, der vor dem EGMR die Position der Schweizer Behörden vertritt sagt hierzu: „Bei der neuen Strafprozessordnung sieht man deutlich die Spuren der EMRK.“ Das gelte zum Beispiel beim neuen Zwangsmassnahmengericht (das innert kurzer Frist bezüglich jeder Zwangsmassnahme gerichtlich prüft, ob sie zu Recht erlassen worden ist) oder bei den (besonders strengen) Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Zwangsmassnahmen.<sup>61</sup>

Neue Regel  
für den  
Strafprozess

#### 4.1.2 BEREICHERUNG DER NATIONALEN RECHTSSPRECHUNG DURCH REZEPTION DER EMRK

Noch wichtiger als die direkte Übernahme von EMRK-Recht in die Verfassung und Gesetze ist die häufige Bezugnahme von Schweizer Gerichten auf die Rechtsprechung des EGMR. So entsteht eine doppelte Dynamik: Erstens wirken die Freiheitsrechte der EMRK bis in die untersten Instanzen staatlichen Handelns und kommen den Bürger/innen dort schon zu Gute, ohne dass sie einen langen Instanzenzug durchlaufen müssen, da Behörden einen Konflikt mit übergeordnetem Recht vermeiden wollen. Die EMRK entfaltet also eine wichtige *Präventivwirkung*. Wenn das Bundesgericht überprüft, ob Kantonale Gesetze im Einklang stehen mit der Bundesverfassung, so prüft es dabei auch deren Vereinbarkeit mit der EMRK.<sup>62</sup> Auch auf die Ebene der kantonalen Gesetzgebung wirkt sich die EMRK daher präventiv aus.

Präventiv-  
wirkung

<sup>58</sup> BBl 1997 I 182.

<sup>59</sup> BBl 1997 I 141.

<sup>60</sup> SR. 312.0

<sup>61</sup> plädoyer 2/2011, S. 20.

<sup>62</sup> NZZ Folio 1/1996, verfügbar auf <http://www.nzzfolio.ch/www/d80bd71b-b264-4db4-afd0-277884b93470/showarticle/787c1677-bb8d-4e2e-95d7-b7b0875982f7.aspx> besucht am 02.06.2011.

Zweitens wird der Schutzbereich von Grundrechten durch das Bundesgericht in Bezugnahme auf die EMRK allmählich weiter interpretiert, so dass nicht nur die Reichweite der einzelnen Grundrechte sich vergrössert, sondern mit der Zeit vereinzelt sogar ungeschriebene Grundrechte entstehen, die bei Gelegenheit dann wieder ihren Eingang in die Verfassung finden.

Erweiterung  
des Schutzes

Hinzu kommt noch eine subtile Beeinflussung des nationalen Grundrechtsbestandes durch die Allgegenwart der EMRK. So ist oft nicht ohne weiteres nachvollziehbar, ob Gerichte oder Behörden die EMRK direkt auf einen Sachverhalt anwenden oder vielmehr den Schutzgehalt des nationalen Rechts allmählich demjenigen der EMRK angepasst haben. Wo zum Beispiel das Bundesgericht erwähnt, ein Grundrecht in der Bundesverfassung habe denselben Schutzgehalt wie eine EMRK-Bestimmung, ist in Wirklichkeit oft der Schutzbereich der Verfassungsregel allmählich auf den Schutzbereich der EMRK ausgedehnt worden.<sup>63</sup>

Anpassung an  
EMRK

Als Beispiele für den besseren Schutz der Grundfreiheiten durch das Bundesgericht unter Bezugnahme auf die EMRK, mögen – statt vieler – folgende Entscheide gelten, in denen das Bundesgericht kantonale Entscheide wegen eines Verstosses gegen die EMRK kassiert hatte, und die Anliegen der Betroffenen geschützt hatte:

- In BGE 119 Ia 316 gab das Bundesgericht einem Jäger recht, dem das Jagdpatent entzogen worden war, weil er beschuldigt wurde, illegal einen Gemsbock auf dem Gebiet der Gemeinde Trun geschossen zu haben. Der Jäger wehrte sich gegen den Vorwurf mit Zeugen und rechnete anhand von Marschzeiten vor, dass er zur Tatzeit nicht am Tatort gewesen sein könne. Doch das Gericht hatte ihn nicht zum Vortrag zugelassen. Es war der Ansicht, seine Schuld sei bewiesen, auch ohne ihn angehört zu haben. Darin erblickte das Bundesgericht eine Verletzung des Rechtes auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und hob das Urteil auf.
- In BGE 109 Ia 239 hob das Bundesgericht einen Entscheid aus dem Kanton Basel-Stadt auf, in dem ein Mann zu einer Verkehrsbusse verurteilt worden war, ohne dass sein Anwalt ihn vor dem Polizeirichter verteidigen konnte. Nur weil vor dem Polizeigericht ein Anwalt nicht vorgeschrieben sei, heisse das noch nicht, dass der Polizeirichter einen Anwalt von der Verhandlung ausschliessen könne, wenn der Beschuldigte sich verteidigen lassen wolle, befand das Bundesgericht unter Berufung auf Art. 6 Abs. 3 EMRK (Rechte des Einzelnen im Strafverfahren).

Jägerfall

Anwaltsaus-  
schluss

---

<sup>63</sup> Ein Beispiel dieses Prozesses beschreibt Keller, H. 2003: 623 f. für den Anspruch auf einen unabhängigen und unparteilichen Richter (Art. 58 aBV).

Die Rechtssprechung des EGMR hat immer auch Auswirkungen über den einzelnen Fall hinaus. Sie bietet den nationalen Gerichten Anhaltspunkte und Inspiration in ähnlichen Fällen. Das gilt auch für Staaten, die mit dem entsprechenden Fall nichts zu tun hatten. Wo neuartige Probleme, etwa durch technische Errungenschaften, entstehen, die grundrechtlich relevant sind, herrscht über die sich stellenden Fragen in Europa schon relativ früh relativ grosse Rechtssicherheit, da der EGMR grundrechtliche Leitplanken festlegt, die auch anderen Staaten als dem unmittelbar Betroffenen klare Anhaltspunkte geben.

Fortentwicklung nach technischen Errungenschaften

Die Rechtssprechungsorgane der EMRK entwickelten beispielsweise Grundsätze zu Impfschäden<sup>64</sup>, legten fest, dass der Einsatz von Brechmittel gegenüber Personen, die des Drogenhandels verdächtigt werden eine unmenschliche Behandlung darstellt<sup>65</sup> und dass nicht nur die Sammlung, sondern auch die Speicherung persönlicher Daten unter den Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) fallen<sup>66</sup>.

Beispiele für Grundsätze des EGMR

Da eine konsequentere Berücksichtigung der Rechtssprechung des EGMR durch die Mitgliedstaaten eine Möglichkeit wäre, den Gerichtshof zu entlasten, haben sowohl die an der Konferenz von Interlaken im Februar 2010 wie auch an der Konferenz von Izmir im April 2011 verabschiedeten Erklärungen der Mitgliedstaaten des Europarates betont, dass es in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liegt, die Rechtssprechung des EGMR in ihrer Verwaltungs- und Rechtssprechungspraxis zu berücksichtigen.<sup>67</sup>

Als letztes wichtiges Beispiel für einen Entscheid, der in einer ganzen Anzahl von Mitgliedstaaten zur Anpassung ihrer Praxis geführt hat, kann etwa der Fall M.S.S gegen Belgien und Griechenland<sup>68</sup> gelten, der nach der Einführung des sogenannten Dublin-Systems erfolgte, das innerhalb des EU-Raumes die Zuständigkeit für die Behandlung von Asylgesuchen regelt. Der EGMR stellte in dem Urteil fest, Griechenland könne momentan keine Unterbringung von Asylsuchenden gewährleisten, die vor dem Verbot einer unwürdigen Behandlung standhalte und kein Asylverfahren garantieren, das mit genügender Sicherheit gegen die Rückschiebung in einen Staat schütze, in dem Folter oder erniedrigende Behandlung drohe. Es verstosse daher gegen die EMRK, Asylsuchende im Rahmen des Dublin-Abkommens nach Griechenland abzuschicken. Auf Grund des Urteils haben ein Grossteil der EU-Staaten und auch die Schweiz die Rückschiebungen nach Griechenland vorderhand eingestellt.<sup>69</sup>

Gegensteuer im Dublin-System

<sup>64</sup> Beschwerde 7154/75.

<sup>65</sup> Jalloh gegen Deutschland, Urteil vom 11.07.2006.

<sup>66</sup> Leander gegen Schweden, A 116 (1987), 22, 38ff.

<sup>67</sup> [http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427\\_declaration\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dc/press/news/20110427_declaration_en.asp) bzw. [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final\\_en.pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/europa/euroc.Par.0133.File.tmp/final_en.pdf) besucht am 21.05.2011.

<sup>68</sup> Beschwerde Nr. 30696/09, Urteil vom 21.01.2011.

<sup>69</sup> Ohne den Entscheid des EGMR explizit zu erwähnen Medienmitteilung des BfM vom 26.01.2011: <http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/2011-01-26.html>;

Doch folgen die Schweizer Behörden und insbesondere das Bundesgericht dem Gerichtshof in Strassburg nicht blind und müssen dies auch nicht tun. Wo das Bundesgericht findet, der EGMR werde für einen Entscheid zu Recht kritisiert, weicht es selbstbewusst von dessen Rechtsprechung ab.

So hat das Bundesgericht sich über die EGMR-Praxis<sup>70</sup> hinweggesetzt, dass anonyme Zeugen in einem Strafverfahren nur beigezogen werden dürfen, wenn dem anonymen Zeugnis keine ausschlaggebende Bedeutung für die Verurteilung zukommt. Das Bundesgericht kritisierte, in diesem Fall könnten Zeugen nur dann anonym angehört werden, wenn deren Aussage für die Überführung des Täters eigentlich überflüssig sei. Es liess daher entgegen der Rechtsprechung des EGMR ein ausschlaggebendes anonymes Zeugnis unter der Bedingung zu, dass die Verteidigungsrechte im Übrigen bestmöglich gewahrt werden.<sup>71</sup>

Selbständige  
Würdigung  
durch BGer

#### 4.2 DER WERT DES DOPPELTEN GRUNDRECHTSCHUTZES DURCH BUNDESVERFASSUNG UND EMRK

Die völkerrechtliche Einzigartigkeit der EMRK besteht darin, dass für die direkte Durchsetzung der von ihr garantierten Grundrechte eine Individualbeschwerde möglich ist (Art. 34 EMRK)<sup>72</sup>, und ein verbindliches Urteil erfolgt. Jeder Staat, der die EMRK ratifiziert, verpflichtet sich ausdrücklich, das Recht der Individualbeschwerde gegen sich selbst zu gewährleisten und jeder Staat ist an ein Urteil des EGMR in Strassburg gebunden (Art. 1 EMRK).

Doppelte  
Prüfung

Das hat auch Auswirkungen auf die Frage, welches Recht im Falle eines Konfliktes zwischen Völker- und Landesrecht den Vorrang habe. Während dieses Verhältnis nach wie vor nicht geklärt ist, wo es darum geht, ob im Einzelfall ein Staatsvertrag vorgehe oder das jüngere Bundesrecht, das zu ihm im Widerspruch steht<sup>73</sup>, besteht eine klare Praxis, zum Verhältnis von Bundesgesetzen und EMRK. Obwohl das Bundesgericht (wegen der in der Schweiz fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gemäss Art. 190 BV) Bundesgesetze eigentlich unter allen Umständen anwenden müsste, selbst dann, wenn sie gegen Grundrechte verstossen, hat sich das Bundesgericht im sogenannten PKK-Entscheid<sup>74</sup> über dieses Anwendungsgebot hinweggesetzt, um den Garantien der EMRK Genüge tun zu können. Nach Einschätzung des Bundesrates hat das Bundesgericht diese Praxis entwickelt, um eine Verurteilung der Schweiz durch den

Form der  
Verfassungs-  
gerichtsbarkeit

NZZaS vom 13. März 2011: [http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/schweiz\\_bietet\\_griechenland\\_hilfe\\_an\\_1.9870697.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/schweiz_bietet_griechenland_hilfe_an_1.9870697.html) besucht am 21.05.2011.

<sup>70</sup> Eine Übersicht zu dieser Praxis findet sich in BGE 125 I 127 E. 6c.

<sup>71</sup> BGE 1P.61/2006.

<sup>72</sup> Villiger, M.E. 1999: N 17.

<sup>73</sup> Häfelin, U./Müller, G./Uhlmann, F., 2010: Rz. 168.

<sup>74</sup> BGE 125 II 417; bestätigt in: BGE 128 IV 117 E. 3b; BGE 128 IV 201 E. 1.3.

EGMR zu verhindern. Im Bezug auf andere Menschenrechtskonventionen, die nicht von einem internationalen Gerichtshof durchgesetzt werden, ist das Bundesgericht deutlich zögerlicher, dem Grundrechtsschutz volle Geltung zu verschaffen.<sup>75</sup> Dies zeigt die herausgehobene Stellung, welche die EMRK für den Schutz der Grundrechte der Individuen einnimmt. Sie bewirkt für Menschen, die von einem Grundrechtseingriff durch die Schweiz betroffen sind einen doppelten Überprüfungsmechanismus, der erstens zu einer Ausweitung (4.2.1) und zweitens zu einer verbesserten Unabhängigkeit (4.2.2) des Grundrechtsschutzes führt.

#### 4.2.1 AUSWEITUNG DES GRUNDRECHTSSCHUTZES

Anhand einiger Urteile des EGMR gegen die Schweiz lässt sich aufzeigen, wie die zusätzliche internationale Instanz einen besseren Grundrechtsschutz gewährleistet als das Bundesgericht.

- Im Fall **McHugo vs. Schweiz**<sup>76</sup> entschied der EGMR, dass ein Gerichtsverfahren, das auf kantonaler Ebene 12 Jahre lang gedauert hatte, den Anspruch auf einen Entscheid innert angemessener Frist (Art. 6 EMRK) verletze. Zuvor hatten schon das kantonale Obergericht und das Bundesgericht eingeräumt, dass die Länge des Verfahrens konventionswidrig war. Sie hatten es allerdings unterlassen, dem Betroffenen eine Entschädigung zuzusprechen oder wenigstens eine Reduktion der Verfahrenskosten zu gewähren.
- Im Fall **Wettstein vs. Schweiz**<sup>77</sup> entschied der EGMR, dass die Richterin R. des Verwaltungsgerichtes Zürich befangen gewesen sei. Herr Wettstein war als Grundeigentümer mit mehreren Enteignungsverfahren durch die Gemeinden Kloten und Küsnacht konfrontiert. Die Richterin R., die über die Enteignung entscheiden sollte, war die Anwältin der Gegenpartei in einem weiteren Verfahren und bildete gemeinsam mit einem anderen involvierten Richter sowie mit W. eine Bürogemeinschaft. W. war ebenfalls Anwalt der Gegenpartei von Herrn Wettstein in einem weiteren Verfahren. Gemäss dem Bundesgericht hätte Herr Wettstein beweisen müssen, dass die Richterin parteiisch entschieden habe.
- Im Fall **A.P., M.P. und T.P. vs. Schweiz**<sup>78</sup> entschied der EGMR, dass Busen wegen Steuerhinterziehungen des verstorbenen Vaters von den Erben nicht bezahlt werden müssen. Der Vater war Eigentümer einer Bau-

Verfahrensdauer

Unparteilichkeit

Steuerstrafen

<sup>75</sup> Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30.03.2011, BBl 2011 3613, 3656.

<sup>76</sup> Mchugo vs. Schweiz (Beschwerde 55705/00, Urteil vom 21.09.2006.

<sup>77</sup> Wettstein vs. Schweiz, Beschwerde 33958/96, Urteil von 21.12.2000.

<sup>78</sup> A.P., M.P. und T.P. vs. Schweiz, Beschwerde 19958/92, Urteil vom 29.08.1997.

unternehmung. Nach seinem Tod fand das Steueramt Ungereimtheiten in seinen Abrechnungen und auferlegte den Nachkommen nicht nur die Nachsteuern, sondern auch eine Busse. Der EGMR entschied, dass für die strafrechtliche Verfehlung des Vaters nicht die Nachkommen einzustehen hätten und qualifizierte die Auferlegung der Busse (nicht aber der Nachsteuern) als EMRK-widrig. Das Bundesgericht hatte dagegen entschieden, dass die Busse Teil der Erbschaft und deshalb unabhängig von der Unschuld der Erben zu bezahlen sei.

- Im Fall **Gsell vs. Schweiz**<sup>79</sup> entschied der EGMR, dass die Verweigerung der Weiterreise eines Journalisten nach Davos während des WEF unrechtmässig gewesen sei. Der Journalist wurde von der Polizei trotz vorgelegtem Presseausweis an der Weiterreise gehindert. Die polizeiliche Behinderung wurden mit der polizeilichen Generalklausel begründet, die es der Polizei erlaubt, ohne gesetzliche Grundlage Massnahmen zu ergreifen, welche zur Abwehr von drohenden Gefahren und Störungen notwendig sind. Der EGMR urteilte, die Klausel könne in diesem Falle nicht zur Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK) beigezogen werden, weil vorhersehbar war, dass es zu Ausschreitungen kommen könne, weshalb genügend Zeit vorhanden gewesen wäre, um ein Gesetz zu erlassen. Das Bundesgericht<sup>80</sup> hingegen sah in der Polizeilichen Generalklausel eine ausreichende Grundlage für die Einschränkung der Pressefreiheit.

Grundlage im  
Gesetz

Durch das sogenannte Günstigkeitsprinzip (Art. 53 EMRK) wird sichergestellt, dass die EMRK nicht zur Einschränkung von Grundrechten führt, welche die Mitgliedsstaaten über die EMRK hinaus anerkennen. Es gilt gegenüber den Bürgern/innen stets die günstigere, das heisst die weiterreichende Garantie – sei es in der EMRK, der Bundesverfassung oder einer kantonalen Verfassung.<sup>81</sup>

Günstigkeits-  
prinzip

#### 4.2.2 UNABHÄNGIGKEIT DES GRUNDRECHTSSCHUTZES

Nebst einer freiheitlicheren Interpretation des Gehaltes der einzelnen Grundrechte durch den EGMR hat das doppelte Grundrechts-Schutzsystem auch den Vorteil, dass der EGMR unabhängiger ist als das Bundesgericht. Währendem es zweifelhaft scheint, ob sich das Bundesgericht über Verfassungsbestimmungen hinweg setzen kann,<sup>82</sup> die dem Grundrechtskatalog der Verfassung und der EMRK widersprechen, ist der EGMR ausschliesslich der EMRK verpflichtet, wenn er auch auf nationale Bestimmungen soweit als möglich Rücksicht nimmt.

Doppelter  
Schutz

<sup>79</sup> Gsell vs. Schweiz, Beschwerde 12675/05, Urteil vom 8.10.2009.

<sup>80</sup> BGE 130 I 369 ff.

<sup>81</sup> Villiger, M.E. 2005: N 67.

<sup>82</sup> Diskutiert wird die Möglichkeit im Zusammenhang mit dem Minarettverbot bei Müller, J.-P. 2010: N 17 ff.

Anhand des Minarettverbotes kann aufgezeigt werden, warum dieses doppelte System zu einer besseren Durchsetzung von Grundrechten führt: Das Minarettverbot betrifft die Religionsfreiheit und das Diskriminierungsverbot. Diese sind sowohl in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 und Art. 15 Abs. 2) als auch in der EMRK (Art. 9 und Art. 14) garantiert.

Minarett-  
verbot

Wenn nun nacheinander das Bundesgericht und der EGMR über das Minarettverbot zu befinden haben, so besteht der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Gerichten darin, dass das Bundesgericht an die grundrechtswidrige Verfassungsbestimmung (Art. 72 Abs. 3 BV) gebunden ist. Der EGMR hingegen ist ausschliesslich den Bestimmungen der EMRK bezüglich Religionsfreiheit und Diskriminierungsverbot verpflichtet und kann die Grundrechte auch dann noch durchsetzen, wenn das Stimmvolk sich in einzelnen Fällen gegen sie ausgesprochen hat.

Unter-  
schiedliche  
Grundlagen

Die doppelte Garantie der Grund- und Menschenrechte in der Bundesverfassung und in der EMRK macht also durchaus Sinn. Denn die EMRK greift auch dann noch, wenn die höchste gerichtliche Instanz im Inland – das Bundesgericht – einmal ein Grundrecht nicht gewähren kann, weil die Grundrechtsverletzung in einem Rechtstext vorgeschrieben wird, welcher für das Bundesgericht verbindlich ist.

In Bezug auf Bundesgesetze hat sich das Bundesgericht zwar über diese Verbindlichkeit (festgeschrieben in Art. 190 BV) hinweggesetzt, wo sie einer EMRK-Garantie entgegensteht.<sup>83</sup> Ob sich das Bundesgericht auch über *Verfassungsbestimmungen* hinweg setzt, die Grundrechte verletzen, scheint mehr als fraglich. Fühlt sich das Bundesgericht gebunden, so entfaltet sich der volle Wert der EMRK, weil der EGMR im Gegensatz zum Bundesgericht die Grundrechte noch durchsetzen kann.

Verfassungs-  
bestimmungen

Die EMRK hat also gleichsam die Funktion einer Absicherung für den Fall, dass sich der Gesetz- oder sogar der Verfassungsgeber über die Grundrechte hinwegsetzt und grundrechtswidrige Bestimmungen erlässt.

#### 4.3 EMRK ALS BEITRAG ZU FRIEDEN UND SICHERHEIT IN EUROPA

Auf europäischer Ebene ist die EMRK eines der wichtigsten Instrumente zur Verwirklichung gemeinsamer europäischer Grundwerte. Die EMRK hat die Transformation vom Nach-Kriegs-Europa in einen freien und rechtsstaatlichen Wirtschaftsraum geprägt. Durch die Ratifikation der Konvention haben die

Legitimität der  
Staatsgewalt

<sup>83</sup> BGE 125 II 417 (PKK-Entscheid).

heute 47 Mitgliedstaaten des Europarates ihren ausdrücklichen Willen zur Respektierung der Menschenrechte in Europa erklärt. Der Respekt vor der Freiheit der Bürger/innen und die Möglichkeit, diese effektiv zu schützen, ist nach dem Geist, den die EMRK verkörpert, Grund für die Legitimität aller Staatsgewalt.

Die Rechtsprechung des EGMR ist seither beständiger Impuls für den allmählichen Ausbau bürgerlicher Freiheiten gewesen. Diese Harmonisierung führt allmählich zu einem Europa, das von der Kultur der Rechtsstaatlichkeit bestimmt ist. Im Rahmen dieser Rechtsstaatlichkeit büssen die Einzelstaaten derweil nichts von ihrer nationalen Eigenständigkeit ein.

Die Kultur der Rechtsstaatlichkeit bringt auch eine bessere Sicherheit in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht mit sich. Dies fördert sowohl die Mobilität von Gütern als auch von Personen und trägt dadurch wesentlich zur positiven Entwicklung des europäischen Wirtschaftslebens bei.

Rechtsstaat-  
lichkeit

Die Schweiz profitiert auch von den positiven Entwicklungen für Frieden und Sicherheit, welche die EMRK mit sich gebracht hat und weiterhin bringt. In den politischen Debatten rund um die EMRK wird diese aussenpolitische Dimension durch die Schweizer Regierung immer wieder betont. Von den ersten Diskussionen über einen Beitritt der Schweiz zum Europarat Ende der 40er Jahre bis zu den entscheidenden Verhandlungen über die Ratifikation der EMRK zu Beginn der 70er Jahre hat die offizielle Schweiz immer wieder darauf hingewiesen, dass die Konvention wesentlich zur Stärkung des Friedens und der Stabilität in ganz Europa beiträgt.<sup>84</sup> Es ist unumstritten, dass Frieden und politische und rechtliche Stabilität in Europa eine massgebliche Grundlage für eine prosperierende Wirtschaft bilden und somit ein vitales Interesse der Schweiz darstellen. Diese Interessen würde die Schweiz im Falle eines Austritts aus dem Europarat gefährden.

Stabilität in  
Europa

---

<sup>84</sup> Fanzun, J.A. 2005: 194 ff., m.w.H.

## 5 WIESO BRAUCHT DIE EMRK DIE SCHWEIZ?

### 5.1 DIE SCHWEIZ ALS TEIL DER EUROPÄISCHEN WERTEGEMEINSCHAFT

Ein völkerrechtlicher Vertrag wie die EMRK, gewinnt vor allem durch die Zahl seiner Mitglieder an Relevanz. Je mehr Staaten sich zum Vertragsinhalt bekennen und sich auf internationaler und nationaler Ebene dafür einsetzen, desto grösser ist der Respekt vor seinem Inhalt. In der Präambel der EMRK steht explizit, „dass es das Ziel des Europarats ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herzustellen“ (Abs. 4). Die EMRK widerspiegelt einen Grundkonsens der europäischen Werte, mit denen sich auch die Schweiz stark verbunden fühlt. Europa wird als ein Raum der Freiheit und der Rechtsstaatlichkeit betrachtet. Auch wenn es nicht in erster Linie um eine positiv juristisch verankerte Verpflichtung geht, trägt jedes Mitglied des Europarates zumindest eine ideelle Verantwortung gegenüber den anderen europäischen Staaten. Die EMRK und ihre Kontrollinstrumente stellen wichtige Mittel zur Erreichung des „ordre public européen“ dar.<sup>85</sup> Eine Kündigung der EMRK durch die Schweiz würde somit den grundlegenden Zielen des Europarates und der EMRK entgegenstehen.

### 5.2 DIE SCHWEIZ ALS KATALYSATOR FÜR REFORMEN

Eine Kündigung der EMRK hätte für die Schweiz den Ausschluss aus dem Europarat zur Folge (vgl. hierzu unten 6.1). Der Europarat würde damit einen wichtigen diplomatischen Akteur auf der europäischen Bühne als Mitglied verlieren. In den 47 Jahren ihrer Mitgliedschaft hat die Schweiz verschiedene Reformen vorangetrieben und sich für die Demokratisierungsprozesse in einzelnen Mitgliedstaaten (z.B. durch Wahlbeobachtung) aktiv eingesetzt.

Wegbereiterin  
für Reformen

Besonders wertvoll hat sich die Mitgliedschaft der Schweiz für die Schwierigen institutionellen Reformen des Gerichtshofes erwiesen. So geht das 11. Zusatzprotokoll zur EMRK, das nach dem Fall des Eisernen Vorhanges und dem damit verbundenen Sprunghaften Anstieg der Arbeitslast die bisher grundlegendste Reform des Gerichtshofes ermöglichte, auf einen Bericht der Schweiz von 1985 zurück.<sup>86</sup>

Ihre starke Stellung und wichtige Mitarbeit hat die Schweiz erst kürzlich wieder an der Ministerkonferenz in Interlaken im Februar 2010 bewiesen, die im Rahmen der Schweizer Präsidentschaft des Ministerkomitees durchgeführt wurde. Erfolgreich wurden dabei auch die zögerlichsten Mitgliedstaaten von der Notwendigkeit der Durchführung einer weiteren Reform des überlasteten EGMR

<sup>85</sup> Häberle, P. 1991: 265.

<sup>86</sup> NZZ Folio 1/1996, verfügbar auf <http://www.nzzfolio.ch/www/d80bd71b-b264-4db4-afd0-277884b93470/showarticle/787c1677-bb8d-4e2e-95d7-b7b0875982f7.aspx> besucht am 2. 6. 2011.

überzeugt.<sup>87</sup> Insbesondere hat die Schweiz im Vorfeld der Konferenz auch wesentlich dazu beigetragen, dass Russland als letzter Mitgliedstaat im Januar 2010 das 14. Zusatzprotokoll zur Reform des EGMR ratifiziert hat.<sup>88</sup>

Mit einem Ausschluss aus dem Europarat könnte die Schweiz auch keinen Einfluss mehr auf die anderen Verträge nehmen, welche im Rahmen des Europarats zu Stande gekommen sind. Es sind dies etwa die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen von 1992 und das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten von 1995. In diesen Bereichen besteht auf Seiten der Schweiz wie auch des Europarates ein vitales Interesse an einer Zusammenarbeit, insbesondere bei der Umsetzung in allen Mitgliedstaaten.

Ausschluss aus  
Europarat

### 5.3 KONSEQUENZEN AUF DIE MENSCHENRECHTSSITUATION IN EUROPA BEI EINER KÜNDIGUNG DER EMRK DURCH DIE SCHWEIZ

Eine Beschwerde an den EGMR ist nur gegen einen Konventionsstaat möglich (vgl. Art. 33 und 34 EMRK). Durch die Kündigung der EMRK könnten Personen, die in der Schweiz in ihren Rechten verletzt werden, nicht mehr an den EGMR gelangen. Eine Kündigung der Konvention durch die Schweiz wäre für die EMRK ein grosser Rückschlag, insbesondere was das Ziel der flächendeckenden Einhaltung der Grundrechte in Europa betrifft.

Die Gewährleistung der Menschenrechte durch die EMRK könnte bei einer Kündigung durch die Schweiz jedoch auch im Ausland eine Beeinträchtigung erfahren. Durch die wachsende Zahl der Mitgliedstaaten seit dem Inkrafttreten der EMRK vor über 60 Jahren hat sich die Zusammensetzung der Konventionsstaaten von einer ziemlich homogenen westeuropäischen Gruppe von etablierten Rechtsstaaten zu einem heterogenen gesamteuropäischen Kreis entwickelt.<sup>89</sup> Es ist heute deshalb eine der zentralen Aufgaben des EGMR, einen Beitrag zum Aufbau des Rechtsstaates in den post-kommunistischen neueren Demokratien zu leisten.<sup>90</sup> Durch einen Austritt der Schweiz würde das Ansehen der Konvention in diesen Staaten auf empfindliche Art geschwächt.

Europäische  
Menschenrechte

Doch auch unter den Gründungsmitgliedern des Europarates könnte ein Austritt der Schweiz ein fatales Signal abgeben. Denn auch in anderen westeuropäischen Staaten ist der wirksame Grundrechtsschutz durch den EGMR nationalistischen Politikern ein Dorn im Auge. Zuletzt offen mit einer Kündigung gedroht hat der Englische Premier David Cameron, der in seiner Zeit als Oppo-

<sup>87</sup> BBl 2009 6291: 6357 und 6517 ff.

<sup>88</sup> Vgl. NZZ Online vom 15.01.2010, [http://www.nzz.ch/nachrichten/international/moskau\\_gibt\\_seine\\_blockade\\_in\\_strassburg\\_auf\\_1.4519861.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/international/moskau_gibt_seine_blockade_in_strassburg_auf_1.4519861.html) besucht am 06.05.201.

<sup>89</sup> Pellonpää, M. 2002: 79.

<sup>90</sup> Pellonpää, M. 2002: 80.

sitionsführer noch den Austritt aus dem Europarat gefordert hatte und in seiner bisherigen Regierungszeit bereits einmal das Parlament dazu bewogen hat, die Umsetzung eines EGMR-Urteils zu verweigern. Wie auch in den möglichen Urteilen gegen die Schweiz auf Grund problematischer Volksinitiativen, ging es in dem konkreten Fall vor allem um Symbole: England hätte seine Gesetze so anpassen müssen, dass es Strafgefangenen nicht mehr grundsätzlich verboten gewesen wäre, abzustimmen und zu wählen. Cameron jedoch fand, es werde ihm übel, wenn er daran denke, Häftlingen ein Stimmrecht zu gewähren.<sup>91</sup> Bei dieser feindseligen Stimmung gegen die Konvention würde ein Austritt der Schweiz die Verteidigung der Mitgliedschaft Englands nicht einfacher machen. Häufig wird auch vergessen, dass die Rechtsprechung des EGMR nicht bloss Minderheiten in der Schweiz und anderen westeuropäischen Staaten schützt, sondern in allen 47 Mitgliedstaaten des Europarats. Dazu gehören auch Staaten mit einer muslimischen Bevölkerungsmehrheit, in denen christliche Minderheiten auf einen wirksamen Minderheitenschutz angewiesen sind. Etwa in der Türkei oder in Aserbaidschan.

Feindseligkeit  
gegen die  
EMRK in  
England

Im Abstimmungskampf zur Minarettverbot-Initiative wurde unter anderem das Argument vorgebracht, ein Bauverbot von Minaretten sei nötig aus Solidarität gegenüber unterdrückten Christen in muslimischen Ländern. Dabei gefährdet diese Volksinitiative den Bestand der EMRK und damit direkt die Interessen unterdrückter Minderheiten. Wo Schweizer/innen sich für Minderheiten einsetzen wollen, ist es weit wirksamer, die EMRK zu stärken, statt selber Minderheitenrechte zu verletzen. In einem Urteil gegen die Türkei<sup>92</sup> hat der EGMR das Recht einer religiösen Minderheit auf das Tragen ihrer traditionellen Kleidung (Turban, Stock und Tunika) geschützt und damit die religiöse Diversität auch in einem streng laizistischen Staat und auch in einem Staat mit muslimischer Bevölkerungsmehrheit geschützt. Der EGMR hat die Praxis entwickelt, dass bei der Feststellung, der Grundrechtsstandard in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten habe sich erhöht, dieser Konsens als EMRK-Recht auch die übrigen Mitgliedstaaten bindet.<sup>93</sup> Der Schweiz kommt dabei durch ihre starke demokratische und rechtsstaatliche Tradition eine wichtige Rolle als Vorbild für die Stärkung der Menschenrechtssituation und der Rechtstaatlichkeit in Europa zu. Mit einem Ausschluss aus dem Europarat würde sich die Schweiz unweigerlich von der Werthaltung der europäischen Staatengemeinschaft distanzieren und würde auch die übrigen Anstrengungen des Europarates um Minderheitenschutz und friedliche Entwicklung gefährden. Das wirksamste Mittel der Schweiz, sich für die Rechte von Minderheiten (etwa Christen in der Türkei) einzusetzen, ist auf die Umsetzung der EGMR-Rechtsprechung durch alle Mitgliedstaaten zu pochen und selbst die EMRK vorbildlich umzusetzen.

Schutz von  
Christen in  
anderen  
Ländern

<sup>91</sup> NZZ vom 11.02.2011.

<sup>92</sup> Ahmet Arslan und andere vs. Türkei, Beschwerde 41135/98, Urteil vom 23.02.2010.

<sup>93</sup> Keller, H. / Stone Sweet, A. 2008: 6.

## 6 KÜNDIGUNG UND WIEDERBEITRITT MIT VORBEHALT?

Nach der Annahme der Minarettverbot-Initiative wurden intensive Diskussionen über deren Vereinbarkeit mit der EMRK geführt. Die Initianten der Minarettverbot-Initiative brachten die Idee auf, man könne in diesem Falle die Konvention kündigen und mit einem Vorbehalt wieder beitreten. Die SVP hat diese Forderung inzwischen in ihr Parteiprogramm aufgenommen.<sup>94</sup> Auch der Bundesrat hat dies in Betracht gezogen, macht jedoch zugleich darauf aufmerksam, dass es auch bestimmte internationale Verträge gibt, die aus politischen Gründen nicht kündbar sind.<sup>95</sup> Inwiefern ein Austritt mit anschliessendem Wiederbeitritt überhaupt möglich wäre und was ein solcher Schritt für Konsequenzen mit sich bringen würde, soll nachfolgend untersucht werden.

### 6.1 KÜNDIGUNG DER EMRK

Die Kündigung der EMRK ist in der Konvention selber geregelt. Art. 58 EMRK legt fest, unter welchen Bedingungen ein Mitgliedsstaat den Vertrag kündigen kann. Demnach ist eine Kündigung frühestens fünf Jahre nach dem Beitritt und unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist möglich. Die Schweiz ist schon seit über dreissig Jahren Vertragspartei und erfüllt somit die erste Voraussetzung. Sie müsste sich allerdings an die Kündigungsfrist halten. Während dieser Zeit können gemäss Art. 58 Abs. 2 EMRK weitere Beschwerden wie bis anhin eingereicht werden. Dies bedeutet, dass Staatsakte, welche *vor* der Kündigung stattgefunden haben, weiterhin vom EGMR gegen den ehemaligen Vertragsstaat bindend beurteilt werden können.<sup>96</sup> Sollte also eine Person mit einer Individualbeschwerde gegen die Schweiz das Bauverbot gegen ein Minarett beim EGMR erfolgreich anfechten, so hätte dieses Urteil für die Schweiz bindende Wirkung, sofern das Bauverbot nicht später als sechs Monate nach der Kündigung ausgesprochen würde.

Kündigungs-  
frist

Mit der Kündigung der EMRK wäre für die Schweiz ausserdem die Konsequenz verbunden, dass sie nach der Praxis des Europarats gezwungen wäre, aus diesem auszutreten (vgl. Art. 58 Abs. 3 EMRK und Art. 3 und 4 der Satzung des Europarats).<sup>97</sup> Sie wäre dann neben Weissrussland als einziges europäisches Land nicht mehr Mitglied des Europarates, was erhebliche politische Folgen nach sich ziehen könnte. Diese werden weiter unten näher dargelegt (siehe 6.3).

Ausschluss aus  
Europarat

<sup>94</sup> SVP-Parteiprogramm 2011–2015, S. 56; verfügbar unter: <http://www.svp.ch/display.cfm/id/101396> besucht am 21.05.2011.

<sup>95</sup> BBl 2010 2263: 2317.

<sup>96</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: Art. 58.

<sup>97</sup> Jaag, T. 2009: N 506.

## 6.2 WIEDERBEITRITT MIT VORBEHALT

Während bei gewissen völkerrechtlichen Verträgen Vorbehalte generell ausgeschlossen sind, ist deren Anbringen bei der EMRK gemäss der Konvention unter gewissen Voraussetzungen möglich.<sup>98</sup> Art. 57 Abs. 1 EMRK statuiert, dass es jedem Vertragsstaat grundsätzlich erlaubt ist, *bei der Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK* Vorbehalte anzubringen, soweit diese nicht allgemeiner Art sind. Das hat zur Folge, dass Vorbehalte, deren Bedeutung nicht allgemein erkennbar ist oder solche, die sich nicht auf eine bestimmte Vorschrift der Konvention beziehen, unzulässig sind.<sup>99</sup>

Vorbehalte

Ausserdem müssen Vorbehalte gemäss der Rechtsprechung des EGMR mit Sinn und Zweck der Konvention vereinbar sein.<sup>100</sup> Die Kompetenz zur Entscheidung über die Zulässigkeit von Vorbehalten sowie deren Rechtsfolgen liegt beim EGMR selber, das heisst, er kann sich über einen Vorbehalt hinwegsetzen.<sup>101</sup>

Grenzen eines Vorbehaltes

Ein Vorbehalt bezüglich des Minarettverbotes könnte wohl ohne Probleme in Übereinstimmung mit Art. 57 EMRK formuliert werden. Ob ein solcher Vorbehalt jedoch bezüglich der Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) oder des Diskriminierungsverbotes (Art. 14 EMRK) nicht dem Sinn und Zweck der Konvention zuwiderlaufen würde, muss stark bezweifelt werden. Dies, weil Vorbehalte grundsätzlich zwischenstaatlicher Natur sind und deshalb auch im Rahmen der EMRK nur gegenüber Bestimmungen, welche die Staaten betreffen, nicht jedoch gegenüber Anspruchsgrundlagen von Privaten gemacht werden können.<sup>102</sup> Es müsste vom EGMR als Verstoß gegen Sinn und Zweck der EMRK beurteilt werden, wenn ein Staat die von der EMRK garantierten Mindeststandards an Grundrechten seiner Bürger/innen auf diese Weise beschränken würde.

Minarettverbot

Bevor ein Wiederbeitritt möglich wäre, müsste die sechsmonatige Kündigungsfrist abgewartet werden. Allerdings ist ein sofortiger Wiederbeitritt mit Vorbehalt widersprüchlich und klar rechtsmissbräuchlich. Das Rechtsmissbrauchsverbot ist ein allgemeines Prinzip des Völkerrechts<sup>103</sup> und ist verletzt, wenn ein subjektives Recht für einen anderen Zweck ausgeübt wird, als es bestimmt ist.<sup>104</sup> Zweck der Anbringung eines Vorbehaltes zur EMRK kann aber keinesfalls sein, im Falle einer festgestellten Verletzung einen Wiederbeitritt unter Ausklammerung genau dieser Verletzung zu ermöglichen. Die Rechtsverbindlichkeit und die Bedeutung von internationalen Verträgen würden völlig untergra-

Rechtsmissbrauch

<sup>98</sup> Ein Teil der Lehre geht jedoch davon aus, dass Vorbehalte bei Menschenrechtsverträgen grundsätzlich ausgeschlossen seien, so etwa Peters, A. 2008: 168; UN-Menschenrechtsausschuss, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24.; Hobe, S. 2008: 222.

<sup>99</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: N 5 zu Art. 57.

<sup>100</sup> Belilos vs. Switzerland, Beschwerde 10328/83, Urteil vom 29.04.1988.

<sup>101</sup> Frowein, J.A. / Peukert, W. 2009: N 7 zu Art. 57.

<sup>102</sup> Peters, A. 2008: 168.

<sup>103</sup> Hobe, S. 2008: 197 f.; Peters, A. 2008: 121.

<sup>104</sup> Verdross, A. / Simma, B. 1984: 281.

ben, wenn eine Kündigung mit anschliessendem Wiederbeitritt stattfinden könnte, da sich so Vertragsstaaten im schlimmsten Fall nicht an einen Vertrag halten und Normen, die ihnen unbequem sind einfach umgehen könnten.

### 6.3 POLITISCHE KONSEQUENZEN EINER KÜNDIGUNG

Die Kündigung der EMRK hätte für die Schweiz zwingend auch einen Austritt aus dem Europarat zur Folge. In der über sechzig jährigen Geschichte des Europarats ist dies erst einmal vorgekommen (Griechenland unter dem Militärregime 1969, wobei der Staat nach dem Ende der Diktatur wieder beigetreten ist). Demzufolge ist es schwer abzuschätzen, welche Folgen eine Kündigung der EMRK beziehungsweise ein Ausschluss aus dem Europarat hätte. Sicher ist jedoch, dass dies erhebliche politische Folgen mit sich bringen würde.

Der Europarat ist eine der wenigen europäischen Institutionen, in welcher die Schweiz ein vollwertiges Mitglied ist. Diese Organisation, welche das Ziel hat, die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit in Europa zu fördern und sich stark für die Einhaltung der Menschenrechte einsetzt, gibt der Schweizer Regierung sowie auch dem Parlament die Möglichkeit, sich am europäischen Geschehen zu beteiligen und Ideen einzubringen. Die Schweiz trägt seit ihrem Beitritt von 1963 entscheidend dazu bei, die europäische Entwicklung in rechtlichen und sozialen Fragen voranzutreiben und die innereuropäische Zusammenarbeit zu fördern. Die Mitgliedschaft im Europarat ist für die Schweiz und ihre internationalen Beziehungen deshalb wichtig.<sup>105</sup> Die Mitgliedschaft im Europarat wird auch als das „Tor zu Europa“ bezeichnet<sup>106</sup> – das ist für die Schweiz insbesondere deshalb wichtig, weil sie nicht Mitglied der EU ist. Mit der Kündigung der EMRK würde die Schweiz eine Ablehnung europäischer Grundwerte signalisieren. Sie wäre dann neben Weissrussland der einzige europäische Staat, welcher nicht Mitglied des Europarats ist. Diese Abgrenzung gegen die rechtlichen, sozialen und kulturellen Werte, welche in den zahlreichen Konventionen des Europarats statuiert sind, würde zu einer politischen Isolation der Schweiz in Europa führen. Die Schweiz hätte es noch schwerer, sich ohne Beziehungen und ohne Mitspracherecht in Europa behaupten zu können.

Ablehnung  
europäischer  
Grundwerte

Der Bundesrat hat sich in seinem Bericht „Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht“ mit der Problematik der Kündigung der EMRK befasst. Während in diesem Bericht betont wird, dass der Willen des Volkes stark zu gewichten ist und Ergebnisse von Volksinitiativen, welche gegen die EMRK verstossen, „als Auftrag zur Kündigung der entgegenstehenden internationalen Verpflichtung zu verstehen ist“<sup>107</sup>, wird eine Kündigung aber trotzdem als „aus politischen Gründen nur schwer denkbar“ bezeichnet<sup>108</sup> und die Meinung vertreten, es

Volksinitiativen

<sup>105</sup> Jaag, T. 2009: N 356..

<sup>106</sup> Ebd.

<sup>107</sup> BBI 2010 2263: 2317.

<sup>108</sup> Auch in der herrschenden Lehre wird die EMRK heute zu den „für die Schweiz rechtlich oder faktisch unkündbaren internationalen Abkommen“ gewertet. Vgl. etwa Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: N 1757b.

müssten andere Wege gefunden werden, um dem Volksentscheid und den Anforderungen der EMRK Genüge zu tun<sup>109</sup>. Deshalb hat der Bundesrat mit der Verabschiedung am 5. März 2010 einen weiteren Bericht in Auftrag geben, welcher die Problematik von völkerrechtswidrigen Volksinitiativen beurteilen soll. Dieser Bericht ist Ende März 2011 erschienen.<sup>110</sup> Als neue materielle Schranken für die Gültigkeit von Volksinitiativen schlägt er aber nicht die EMRK vor, sondern macht den technisch unglücklichen und ungenügenden Vorschlag, den sogenannten Kerngehalt der Grundrechte als Schranke vorzusehen; kombiniert mit einer unverbindlichen Vorprüfung des Initiativ-Vorhabens.<sup>111</sup>

Ein nicht zu unterschätzender und bisher noch wenig thematisierter Vorteil der EMRK besteht aber gerade darin, dass sie einen wirksamen Grundrechtsschutz ermöglicht, auch ohne dass das Initiativrecht eingeschränkt wird. Sie schafft nämlich einen übergeordneten Rahmen, innerhalb dessen direktdemokratische Entscheidungen Wirkungen entfalten, jedoch einigermassen wirkungslos bleiben, wenn sie diesen Rahmen verletzen. Die Verwahrungsinitiative ist ein anschauliches Beispiel für diese Wirkung der EMRK. In der EMRK-konformen Umsetzung der Initiative blieb so gut wie nichts von ihrem ursprünglichen Gehalt erhalten.

Grundrechtlicher Rahmen

Die EMRK enthält eine Reihe völkerrechtlicher Normen, die zwar nicht zwingend sind, aber erzwingbar. Das hat den bedenklichen Effekt, dass Initiativen, die vom Volk angenommen wurden in der Praxis wirkungslos bleiben, aber den Vorteil, dass die Einhaltung der Menschenrechte auch dann noch garantiert ist, wenn künftig keine Einigung darüber erzielt werden kann, wie das Verhältnis von Rechtsstaat und Volksrechten wieder ins Gleichgewicht gebracht werden soll. Umso wichtiger ist es, zur Kenntnis zu nehmen, dass die EMRK stärker unter Druck kommt, je effizienter ihre Wirkung gegen grundrechtswidrige Volksinitiativen ist. Der wirksame Grundrechtsschutz durch die EMRK ist in der Zukunft daher nicht einfach selbstverständlich, sondern wird verstärkt gegen Angriffe verteidigt werden müssen.

Stärkung der EMRK wichtiger denn je

---

<sup>109</sup> BBl 2010 2263: 2323 ff.

<sup>110</sup> Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 05.03.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30.03.2011, BBl 2011 3613, 3656.

<sup>111</sup> Für eine ausführliche Kritik siehe: Schlegel S. / Suter D. 2011: Wirkung der Grundrechte, Jusletter, 9. Mai 2011; verfügbar unter: [http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2011/05/Jusletter\\_9\\_Mai\\_2011\\_Verwirklichung\\_der\\_Grundrechte.pdf](http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2011/05/Jusletter_9_Mai_2011_Verwirklichung_der_Grundrechte.pdf); Burri N. / Grossenbacher K. / Schinzel, A. / Suter, D. 2011: foraus Diskussionspapier 07: Volksinitiativen: Bausatz für eine Reform, insbes. S. 42ff., verfügbar auf: [http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2011/05/Volksinitiativen\\_Bausatz\\_fuer\\_eine\\_Reform.pdf](http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2011/05/Volksinitiativen_Bausatz_fuer_eine_Reform.pdf).

## 7 FAZIT

Der Bundesrat schwankt in seinem Bericht vom März 2010 zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht zwischen dem Respekt vor Mehrheitsentscheiden und dem Respekt vor den Grundrechten, welche in der EMRK garantiert werden. Er lässt dabei einerseits ausser Acht, dass auch die EMRK mehrfach vor dem Willen des Volkes standhalten musste und daher demokratisch legitimiert ist. Weil die EMRK nicht einfach ein Gesetz ist, das wir uns selbst gegeben haben, und das wir daher jederzeit ändern können, sondern ein Versprechen, das wir gegen aussen abgegeben haben, hat sie eine höhere Verbindlichkeit als spätere Volksentscheide, die im Widerspruch zu ihr stehen. Wollen wir gegen die Grundrechte verstossen, so müssten wir uns konsequenterweise zuerst von den entsprechenden internationalen Verbindlichkeiten befreien.

EMRK als Versprechen gegen aussen

Andererseits lässt der Bundesrat bei seiner Respektbekundung vor dem Volkswillen auch ausser Acht, dass es die Initianten von EMRK-widrigen Initiativen sind, welche die Direkte Demokratie gefährden, da sie dem Volk suggerieren, über eine Frage bestimmen zu können, die gar nicht zur Disposition steht, solange wir Mitglied des Europarates sind.

Demokratiegefährdung durch Volksinitiativen

Da die Schweiz von dieser Mitgliedschaft sehr hat profitieren können und die 46 übrigen Mitglieder des Europarates ebenfalls von der Mitgliedschaft der Schweiz profitieren konnten, da ein Wiederbeitritt mit Vorbehalt nach einem Austritt klar rechtsmissbräuchlich wäre, täte die Schweiz nach Ansicht der Autoren/innen dieses Diskussionspapiers gut daran, in aller Deutlichkeit zu der wichtigsten Errungenschaft der Demokratie zu stehen: Den Grund- und Menschenrechten.

Keine Kündigung mit Wiederbeitritt

Auch in Zukunft und auch in der Schweiz wird das weltweit wirksamste System zur Durchsetzung der Grundrechte, die EMRK, unentbehrlich bleiben für den Schutz der Freiheit des Einzelnen.

## LITERATURVERZEICHNIS

- Biaggini, G. 2007: Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich
- European Court of Human Rights 2010: Analysis of statistics 2009 und 2010, [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/89A5AF7D-83D4-4A7B-8B91-6F4FA11AE51D/0/Analysis\\_of\\_statistics2009.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/89A5AF7D-83D4-4A7B-8B91-6F4FA11AE51D/0/Analysis_of_statistics2009.pdf); [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E5CF240E-5305-4E9F-BC0F-A06CABAC1315/0/Analyse\\_statistique\\_2010.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E5CF240E-5305-4E9F-BC0F-A06CABAC1315/0/Analyse_statistique_2010.pdf), besucht am 21.05.2011
- Fanzun, J. A. 2005: Die Grenzen der Solidarität. Schweizerische Menschenrechtspolitik im Kalten Krieg, Zürich
- Frowein, J. A. / Peukert, W. 2009: Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg / Strassburg
- Peters, A. 2008: Völkerrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf
- Häberle, P. 1991: Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S. 261 ff.
- Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich / Basel / Genf
- Häfelin, U. / Müller, G. / Uhlmann, F. 2010, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich, Basel, Genf.
- Haefliger, A. 2008: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, Bern
- Haefliger, A. / Schürmann, F. 1999: Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz: Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2. Aufl., Bern
- Hobe, S. 2008: Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl., Tübingen / Basel
- Jaag, T. 2009: Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 2. Aufl., Zürich / Basel / Genf
- Jaggi, M. 2008: EGMR-Entscheid zum Adoptionsgesuch einer homosexuellen Frau – Auswirkungen auf die Schweiz, Jusletter vom 17. März 2008
- Keller, H. 2003: Rezeption des Völkerrechts: Eine rechtsvergleichende Studie zur Praxis des U.S. Supreme Court, des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften und des schweizerischen Bundesgerichts in ausgewählten Bereichen, Habil., Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 160, Berlin etc.
- Keller H. / Stone Sweet, A. 2008: A Europe of Rights, The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford
- Kley, A. 2008: Art. 29a, in: Ehrenzeller, B. / Mastronardi, P. / Schweizer, R. J. / Vallender, K.A. (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen
- Müller, J. P. 1997: Der Wandel des Souveränitätsbegriffes im Lichte der Grundrechte, in: Fragen des internationalen Menschenrechtsschutzes, René Rhinow (Hrsg.), Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Beiheft 25, Zürich

- Müller, J.-P. 2010: Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, Jusletter vom 1. März 2010
- Nay, G. 2010: Es geht auch um die Abstimmungsfreiheit, in: Gross, A. / Krebs, F. / Schaffner, M. / Stohler, M. (Hrsg.), Von der Provokation zum Irrtum – Menschenrechte und Demokratie nach dem Minarett-Bauverbot, St. Ursanne
- Nef, R. 2009: Soll Völkerrecht Landesrecht brechen?, Schweizer Monatshefte Mai / Juni 2009 S. 3 ff.
- Pellonpää, M. 2002: Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Aufbau des Rechtsstaats in den neuen Demokratien, in: Donatsch, A. / Forster, M. / Schwarzenegger, C. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich
- Schindler D., Kommentar zu Art. 89 [a]BV in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Loseblattsammlung, Ordner IV, Stand Oktober 1989, Zürich, Basel, Bern.
- Steinmann, G. 2008: Art. 30, in: Ehrenzeller, B. / Mastronardi, P. / Schweizer, R. J. / Vallender, K.A. (Hrsg.): Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich / St. Gallen
- Sutter, P. / Zelger, U. 2005: 30 Jahre EMRK–Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Bern
- Tschannen, P. 2007: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Bern
- Verdross, A. / Simma, B. 1984: Universelles Völkerrecht, Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin
- Van Staa, H. 2003: Die europäischen Institutionen der Gemeinden und Regionen Europas, Eric, J. / Weber, M. (Hrsg.), 40 Jahre Schweiz im Europarat, Basel / München
- Villiger, M. E. 1999: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich