

## **Jahreskonferenz 2011 des Vereins "Unser Recht" zur EMRK – Konferenzbericht**

Die Jahreskonferenz 2011 des Vereins "Unser Recht" fand am 8. Juli im Hotel Kreuz in Bern statt und war der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewidmet. Vereinspräsident Dr. *Ulrich E. Gut* erklärte diese Themenwahl damit, dass die EMRK momentan zunehmend unter Druck gerate und es daher wichtig sei, sich auf die zu erwartenden künftigen Auseinandersetzungen vorzubereiten. Obwohl die EMRK in der Nachkriegszeit als Reaktion auf die erlebte Schutzlosigkeit der Grundrechte entstanden sei, brauche es sie auch noch heute. Schliesslich habe gerade die Schweiz wegen ihrer direkten Demokratie für andere Staaten die Funktion eines "Testlabors" für neue Tendenzen und damit für die Anfechtung von Errungenschaften im Zusammenhang mit der EMRK.

Vor den Referaten zur EMRK orientierte Nationalrat *Kurt Fluri* (FDP, SO) die Teilnehmenden über die auf Bundesebene aktuell behandelten Geschäfte von rechtsstaatlicher und völkerrechtlicher Bedeutung. Momentan beschäftigen die Bundesbehörden sich besonders häufig mit Fragen bezüglich der Umsetzung angenommener, im Widerspruch zu den Grundrechten stehender Volksinitiativen wie beispielsweise der Unverjährbarkeits-, der Verwahrungs- und der Ausschaffungsinitiative. Des Weiteren intensiviere sich momentan die Diskussion über die Verfassungsgerichtsbarkeit, d.h. über eine etwaige Aufhebung von Art. 190 BV. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats habe am 23. Juni 2011 nach Auswertung der Vernehmlassungsantworten zu dieser Frage beschlossen, an ihrem Antrag, dass Art. 190 BV aufzuheben sei, festzuhalten – obgleich einige wichtige Vernehmlassungsteilnehmende sich gegen die Aufhebung oder für eine andere Variante aussprachen. Es sei daher derzeit noch nicht abzusehen, welche Lösung sich durchsetzen werde.

Am 30. März 2011 publizierte der Bundesrat einen Zusatzbericht (BBl 2011 3613) zu seinem Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010 (BBl 2010 2263). Darin schlage er erstens ein erweitertes, nicht bindendes verwaltungsinternes Vorprüfungsverfahren für Volksinitiativen (im Hinblick auf deren Konformität mit dem Völkerrecht) vor der Unterschriftensammlung vor, dessen Ergebnis auf den Unterschriftenbögen vermerkt würde. Der zweite Vorschlag umfasse eine Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe auf grundrechtliche Kerngehalte der Bundesverfassung und der völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien. Die dritte untersuchte Möglichkeit, klare Verhältnisse bei Kollisionsproblemen von Völkerrecht und Landesrecht zu schaffen, indem die „Schubert-Praxis“ (wonach das Bundesgericht an ein neueres Bundesgesetz, welches einem älteren Staatsvertrag widerspricht, gebunden ist, sofern der Gesetzgeber den Widerspruch bewusst in Kauf genommen hat; BGE 99 Ib 39) in der Bundesverfassung verankert würde, lehne der Bundesrat ab. Auf diesen Zusatzbericht reagierte die Staatspolitische Kommission des Nationalrats mit einer Motion (Geschäftsnummer 11.3751), in welcher sie den Bundesrat beauftrage, die rechtlichen Grundlagen für das vorgeschlagene Vorprüfungsverfahren sowie die Ausdehnung der Ungültigkeitsgründe im vom Bundesrat vorgeschlagenen Sinn zu erarbeiten.

Weiter beschäftigen sich die Bundesbehörden mit der Initiative „Staatsverträge vors Volk“ der AUNS, wonach für Staatsverträge in „wichtigen Bereichen“ stets das obligatorische Referendum vorgeschrieben sein soll. Bundesrat und Nationalrat setzen

sich für einen direkten Gegenvorschlag ein, welcher das obligatorische Referendum für alle Staatsverträge einführen möchte, deren Inhalt Verfassungsrang hat. Der Ständerat habe sich allerdings dafür ausgesprochen, die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung zu empfehlen. Das Differenzbereinigungsverfahren stehe noch aus.

Schliesslich wurde das Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen (AS 2011 1381; BBl 2010 8963) in Kraft gesetzt, welches für Verordnungen und Verfügungen gemäss Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV insbesondere eine zeitliche Befristung vorsieht. Dem Erlass sei im Gesetzgebungsverfahren kaum Widerstand erwachsen.

Im ersten Referat zur EMRK beschrieb Prof. *Mark Villiger* (Richter Liechtensteins am EGMR) im Sinne einer Momentaufnahme die heutige Stellung und Arbeit des EGMR.

Die Bedeutung der Individualbeschwerde gemäss Art. 34 EMRK sei kaum zu überschätzen: Sie garantiere, dass Einzelpersonen sich gegen EMRK-widrige Handlungen von Mitgliedstaaten wirksam zur Wehr setzen können. Seit der Errichtung des Strassburger Beschwerdesystems seien ca. 500'000 Beschwerden eingegangen. Die hohe Zahl von hängigen Beschwerden (momentan ca. 153'000) habe immer wieder zu Reformen geführt. So würden heute z.B. nicht mehr die am frühesten eingegangenen, sondern die wichtigsten Fälle zuerst behandelt, die Erledigung von Verfahren durch Einzelrichter sei möglich und das Gericht weise Beschwerden, bei denen kein erheblicher Nachteil geltend gemacht werden kann, in der Regel als unzulässig ab. Allerdings kämen bereits neue arbeitsintensive Aufgaben auf den EGMR zu: Es werde diskutiert, ob der Gerichtshof auf Antrag höchster nationaler Gerichte unverbindliche Gutachten zu Fragen betreffend die EMRK erstellen können soll. Ausserdem werden sich neue Fragen in Bezug auf den Beitritt der EU zur EMRK stellen.

Neben der grossen Arbeitslast sehe sich der EGMR mit dem Problem konfrontiert, dass ihm gegenüber viele Vorurteile bestehen: Immer wieder werde vorgebracht, dass demokratisch nicht legitimierte "fremde Richter" des EGMR sich in nationale Angelegenheiten einmischen würden. In Art. 22 EMRK sei jedoch geregelt, dass die Mitglieder des Gerichts von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, in welche die Parlamente der Mitgliedstaaten Vertreterinnen und Vertreter entsenden, gewählt werden. Jeder Vertragsstaat stelle ein Mitglied des Gerichts. Die Art. 21 und Art. 23 EMRK garantieren zudem dessen Unabhängigkeit und hohe Qualität. Ausserdem werde den Einzelstaaten bei der Umsetzung der Urteile ein grosser Spielraum belassen. Der EGMR stelle bloss eine Verletzung der EMRK fest, welche zu beseitigen sei. Wie der betreffende Staat dies tue, sei ihm selbst überlassen. Der Grossteil der Entscheide werde problemlos umgesetzt, und in den Einzelfällen, in welchen nationale Behörden erklären, ein Urteil nicht umsetzen zu können oder zu wollen, könne in der Regel dennoch ein Weg gefunden und das betreffende Urteil durchgesetzt werden.

Weiter werde oft vorgebracht, der EGMR sässe in einem Elfenbeinturm. Durch die grosse Anzahl von Beschwerden erhalte das Gericht jedoch Einblicke in die verschiedensten Lebensbereiche und genauso vielfältig seien auch die Gesellschaftsgruppen, welche bereits von seiner Rechtsprechung profitiert hätten. Zudem führe der EGMR einen steten Dialog nicht nur mit nationalen Gerichten, sondern auch mit Institutionen der Zivilgesellschaft.

Die Fälle, mit denen sich der EGMR momentan beschäftige, seien vielfältig. Die Themen erstrecken sich von der Frage bezüglich Vaterschaftsurlaub in der Armee und der Publikation von Bildern von Prominenten über die Rechte der Flüchtlinge, die auf Lampedusa landeten und nach Libyen zurückgebracht wurden, bis zu zwei

Staatenbeschwerden von Georgien gegen Russland. In allen Verfahren beachte der Gerichtshof das Subsidiaritätsprinzip, insbesondere gestehe er den innerstaatlichen Behörden einen eigenen Ermessensspielraum zu. Er lege die EMRK aktuell und wirksam aus, führe, wo nötig, positive Pflichten des Staates zum Schutz von Privatpersonen untereinander ein, halte sich, um Rechtssicherheit zu gewährleisten, so weit wie möglich an seine frühere Rechtsprechung und begründe seine Urteile überzeugend, da sie auf innerstaatlicher Ebene häufig ausführlich besprochen würden. Dabei müsse der EGMR stets im Auge behalten, dass er einerseits einen Einzelfall in einem klassischen "Zweiparteienverfahren" beurteile, andererseits aber auch Präjudizien von so weitreichender Bedeutung schaffe, dass er praktisch die Rolle eines europäischen Verfassungsgerichts inne habe.

Prof. *Michel Hottelier* (département de droit constitutionnel, Université de Genève) beleuchtete in seinem Referat die Entwicklung des Verhältnisses der Schweiz zum EGMR und dessen Rechtsprechung seit ihrem Beitritt zum Europarat und zur EMRK sowie den Prozess der Rezeption der Entscheide des EGMR in der Schweiz, namentlich die Änderungen des schweizerischen Rechts, welche davon ausgingen. Ausserdem sprach er über die Perspektiven der EMRK und zeigte Denkansätze auf, mit denen aktuellen Bedenken gegenüber der EMRK begegnet werden könnte.

Die Schweiz trat dem Europarat 1963 bei und ratifizierte die EMRK erst im Jahr 1974, da sie einerseits von den Ereignissen des Zweiten Weltkriegs nicht unmittelbar betroffen war, wodurch die Garantie der EMRK-Rechte weniger dringlich erschien, und andererseits, weil sie den Bürgerinnen und Bürgern innerstaatlich noch nicht alle EMRK-Rechte zusicherte ("Jesuitenartikel" in Art. 51 aBV, "Klosterartikel" in Art. 52 aBV, fehlendes Frauenstimmrecht), wozu gemäss Art. 1 EMRK jedoch alle Mitgliedstaaten verpflichtet sind. Auch die Adaptation der EGMR-Rechtsprechung ging in der Schweiz relativ langsam vonstatten. Sie sei stets von einem gewissen Argwohn geprägt und nicht immer genügend völkerrechtsfreundlich gewesen. Oftmals führte erst eine Verurteilung der Schweiz durch den Gerichtshof zu einer dringend nötigen Rechtsänderung. Das Urteil *Belilos* gegen die Schweiz vom 29. April 1988 (Nr. 10328/83) drehte sich beispielsweise um eine damalige Regelung in der Strafprozessordnung des Kantons Waadt, wonach die zuständige Polizeikommission abschliessende Entscheide in Strafsachen fällen konnte, ohne dass die Möglichkeit einer gerichtlichen Beurteilung bestanden hätte, was klarerweise gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK versties und heute nicht mehr denkbar wäre. Dennoch wurde die Regelung erst nach der Verurteilung durch den EGMR geändert.

Die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR hätten trotz der Umsetzungsschwierigkeiten einen grossen Einfluss auf das schweizerische Recht und die schweizerische Rechtsprechung, welcher in den letzten ca. 20 Jahren stetig zugenommen habe. Im ZGB und in den früheren kantonalen Strafprozessordnungen seien solche Anpassungen zu finden. Sowohl der Grundrechtskatalog in der revidierten Bundesverfassung, wie auch die eidgenössische Strafprozessordnung seien stark von der EMRK inspiriert. Im Bereich der EMRK-Rechte weiche das Bundesgericht sogar von Art. 190 BV ab und prüfe Bundesgesetze – unabhängig davon, ob sie vor oder nach der EMRK in Kraft getreten sind – auf ihre Menschenrechtskonformität (BGE 125 II 417; "PKK-Rechtsprechung").

Dieser grosse Einfluss werde in letzter Zeit vermehrt hinterfragt. Verschiedene Stimmen kritisierten, die EMRK sei "fremdes Recht" und die "fremden Richter" des EGMR dürften sich nicht in schweizerische Entscheide einmischen – vor allem dann

nicht, wenn diese direktdemokratisch durch das Volk gefällt wurden. Zum Teil werde sogar die Kündigung der EMRK durch die Schweiz gefordert. Der Referent wies darauf hin, wie wichtig es sei, sich darauf zu besinnen, dass die Rechte der EMRK in den einzelnen europäischen Staaten entstanden und die Richter des EGMR demokratisch legitimiert seien. Ausserdem sei daran zu erinnern, dass die Demokratie nicht über allem stehe. Besonders wichtig sei aber, die Demokratie und die EMRK nicht gegeneinander auszuspielen, denn eigentlich verfolgen das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip die gleichen Ziele. Die Universitäten seien gefordert, gründliches Wissen über die EMRK und deren Vorteile zu vermitteln. Die Nachteile, die die Schweiz mit einem "Austritt" aus der EMRK und damit auch aus dem Europarat in Kauf nehmen müsste, wögen sehr schwer, was den Kritikern der EMRK möglicherweise zu wenig bewusst sei. Die EMRK brauche die Schweiz, die Schweiz brauche aber ihrerseits auch die EMRK.

Das Referat von Prof. *Martina Caroni* (Fachbereiche Öffentliches Recht und Völkerrecht, Universität Luzern) hatte die gegenwärtige und künftige Bedeutung der EMRK für die Schweiz zum Gegenstand. Die Wahrnehmung der EMRK durch die Politik und die Bevölkerung wurde ebenso beleuchtet wie einige typische Fälle im Bereich des Ausländerrechts, an denen die Probleme der Schweiz mit der Umsetzung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR sichtbar werden.

In der Politik würden diverse Stimmen die EMRK als disponibel oder sogar als abzulehnendes fremdes Recht bezeichnen, welches die schweizerische Rechtsentwicklung hemme (vgl. z.B. die Antwort der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates auf die parlamentarische Initiative Tschümperlin "Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung", Geschäftsnummer 10.427; Frage Wobmann "Vorbehalt des Minarett-Bauverbotes in der EMRK", Geschäftsnummer 09.5615; SVP-Interpellation "Stopp der Unterwanderung der direkten Demokratie", Geschäftsnummer 08.3631). Diese Ansicht werde von Teilen des Volkes einerseits aus politischer Überzeugung, andererseits aber auch als Folge politischer Kommunikation geteilt, was zur Lancierung und zur Annahme EMRK-widriger Volksinitiativen und – bewusst oder unbewusst – zum Erlass (bzw. zur Verschleppung der Anpassung) EMRK-widriger Gesetze führe.

Im Rahmen der Gesetzgebung komme der EMRK eine grosse Bedeutung zu, im Bereich des Ausländerrechts beispielsweise im Zusammenhang mit der Motion Müller "Reduktion der Einwanderung aus Drittstaaten", Geschäftsnummer 10.3175, wonach für Drittstaatsangehörige die Möglichkeiten des Familiennachzugs auf das völkerrechtliche Minimum gesenkt werden sollen. Eine wichtige Rolle spiele die EMRK auch im Zusammenhang mit der Umsetzung der seit dem 1. Januar 2011 verschärften Bestimmungen im ZGB gemäss der sog. "Lex Brunner" (vgl. Art. 97a, 98 Abs. 4 und 99 Abs. 4 ZGB i.V.m. Art. 67 Abs. 3 und 5 ZStV). Demnach müssen neuerdings Verlobte, die nicht im Besitz des schweizerischen Bürgerrechts sind, ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen, was ein faktisches Eheverbot für abgewiesene Asylbewerber mit abgelaufener Ausreisefrist und Sans-Papiers zur Folge habe. Obwohl der EGMR in seinem Urteil *O'Donoghue et al. gegen das Vereinigte Königreich* vom 14. Dezember 2010 (Nr. 34848/7) ausdrücklich festgehalten habe, dass bei der – an sich erlaubten – Bekämpfung von Scheinehen gerade *nicht* auf den Aufenthaltsstatus abgestellt werden dürfe, erklärte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zu der parlamentarischen Initiative, welche zur "Lex Brunner" führte, dass die Vorlage verfassungs- und EMRK-konform sei. Bei der Umsetzung im Einzelfall könne und müsse

darauf geachtet werden, dass das Recht auf Ehe und Familie gewahrt bleibe. Die daraus folgenden praktischen Schwierigkeiten führen zu einer sich von Kanton zu Kanton sehr stark unterscheidenden Handhabung des Gesetzes. Es bleibe abzuwarten, ob die "Lex Brunner" in der heutigen Form Bestand haben werde.

Da zwischen den europäischen Staaten momentan ein regelrechter Wettbewerb darüber stattfindet, wer die strengsten migrationsrechtlichen Bestimmungen habe, übernehme die EMRK in diesem Bereich eine wichtige Regulierungsfunktion. Um diese wahrzunehmen, aber auch ganz allgemein, müsse die EMRK wieder zu einem ernst genommenen und beachteten Eckpfeiler werden, wie die Referentin betonte. Zudem sei der Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit wichtig, damit das Bundesgericht menschenrechtswidrigen Gesetzen die Anwendung versagen kann und nicht mehr so stark darauf angewiesen sei, dass der Gesetzgeber entsprechend tätig werde. Schliesslich müsse erkannt werden, dass das Volk nicht immer recht habe, die Volksrechte nicht über allem stehen würden und dass wir alle gefordert seien, dabei zu helfen, diese Ziele zu erreichen.

Den Referaten folgte ein Podiumsgespräch unter der Leitung von *Dominique Strebel* (Redaktor "Beobachter") mit der Referentin und den Referenten, den Nationalräten *Kurt Fluri* und *Andreas Gross* sowie Dr. *Frank Schürmann* (Bundesamt für Justiz) mit anschliessender Publikumsdiskussion.

*Dominique Strebel* stellte den Teilnehmenden des Gesprächs insbesondere bezüglich des zunehmenden Drucks auf die EMRK und des wachsenden Konfliktpotenzials zwischen der EMRK und den politischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten interessante Fragen. *Andreas Gross* erklärte, dass zurzeit in ganz Europa – insbesondere in der Schweiz, in Dänemark und in den Niederlanden – nationalistische Strömungen erstarken, wodurch das Verhältnis zwischen den Einzelstaaten und der EMRK leide. Im 20. Jahrhundert seien die wesentlichen Inhalte der direkten Demokratie und die Wichtigkeit von Menschenrechtserklärungen den Bürgerinnen und Bürgern nicht genügend nahegebracht worden. Diese Unkenntnis wirke nach und räche sich nun.

Dr. *Frank Schürmann* erzählte von seiner Tätigkeit als Vertreter der schweizerischen Interessen vor dem EGMR. Das Bundesgericht urteile normalerweise im Sinne der Rechtsprechung des EGMR, die bundesgerichtlichen Urteilsbegründungen seien daher meist eine gute "Vorlage" für die Argumentation vor dem EGMR. Falls es jedoch in der Zukunft zu einem Bundesgerichtsentscheid kommen sollte, der das Minarettverbot schütze, wäre es für ihn nicht ganz einfach, dieses Urteil vor dem EGMR zu vertreten.

Viele Diskussionsteilnehmer betonten noch einmal, wie wichtig es sei, die Bürgerinnen und Bürger gut zu informieren. Einigen politischen Stimmen sei es gelungen, die EMRK sehr negativ darzustellen. Gerade die Mitteparteien könnten hier Abhilfe schaffen, indem sie sich aktiv und offensiv hinter die EMRK stellten und dafür sorgen, dass die Thematik wieder positiver besetzt werde.

In seinem Schlusswort zur Jahreskonferenz äusserte sich Nationalrat *Alec von Graffenried* (Vorstandsmitglied von "Unser Recht") optimistisch. Manche Veränderungen dauern zwar lange, es sei aber zu erkennen, dass sie stattfänden: Eine positive Wirkung von EMRK und EGMR sei klarerweise vorhanden und deren Errungenschaften müssen deutlich hervorgestrichen werden. Seit der letzten Jahreskonferenz sind von verschiedenen Seiten Lösungsansätze für Konflikte zwischen

innerstaatlichem Recht und Völkerrecht vorgebracht worden und die Universitäten bereiten die Juristinnen und Juristen heute gut auf solche Fragen vor, damit sie wissen, dass die Schweiz auf das Völkerrecht angewiesen sei, dass dieses auch zu unserem Recht gehöre und dass sie sich dafür einsetzen müssten.