

# Bilanz 50 Jahre nach dem Beitritt der Schweiz zur Konvention: Errungenschaften, Herausforderungen und Perspektiven

Jörg Künzli, Universität Bern

# Inhalt

1. Fokus des Vortrags
2. Die ersten vierzig Jahre
3. Die neuere EGMR-Praxis zur Schweiz: Einige Schlaglichter
4. Die EMRK und der Vorrang des Völkerrechts
5. Gründe für die Gutheissung einer Beschwerde durch den EGMR
6. Die EMRK im Gefüge des Individualrechtsschutzes
  - a. Die EMRK und die Bundesverfassung
  - b. Die EMRK und weitere Menschenrechtsverträge
7. Herausforderungen und Perspektiven
  - a. Rückbesinnung auf den Kern der EMRK?
  - b. Verstärkung der Subsidiarität der EMRK?
  - c. positive Vertragsverpflichtungen?
  - d. im Bereich der materiellen Garantien?
  - e. Kündigung der EMRK?
8. Schluss

# 1. Fokus des Vortrags

- > Krise im bilateralen Verhältnis oder Krise einer regelbasierten internationalen Ordnung an sich?
- > Grundlage: Bericht 40 Jahre EMRK-Beitritt des Bundesrats
- > Schwerpunkt: Entwicklung während des vergangenen Jahrzehnts
- > Keine Einzelfallanalyse

## 2. Der Beginn und die ersten vierzig Jahre

- > Der Beitritt zur EMRK und das menschenrechtspolitische Umfeld
  - Ratifizierung ohne Referendum
  - Anerkennung der Gerichtsbarkeit
  - keine Ratifizierung verschiedener Zusatzprotokolle und Vorbehalte
  - keine Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta
  - keine Ratifizierung universeller Menschenrechtsverträge
- > Erwartungen anlässlich der Ratifizierung der EMRK
- > Erste Urteile und aufkommende Kritik
- > Die EMRK und das Ende des kalten Krieges
- > Nachführung der EMRK in der neuen Bundesverfassung
- > Die EMRK und der EGMR als Synonym für fremdes Recht und fremde Richter

### 3. Die neuere EGMR-Praxis zur Schweiz: Einige Schlaglichter

- > Trifft der Vorwurf zu, wonach EMRK-Garantien primär «die anderen» schützen?
- > tatsächlich viele Urteile in den Bereichen
  - Migration
  - Haft / Polizei
- > Aber auch:
  - überdurchschnittlich viele Grundlagenurteile (key cases): etwa im Bereich Sanktionen, Sportgerichtsbarkeit, Staatenimmunität, racial profiling
  - viele Urteile im Bereich der Verfahrensgarantien
  - zentrale Urteile zu Medienfreiheit
  - Urteile mit «umgekehrten» Applaus

## 4. Die EMRK und der Vorrang des Völkerrechts

- > Ausgangslage: Die EMRK-Rechte als Minimalgarantien
- > Problem der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit (Art. 190 BV)
- > EMRK-Garantien als Grenze der Gesetzgebung
- > Jahrzehnt der Volksinitiativen mit EMRK-widrigen Inhalten zwischen 2009 und 2018
- > Umsetzung dieser Initiativen durch den Gesetzgeber
- > Kulmination in der sog. «Selbstbestimmungsinitiative»
- > BGE I 142 II 35 und BGE 148 II 169: Vorrang der EMRK vor Landesrecht (andere Abteilungen?)
- > Neue Volksinitiativen?

## 5. Gründe für die Gutheissung einer Beschwerde durch den EGMR

Mögliche Konstellationen:

- > Schaffung neuen Landesrechts (z.B. im Migrationsbereich)
  - Restriktivere Gesetzgebung
  - Schematischere Gesetzgebung
- > Rolle der nationalen Vorinstanzen
  - Vorsichtige Praxis zu den EMRK-Garantien?
  - Qualifiziertes Rügeprinzip im Bereich der EMRK
  - Ungenügende Prüfung von EMRK-Verletzungen?
- > Unterschiedliche Resultate einer Güterabwägung
- > Dynamische Auslegung des EGMR
- > Sonderfälle: Schweiz als Sitzstaat von Schiedsgerichten etc.

## 6. Die EMRK im Gefüge des Individualrechtsschutzes

### a. Die EMRK und die Grundrechte der BV

- > Unterschiedliche demokratische Legitimation?
    - Grundrechte
    - EMRK-Garantien
  - > Unterschiedliche Funktionen
    - EMRK-Garantien als Minimalgarantien
    - Grundrechte mit breiteren materiellen Geltungsbereichen?
  - > Unterschiedliche Wirkung im Bereich der direkt-demokratischen Partizipationsrechte (Volksinitiativen)
  - > Unterschiedliche Geltungskraft gegenüber widersprechenden Bundesgesetzen
- => Bedeutungsverlust der Grundrechte in materiell kongruenten Bereichen

## 6. Die EMRK im Gefüge des Individualrechtsschutzes

### b. Die EMRK und weitere Menschenrechtsverträge

- > Überelegende Rolle der EMRK in der Schweiz, aber
  - Zurückhaltung bei der Ratifizierung der EMRK-Zusatzprotokolle
  - namentlich keine Ratifizierung des Zusatzprotokolls 1 (nur CH und Monaco)
  - keine Ratifizierung der Sozialcharta
- > UNO-Pakt II zwar ratifiziert, aber fehlende Anerkennung des Individualbeschwerdeverfahrens (in Europa nur CH und UK)
- > UNO-Pakt I zwar ratifiziert, aber fehlende Anerkennung des Individualbeschwerdeverfahrens und generelle Aberkennung der Justiziabilität der Pakt-I-Garantien
- > Weitere Abkommen: Schweiz anerkennt teilweise Individualbeschwerde (CERD, CAT, CEDAW und CRC)

## 7. Herausforderungen und Perspektiven

### a. Rückbesinnung auf den Kern der EMRK?

- > Konsens und Vertragsauslegung  
Art. 31 VRK: «(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.»  
Art. 32 VRK: Historische Auslegung nur subsidiär, d.h. wenn unklare Bedeutung
- > Menschenrechte sind wie die Grundrechte der BV als offene Normen besonders auslegungsbedürftig
- > Notwendigkeit einer Antwort auf Gegenwartsprobleme
- > EGMR: Grundsatz der dynamischen Auslegung, aber Zurückhaltung bei gesellschaftspolitisch umstrittenen Bereichen und bei Wertungsfragen
- > Blick auf aktuelle Konfliktpotenziale in der Schweiz: teilweise wird auch traditioneller Kern der EMRK in Frage gestellt

## 7. Herausforderungen und Perspektiven

### b. Verstärkung der Subsidiarität?

- > Bereits im Grundsatz der Erschöpfung des nationalen Instanzenzuges angelegt: Fortentwicklung der Rechtsprechung durch direkter legitimierte nationale Gerichte
- > Praxis des «margin of appreciation» bei Güterabwägungen
- > Dynamische Rechtsprechung bei gesellschaftlich umstrittenen Fragen: Nur falls bereits Realität in Mehrheit der Mitgliedstaaten
- > Grundsatz der Subsidiarität im seit Inkrafttreten von Protokoll 15 in Präambel der EMRK
  - Folgen?
  - Schweizer Fälle: stärker prozessorientierte Überprüfung
- > Neues Änderungsprotokoll?

## 7. Herausforderungen und Perspektiven

### c. Positive Vertragsverpflichtungen?

- > Ausgangspunkt: Trias menschenrechtlicher Verpflichtungen und die schweizerische Grundrechtspraxis
- > Insb. Schutzpflichten: bei Gefährdung der Garantien durch Private, von Menschen geschaffene Anlagen, durch Naturgefahren etc.
- > Inhalt gemäss EGMR-Praxis
  - gesetzgeberische Umsetzung
  - faktische Umsetzung
- > Insb. Untersuchungspflichten und Gewährleistungspflichten

## 7. Herausforderungen und Perspektiven d. Im Bereich materieller Garantien?

- > Migrationsbereich
- > Staatliche Gewahrsamssituationen
- > Schutz benachteiligter Gruppen
- > Schutz im Bereich Sozialversicherung, Sozialhilfe und Steuern

## 7. Herausforderungen und Perspektiven

### e. Kündigung der EMRK?

- > Aktuelle Forderungen
- > Art. 58 EMRK
- > Innerstaatliche Zuständigkeit zur Kündigung
  - Beitritt unterstand nicht dem Referendum
  - zweifache indirekte Bestätigung der EMRK durch Volk und Stände?
  - Kündigung: fakultatives Referendum oder Kündigungsinitiative
- > Folgen
  - rechtspolitische und aussenpolitische Folgen
  - rechtlich: Weitergeltung der unkündbaren universellen Verträge
  - namentlich zur Funktion des UNO-Pakts II und des Bundesgerichts
- > Wiederbeitritt zur EMRK
  - innerstaatliches Verfahren
  - Zusatzprotokolle

## 8. Schluss

- > Eminente Bedeutung der EMRK und der Praxis des EGMR
- > EMRK muss aber zu viel «Ballast» tragen:
  - im Bereich der Gesetzgebung
  - im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes / des Völkerrechts
  - im Bereich der Rechtsprechung
- > Folgen