**40 Jahre EMRK**

Vor 40 Jahren, am 28. November 1974, ist die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, kurz EMRK, für die Schweiz in Kraft getreten. Die Schweiz war damit verglichen mit den anderen westeuropäischen Staaten ein Nachzügler. Die Konvention war schon 1950 in Rom unterzeichnet worden. Sie ist am 3. September 1953 für die Länder, die sie bis dahin ratifiziert hatten, in Kraft getreten. Dass die Schweiz die EMRK erst spät ratifiziert hat, ist vor allem auf Defizite der zuvor bestehenden schweizerischen Verfassungsordnung zurückzuführen, die man sich heute kaum mehr vorstellen kann. So wurde auf eidgenössicher Ebene das Frauenstimmrecht erst 1971 eingeführt; in Basel-Stadt (1966) und Baselland (1969) war es erst kurz zuvor beschlossen worden. Und die gegen den Katholizismus gerichteten religiösen Ausnahmeartikel (Jesuitenverbot und das Verbot neuer Klöster) wurden erst 1973 aufgehoben. Die Beseitigung dieser Frauen und Katholiken diskriminierenden Bestimmungen war Voraussetzung für den EMRK-Beitritt, wobei die Schweiz vorsichtshalber einige Vorbehalte und auslegende Erklärungen anbrachte, die sich später teilweise als ungültig erweisen sollten und heute nicht mehr bestehen.

Die EMRK wurde geschaffen unter dem Eindruck der Verbrechen der Nazizeit. In der westeuropäischen Staatengemeinschaft sollte ein gemeinsamer anerkannter Standard elementarer Menschenrechte garantiert und nötigenfalls gerichtlich durchgesetzt werden. Diese grundlegende und von niemandem bestrittene Bedeutung der Konvention sollte man sich heute vermehrt in Erinnerung rufen. Gerade in jüngster Zeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg, der auf Individualbeschwerde oder Staatenklage über die Einhaltung der Menschenrechte wahrt, deutlich gemacht, wie wichtig die Konvention und der Gerichtshof für die Durchsetzung elementarer Menschenrechte sind. So wurde Russland kürzlich auf Klage von Georgien wegen massiver Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Massendeportation von Tausenden von Georgiern im Jahre 2006 verurteilt. Eine weitere Staatenklage von Georgien gegen Russland ist in Strassburg anhängig; Georgien wirft darin Russland zahlreiche Menschenrechtsverletzungen gegen die Zivilbevölkerung in Südosstien und Abchasien vor, begangen im Zusammenhang mit den kriegerischen Auseinandersetzungen im Sommer 2008. Auch die kriminellen Methoden des amerikanischen CIA konnten dank der EMRK und dem EGMR gerichtlich beurteilt werden. So wurde Polen am 24. 7. 2014 verurteilt, weil seine Regierung konspirativ mit dem CIA ein Geheimgefängnis eingerichtet hatte, in welche der CIA unter gravierender Verletzung von Menschenrechten Verdächtige verschleppte und unter Einsatz von Folter verhörte. Schon vor zwei Jahren hat der EGMR in einer Beschwerde gegen Mazedonien der Sache nach den CIA wegen Entführung und Folter verurteilt; ein Urteil von grosser Bedeutung, weil der amerikanische Supreme Court zu feige war, sich mit diesem Fall zu befassen.

Dennoch stehen der EGMR und damit indirekt auch die EMRK seit einigen Jahren unter teils scharfer Kritik. Das hat mehrere Gründe. Zum einen gibt es Urteile, die auf handwerklichen Fehlern beruhen, die einem europäischen Gericht nicht unterlaufen dürfen, wie eigenmächtige Sachverhaltsergänzungen oder Abstellen auf die Entwicklung nach dem Urteil des Bundesgerichtes, das diese Entwicklung naturgemäss nicht in seine Erwägungen einbeziehen konnte. Das Gericht neigt auch dazu, die Schweiz wegen einer Menschenrechtsverletzung zu verurteilen, obwohl die Entscheidung des Bundesgerichts ebenso vertretbar ist wie die von Strassburg. Der EGMR übersieht dabei, dass er kein europäisches Appellationsgericht ist. Der zentrale Vorwurf geht dahin, dass der EGMR die Tendenz hat, sich in Bereiche einzumischen, die der nationale Gesetzgeber zu regeln hat.

Dies ist eine Folge der **„**dynamischen**“** Rechtsprechung, die der Gerichtshof seit einigen Jahrzehnten praktiziert und mit der er sich teilweise massiv von den elementaren Menschenrechten, die die EMRK ursprünglich schützen sollte, entfernt hat. Wohin dies führt, zeigen folgende Beispiele. Nach schweizerischem Recht muss ein Verein mit illegaler Zwecksetzung auf Klage hin vom Richter aufgelöst werden. Haubesetzungen sind illegal. Ein Verein, der Haubesetzungen bezweckt, muss deshalb auf Klage aufgelöst werden, was alle drei Schweizer Instanzen mit überzeugender Begründung unter Beachtung des demokratisch beschlossenen Gesetzes getan haben. Doch dann kommt der EGMR und sagt, damit habt Ihr ein Menschenrecht verletzt. Der Sache nach hat der EGMR damit ein Menschenrecht auf Fortsetzung illegaler Hausbesetzungen kreiert; eine Perversion der Menschenrechte und zugleich ein Affront gegenüber dem nationalen Gesetzgeber.

Oder: Damit die Kosten einer Geschlechtumwandlung von der obligatorischen Krankenversicherung übernommen werden, muss eine Beobachtungsphase von zwei Jahren eingehalten werden. Dafür gibt es gute Gründe. Wenn sich jemand nicht daran halten will und die Umwandlung im Ausland unter Umgehung dieser zwei Jahre vornimmt, dann soll er dies auf eigene Kosten tun. Der EGMR sieht in der Ablehnung der Kostenübernahme eine Menschenrechtsverletzung, obwohl die EMRK kein Menschenrecht auf Krankenversicherung kennt und obwohl die in der Schweiz geltende Bedenkfrist von zwei Jahren zumindest vertretbar ist.

Im EGMR gibt es eine Tendenz, in die EMRK eine gemeineuropäische Leitkultur hineinzulesen. Diese Leitkultur soll beruhen auf einem angeblich bestehenden Kanon gemeinsamer Werte. Das steht im Widerspruch zur kulturellen Vielfalt, die ein wesentliches Element von Europa ist. Man kann nicht alles von Lissabon bis Wladiwostok über einen europäischen Einheitsleisten schlagen. Der Gerichtshof sollte sich davor hüten – entgegen einer Tendenz in einem Teil seiner Rechtsprechung – sich als europäischer Gesetzgeber aufzuspielen. Und er sollte zur Kenntnis nehmen, dass in der Präambel der EMRK ausdrücklich die Bedeutung einer wahrhaft *demokratischen* politischen Ordnung angesprochen wird; denn zu weitgehendes Richterrecht höhlt die Demokratie aus.

Dass er dies auch kann, hat er in zwei bedeutsamen Urteilen zum Ausdruck gebracht, dem Kruzifixurteil vom 18. 3. 2011 und dem Burkaurteil vom 1. 7. 2014. Zunächst hatte allerdings eine kleine Kammer des EGMR einstimmig angenommen, ein christliches Kreuz in einem italienischen Klassenzimmer verletze die Religionsfreiheit. Anders dann die Grosse Kammer: Keine Verletzung der Religionsfreiheit; ob Kruzifixe in Klassenzimmern angebracht werden dürfen, falle in den Beurteilungsspielraum der einzelnen Staaten. Mit der gleichen Zurückhaltung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber wurde die Beschwerde gegen das Burkaverbot in Frankreich abgewiesen.

Man wünschte sich die gleiche Zurückhaltung auch in anderen Fällen. Damit könnte der EGMR die zunehmende Kritik, die gegen seinen oft übertriebenen Aktivismus erhoben wird, auffangen. Es ist kein Zufall, dass diese Kritik gerade in England und in der Schweiz erhoben wird. In England besteht das Prinzip der Parlamentssouveränität, der unbeschränkbaren Rechtsetzungsmacht des Parlaments, mit der sich für England verbindliche europäische Letztentscheide nur schwer vereinbaren lassen. Ähnlich die Situation in der Schweiz: direktdemokratische Volkssouveränität verträgt sich schwer mit demokratieunterlaufendem Richterrecht. Beide Länder kennen keine Überprüfung ihrer Gesetze durch ein Verfassungsgericht. Erst kürzlich wurde die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit erneut abgelehnt. Der Beitritt zur EMRK erfolgte nicht mit dem Ziel, Verfassungsgerichtsbarkeit durch die Hintertüre einzuführen. Diesem Gesichtspunkt müsste Strassburg stärler Rechnung tragen.

Der EGMR leidet an einem Problem, das Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit. Die Rechtsprechung nationaler Höchstgerichte findet in der Regel ein Echo in der juristischen Fachwelt und gegebenenfalls in einer weiteren Öffentlichkeit. Dieses kritische und oft weiterführende Feedback kann die weitere Rechtsprechung beeinflussen und trägt vor allem dazu bei, dass sich Rechtsprechung nicht abgehoben von der Gesellschaft entwickelt. Es stärkt die Legitimation nationaler Gerichte. Etwas Entsprechendes ist auf europäischer Ebene nicht vorhanden. In der schweizerischen Rechtsliteratur werden Urteile aus Strassburg in der Regel unkritisch wiedergekäut. Nur ausnahmsweise werden gewisse Tendenzen der Strassburger Rechtsprechung kritisch hinterfragt, wobei der Eindruck entsteht, dass man solche kritische Reflexionen in Strassburg nicht zur Kenntnis nimmt. Das schadet der Legitimation des EGMR.

Es besteht ein weiteres von Menschenrechtsenthusiasten gerne verschwiegenes Problem. Wenn das Bundesgericht einen problematischen Entscheid fällt, dann kann der Gesetzgeber reagieren. Auf der Strassburger Ebene fehlt ein solches Gegengewicht. Gegenüber einem als problematisch empfundenen Urteil des EGMR, das der Sache nach in die Entscheidungskompetenz des nationalen Gesetzgebers eingreift, besteht keine Möglichkeit einer gesetzgeberischen Korrektur.

40 Jahre EMRK. Wegweisende Urteile des EGMR haben die Rechtsprechung und das Rechtsdenken in der Schweiz beeinflusst und zur Weiterentwicklung des Rechtsstaates Schweiz beigetragen. Die EMRK hat in zahlreichen Ländern Europas die Entwicklung rechtsstaatlicher Grundsätze gefördert. Aufgabe des Gerichtshofes ist es jetzt, mit diesen Errungenschaften sorgfältig umzugehen. Dazu gehört die hier geforderte Zurückhaltung; die Einsicht, dass grundlegende gesellschaftliche Fragen nicht von einem kleinen Richtergremium, sondern im Gesetzgebungsverfahren zu beantworten sind. Und: Kluge Leute wissen oft, wie man etwas anders machen kann; sie wissen aber auch, dass sie ihre Meinung nicht allen anderen vorschreiben müssen.

Prof. Dr. Martin Schubarth; www.martinschubarth.ch