

Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention

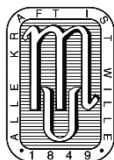
herausgegeben von

Dr. Magdalena Pöschl

Universitätsprofessorin

Dr. Ewald Wiederin

Universitätsprofessor



Wien 2020

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor*, [Titel], in *Pöschl/Wiederin* (Hrsg), *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention* (2020) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-08342-7

© 2020 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Vorwort

Im Herbst 2018 jährte sich das Inkrafttreten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten in Österreich zum 60. Mal. Dieses Jubiläum nahmen das Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und die Fachgruppe Grundrechte der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter zum Anlass, eine Tagung auszurichten. Dabei wollten wir keine Rückschau anstellen, sondern uns darüber vergewissern, wofür die Konvention steht und mit welchen Problemen sie hier und heute ringt. Deswegen bot es sich an, ja drängte es sich auf, das Verhältnis der Konvention zur Demokratie zum Thema zu machen.

Dieses Verhältnis ist eng. Nach einem verheerenden Krieg entstanden, will die Konvention in Europa eine demokratische Gesellschaft absichern und einen Rückfall in Diktatur und Unfreiheit verhindern. Deutlicher als andere Menschenrechtsdokumente stellt sie darum klar, dass sie eine wahrhaft demokratische politische Ordnung sichern will, und stärker als andere Grundrechtskataloge konzentriert sie sich folgerichtig auf die Gewährleistung von Freiheiten und Rechten, mit denen der demokratische Prozess steht und fällt. Die Demokratie bildet den Boden, auf dem die Konvention steht und den sie befestigen will.

Im Interesse der Demokratie zieht die Konvention ihr aber auch Schranken, und dabei geht sie ebenfalls kompromissloser zu Wege als andere Grundrechtskataloge. Wo diese sich damit begnügen, für Eingriffe in Rechte und Freiheiten eine gesetzliche Grundlage zu fordern, verlangt die Konvention überdies, dass die konkrete Beschränkung sich in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz näher bestimmter öffentlicher Interessen als notwendig erweist. So erhebt sie selbst in der Beschränkung der Demokratie die Demokratie noch zum Maßstab.

Dass sich daraus Spannungslagen ergeben, liegt auf der Hand. Die Tagung, die am 22. und 23. Oktober 2018 im Dachgeschoß des Juridicums stattfand, ging ihnen in drei Schritten nach. Sie wollte erstens ergründen, welchen Wert die Konvention der Demokratie zuzisst. Sie wollte zweitens klären, wie die Konvention die Demokratie zu bewahren versucht. Und sie wollte drittens reflektieren, weshalb die Konvention heute vermehrt auf Gegenwind stößt, nicht nur im Osten Europas, wo mitunter bereits offen eine illiberale Demokratie eingefordert wird, sondern auch in Großbritannien und in der Schweiz, die in Sachen Demokratie wenig Nachhilfe brauchen.

Die positive Resonanz der Tagung hat uns in der Absicht bestärkt, die Beiträge der Öffentlichkeit im Druck zugänglich zu machen. Wir danken allen Personen, die dies ermöglicht haben: zuallererst den Autorinnen und Autoren für die schriftliche Ausarbeitung ihrer Referate; sodann Evelyne Marchsteiner für das Lektorat, Susanne Karner für den Satz und Irena Ilić für die Erstellung des Schlag-

wortregisters; weiters Hemma Korinek und dem Verlag Manz für die umsichtige verlegerische Betreuung; schließlich Paul Oberhammer und der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien für die Förderung der Drucklegung.

Wien, am 24. September 2019

*Magdalena Pöschl
Ewald Wiederin*

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort.....	III
Autorenverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIII
<i>Walter Berka</i>	
Die EMRK – ein Menschenrechtskatalog aus dem Geiste der Demokratie	1
<i>Katharina Pabel</i>	
Die Konventionsrechte als Fundamente der Demokratie.....	15
<i>Gabriele Kucsko-Stadlmayer</i>	
Die demokratische Gesellschaft als Leitbild der EMRK	33
<i>Susanne Reindl-Krauskopf</i>	
Grundrechtsmissbrauch in der EMRK	53
<i>Ulrich Wagrandl</i>	
Transnationale wehrhafte Demokratie in der EMRK.....	69
<i>Michael Potacs</i>	
Die Methoden der Konventionsauslegung	91
<i>Oliver Diggelmann / Sara Pangrazzi</i>	
Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in »alten« Demokratien.....	107
<i>Herbert Küpper</i>	
Die Bedeutung der EMRK in Demokratien im Umbruch.....	119
Schlagwortverzeichnis.....	183

Oliver Diggelmann / Sara Pangrazzi

Die Kritik an der Rechtsprechung des EGMR in »alten« Demokratien*)

»The judges of the Chamber in Strasbourg [...] considered that it was their function [...] to decide whether the elected Government of the United Kingdom had struck the right balance concerning flights at Heathrow [...]. I regard all three of these cases as examples of what Bentham called teaching grandmothers to suck eggs.«¹⁾

- I. Einleitung: »junge«, »neue westeuropäische« und »alte« Demokratien
- II. Schweiz: Sorge um die Mehrheitsdemokratie
 - A. Demokratieverständnis: Volk als »bewährter Souverän«
 - B. Kritik: anmaßende Eingriffe ins Mikromanagement
 - C. Blinde Flecken: »Näheprobleme« im föderalen Kleinstaat
- III. Vereinigtes Königreich: Überspielen der Parlamentssoveränität
 - A. Demokratieverständnis: Krone im Parlament als Gleichgewichtssystem
 - B. Kritik: »Systemwidrigkeit« von Beschränkungen der Parlamentssoveränität
 - C. Blinde Flecken: »Sunday Times« und »Christine Goodwin«
- IV. Schlussbemerkung: zur DNA resistenter Demokratien

I. Einleitung: »junge«, »neue westeuropäische« und »alte« Demokratien

Zu den zentralen Argumenten in der Debatte um die Bedeutung des EGMR zählt heute jenes, er sei insbesondere für die »jungen Demokratien« in Mittel- und Osteuropa unverzichtbar. Niemand, der mit den Verhältnissen in diesen Ländern vertraut ist, dürfte dies ernsthaft bestreiten, auch wenn die Umstände in den

*) Der Vortragsstil des Texts wurde in der Schriftfassung weitgehend beibehalten.

¹⁾ Lord Hoffmann als Reaktion u.a. auf EGMR (GK), 8. Juli 2003, Hatton u.a. g. Vereinigtes Königreich, Nr. 36022/97, siehe *Leonard Hoffmann*, *The Universality of Human Rights*, *Law Quarterly Review* 125 (2009), S. 416 ff., 427.

einzelnen Ländern selbstredend stark variieren. Wie aber, kann im Anschluss an dieses Argument gefragt werden, wird die Rolle des EGMR dann in jenen Staaten beurteilt, die in zeitlicher Hinsicht am anderen Ende des Spektrums demokratischer Erprob- und Bewährtheit stehen – den »alten«, besonders wetterfesten Demokratien? Die Sicht in diesen Ländern, zu denen neben dem Vereinigten Königreich auch die Schweiz zählt, könnte für die Thematik besonders interessant sein. Sie können für sich in Anspruch nehmen, den europäischen Totalitarismus als freie Demokratie überlebt zu haben, EGMR und EMRK insofern vielleicht als Absicherung von Demokratie und Rechtsstaat weniger zu benötigen. Andere etablierte Demokratien wie Deutschland und Österreich, die man als »neue westeuropäische« Demokratien bezeichnen kann, könnten dies heute allerdings mit kaum geringerem Recht für sich beanspruchen. Ihre nicht bruchfreie Geschichte als Demokratien ist ferne Vergangenheit, dürfte aber der Grund sein, weshalb die EGMR-Kritik in diesen Ländern deutlich weniger markant ausfällt als in den genannten »alten« Demokratien. Beanstandungen durch den EGMR werden weniger rasch als unangemessene Einmischungen empfunden; die EGMR-Kritik in Österreich etwa fällt, wenn man sie mit jener in der Schweiz vergleicht, auffallend bescheiden aus.²⁾

Dieser Beitrag wirft einige Schlaglichter auf die EGMR-Kritik in der Schweiz und im Vereinigten Königreich. Leitend ist die ergebnisoffen gestellte Frage, ob die Kritik aus diesen alten und über lange Zeit bewährten Demokratien allenfalls einen besonderen Wert besitzt oder zumindest besonders interessant ist. Die Schweiz weist eine kontinuierliche Existenz als moderne Demokratie seit 1848 auf. Sie besitzt zudem eine teilweise bis ins Mittelalter zurückreichende Tradition vormoderner Partizipationsformen, die für ihr Selbstverständnis als moderne Demokratie weiterhin von Belang sind.³⁾ Das Vereinigte Königreich kannte bereits im 13. Jahrhundert Ansätze eines Parlaments, dessen Rolle über die Jahrhunderte immer bedeutender wurde. Im 19. und insbesondere 20. Jahrhundert wurde es schließlich schrittweise zu einer modernen Demokratie, mit der Einführung des allgemeinen Wahlrechts 1918 gewissermaßen als Abschluss.⁴⁾ In beiden Ländern ist die EGMR-Kritik insbesondere im rechten Teil des politischen Spektrums sehr akzentuiert. Dies ist insofern bemerkenswert, als beide Länder bei nüchterner Betrachtung keine allzu großen Probleme mit dem EGMR haben. Festgestellte Konventionsverletzungen betreffen überwiegend zweit- und drittrangige Fragen. Die Aktivität des EGMR trifft aber offensichtlich einen politischen Nerv, was auch mit der langen Geschichte dieser Staaten als Demokratien zusammenhängt. Im Folgenden wird jeweils zunächst das Staats- und Demokratieverständnis der beiden Länder skizziert, bevor auf die Kritik näher eingegangen

2) Zur EMRK-Kritik in Österreich: *Anna Gamper*, Austria: Endorsing the Convention System, Endorsing the Constitution, in: Patricia Popelier/Sarah Lambrecht/Koen Lemmens (Hrsg.), *Criticism of the European Court of Human Rights, Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge 2016, S. 75 ff.

3) Zu vormodernen Partizipationsformen in der Schweiz: *Hans Conrad Peyer*, *Verfassungsgeschichte der alten Schweiz*, Zürich 1978, S. 48 ff.

4) *Karl Loewenstein*, *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*, Bd. I, Parlament, Regierung, Parteien, Berlin 1967, S. 90 ff.

wird. Bei beiden Ländern wird auch kurz darauf eingegangen, inwieweit die EGMR-Rechtsprechung zur Überwindung blinder Flecken beigetragen hat. Zum Schluss folgen einige Ausführungen zur Frage, ob der Kritik aus »alten« Demokratien allenfalls ein besonderer Wert zukommt.

II. Schweiz: Sorge um die Mehrheitsdemokratie

A. Demokratieverständnis: Volk als »bewährter Souverän«

Das Staats- und Demokratieverständnis der Schweiz kennzeichnet sich – neben der Hochhaltung des Föderalismus – vor allem durch einen ausgeprägten Akzent auf der Bürgerpartizipation an Sachentscheidungen.⁵⁾ Die moderne Schweiz war, was im Ausland oft übersehen wird, keineswegs »von Beginn weg«, d.h. ab 1848, ein Staat mit ausgebauter direkter Demokratie. Die erste Verfassung des modernen Bundesstaates kannte lediglich die Möglichkeit eines Volksbegehrens auf Totalrevision der Verfassung. Im Übrigen war sie der Idee der repräsentativen Demokratie verpflichtet. 1874 wurde im Anschluss an Entwicklungen in den Kantonen das Gesetzesreferendum und 1891 die Volksinitiative auf Teilrevision der Verfassung und schließlich, nach dem Ersten Weltkrieg, das Staatsvertragsreferendum eingeführt.⁶⁾ Das Bündel an Partizipationsrechten des Volkes auf Bundesebene war damit, aus heutiger Sicht, komplett. Es erzeugte über die Zeit hinweg ein immer stärker werdendes Grundgefühl in der Bevölkerung, der Staat gehöre den Bürgern. Das politische Lebensgefühl der Schweiz ist: Bürgerinnen und Bürger sind Chefinnen und Chefs, die der Politik, »denen da oben in Bern«, die Richtung vorgeben und, bei Verstimmtheit, Lektionen erteilen dürfen. Bürgerinnen und Bürger verstehen sich als »bewährter Souverän«, schließlich hat man die insgesamt erfolgreiche Geschichte seit der Staatsgründung 1848 auf seiner Seite. Während die Elite in den meisten Demokratien dem Volk misstraut und direkter Demokratie gegenüber skeptisch eingestellt ist, dominiert in der Schweiz die umgekehrte Lesart: Die Bevölkerung misstraut der Elite und tritt dieser so wenig Macht wie möglich ab, die sie zudem sicherheits halber stark zerstückelt. Volksentscheide werden als Offenbarungen eines sich kurz zeigenden Souveräns interpretiert, der als eine Art höheres Wesen begriffen wird.⁷⁾

⁵⁾ Zum schweizerischen Demokratieverständnis: *Oliver Diggelmann*, *Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik. Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz*, Bern 2005, S. 76 ff.; ferner: *Fritz Fleiner/Zaccharia Giacometti*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S. 30 f.; *Wolf Linder/Sean Mueller*, *Schweizerische Demokratie: Institutionen, Prozesse, Perspektiven*, 4. Aufl., Bern 2017, S. 76 ff.

⁶⁾ Zur Entwicklung der Volksrechte in der Schweiz: *Andreas Kley*, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, 2. Aufl., Zürich 2015, S. 98 ff.; *Alfred Kölz*, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bd. II (Grundlinien ab 1848), Bern 2004, S. 7 ff., 477 ff.

⁷⁾ *Oliver Diggelmann*, *Der Souverän hat entschieden*, *Zur Archäologie einer politischen Formel*, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), *Direkte Demokratie*, Her-

Einstellungen zu Justiz und internationalen Institutionen werden überwiegend durch dieses Grundverständnis von Politik und Staat bestimmt.⁸⁾ Die Justiz wird als unpolitische Staatsgewalt betrachtet, die unpolitisch bleiben soll, und das Gefühl der Notwendigkeit internationaler Institutionen oder gar der Angewiesenheit auf sie ist außerordentlich schwach im westeuropäischen Vergleich. Die Loyalitätsressourcen diesen Institutionen gegenüber einschließlich Europarat und EGMR sind entsprechend knapp. Man hat aus der Weltkriegsperiode, zuge-spitzt formuliert, den Schluss gezogen, Probleme im Grundsatz am besten alleine lösen zu können. Weniger freundlich formuliert: Aus dem Glück, verschont geblieben zu sein, wurde eine Heldenlegende gestrickt, die die Wahrnehmung des Internationalen bis heute stark prägt.⁹⁾ Je mehr internationale Akteure die Politikbedingungen jedoch mitformulieren, umso mehr stellt diese Lesart ein Problem dar. Für die Bürgerpartizipation ist die Verschiebung auf internationale Strukturen ein nicht undelikater Vorgang. Volksinitiativen etwa, die in der Abstimmung erfolgreich sind, können wegen Unvereinbarkeit beispielsweise mit der EMRK oder der Assoziierung mit der EU zuweilen nur teilweise umgesetzt werden. Ein Teil der Bevölkerung reagiert auf solche Beschränkungen ungehalten.¹⁰⁾ Sie erzeugen ein Gefühl schleichtender Erosion von Bürgerpartizipation, Demokratie und Souveränität, die von vielen als beunruhigend erlebt wird. Der direktdemokratische Mehrheitsentscheid bzw. die Mitspracherechte des Volkes gelten wohl einem großen Teil der Bevölkerung als schützenswerter als ausgebaute rechtsstaatliche Politiksschranken. Die Erfahrung langer Bewährtheit der Institutionen spielt hier eine zentrale Rolle. Eine Mehrheit der Bevölkerung sah etwa in einem Verbot neuer Minarette kein Problem, da die Integration vieler Muslime als zu defizitär erlebt wird – also muss die Mehrheit das Recht haben, eine solche Beschränkung von Minderheitenrechten zu beschließen. Was in anderen europäischen Staaten nicht ginge, wird von einer Mehrheit als Recht »des Souveräns« empfunden, der diesem Verständnis nach »politisch« entscheiden und bei Bedarf ein Exempel statuieren darf.¹¹⁾ Dieser (wohl nur knapp) majoritären Sichtweise steht heute allerdings ein menschenrechtssensibles Lager gegenüber, das dieses »robuste« Verständnis von Volksrechten scharf kritisiert.

ausforderungen zwischen Politik und Recht, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 15 ff.

⁸⁾ Grundsätzlich zur Wahrnehmung internationaler Richter und überstaatlicher Ordnungsstrukturen: *Georg Kreis*, Fremde Richter: Karriere eines politischen Begriffs, Baden 2018, insb. S. 47 ff. Zur schweizerischen Wahrnehmung des EGMR: *Tilman Altwicker*, Switzerland: The Substitute Constitution in Times of Popular Dissent, in: Patricia Popelier/Sarah Lambrecht/Koen Lemmens (Hrsg.), *Criticism of the European Court of Human Rights: Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge 2016, S. 385 ff.

⁹⁾ *Thomas Maissen*, Die Geschichte der Schweiz, Stuttgart 2015, S. 324 ff.

¹⁰⁾ Etwa: *Hansjörg Seiler*, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 150 (2014), S. 265 ff., 352, 367 f.

¹¹⁾ Ausführlicher zum Hintergrund des Minarettverbots sowie zum Spannungsverhältnis zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit: *Lorenz Langer*, Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 43 (2010), S. 863 ff.

B. Kritik: anmaßende Eingriffe ins Mikromanagement

Die EGMR-Kritik in der Schweiz zielt anders als anderswo nicht etwa auf eine allfällig übermäßige Kontrolle der Gerichte »durch Straßburg«. Leidenschaften lösen vor dem Hintergrund des geschilderten Staats- und Demokratieverständnisses vielmehr vor allem Urteile aus, die als ungebührliche Eingriffe ins »direktdemokratische Mikromanagement« empfunden werden. Wo das Volk über eine Frage entschieden hat, bei der es nach allgemeiner Wahrnehmung gute Gründe für beide Auffassungen gibt, werden Korrekturen durch ein internationales Gericht wohl von einer Mehrheit als hochproblematisch und undemokratisch empfunden. Eine Rolle spielt im Diskurs um den EGMR aber auch eine etwas hochgezüchtete Debatte um aus Prinzip abzulehnende »fremde Richter«. ¹²⁾ Das rechtsnationale Lager wiederholt ohne Unterlass, dass bereits der Bundesbrief von 1291 »fremde Richter« erwähnte, die das Land nicht wolle. Damals stand der Begriff des Richters, modern formuliert, für öffentliche Gewalt an sich. Es ging im zitierten Bundesbrief um eine (relative) Unabhängigkeit der Urkantone *innerhalb* des Reiches. Als Mythos aber ist die Legende der Unvereinbarkeit des Schweizerischen mit den »fremden Richtern« außerordentlich wirkmächtig. Ein weiteres oft zu hörendes Argument gegen den EGMR ist schließlich, man habe seine Schuldigkeit mit der Integration der EMRK-Garantien in die Bundesverfassung von 1999 getan, als manche Garantien gar wörtlich übernommen wurden.

Eine Reihe EGMR-Urteile hat über die Jahre zu massiver Kritik in der Schweiz geführt. Zwei seien an dieser Stelle erwähnt. Das eine betraf die Zulässigkeit von Leugnen eines Völkermords bzw. die Möglichkeit der Schweiz, solches Leugnen strafrechtlich zu verbieten. ¹³⁾ Der Fall ist auch interessant, weil hier die Kritik ausnahmsweise weniger stark aus dem rechten Lager kam. Die Schweiz hatte einen türkischen Nationalisten, der bei Auftritten in der Schweiz den Völkermord an den Armeniern abgestritten hatte, schuldig gesprochen und verurteilt. Der EGMR stellte 2013 fest, das Urteil sei mit der Meinungsfreiheit nicht vereinbar, die Schweiz habe die Konvention verletzt. Das Urteil stieß auf viel Unverständnis: Warum, so der Tenor, überlässt der EGMR den Umgang mit diesem Aspekt der Geschichtspolitik nicht der Schweiz, braucht es hier wirklich »Schutz« durch einen internationalen Akteur wie dem EGMR? Viele empfanden das Urteil als besserwisserisch und als Provokation. Ein anderes heftig kritisierendes Urteil betraf – analog der Situation in vielen EMRK-Vertragsstaaten – die Zulässigkeit der Abschiebung eines kriminellen Ausländers. ¹⁴⁾ Ein wegen erheblicher Drogendelikte verurteilter Nigerianer, Ex-Ehemann einer Schweizerin und Vater von Zwillingen, sollte wegweisen werden. Der EGMR stellte 2012 jedoch fest, diese Wegweisung sei mit dem durch die Konvention geschützten Recht auf Familienleben mit den Kindern unvereinbar.

Welche Forderungen werden in der Schweiz vor allem erhoben? Neben dem Insistieren auf stärkerer Beachtung der Subsidiaritätsidee halten im rechtsnatio-

¹²⁾ Zum Aufkommen der Debatte: *Kreis* (FN 8), S. 13 ff.

¹³⁾ EGMR, 17. Dezember 2013, Perinçek g. Schweiz, Nr. 27510/08.

¹⁴⁾ EGMR, 16. April 2012, Udeh g. Schweiz, Nr. 12020/09.

nalen Spektrum viele die Mitgliedschaft der Schweiz im Europarat für verzichtbar. Einige denken, ohne ein Geheimnis daraus zu machen, über eine Kündigung nach. Das links-liberale Lager reagiert auf solche Ideen heftig und betont die Bedeutung der Mitgliedschaft der Schweiz im Europarat. Ein Grundproblem der Debatte in der Schweiz besteht darin, dass das Argument, der EGMR sei ein gesamteuropäisches Zivilisationsprojekt, vergleichsweise wenig Resonanz findet.

C. Blinde Flecken: »Näheprobleme« im föderalen Kleinstaat

Der EGMR hat die Schweiz verschiedentlich auf signifikante rechtsstaatliche Defizite hingewiesen. Klassisch ist das Urteil im Fall *Belilos* von 1988, das Fragen der Unabhängigkeit der Justiz betraf.¹⁵⁾ In der Sache ging es zwar nur um eine Busse von 200 Schweizer Franken wegen angeblicher Teilnahme an einer unbewilligten Demonstration. Sie wurde von einer Polizeikommission verhängt, und eine vollständige richterliche Überprüfung war nicht möglich. Die Polizei war Richter und Streitpartei zugleich. Der EGMR sah eine Verletzung des Rechts auf einen unabhängigen Strafrichter. Das Urteil war für die schweizerische Rechtsordnung von großer Bedeutung und kann als ein Wegbereiter für die heute in Art. 29a der Bundesverfassung verankerte Rechtsweggarantie angesehen werden. Es stieß auch eine Diskussion an, die schließlich zum Rückzug der Schweizer Vorbehalte zu Art. 6 EMRK führte.¹⁶⁾

Ein anderes Urteil von ähnlich weitreichender Bedeutung war das Urteil im Fall *Huber gegen die Schweiz* von 1990.¹⁷⁾ Es betraf einen Fall von Personalunion von Untersuchungs- und Haftrichter, also erneut die Problematik von Interessenkollisionen, lange ein blinder Fleck im schweizerischen Rechtsstaatsverständnis.¹⁸⁾ Der zugleich als Haftrichter amtierende Untersuchungsrichter kann versucht sein, die Untersuchungshaft im Interesse seines eigenen Ermittlungserfolgs zu großzügig zu handhaben. Der EGMR wies die Schweiz auch in diesem Fall auf ein fundamentales Defizit hin. Der Fall führte zu Anpassungen der kantonalen Strafprozessordnungen und schließlich vereinheitlichenden Regelungen in der neuen, nun gesamtstaatlichen Strafprozessordnung.¹⁹⁾ Weitere wichtige Spuren, die die EGMR-Rechtsprechung in der Schweiz hinterlassen hat, betreffen etwa die Sorgfaltsstandards bei Strafuntersuchungen. Die Urteile in den Fällen *Scavuzzo-Hager* und *Dembele* von 2006²⁰⁾ und 2013²¹⁾ hatten, allgemein gesprochen, eine gewisse Nonchalance in diesem Bereich zum Gegenstand. Im

15) EGMR, 29. April 1988, *Belilos* g. Schweiz, Nr. 10328/83.

16) *Frank Schürmann*, Wichtige Schweizer Fälle vor den EMRK-Organen, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 173 ff., 185.

17) EGMR, 23. Oktober 1990, *Huber* g. Schweiz, Nr. 12794/87.

18) *Valentin Zellweger*, Die zentrale Bedeutung der EMRK für die Schweiz und für Europa – Vor lauter Bäumen den Wald nicht aus den Augen verlieren, in: Tobias Jaag/Christine Kaufmann (Hrsg.), 40 Jahre Beitritt der Schweiz zur EMRK, Referate zur Jubiläumstagung vom 27. November 2014, Zürich 2015, S. 255 ff., 255.

19) *Schürmann* (FN 16), S. 185.

20) EGMR, 7. Februar 2006, *Scavuzzo-Hager* g. Schweiz, Nr. 41773/98.

21) EGMR, 24. September 2013, *Dembele* g. Schweiz, Nr. 74010/11.

einen Fall erwies sich die Abklärung der Todesumstände als ungenügend, im anderen wurden übertriebene und damit missbräuchliche Identitätskontrollen festgestellt.

III. Vereinigtes Königreich: Überspielen der Parlamentssouveränität

A. Demokratieverständnis: Krone im Parlament als Gleichgewichtssystem

Auffälligstes Merkmal der Institutionenordnung des Vereinigten Königreiches ist die außerordentlich langsame Fortentwicklung der Institutionen über große Zeiträume hinweg sowie die vergleichsweise wenigen Brüche. Seit Einführung des allgemeinen Wahlrechts 1918 kann die britische Demokratie, die weiterhin eine Mischform mit monarchischen Elementen darstellt, im Grundsatz als moderne repräsentative Demokratie gelten. Mittelpunkt der Institutionenordnung ist das Parlament mit seinen mittelalterlichen Wurzeln, in dem die politische Auseinandersetzung in der Hauptsache und für die Öffentlichkeit sichtbar stattfindet. Das Parlament erlässt die Gesetze und implementiert auch das Völkerrecht (das Vereinigte Königreich ist ein dualistischer Staat) durch umsetzende innerstaatliche Gesetze. Souverän ist nach britischem Verständnis die Krone im Parlament, »the crown in Parliament«, d.h. ein spezifisches Arrangement zwischen monarchischem und demokratischem Prinzip. Die »sovereignty of Parliament« ist Ergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung²²⁾ und steht für Bewährtes und Ausgewogenes. Sie besitzt im britischen Politikverständnis enorme Identifikationskraft.

Der Beitritt zur EMRK stellte das Vereinigte Königreich vor dem Hintergrund der britischen Institutionenordnung und ihrer Usanzen vor einige Schwierigkeiten. Als dualistischer Staat, in dem völkerrechtliche Verträge nicht unmittelbar gelten, sondern innerstaatlicher Umsetzung bedürfen, musste das Parlament die Normen der EMRK in innerstaatliches Recht »umgießen«, bevor sich Bürgerinnen und Bürger vor britischen Gerichten auf sie berufen konnten. Dieser Schritt wurde erst 1998 mit dem Erlass des Human Rights Act gemacht, 45 Jahre nach dem Beitritt.²³⁾ Ein anderes Problem war, dass man von der britischen Rechtstradition insofern nicht abrücken wollte, als Gerichte Parliamentsgesetze als Erlasse des Souveräns nicht für unanwendbar erklären dürfen – auch nicht wegen EMRK- beziehungsweise Human Rights Act-Widrigkeit. Britische Ge-

²²⁾ *Albert Venn Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, 10. Aufl., London 1962, S. 37 ff.; *Katja Ziegler/Elizabeth Wicks/Loveday Hodson*, *Introduction: The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?*, in: *Katja Ziegler/Elizabeth Wicks/Loveday Hodson* (Hrsg.), *The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?*, Oxford 2015, S. 3 ff.

²³⁾ *Ed Bates*, *The UK and Strasbourg: A Strained Relationship – The Long View*, in: *Katja Ziegler/Elizabeth Wicks/Loveday Hodson* (Hrsg.), *The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?*, Oxford 2015, S. 39 ff., 50 ff.

richte können lediglich die Inkompatibilität von Gesetzen mit dem Human Rights Act mittels »declaration of incompatibility« feststellen.²⁴⁾

B. Kritik: »Systemwidrigkeit« von Beschränkungen der Parlamentsouveränität

EGMR-Kritikern im Vereinigten Königreich sind vor allem die Beschränkungen der Parlamentsouveränität ein Dorn im Auge. Der Beitritt zur EMRK führte in dieser Lesart zur Beschränkung der Parlamentsouveränität, die mit dem Prinzip, dass das Parlament immer das letzte Wort haben muss, unvereinbar ist. Zuweilen fällt der Begriff der »Systemwidrigkeit« solcher Beschränkungen der Rechte des Parlaments. Dem Empfinden nach ist in den britischen Institutionen und Usancen mehr rechtsstaatliche Weisheit gespeichert als in der als aktivistisch, ja übereifrig empfundenen Straßburger Rechtsprechung.²⁵⁾ Die Substanz der EMRK-Garantien ist in der britischen Optik im Kern sowieso britisch und deshalb in fremden Händen nicht besser aufgehoben als in den eigenen; zentrale Garantien der Konvention gehen in der Tat auf britische Innovationen des 17. Jahrhunderts wie die Habeas Corpus-Garantie und die Bill of Rights zurück; der Grundrechtskatalog der EMRK von 1950 wurde fast vollständig in London entworfen und war Ausdruck des common law-Menschenrechtsverständnisses mit starken Akzenten auf Fairness des Verfahrens und ideellen Grundrechten.²⁶⁾ Kritisiert wird schließlich regelmäßig das Verfahren der Richterauswahl. Es bringt nicht selten selten Richter ins Amt, die kaum über Erfahrung verfügen.²⁷⁾

Aufs Heftigste kritisiert wurden im Vereinigten Königreich etwa die Urteile der sogenannten »prisoner voting saga«, die den Entzug des Wahlrechts von Strafgefangenen betraf.²⁸⁾ Das Urteil *Hirst* von 2005 gehört zu den bekanntesten des EGMR der 2000er-Jahre, eine Reihe weiterer zur selben Thematik folgten.²⁹⁾ Vier-

24) Human Rights Act, section 4; *Janet Hiebert*, Legislative Rights Review: Addressing the Gap between Ideals and Constraints, in: Murray Hunt/Hayley J. Hooper/Paul Yowell (Hrsg.), *Parliaments and Human Rights, Redressing the Democratic Deficit*, Oxford 2018, S. 39 ff.

25) *Hoffmann* (FN 1), S. 428; *Edward Faulks/Jonathan Fisher*, Unfinished Business, in: Commission on a Bill of Rights (Hrsg.), *A UK Bill of Rights? The Choice Before Us*, London 2012, S. 182 ff.; *Michael Pinto-Duschinsky*, Bringing Rights Back Home, Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy in the UK, *Policy Exchange* (2011), S. 14 ff.; *Dominic Raab*, Strasbourg in the Dock: Prisoner Voting, Human Rights and the Case for Democracy, *Civitas Institute for the Study of Civil Society* (2011), S. 1 ff.; *Jonathan Fisher*, Rescuing Human Rights, *Henry Jackson Society* (2012), S. 10 ff.; ferner *Ed Bates*, British Sovereignty and the European Court of Human Rights, *Law Quarterly Review* 128 (2012), S. 382 ff.

26) Zum Verhältnis zwischen dem Human Rights Act respektive der EMRK und Common Law: *Mark Elliott*, Beyond the European Convention: Human Rights and the Common Law, *Current Legal Problems* 68 (2015), S. 85 ff.

27) Etwa: *Hoffmann* (FN 1), S. 429.

28) *Ed Bates*, Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg, *Human Rights Law Review* 14 (2014), S. 503 ff.

29) EGMR (GK), 5. Oktober 2005, *Hirst II* g. Vereinigtes Königreich, Nr. 7425/01; EGMR, 23 November 2010, *Greens und M.T.* g. Vereinigtes Königreich, Nr. 60041/08 und 60054/08; EGMR (GK), 22. Mai 2012, *Scoppola III* g. Italien, Nr. 126/05.

len Briten ging es entschieden zu weit, dass der EGMR den Wahlrechtsentzug bei Strafgefangenen als konventionswidrig einstufte. Das Vereinigte Königreich setzte die Urteile nur ansatzweise und zudem sehr spät, erst im Jahr 2017, um; es beschränkte die Umsetzung auf leichte Strafen bis zu einem Jahr. Heftige Kritik riefen auch Urteile des EGMR zu Anti-Terror-Maßnahmen der britischen Regierung hervor, etwa das Urteil *Othman Abu Qatada* aus dem Jahr 2012.³⁰⁾ Es betraf einen muslimischen Prediger, der nach britischem Strafrecht verurteilt worden war und nach Jordanien weggewiesen werden sollte. Der EGMR sah eine Verletzung von Art. 6 EMRK, da eine reale Möglichkeit bestand, dass die Beweise durch Folter erlangt worden waren. Die heutige Premier- und damalige Innenministerin Theresa May äußerte sich zu dem Fall öffentlich und erwog einen zeitweiligen Rückzug des Vereinigten Königreichs vom Europarat, um Abu Qatada »endlich loszuwerden.«³¹⁾ Auch Straßburger Urteile betreffend lebenslange Freiheitsstrafen gerieten in die Kritik. Im Urteil *Vinter u.a.* von 2013³²⁾ etwa ging es um die Frage, ob ein Urteil in einem Mordfall eine vorzeitige Entlassung ausschließen darf, wie dies das britische Recht ermöglicht. Viele Briten empfanden die Straßburger Position als ungebührliche Einmischung in den legitimen Selbstschutz der Gesellschaft vor Verbrechern.

Die britische Brandmarkung der Straßburger Rechtsprechung als aktivistisch führte 2012 zu einer Konferenz der Regierungen in Brighton, an der stärkeres Hochhalten des Prinzips der Subsidiarität beschlossen wurde.³³⁾ Ein weiteres Zusatzprotokoll zur EMRK wurde in der Folge ausgearbeitet, das das Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten und EGMR u.a. durch Verweis auf dieses Prinzip verbessern sollte.³⁴⁾ Gefordert wird im Vereinigten Königreich weiterhin auch die Möglichkeit eines sogenannten »democratic override.«³⁵⁾ Das Parlament soll die Möglichkeit haben, an der bisherigen Rechtslage auch gegen eine richterliche Feststellung der EMRK-Widrigkeit eines Gesetzes festzuhalten. Gefordert wird zudem eine umfassende Reform des Gerichtshofs. Kritische Stimmen hal-

³⁰⁾ EGMR, 17. Januar 2012, *Othman (Abu Qatada) g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 8139/09.

³¹⁾ House of Commons Hansard, The Secretary of State for the Home Department (Mrs Theresa May), 24. April 2013, Vol. 561 col. 887.

³²⁾ EGMR (GK), 9. Juli 2013, *Vinter u.a. g. Vereinigtes Königreich*, Nr. 66069/09, 130/10 und 3896/10.

³³⁾ Siehe High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration vom 20. April 2012. Die Schweiz hat bei diesen und weiteren Reformbestrebungen aktiv mitgewirkt: *Christine Kaufmann*, Helvetia schützt (vor) Straßburg? Gedanken zum Verhältnis von EGMR und Demokratie, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, S. 623 ff., 624 f.; *Zellweger* (FN 18), S. 257.

³⁴⁾ Siehe die Präambel des 15. Zusatzprotokolls; *Noreen O'Meara*, Reforming the European Court of Human Rights: The Impacts of Protocols 15 and 16 to the ECHR, in: Katja Ziegler/Elizabeth Wicks/Loveday Hodson (Hrsg.), The UK and European Human Rights, A Strained Relationship?, Oxford 2015, S. 71 ff., 82 ff.; *Zellweger* (FN 18), S. 257.

³⁵⁾ *Ed Bates*, Democratic Override (or Rejection) and the Authority of the Strasbourg Court: The UK Parliament and Prisoner Voting, in: Matthew Saul/Andreas Follesdal/Geir Ulfstein (Hrsg.), The International Human Rights Judiciary and National Parliaments, Cambridge 2017, S. 275 ff.

ten einen Rückbau des EGMR auf ein Maß für sinnvoll, das den Respekt vor den staatlichen Institutionen besser gewährleistet.³⁶⁾

C. Blinde Flecken: »Sunday Times« und »Christine Goodwin«

Der EGMR hat auch beim Vereinigten Königreich in einer Reihe von Fällen signifikante menschenrechtliche Schutzlücken festgestellt. Bereits in den 1970er-Jahren kam es zu wichtigen Urteilen, berühmt sind etwa jene zu den Verhörmethoden im Nordirlandkonflikt³⁷⁾ und zu den Möglichkeiten von Beschränkungen der Meinungsfreiheit. Der Fall *Sunday Times* betraf die Unterbindung journalistischer Berichterstattung über außergerichtliche Vergleichsverhandlungen im Zusammenhang mit dem sogenannten Thalidomid-Skandal; ein Medikament hatte Missbildungen Neugeborener verursacht.³⁸⁾ Der EGMR gab dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit Vorrang, der Fall zählt bis heute zu den klassischen Fällen zur Meinungsfreiheit. Ein anderes wichtiges Urteil aus den Jahren nach der Jahrtausendwende ist jenes im Fall *Goodwin* von 2002 betreffend Rechte von Transgender-Personen.³⁹⁾ Christine Goodwin war ursprünglich ein Mann und nach der Operation eine Frau, die ihren Partner aber nicht heiraten durfte. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 8 und Art. 14 EMRK fest, und das Vereinigte Königreich erließ im Anschluss an die Rüge ein neues Gesetz, den »Gender Recognition Act«, der die Anerkennung des neuen Geschlechts erlaubte. Insgesamt betreffen nicht allzu viele Straßburger Urteile das Vereinigte Königreich, das mit seiner entwickelten Menschenrechtskultur Konventionsverletzungen tendenziell präventiv zu vermeiden sucht.⁴⁰⁾ Möglicherweise haben die Briten das Straßburger Gericht stärker im Auge, als sie zugeben mögen.

IV. Schlussbemerkung: zur DNA resistenter Demokratien

Kommt der EMRK-Kritik aus »alten« Demokratien ein besonderer Wert zu? Wir hegen große Zweifel. Die Kritik aus diesen Ländern, soweit sie in diesem kurzen Beitrag referiert wurde, dürfte sich auf der grundsätzlichen Ebene nicht fundamental von der in anderen Ländern unterscheiden. Eingriffe in Gewohntes und Veränderungen von als bewährt Empfundene bereiten überall Mühe; Feststellungen von Lücken im Menschenrechtsschutz durch internationale Organe lösen nirgends Freude aus. Interessant sind das Vereinigte Königreich und die Schweiz im Licht der Frage nach Rolle und Bedeutung von EGMR

³⁶⁾ Reaktion auf die Kritik: *Robert Spano*, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, *Human Rights Law Review* 14 (2014), S. 487 ff.

³⁷⁾ Etwa: EGMR, 18. Januar 1978, Irland g. Vereinigtes Königreich, Nr. 5310/71.

³⁸⁾ EGMR, 26. April 1979, *Sunday Times* g. Vereinigtes Königreich, Nr. 6538/74.

³⁹⁾ EGMR, 11. Juli 2002, *Christine Goodwin* g. Vereinigtes Königreich, Nr. 28957/95.

⁴⁰⁾ Vgl. *Merris Amos*, *The Value of the European Court of Human Rights to the United Kingdom*, *The European Journal of International Law* 28 (2017), S. 763 ff., 770.

und EMRK vielleicht denn auch mehr aus einem anderen Grund. Sie sind nicht nur bewährte Demokratien mit hoher Resistenz gegenüber Autoritarismus, sondern es verbindet sie auch – bei allen Differenzen im Einzelnen – wohl etwas, was man eine Kultur der Prämierung von Trotz und Sperrigkeit nennen kann. Dies dürfte bei der Frage, was die »alten« Demokratien zu solchen gemacht hat, eine Schlüsselrolle spielen. Das Funktionieren von Demokratie und Rechtsstaat weist nicht nur eine rechtlich-institutionelle, sondern auch eine kulturelle Dimension auf, die in den Rechtswissenschaften wohl unterschätzt wird.