Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 98 (1979)

Artikel: Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Autor: Wildhaber, Luzius

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896230

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 15.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention

Referat von LUZIUS WILDHABER
Dr. iur., LL.M., J.S.D.
Professor an der Universität Basel

Inhalt

Vorwort 235

1. Kapitel
Zum heutigen Stand des internationalen Menschenrechtsschutzes

I. Einleitung 237
II. Geschichtlicher Kurzüberblick 239
A. Zum geschichtlichen Werdegang der Grundrechte im allgemeinen 239
1. Erste Ansätze 239
2. Entwicklung seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert 240
3. Normative, nominalistische und semantische Grundrechtskataloge 240
4. Gruppen der heute verfassungsmäßig und normativ geschützten Rechte 241
B. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz bis zum Ersten Weltkrieg 242
1. Humanitäre Grundlage 242
2. Diplomatischer Schutz und Fremdenrecht 243
3. Bekämpfung des Sklavenhandels 244
4. Religiöser Minderheitensschutz 244
5. Humanitäre Intervention 244
6. Humanitäres Kriegsvölkerrecht 245
C. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz zwischen den beiden Weltkriegen 245
1. Allgemeines 245
2. Minderheitenschutzverträge 246
3. Ansätze des Selbstbestimmungsgedankens 246
4. Mandatssystem 247
5. Internationale Arbeits- und Sozialordnung 247
III. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz seit dem Zweiten Weltkrieg – Heutiger Stand 247
A. Einleitende Übersicht 247
B. Universeller Menschenrechtsschutz 249
1. Menschenrechtsschutz in der UNO-Charta von 1945 249
2. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 251
3. Petitionsverfahren im Rahmen der UNO 253
4. Die UNO-Pakte über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 .. 254
5. Die Rassendiskriminierungskonvention von 1966 260
6. Menschenrechtsschutz im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation 261

7. Menschenrechtsschutz im Rahmen der UNESCO 263
8. Tendenzen und Problematik der jetzigen Entwicklung 263
C. Überregionaler und regionaler Menschenrechtsschutz 267
1. Allgemeines 267
2. KSZE 267
3. Interamerikanischer Menschenrechtsschutz 268
4. Europarat 269
5. Die Europäische Sozialcharta 271
6. Europäische Gemeinschaften 274

2. Kapitel
Eigenart und Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention

I. Vertragswerk und Wirksamkeitsgrade 275
A. Das Vertragswerk 275
B. Individualbeschwerde und Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes ... 277
C. Stellung der Konvention im Landesrecht 277
D. Unterschiedlichkeit des Wirksamkeitsgrades 283
II. Materielle Garantien und Natur der Konvention 284
A. Inhalt der Konventionsgarantien 284
B. Auswahlcharakter 285
C. Objektiver und «ordre public»-Charakter des Konventionsschutzes 287
D. Subsidiarität 290
E. Mindeststandard 292
F. Statuslehre 295
G. Drittwirkung 299
III. Zur Auslegung der Konvention 301
A. Grundrechtskonkretisierung im Landesrecht 301
B. Rechtsvergleichender Exkurs 302
C. Geltung der völkerrechtlichen Auslegungsregeln für die Konvention 303
D. Praxis der Konventionsorgane 304
E. Bewertung 305
IV. Kontrollmechanismus 307
A. Innerstaatlicher Rechtsweg 307
B. Zulässigkeitsprüfung 308
C. Tatsachenfeststellung und gütliche Regelung 310
D. Kommissionsbericht 311
E. Weichenstellung zwischen Ministerkomitee und Gerichtshof 312
F. Entscheide des Ministerkomitees und des Gerichtshofes 312
G. Nachträgliche Vollzugskontrolle 314
H. Beurteilung 315
V. Erweiterungs- und Änderungsvorschläge 317
A. Ausbau der materiellen Garantien durch Angleichung der Konvention an den UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte? 317
B. Aufnahme sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte? 319

C. Ausbau der Kontrollverfahren und Verstärkung ihrer Wirksamkeit? 322
D. Ausdehnung auf die Europäischen Gemeinschaften? 323

3. Kapitel
Konventionsrecht und Schweizer Landesrecht

I. Zur Frage eines Staatsvertragsreferendums 327
II. Geltung und Rang der Konvention in der Schweiz 328
A. Gesetzesrang oder Übergesetzesrang? 329
B. Verfassungsrang? 332
C. Überverfassungsrang? 333
III. Unmittelbare Anwendbarkeit 334
A. Allgemeine Problemstellung 334
B. Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit im Völkerrecht 334
C. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention 336
D. Unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention in der Schweiz ... 337
E. Reaktionen auf den Entscheid Engel c. Niederlande 340
IV. Landesrechtliche Verfahren zur Rüge von Konventionsverletzungen 341
A. Überprüfung der Konventionskonformität von Erlassen und Verfügungen 341
1. Erfordernisse der Konvention 341
2. Überprüfung der Konventionskonformität von Bundesgesetzen 342
B. Die einzelnen Rechtsmittel 344
1. Staatsrechtliche Beschwerde 344
2. Verwaltungsgerichtsbeschwerde 344
3. Berufung und strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde 345
4. Verwaltungsbeschwerde 345
C. Spezifische Aspekte der Konventionsanwendung durch das Bundesgericht 346
1. Anwendung von Amtes wegen 346
2. Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges 346
3. Staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzungen von Art. 4 BV und der Konvention 349
4. Legitimation 350
5. Anfechtung von Vollzugsverfügungen 350
V. Innerstaatliche Wirkungen der Entscheide der Konventionsorgane 351
A. Konventionswidrige Rechtssätze 351
B. Konventionswidrige Verwaltungsakte 352
C. Konventionswidrige Gerichtsurteile 352
D. Rechtskraftswirkungen 354
E. Präjudizwirkungen 355
VI. Reaktionen und Konkretisierungen der Schweizer Behörden und Gerichte 356
A. Vorwirkungen 357
B. Einzelfälle von Gesetzesänderungen 358
1. Kindesverhältnis 358
2. Verwaltungsstrafrecht 359
3. Betäubungsmittelgesetz 359

4. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 359
5. Fürsorgerische Freiheitsentziehung 360
6. Militärstrafgesetz und Militärstrafgerichtsordnung 360
7. Asylgesetz 361
8. Ausländergesetz 361
C. Kasuistik der Rechtsprechung 361
1. Art. 2, Recht auf Leben 361
2. Art. 3, Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung 362
3. Art. 4, Verbot der Sklaverei, Zwangs- oder Pflichtarbeit 362
4. Art. 5, Recht auf Freiheit und Sicherheit, Schutz vor unrechtmäßigem Freiheitsentzug 362
5. Art. 6, Gebot eines fairen, öffentlichen und angemessen raschen Verfahrens, Minimalrechte Angeklagter 365
6. Art. 7, Rückwirkungsverbot 368
7. Art. 8, Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs 368
8. Art. 9, Religionsfreiheit 368
9. Art. 10, Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit 369
10. Art. 11, Vereins- und Versammlungsfreiheit 369
11. Art. 12, Recht auf Ehe 369
12. Art. 14, Diskriminationsverbot 369
VII. Bestand, Entfaltung, Ausblick 370
A. Allgemeine Betrachtungen 370
B. Die Vorbehalte der Schweiz 373
C. Das Erste Zusatzprotokoll 376
1. Art. 1 ZP, Recht auf Achtung des Eigentums 376
2. Art. 2 ZP, Recht auf Unterricht und Eltern-Erziehungsrechte . 377
3. Art. 3 ZP, Freie und geheime Wahlen der Legislative 378
D. Das Vierte Protokoll 378

Vorwort*

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist ein völkerrechtliches Instrument, das namentlich im Landesrecht ihrer Mitgliedstaaten Wirkungen entfalten und die innerstaatlichen Grundrechtsgewährleistungen auf einer zusätzlichen Ebene stützen soll. Ihre Formulierungen sind beeinflußt durch die großen amerikanischen und französischen Menschenrechtsdeklarationen und Verfassungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts, durch neuere nationale Grundrechtskataloge und durch die seit 1945 entstandenen, universellen Menschenrechts-Schutzbestimmungen. Sie hat ihrerseits eine entsprechende, beispielgebende Ausstrahlung gehabt. Bei ihrer Auslegung und Anwendung werden die Texte vergleichbarer völkerrechtlicher Menschenrechtsgarantien und die Praxis anderer internationaler Kontrollinstanzen mit herangezogen. Die Konvention situiert sich somit auf drei Ebenen: einer *internationalen,* einer *westeuropäischen* und einer *nationalen.*

Das vorliegende Referat paßt sich in seinem Aufbau diesen verschiedenen Ebenen an. Es schildert zunächst den *Stand des internationalen Rechtes* und der Bestrebungen zum Schutz der Menschenrechte in universellem Rahmen, damit die spezifischen Eigenheiten und Verdienste der Konvention deutlich zutage treten. Es bettet dann die Europäische Menschenrechtskonvention in ihren *europäischen Kontext* ein, skizziert ihre dortige Tragweite, Besonderheit und Kontrollmechanismus und befaßt sich kurz mit Änderungsvorschlägen, Stärken und Schwächen. Es vollzieht dann den Übergang in nationale Bereiche, indem es Probleme des *Verhältnisses von Konventionsrecht zum Schweizer Landesrecht* erörtert. Dabei setzt es sich mit ausgewählten Fragen der bisherigen Anwendung durch schweizerische Behörden

* Ich danke meinen Assistenten, lic. iur. Marzell Beck, lic. iur. Dieter Eichenberger, lic. iur. Thomas Hunziker und lic. iur. Beatrice Wagner, sehr herzlich für ihre Mithilfe.

und Gerichte auseinander. Da sich das Gegenreferat von JEAN RAYMOND vor allem auf die bisherige Praxis der Straßburger Organe und die daraus für die Schweiz resultierenden Ergebnisse konzentriert, erhält dieser Bericht im dritten Kapitel eine gewollte Schweizer Optik. Im übrigen soll auf eine kommentarartige Zusammenfassung der äußerst reichhaltigen Praxis der Konventionsorgane und der schweizerischen Gerichte und Behörden verzichtet werden. Erstens ist diese Aufgabe für die Schweiz bereits wiederholt und sorgfältig besorgt worden. Zweitens gibt es ebenfalls zahlreiche Zusammenfassungen der Straßburger Praxis, und zudem ist ein großangelegter deutschsprachiger Kommentar zur Konvention im Erscheinen begriffen[1]. Deshalb soll hier weniger die Kasuistik als die *Synthese* angestrebt werden.

[1] Zu spezifischen Anwendungsfällen in der Schweiz siehe immerhin unten 3. Kapitel VI, S. 356; zu den bundesrätlichen Berichten und Botschaften und den Untersuchungen über die Konventionskonformität von Schweizer Landesrecht, vgl. unten 3. Kapitel, Anm. 112–115; zu dem im Text erwähnten Kommentar, siehe Internationaler Kommentar zur EMRK (Hrsg. HERIBERT GOLSONG/WOLFRAM KARL/HERBERT MIEHSLER/HERBERT PETZOLD/THEO VOGLER/LUZIUS WILDHABER), Köln/Berlin (erscheint demnächst).

1. Kapitel

Zum heutigen Stand des internationalen Menschenrechtsschutzes

I. Einleitung

Seitdem die Schweiz am 28. November 1974 die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert hat, hat man davon gesprochen, dem Bundesgericht sei «ein Rivale in Straßburg» erwachsen[2]. Man hat in Nachbarländern die völkerrechtlichen Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Europäischen Sozialcharta und der beiden UNO-Menschenrechtspakte als eigentliche *«völkerrechtliche Nebenverfassung»* bezeichnet, wo sich Verfassungs- und Völkerrecht in «Überwindung des nationalstaatlichen Egoismus» «zu einem zielidentischen Aktionsverbund zusammengeschlossen» hätten[3]. Diese Beschreibung erschien gewissen Autoren sogar noch als zu eng, weil die Nebenverfassung «in Wirklichkeit integrierender Bestandteil der staatlichen Verfassung» sei und nicht bloß neben ihr stehe[4]. Umgekehrt hat man geglaubt, davor warnen zu müssen, es handle sich beim internationalen Menschenrechtsschutz gerade auf universeller Ebene um bloße «Formelkompromisse»[5], welche «die traurige Wirkungslosigkeit aller Deklarationen, Proklamationen und Aufzählungen» von Menschenrechten nicht verdecken könnten[6].

[2] Jörg Paul Müller in VVDStRL 36, 1978, S. 118.

[3] Christian Tomuschat, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36, 1978, S. 7–63 (52, 53, 62, Leitsatz 13a).

[4] Peter Häberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Festschrift Helmut Schelsky, Berlin 1978, S. 141–177 (148).

[5] Rudolf Bernhardt in VVDStRL 36, 1978, S. 132, der allerdings differenziert formuliert, daß «manche universellen Aussagen zu den Menschenrechten nicht viel mehr als Formelkompromisse» seien.

[6] Hannah Arendt, Über die Revolution, München 1965, S. 193.

Das Bundesgericht hat entschieden, daß die Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention «ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt» hätten[7]. Sie seien landesrechtskonform auszulegen[8], gleich wie umgekehrt die Grundrechte des Bundes und der Kantone konventionskonform zu deuten seien. Inhaltlich und verfahrensmäßig bestehe somit eine enge *gegenseitige Wechselwirkung und Verflechtung.* Sogar die von der Schweiz bisher nicht ratifizierten Vertragswerke wie die Europäische Sozialcharta, der EWG-Vertrag oder die UNO-Menschenrechtspakte könnten ein zu ihrer Verwirklichung geeignetes Klima bewirken; insofern seien sie ein wichtiges Element der Schaffung eines gemeinsamen internationalen Menschenrechtsschutzes[9].

Offensichtlich bilden sich zwischen den nationalen Grundrechtsgewährleistungen und den verschiedenen Bemühungen, Proklamationen, Vereinbarungen und Kontrollmechanismen auf regionaler und universeller Ebene komplizierte, *neue Interdependenz-Beziehungen* heraus, die näherer Abklärung und nüancierter Erläuterung bedürfen. Es kann dabei sicher nicht genügen, einzig die geschriebene Norm zu betrachten. Vielmehr sind mitzuuntersuchen oder doch mitzuberücksichtigen die in internationalen Organisationen herausgebildete Praxis spezieller Kontrollorgane, die zahlreichen Zwischenstufen des «pré-droit» oder «soft law», die außerrechtlichen Abmachungen mit politisch-moralischem Verpflichtungscharakter, der möglicherweise rechtserzeugend wirkende Prozeß der völkerrechtlichen Anspruchsbehauptung oder -verneinung, und schließlich das jeweilige Ausmaß der tatsächlichen Durchschlagskraft und Verwirklichung aller dieser Erscheinungsformen.

Die Europäische Menschenrechtskonvention nimmt nicht nur für die Schweiz einen Sonderplatz ein. Im folgenden soll deswegen zuerst ihre besondere Stellung im Rahmen einer Gesamtschau des internationalen Menschenrechtsschutzes herausgeschält werden.

[7] BGE 101 Ia 67. Siehe im einzelnen unten 3. Kapitel II B, IV C 2–3, V E, VII A, S. 332, 346, 355, 370.
[8] BGE 101 Ia 605; 99 Ia 556.
[9] BGE 103 Ia 524. Vgl. schon BGE 97 I 50.

II. Geschichtlicher Kurzüberblick

A. Zum geschichtlichen Werdegang der Grundrechte im allgemeinen

1. Erste Ansätze

Geschichtlich gesehen entstammt die Idee der Menschenrechte nicht dem Bereich des internationalen Rechts[10]. Sie ist vielmehr innerhalb des *Natur- und Verfassungsrechts,* der Philosophie, Traditionen und Wertvorstellungen *einzelner Staaten* entwickelt und entfaltet worden. Die Entstehung des *Konstitutionalismus* und der Ursprung der *individuellen Freiheitsrechte* fielen dabei nicht in dieselbe Zeit. Speziell in England, Flandern, den nordischen Staaten, den 13 Kantonen der alten Eidgenossenschaft und den nord- und mittelitalienischen Stadtstaaten bestanden mittelalterliche Überlieferungen von Garantien und vertraglichen Sicherungen einzelner Freiheiten für bestimmte Stände, für Bürger von Städten oder für alle in einem Lande ansässigen Personen. Im 17. Jahrhundert verbanden sich in England naturrechtliche Vorstellungen mit diesen Traditionen zu einem Konzept geschützter Persönlichkeitsbereiche, die dauernd vom Staat anerkannt und seiner Einwirkung entzogen bleiben sollten. Im Vordergrund standen dabei die Gewährleistungen der persönlichen Freiheit, des Eigentumsschutzes, der religiösen To-

[10] Zum Folgenden: Georges Burdeau, Les libertés publiques, 4. Aufl., Paris 1972; Felix Ermacora, Menschenrechte in der sich wandelnden Welt, Bd. I, Wien 1974; Gaius Ezejiofor, Protection of Human Rights under the Law, London 1964; Manouchehr Ganji, International Protection of Human Rights, Diss. Genf 1962; Wilhelm Karl Geck, Der internationale Stand des Schutzes der Freiheitsrechte: Anspruch und Wirklichkeit, ZaöRV 38, 1978, S. 182–216; James Clarke Holt, Magna Charta, Cambridge 1965; Andreas Khol, Zwischen Staat und Weltstaat. Die internationalen Sicherungsverfahren zum Schutze der Menschenrechte, Wien/Stuttgart 1969; Hersch Lauterpacht, International Law and Human Rights, London 1950; Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin 1959, S. 473–616; id., Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien, Berlin 1967, Bd. II, S. 231–402; Gerhard Oestreich, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, 2. Aufl., Berlin 1978; Arthur Henry Robertson, Human Rights in the World, Manchester 1972; id., Human Rights in Europe, 2. Aufl., Manchester 1977; Ulrich Scheuner, Pressefreiheit, VVDStRL 22, 1965, S. 1–100; Louis B. Sohn/Thomas Buergenthal, International Protection of Human Rights, Indianapolis 1973; Helmut Steinberger, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, Berlin 1974.

leranz und der verfahrensmäßigen Rechtsschutzsicherungen. Die politische Theorie der Aufklärung verschmolz die beiden Wurzeln des Konstitutionalismus und der individuellen Freiheitsrechte, rationalisierte die Ideen des Naturrechts und des Gesellschaftsvertrags und legte so die Grundlage für den modernen demokratischen Verfassungsstaat.

2. Entwicklung seit dem ausgehenden 18. Jahrhundert

Aus dieser Philosophie heraus entstanden die großartigen *ersten Grundsatzkataloge in den französichen und amerikanischen Menschenrechtserklärungen und Verfassungen des ausgehenden 18. Jahrhunderts.* Freiheit erschien hier als dem Staat und der Gesellschaft vorgegebenes, unverzichtbares, rechtlich und moralisch unantastbares Ordnungselement, das in der Verfassung seinen säkularen Ausdruck fand, das die Staatsgewalt materiell begrenzte, und dessen Schutz und Sicherung die eigentliche Sinnerfüllung der Staatsgewalt darstellte. So wurden die Grundrechtsverbürgungen zum «Herz jeder Verfassung», wie es Chief Justice EARL WARREN formulierte[11]. Die europäischen Kataloge der Grundfreiheiten und Bürgerrechte des 19. Jahrhunderts standen über weite Strecken in der Tradition der französischen Revolution. Ihre Wirksamkeit entfaltete sich freilich erst allmählich, in dem Maß, als sich die Rechtsprechung unabhängiger Gerichte verdichtete und entfaltete, und als die rechtlich unbeschränkte Macht des Gesetzgebers vermehrt zugunsten des auf einer geschriebenen Verfassung oder auf ungeschriebenem Common Law beruhenden Grundrechtsschutzes zurückgedrängt wurde.

3. Normative, nominalistische und semantische Grundrechtskataloge

Heute scheint der Gedanke verfassungsmäßiger Grundrechtskataloge einen *unaufhaltsamen Siegeszug* durch alle Kontinente angetreten zu haben. *Gelebte Wirklichkeit* sind die Menschenrechte und Grundfreiheiten allerdings längst nicht überall. Man fühlt sich im Gegenteil bei der Lektüre der Verfassungstexte an die von KARL LOEWENSTEIN vorgeschlagene, ontologische Unterscheidung zwischen Verfassungen mit normativem, nominalisti-

[11] The Public Papers of Chief Justice EARL WARREN, ed. HENRY M. CHRISTMAN, New York 1959, S. 7.

schem und semantischem Charakter erinnert[12]. Die *normative* Verfassung beherrscht den politischen Prozeß, «verfaßt» den Rechtsstaat und gilt effektiv in Staat und Gesellschaft; die *nominalistische* Verfassung setzt sich zum Ziel, aufgrund einer Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen in Zukunft mehr und mehr normativ zu werden; die *semantische* Verfassung schließlich ist eine reine Maskerade zur Verschleierung der wahren faktischen Machtlage und vermag keinen Einfluß auf die tatsächliche Machtausübung zu gewinnen, so daß ihre Grundrechtsgarantien dazu verurteilt sind, reine Papierdeklaration zu bleiben.

4. Gruppen der heute verfassungsmäßig und normativ geschützten Rechte

Soweit Verallgemeinerungen zulässig sind, lassen sich heute im Rahmen der normativen Verfassungen (zu denen man die westeuropäischen rechnen darf) sieben Gruppen von verfassungsmäßig geschützten Rechten unterscheiden:

1. *Ideelle Grundrechte,* bei denen man weiter unterteilen könnte in:
   a) Schutz der körperlichen Integrität;
   b) Garantien der geistig-seelischen Persönlichkeitsentfaltung (z.B. Glaubens- und Gewissens-, Religions-, Meinungsfreiheit);
   c) Schutz der engsten Sozialsphäre (z.B. der Privat- und Familiensphäre);
   d) Gewährleistungen des freien politischen Gemeinschaftslebens (z.B. Vereins-, Koalitions- und Versammlungsfreiheit);
   e) Schutz räumlicher Bewegungsfreiheit (z.B. Niederlassungs-, Ein- und Auswanderungsfreiheit);
2. *Rechtsschutz- und Verfahrenssicherungen,* wie sie vor allem im angelsächsischen Bereich seit der Magna Charta geläufig sind (z.B. «due process of law», Habeas Corpus, ne bis in idem, Verbot der «double jeopardy», Recht der Aussageverweigerung bei Gefahr der Selbstbezichtigung, Recht auf eine rasche und öffentliche Verhandlung in Zivil- und Strafsachen);

[12] Karl Loewenstein, Verfassungslehre, Tübingen 1959, S. 151–157.

3. *Rechtsgleichheit*;
4. *Politische Grundrechte* (Wahlrecht und namentlich in der Schweiz auch Stimmrecht);
5. *Wirtschaftliche Grundrechte* (Eigentumsgarantie, in der Schweiz auch Handels- und Gewerbefreiheit);
6. *Institutsgarantien* (z.B. Schutz der Ehe und Familie, der Stellung der Kirche, Gemeindeautonomie);
7. *Soziale Grundrechte* (z.B. Recht auf Arbeit, Recht auf Bildung, Recht auf Wohnung, Recht auf soziale Sicherheit, Recht auf Gesundheit[13].

B. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz bis zum Ersten Weltkrieg

1. Humanitäre Grundlage

Die Herausbildung des Schutzes der Menschenrechte vollzog sich nicht parallel im nationalen und im internationalen Recht. Wohl gab es schon bei den Klassikern des Völkerrechts gewisse Ansätze zum Schutze individueller Freiheiten. FRANCISCO DE VITORIA versuchte vom Boden des Naturrechts aus die «Konquistadoren-Ideologie» und die Sklaverei gegenüber den westindischen Eingeborenen für unzulässig zu erklären. Und HERSCH LAUTERPACHT rechnete zu den wichtigsten Anliegen der Lehre von HUGO GROTIUS die Anerkennung der grundsätzlichen Gleichheit von Staat und Individuen, wie auch gewisser Grundrechte und -freiheiten der Einzelperson[14]. Laut GROTIUS darf

[13] Dazu MARC BOSSUYT, La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, RDH 8, 1975, S.783–820; GEORG BRUNNER, Die Problematik der sozialen Grundrechte, in: Recht und Staat No.404/405, 1971; ETIENNE GRISEL, Les droits sociaux, ZSR 92 II, 1973, S.1–153; FRANCIS JACOBS, Extension de la Convention européenne des droits de l'homme par l'inclusion de droits économiques, sociaux et culturels, C.E. Doc.AS/Jur (30) 7 (restricted), 1978; JÖRG PAUL MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 II, 1973, S.687–964; HERBERT SCHAMBECK, Grundrechte und Sozialordnung, Berlin 1969; THEODOR TOMANDL, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, in: Recht und Staat No.337/338, 1967; FRANS J. VAN DER VEN, Soziale Grundrechte, Köln 1963; LUZIUS WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Gedenkschrift Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S.371–391; sowie zur Ablehnung eines Rechts auf Bildung de lege lata, BGE 103 Ia 377, 398.

[14] HERSCH LAUTERPACHT, The Grotian Tradition in International Law, BYIL 23, 1964, S.1–53. – Siehe auch PETER PAVEL REMEC, The Position of the Individual in International Law according to GROTIUS and VATTEL, Den Haag 1960.

daher gegen einen Staat eingeschritten werden, der seinen Einwohnern die wesentlichen Menschenrechte verweigert.

Die *Ansätze zu einer humanitären Grundlage des Völkerrechts* wurden jedoch in der Folge während Jahrhunderten verschüttet und durch die *Betonung der staatlichen Souveränität* überdeckt. Die Geltung des internationalen Rechts beschränkte sich auf die zwischenstaatlichen Beziehungen, und in dieser «Zwischen-Souveränitäten-Ordnung»[15] erschien das Individuum weitgehend als mediatisiertes Objekt, dessen Rechtsstellung den Staaten zur Regelung anheimgestellt war. Bis ins 20. Jahrhundert gab es nur wenige, punktuelle Durchbrechungen dieses Grundsatzes. In fünffacher Hinsicht bildeten sich bis zum Ersten Weltkrieg Verbesserungen des Menschenrechtsschutzes heraus[16]:

2. Diplomatischer Schutz und Fremdenrecht

Wohl am bedeutsamsten war der diplomatische Schutz, den die großen Mächte zugunsten ihrer Staatsangehörigen auszuüben beanspruchten, und der zur völkerrechtlichen Sicherung eines Mindeststandards grundlegender Rechte und Freiheiten zugunsten der ausländischen Wohnbevölkerung führte. Die Regeln dieses Fremdenrechts änderten freilich nichts am Grundsatz der *Mediatisierung der Einzelperson:* Nur der Heimatstaat und nicht das verletzte Individuum können im Prinzip auf zwischenstaatlicher Ebene Verletzungen geltendmachen. Zudem kommt die Sicherung des diplomatischen Schutzes nur den Ausländern zugute, was zu politisch heiklen Unterschieden in der Rechtsstellung von Inländern und Ausländern führen mag. Dennoch bietet das Fremdenrecht erstmals eine Art System internationalrechtlich geschützter Rechte und Freiheiten. Zum *Inhalt des völkerrechtlichen Mindeststandard* werden folgende Grundsätze gerechnet[17]:

a) Grundsätzliche Anerkennung der Rechtsfähigkeit des Fremden;

[15] Der Ausdruck stammt von HERMANN JAHRREISS, Mensch und Staat, Köln/Berlin 1957, S. 262ff., 282ff., 309ff.

[16] Dazu ERMACORA, a.a.O. (Anm. 10), S. 234–257; GANJI, a.a.O. (Anm. 10), S. 9–44, 87–112; HANS-PETER TÜSCHER, Die völkerrechtliche Regelung des Loses der Kriegsopfer vor Abschluss der Genfer Konvention von 1864, Diss. Zürich 1969.

[17] JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Bern 1977, S. 327.

b) Verbot unrechtmäßiger Verhaftung und Inhaftierung;
c) Verbot des Ausschlusses vom Rechtsweg, d.h. vom Zugang zu Gerichten und Verwaltungsbehörden («déni de justice»);
d) Verbot der Verweigerung des rechtlichen Gehörs;
e) Anspruch auf einen gewissen rechtlichen Schutz, zur Verhütung von Verbrechen und Vergehen gegen Fremde;
f) Zulässigkeit von Enteignungen nur für öffentliche Zwecke und gegen prompte, angemessene und wirksame Entschädigung;
g) Verbot willkürlicher Beeinträchtigung in der Existenzgrundlage, namentlich durch Ausschluss von der bisherigen beruflichen Tätigkeit;
h) Verbot willkürlicher Massenausweisungen von Fremden.

3. Bekämpfung des Sklavenhandels

Seit der 1787 in London erfolgten Gründung der Gesellschaft zur Abschaffung des Sklavenhandels kam es im 19. Jahrhundert zu zahlreichen bilateralen und multilateralen Vereinbarungen zur Bekämpfung des Sklavenhandels zur See und zu Lande, die im Londoner Quintupel-Vertrag von 1841, in den Berliner Kongoakten von 1885 und in den Generalakten der Brüsseler Konferenz von 1890 gipfelten. Man kann in diesen Verboten der Sklaverei Anfänge eines allgemeinen völkerrechtlichen Diskriminierungsverbotes erblicken.

4. Religiöser Minderheitenschutz

Im Vertrag von Versailles von 1871 und in den Berliner Kongreßakten von 1878, in denen die Unabhängigkeit der neu entstandenen Balkanstaaten geregelt wurde, fand sich ein religiöser Minderheitenschutz, der zum Vorläufer der späteren Maßnahmen der Völkerbundszeit werden sollte.

5. Humanitäre Intervention

Aus christlich-naturrechtlicher Tradition heraus erwuchs die durch zahlreiche Präzedenzfälle im 19. und 20. Jahrhundert erhärtete humanitäre Intervention, d.h. die Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates wegen krass menschenrechtsverletzender Behandlung seiner eigenen Staatsangehörigen (eventuell aber auch der Bürger des intervenierenden Staates). Die Interventionen z.B. von England, Frankreich und Rußland im griechischen Befreiungskrieg von 1827, von Frank-

reich in Syrien zum Schutz der christlichen Maroniten 1860/61 oder von Deutschland und den USA in der Türkei wegen der Armeniermassaker 1915 finden noch in jüngster Zeit gewisse Parallelen in der amerikanisch-belgischen Intervention in Stanleyville im Kongo 1964, ja sogar bei der israelischen Geiselbefreiungsaktion in Entebbe in Uganda 1976 und bei der deutschen Aktion in Mogadisciu in Somalia 1977[18].

6. Humanitäres Kriegsvölkerrecht

In die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts fällt schließlich die Herausbildung erster praktischer und theoretischer Grundlagen eines humanitären Kriegsvölkerrechts, vor allem durch die Gründung des Roten Kreuzes 1863, die im selben Jahr während des amerikanischen Bürgerkrieges proklamierten «Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field», die erste Genfer Konvention von 1864, die Schriften von Franz Lieber und Johann Caspar Bluntschli, und das darauf aufbauende Haager Kodifikationswerk von 1899 und 1907.

C. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz zwischen den beiden Weltkriegen

1. Allgemeines

Die Zeit zwischen den beiden Weltkriegen stellt sich als *Übergangsphase* zu einer Neukonzeption im Bereiche des internationalen Menschenrechtsschutzes dar. Die Idee der völkerrechtlich abgeschirmten Sicherung fundamentaler Rechte und Freiheiten des Individuums kam im Grunde erst nach 1945 zum Tragen. Nach dem Ersten Weltkrieg stand ein *System vertraglicher Minderheitenschutzrechte* im Vordergrund. Der Akzent lag somit auf Gruppen- und nicht auf Individualrechten. Zugleich begann man immerhin, vom Dogma abzurücken, daß der Einzelne nur Objekt des Völkerrechts sein könne. Wie es der Ständige Internationale

[18] Dazu etwa Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 137–211; Ulrich Beyerlin, Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 37, 1977, S. 213–243, sowie Helmut Strebels Bemerkungen hiezu, ZaöRV 37, 1977, S. 691–710; Felix Ermacora, Geiselbefreiung als humanitäre Intervention im Lichte der UN-Charta, in: Festschrift F. A. F. von der Heydte, Berlin 1977, S. 147–171.

Gerichtshof im *Gutachten über die Zuständigkeit der Danziger Gerichte* ausdrückte, könne es «gerade der Gegenstand eines internationalen Abkommens sein ..., bestimmte Regeln zu schaffen, die individuelle Rechte und Pflichten erzeugen und von den nationalen Gerichten angewendet werden können»[19]. In vierfacher Hinsicht entstanden im Gefolge des Ersten Weltkrieges neue international-menschenrechtliche Impulse:

2. Minderheitenschutzverträge

Zahlreiche, im wesentlichen 1919 auf der Pariser Friedenskonferenz, in den Pariser Vorortsverträgen und in bilateralen Abkommen von 1920 bis 1925 abgeschlossene Minderheitenschutzverträge auferlegten den neu entstandenen oder vergrößerten Staaten Ost- und Südeuropas Verpflichtungen zum Schutz ihrer religiösen, ethnischen und sprachlichen Minderheiten. Den Minderheiten wurden die allgemeinen Freiheitsrechte eingeräumt, Schutz vor Diskriminierung zugesichert, spezifische Minderheitenrechte verbürgt (etwa die Errichtung von Schulen mit Unterricht in der eigenen Sprache), nur vereinzelt aber eine begrenzte politische Autonomie zugestanden[20]. Der Völkerbund gewährleistete Bestand und Durchführung der Verträge auf zwischenstaatlicher Ebene. Angehörige der Minderheiten konnten ihre Rechte bloß mittels eines in den Verträgen nicht vorgesehenen Petitionsverfahrens wahren.

3. Ansätze des Selbstbestimmungsgedankens

Der Selbstbestimmungsgedanke, der vor allem durch den amerikanischen Präsidenten WOODROW WILSON aufgegriffen worden war, wurde bei den Pariser Friedensverhandlungen namentlich auf die Gebiete der Nachfolgestaaten Österreich-Ungarns und des Deutschen Reiches angewendet. Als politisches Gestaltungsprinzip oder als allgemein verbindlicher Rechtsgrundsatz vermochte sich die Selbstbestimmung indes noch nicht durchzusetzen.

[19] *Jurisprudence de la Cour de Dantzig,* CPJI Série B, No. 15, 1928, S. 17–18; auszugsweise wiedergegeben bei MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 17), S. 141–142. Zur Deutung dieser Passage siehe LUZIUS WILDHABER, Treaty-Making Power and Constitution, Basel/Stuttgart, 1971, S. 228–229, 232.

[20] Auf den Aalandinseln, im Memelgebiet, in Ostkarelien und zeitweise in Ostgalizien.

4. Mandatssystem

Das Mandatssystem des Völkerbundes beruhte – wie der Minderheitenschutz und die Durchführung von Plebisziten – auf einem Kompromiß. Die früheren deutschen Kolonien und die von der Türkei abgelösten Gebiete wurden weder als Beute unter die siegreichen Alliierten verteilt noch unter eine eigentliche internationale Verwaltung gestellt. Die Mandatsgebiete standen vielmehr unter der Vormundschaft der Mandatsmächte, welche diese im Namen des Völkerbundes ausüben sollten. Aus der Mandatsidee erwuchsen später das UNO-Treuhandschaftssystem und die Dekolonisierungsbewegung.

5. Internationale Arbeits- und Sozialordnung

Die Begründung der Internationalen Arbeitsorganisation im Versailler Friedensvertrag von 1919 institutionalisierte auf völkerrechtlicher Ebene die Bemühungen um eine gerechte, ausgewogene, gemeinwohlorientierte und dadurch friedenssichernde und -stabilisierende Arbeits- und Sozialordnung in den zivilisierten Staaten.

III. Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz seit dem Zweiten Weltkrieg – Heutiger Stand

A. Einleitende Übersicht

Wenden wir uns nun den Entwicklungen des internationalen Menschenrechtsschutzes seit dem Zweiten Weltkrieg und ihrem heutigen Stand zu. Zunächst springt ins Auge, daß ambitiöse, universelle und regionale, *vertragliche Menschenrechtskataloge* die klassischen, individuellen Grundfreiheiten völkerrechtlich proklamieren und gewährleisten[21]. Parallel dazu verläuft ein Bemühen um das Erarbeiten eines *Konzepts sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte.* Dieses Bemühen hält nicht still bei der internationalen Arbeitsrechtskodifikation der Internationalen Arbeitsorganisation oder den Bestrebungen nach wirksamer

[21] Textsammlungen: KLAUS BERCHTOLD, Human Rights in International Law, Collected Texts, Wien 1978; WILHELM BERTRAM, Der internationale Schutz der Menschenrechte. Völkerrechtliche Übereinkommen und andere Dokumente der Vereinten Nationen und des Europarats, Köln 1972; IAN BROWNLIE, Basic Documents on Human Rights, Oxford 1971.

Entwicklungshilfe und -zusammenarbeit, sondern zielt auf die Formulierung von Sozialrechten ab, die gewissermaßen neben die klassischen Grundrechte zu treten oder nach gewissen Ideologien ihnen sogar vorzugehen hätten.

Das *Minderheitenschutzrecht* erscheint in den Hintergrund gedrängt. Die Hoffnung, daß der Ausbau allgemeingültiger Menschenrechte die Minderheitsfragen überflüssig werden lassen könnte, erscheint freilich verfrüht. Auch wuchert zugleich die dialektische Entfaltung des *Selbstbestimmungsrechts* virulent und doppelbödig. Die Praxis anerkennt ein eigentliches Selbstbestimmungsrecht im Sinne eines Anspruchs auf staatliche Neugründungen oder wenigstens qualifizierte Autonomiestatute zwar nur in Problemlagen der Dekolonisierung. Da aber der Begriff ideologisch und politisch von allen Seiten her mit Beschlag belegt und entsprechend emotionalisiert ist, steht er immer wieder im Zentrum internationalrechtlicher Diskussionen und Behauptungen.

Das *Fremdenrecht* verliert zwar im Bereiche der ideellen und prozeduralen Gewährleistungen etwas an Leuchtkraft. Verglichen mit den universellen und regionalen Menschenrechtskonventionen erscheint das Fremdenrecht mehr nur noch als Umschreibung einer *Kerngehalts-Sicherung*. Dieser Kerngehalt erhält allerdings kraft der vertraglichen Garantien eine neue, gewohnheitsrechtliche Verfestigung. Gerade wegen der mangelnden Präzision des *Eigentumsschutzes und wirtschaftlicher Positionen* in den neuen Menschenrechtsinstrumenten behält das Fremdenrecht ohnehin seine Bedeutung.

Das *humanitäre Kriegsvölkerrecht* hat in den Genfer Konventionen von 1949 und 1977 eine bedeutsame Konsolidierung und Fortentwicklung mit einem außerordentlich hohen Beteiligungsgrad erfahren. Es ist freilich der Belastungsprobe derselben politisch-ideologischen Spannungen ausgesetzt wie die entsprechenden humanitären Bestrebungen im Friedensvölkerrecht[22].

[22] RICHARD R. BAXTER, Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law, Harvard Int'l Law Journal 16, 1975, S. 1–26; MICHAEL BOTHE/JOSEF POKŠTEFL, Bericht über Entwicklungen und Tendenzen des Kriegsrechts seit den Nachkriegskodifikationen, ZaöRV 35, 1975, S. 574–655; MICHAEL BOTHE/KNUT IPSEN/KARL JOSEF PARTSCH, Die Genfer Konferenz über humanitäres Völkerrecht. Verlauf und Ergebnisse, ZaöRV 38, 1978, S. 1–85, mit den Konventionstexten auf S. 86–159; HENRI COURSIER, L'évolution du droit international humanitaire, RdC 99 I, 1960, S. 357–465; JEAN PICTET, Le droit humanitaire et la protection des victimes de la guerre, Leiden 1973.

Die hergebrachte «Zwischen-Souveränitäten-Ordnung» hat sich gelockert und befindet sich im Aufbruch zu einem nach Rechtsquellen, Inhalt und Subjekten erweiterten Völkerrecht der Kooperation, der Solidarität, der Interdependenz, der funktionellen Harmonisierung kraft Sachzwängen. In diesem neuen, umspannenden und im Fluß begriffenen Völkerrecht der Gegenwart ist auch Platz für die Erkenntnis, daß *Einzelpersonen in gewissem Umfange Träger völkerrechtsunmittelbarer Rechte und Pflichten* sein können, sowohl beim Zugang zu internationalen Verfahren und Organen wie im materiellen Recht[23].

B. Universeller Menschenrechtsschutz

1. Menschenrechtsschutz in der UNO-Charta von 1945

Die UNO-Charta hat aus den Leiden des Zweiten Weltkrieges den Schluß gezogen, daß die umfassende Achtung der Menschenrechte zur Sicherung und Erhaltung eines gerechten Friedens unerläßlich sei[24]. Die Staaten dürften sich nicht mehr auf den Standpunkt stellen, es stehe ihnen unter Berufung auf ihre Souveränität und das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten frei, ihre Einwohner nach ihrem unumschränkten Ermessen zu behandeln. Denn ein nach innen diktatoriales,

[23] Georg Dahm, Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart 1958, S. 387–444; Heribert Golsong, Implementation of International Protection of Human Rights, RdC 110 III, 1963, S. 1–151; Mario Grassi, Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht, Diss. St. Gallen 1955; George Manner, The Object Theory of the Individual in International Law, AJIL 46, 1952, S. 428–449; Hermann Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22, 1962, S. 1–48; Carl Aage Nørgaard, The Position of the Individual in International Law, Copenhagen 1962; Shigeru Oda, The Individual in International Law, in: Max Sørensen (ed.), Manual of Public International Law, London 1968, S. 481–518; Charles Rousseau, Droit international public, Tome II, Paris 1974, S. 693–774; Giuseppe Sperduti, L'individu et le droit international, RdC 90 II, 1956, S. 727–849; Walter Stoffel, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern, Diss. Freiburg i. Ue. 1979; Hannfried Walter, Die europäische Menschenrechtsordnung, Köln/Berlin 1970; sowie die in Anm. 10 zitierten Ermacora, Ezejiofor, Ganji, Khol, Lauterpacht, Robertson und Sohn/Buergenthal.

[24] Egon Schwelb, The International Court of Justice and the Human Rights Clauses of the Charter, AJIL 66, 1972, S. 337–351; Louis B. Sohn, The Human Rights Law of the Charter, Texas Int'l Law Journal 12, 1977, S. 129–140; Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 505–514.

menschenrechtsverletzendes Regime richte allzu oft seine Aggressivität auch nach außen. Demgemäß rechnen Art. 1 Ziff. 3 und Art. 55 der Charta zu den Zielen der UNO die internationale Zusammenarbeit zur Lösung wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Probleme und die Förderung und Festigung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle, ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion. In Art. 56 verpflichten sich die Mitgliedstaaten, gemeinsam und jeder für sich mit der UNO zur Erreichung dieses Ziels zusammenzuarbeiten[25]. Der genaue Gehalt der anvisierten Menschenrechte bleibt *unbestimmt und konkretisierungsbedürftig*. Immerhin scheint sich die Überzeugung durchzusetzen, daß die grobe Verletzung elementarer Menschenrechte auch direkt die UNO-Charta verletzt. Das *Namibia-Rechtsgutachten* des Internationalen Gerichtshofes äußert sich jedenfalls in diesem Sinn:

«Under the Charter of the United Nations, the former mandatory (sc. South Africa) had pledged itself to observe and respect, in a territory having an international status, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race. To establish instead, and to enforce, distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights is a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter.»[26]

Die weitverzweigten, den verschiedensten menschenrechtlichen Aspekten zugewandten Arbeiten der UNO-Haupt- und Nebenorgane und die zahlreichen, unter ihren Auspizien beschlossenen internationalen Übereinkommen und Deklarationen können hier bloß in ihren Schwerpunkten gerafft dargestellt werden. Diese Schwerpunkte sind die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, das Petitionsverfahren, die Menschenrechtspakte von 1966, die Rassendiskriminierungskonvention von 1966 und die Hauptakzente der Tätigkeit der Internationalen Arbeitsorganisation und der UNESCO[27].

[25] Für die Menschenrechte relevant sind auch die Präambel und die Art. 13, 60, 62, 64, 68, 73, 76 und 87 der UNO-Charta.

[26] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, 1970,* ICJ Reports 1971, p. 45, (§ 131).

[27] Erwähnt seien zudem:
- die Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Verbrechens des Völkermordes vom 9. 12. 1948, in Kraft getreten am 12. 1. 1951, Ende 1978 82 Vertragsstaaten, abgedruckt bei BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 50, BERTRAM, a.a.O. (Anm. 21), S. 15, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 116;
- die Konvention über die Beendigung und Bestrafung des Verbrechens der

2. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948

Am 10. Dezember 1948 nahm die UNO-Generalversammlung die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte an, «as a common standard of achievement for all peoples and all nations»[28]. Sie umfaßt eine *grundsätzlich rechtlich nicht verbindliche Prokla-*

Apartheid vom 30.11.1973, in Kraft getreten am 18.7.1976, Ende 1978 48 Vertragsstaaten, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 54;
- die Konvention über die Unverjährbarkeit von Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschheit vom 26.11.1968, in Kraft getreten am 11.11.1970, Ende 1978 21 Vertragsstaaten, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 60;
- das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, in Kraft getreten am 22.4.1954, Ende 1978 76 Vertragsstaaten, AS 1955, S. 461, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 135;
- das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954, in Kraft getreten am 6.6.1960, Ende 1978 32 Vertragsstaaten, AS 1972, S. 2374, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 153;
- das Übereinkommen über die politischen Rechte der Frau vom 2.12.1952, in Kraft getreten am 7.7.1954, Ende 1978 84 Vertragsstaaten, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 354, BERTRAM, a.a.O. (Anm. 21), S. 17, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 179.
- sowie die Deklaration über die Beseitigung der Diskriminierung gegen Frauen vom 7.11.1967, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 233, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 183;
- die Deklarationen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1959, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 95, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 188,
- über die Rechte geistig zurückgebliebener Personen vom 20.12.1971, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 97,
- und über die Rechte Behinderter vom 9.12.1975, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 99;
- das Sklaverei-Abkommen vom 25.9.1926, geändert durch das Protokoll vom 7.12.1953, in Kraft getreten am 9.3.1927 und 7.7.1955, Ende 1978 93 Vertragsstaaten, BS 12, S. 52, AS 1954, S. 315, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 242, BROWNLIE, a.a.O (Anm. 21), S. 121;
- das Zusatzübereinkommen über die Abschaffung der Sklaverei, des Sklavenhandels und sklavereiähnlicher Einrichtungen und Praktiken vom 7.9.1956, in Kraft getreten am 30.4.1957, Ende 1978 91 Vertragsstaaten, AS 1965, S. 133, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 246, BROWNLIE, a.a.O. (Anm. 21), S. 128;
- die Deklaration über den Schutz aller Personen vor Folter und anderer grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Bestrafung vom 9.12.1975, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 237;
- und die durch Resolution des Wirtschafts- und Sozialrates beschlossenen Standard-Minimalregeln für die Behandlung Gefangener vom 31.7.1957, BERCHTOLD, a.a.O. (Anm. 21), S. 274.

[28] Resolution 217 A (III), angenommen mit 48:0 Stimmen bei 8 Enthaltungen (Sowjetunion, Ukraine, Weißrußland, Tschechoslowakei, Polen, Jugoslawien, Südafrika, Saudi-Arabien).

mation der klassischen Freiheitsrechte, darunter auch des Eigentums (Art. 17), der Auswanderungsfreiheit (Art. 13), des Anspruchs auf eine Staatsangehörigkeit (Art. 15), der Informationsfreiheit (Art. 19), sowie der Garantie allgemeiner, echter und geheimer Wahlen (Art. 21). Daran schließt sich die Gewährleistung sozialer Grundrechte an, nämlich des Rechts auf soziale Sicherheit, auf Arbeit und Freizeit, auf Gesundheit und einen angemessenen Lebensstandard, auf Bildung und Teilnahme am kulturellen Leben (Art. 23–27). Mit der Formulierung, daß jeder Mensch Pflichten gegenüber der Gemeinschaft habe, in der allein die freie und volle Entwicklung seiner Persönlichkeit möglich sei, ist den Grundrechten sogar ein Konzept von Grundpflichten gegenübergestellt (Art. 29).

Als bewußtseinsförderndes und legitimierendes Vorbild, Bekenntnis, Mahnung, Richtschnur, Zielbestimmung und Auslegungshilfe hat die Menschenrechtserklärung eine primär symbolisch-programmatische Strahlkraft entfaltet. Zudem hat sie sich in der Praxis der UNO-Organe niedergeschlagen und verfestigt, hat auf die Gestaltung der Grundrechtskataloge zahlreicher Staaten Einfluß gehabt, ist in nationalen Gerichtsentscheiden angerufen und befolgt worden, hat den Anstoß zu regionalen Menschenrechtspakten gegeben und hat auf die Formulierung der UNO-Menschenrechtspakte bestimmende Auswirkungen gehabt. Ihre *Rechtswirkung* läßt sich mit derjenigen der wichtigsten Resolutionen und Empfehlungen der UNO-Generalversammlung ganz allgemein vergleichen[29].

Wenn freilich die Internationale Menschenrechtskonferenz von 1968 in Teheran verkündete, die Erklärung «states a common understanding of the peoples of the world concerning the inalienable and inviolable rights of all members of the human family and constitutes an obligation for the members of the inter-

[29] In der Literatur ist die Frage sehr umstritten. Siehe namentlich J. P. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 13), S. 942–952; CHRISTOPH SCHREUER, The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts, Israel YB Human Rights 4, 1974, S. 60, 76–87; SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 514–522, 934–947, 992–997. Ferner allgemein RENÉ CASSIN, La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme, RdC 79 II, 1951, S. 237–367; NEHEMIAH ROBINSON, The Universal Declaration of Human Rights: Its Origin, Significance, Application and Interpretation, New York 1958; EGON SCHWELB, Human Rights and the International Community: The Roots and Growth of the Universal Declaration of Human Rights, 1948–1963, Chicago 1964; ALBERT VERDOODT, Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, Louvain 1964.

national community»[30], so nahm sie mit der Bejahung einer eigentlichen völkerrechtlichen Verpflichtung einen großen Sprung im Prozeß der Völkerrechtsbildung an. Sie abstrahierte von der mangelhaften Befolgung des gemeinsamen Menschenrechtsideals in zahlreichen Staaten und *ließ das Recht in kühnem Ausgriff in die Zukunft den Tatsachen vorauseilen.* Diese Münchhausensche Taktik, sich am eigenen Schopf aus dem heutigen Sumpf in eine bessere Zukunft zu ziehen, ist gewiß nicht von vornherein illegitim und mag zu Fortschritten führen, solange die Kluft zwischen Norm und Wirklichkeit nicht überdehnt wird. Die realen Fortschritte des internationalen Menschenrechtsschutzes dürften allerdings auch inskünftig in erster Linie im engeren Kreise von homogenen, geistig verwandten Staaten zu erreichen sein, die sich gegenseitig zu vertrauen vermögen.

3. Petitionsverfahren im Rahmen der UNO

Im Rahmen der UNO besteht außerhalb der beiden Menschenrechtspakte von 1966 ein Petitionsverfahren[31]. Die *UNO-Menschenrechtskommission,* ein Fachausschuß des Wirtschafts- und Sozialrates, entschied 1947, sie sei nicht befugt, Beschwerden über Menschenrechtsverletzungen zu behandeln[32]. Diese

[30] Final Act of the International Conference on Human Rights, U.N. Doc. A/CONF. 32/41, 1969, § 2, abgedruckt bei Berchtold, a.a.O. (Anm. 21), S. 65 und Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 519.

[31] Antonio Cassese, The Admissibility of Communications to the United Nations on Human Rights Violations, RDH 5, 1972, S. 375–397; Felix Ermacora, Procedure to Deal With Human Rights Violations, a Hopeful Start in the United Nations? RDH 7, 1974, S. 670–689; John Humphrey, The Right of Petition in the United Nations, RDH 4, 1971, S. 463–475; Khol, a.a.O. (Anm. 10), S. 78–86, 135–140; Jean-Bernard Marie, La Commission des Droits de l'Homme de L'O.N.U., Paris 1975; Meissner, a.a.O. (Anm. 36), S. 17–38, 69–78; David Ruzié, Du droit de pétition individuelle en matière de droits de l'homme: A propos de la Résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social des Nations-Unies, RDH 4, 1971, S. 89–101; Marc Schreiber, La pratique récente des Nations Unies dans le domaine de la protection des droits de l'homme, RdC 145 II, 1975, S. 297–398; Egon Schwelb, Zur Frage der Anrufung der UN-Menschenrechtskommission durch Individuen und nicht-staatliche Organisationen, VN 20, 1972, S. 79–86; Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 739–856.

[32] U.N. Doc. E/259, 1947, S. 6–7, abgedruckt bei Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 747. Der Wirtschafts- und Sozialrat stimmte diesem Beschluß zu, vgl. Resolution 75 (V), U.N. Doc. E/573, 1947, sowie Resolution 728 F (XXVIII), U.N. Doc. E/3290, 1959, abgedruckt bei Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 748, 771, deutsch bei Bertram, a.a.O. (Anm. 21), S. 39.

Praxis wurde erst aufgrund mehrerer Resolutionen aus den Jahren 1966 und 1970 geändert, speziell im Gefolge der Resolution 1503 (XLVIII) des Wirtschafts- und Sozialrates über das Verfahren für die Behandlung von Mitteilungen über Menschenrechtsverletzungen[33].

Die «*Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*», eine Unterkommission der UNO-Menschenrechtskommission, soll Mitteilungen prüfen, wenn sich daraus «a consistent pattern of gross and reliably attested violations of human rights and fundamental freedoms» ergibt. Aufgrund der Sachverhaltsabklärung durch die Unterkommission entscheidet dann die Menschenrechtskommission, ob sie dem Wirtschafts- und Sozialrat einen Bericht mit Empfehlungen vorlegen, oder ob sie eine Untersuchung durch ein von ihr zu ernennendes ad hoc-Komitee veranlassen soll. Eine solche Untersuchung bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des betroffenen Staates und seiner ständigen Zusammenarbeit. Wie VERDROSS/SIMMA bemerken, handelt es sich «um eine sehr schwerfällige Prozedur, deren Erfolg von der Bereitwilligkeit der betroffenen Staaten abhängt, am Verfahren *bona fide* und effektiv mitzuwirken»[34].

4. Die UNO-Pakte über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966

Von Anfang an war geplant, im Gegensatz zur unverbindlichen Menschenrechtserklärung verbindliche Menschenrechtsverträge zu schaffen. Aber erst nach 18jährigen Diskussionen genehmigte die UNO-Generalversammlung am 16. Dezember

[33] Wirtschafts- und Sozialrat, Resolutionen 1102 (XL), U.N. Doc. E/4176, 1966, und 1164 (XLI), U.N. Doc. E/4264, 1966, abgedruckt bei SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 772, 786; Generalversammlung, Resolution 2144 A (XXI), U.N. Doc. A/6316, 1966, abgedruckt bei SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 787; Wirtschafts- und Sozialrat, Resolution 1503 (XLVIII), U.N. Doc. E/4832/Add. 1, 1970, abgedruckt bei SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 841, deutsch bei BERTRAM, a.a.O. (Anm. 21), S. 44 und bei MEISSNER, a.a.O. (Anm. 36), S. 73; Unterkommission für die Verhinderung von Diskriminierungen und für den Schutz von Minderheiten, Resolution 1 (XXIV), U.N. Doc. E/CN.4/1070, 1971, abgedruckt bei SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 852, deutsch bei BERTRAM, a.a.O. (Anm. 21), S. 46 und bei MEISSNER, a.a.O. (Anm. 36), S. 76.

[34] ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, Berlin 1977, S. 605.

1966 die beiden Menschenrechtspakte[35], nämlich den Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt I) und den Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Pakt II)[36]. Am 23. März 1976 trat aufgrund der bis dahin erfolgten 35 Ratifikationen der Pakt I in Kraft, am 3. Januar 1976 der Pakt II. Ende 1978 haben 56 Staaten den Pakt I ratifiziert, 58 den Pakt II[37].

[35] Resolution 2200 (XXI). Pakt I wurde mit 106:0 Stimmen angenommen (bei Abwesenheit Portugals und Südafrikas), Pakt II mit 105:0, das Fakultativprotokoll zum Pakt I mit 66:2 Stimmen bei 38 Enthaltungen.

[36] Hans-Jürgen Bartsch, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes, NJW 30, 1977, S. 474–480; John Carey, UN Protection of Civil and Political Rights, Syracuse 1970; Hugo Fischer, The Human Rights Covenants and Canadian Law, Canadian YB Int'l Law 15, 1977, S. 42–83; Heinz Guradze, Die Menschenrechtskonventionen der Vereinten Nationen vom 16. 12. 1966, JIR 15, 1971, S. 242–273; Khol, a.a.O. (Anm. 10), S. 100–107, 173–181, 217–253; Ronald St. John Macdonald, The United Nations and the Promotion of Human Rights, in: The International Law and Policy of Human Welfare, ed. Ronald St. John Macdonald/Douglas M. Johnston/Gerald L. Morris, Alphen aan den Rijn 1978, S. 203–237; Friedrich Meissner, Die Menschenrechtsbeschwerde vor den Vereinten Nationen, Baden-Baden 1976, Völkerrecht und Außenpolitik, Bd. 24, S. 39–68; Jörg P. Müller, Die Schweiz und die Menschenrechtskonventionen der UNO und ihrer Spezialorganisationen, in: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik, Hsgb. Hans Christoph Binswanger/Hans Haug/Alois Riklin, Bern/Stuttgart 1975, S. 343–359; Kurt Münger, Bürgerliche und politische Rechte im Weltpakt der Vereinten Nationen und im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1973; Egon Schwelb, Some Aspects of the Measures of Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, RDH 1, 1968, S. 363–377; id., Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation, AJIL 62, 1968, S. 827–868; id., Entry into Force of the International Covenants on Human Rights and the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, AJIL 70, 1976, S. 511–519; id., The International Measures of Implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights and of the Optional Protocol, Texas Int'l Law Journal 12, 1977, S. 141–186.

[37]

Mitgliedstaaten	Pakt I	Fakultativprotokoll	Erklärung nach Art. 41 des Paktes I	Pakt II
Australien				1975
Barbados	1973	1973		1973
Bulgarien	1970			1970
Bundesrepublik Deutschland	1973		1976	1973
Byelorussische SSR	1973			1973
Chile	1972			1972
Costa Rica	1968	1968		1968
Dänemark	1972	1972	1972	1972
Deutsche Demokratische Republik	1973			1973
Dominikanische Republik	1978	1978		1978
Ecuador	1969	1969		1969

Die Gewährleistungen des *Paktes I über bürgerliche und politische Rechte* sind denjenigen der Europäischen Menschenrechtskonvention vergleichbar. Leider sind sie aber nicht identisch, sondern schaffen problematische Überschneidungen, Doppelspurigkeiten und Konkurrenzen[38]. Der *Schutz der Europäischen*

[37] Fortsetzung

Mitgliedstaaten	Pakt I	Fakultativ-protokoll	Erklärung nach Art. 41 des Paktes I	Pakt II
Finnland	1975	1975	1975	1975
Gambia				1978
Großbritannien	1976		1976	1976
Guinea	1978			1978
Guyana	1977			1977
Irak	1971			1971
Iran	1975			1975
Italien	1978	1978	1978	1978
Jamaica	1975	1975		1975
Jordanien	1975			1975
Jugoslawien	1971			1971
Kanada	1976	1976		1976
Kenya	1972			1972
Kolumbien	1969	1969		1969
Libanon	1972			1972
Libyen	1970			1970
Madagaskar	1971	1971		1971
Mali	1974			1974
Mauritius	1973	1973		1973
Mongolei	1974			1974
Neuseeland	1978		1978	1978
Niederlande	1978	1978	1978	1978
Norwegen	1972	1972	1972	1972
Österreich	1978		1978	1978
Panama	1977	1977		1977
Peru	1978			1978
Philippinen				1974
Polen	1977			1977
Portugal	1978			1978
Ruanda	1975			1975
Rumänien	1974			1974
Schweden	1971	1971	1971	1971
Senegal	1978	1978		1978
Sowjetunion	1973			1973
Spanien	1977			1977
Surinam	1976	1976		1976
Syrien	1969			1969
Tanzania	1976			1976
Trinidad und Tobago	1978			1978
Tschechoslowakei	1975			1975
Tunesien	1969			1969
Ukrainische SSR	1973			1973
Ungarn	1974			1974
Uruguay	1970	1970		1970
Venezuela	1978	1978		1978
Zaire	1976	1976		1976
Zypern	1969			1969

[38] Bericht des Sachverständigenausschusses für Menschenrechtsfragen an das Ministerkomitee des Europarats vom 1.8.1970 über Probleme der «Koexistenz»

Menschenrechtskonvention geht weiter beim Recht auf Eigentum (das im Pakt I gar nicht vorkommt), beim Recht auf Leben (abgesehen von den strafferen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Todesstrafe), bei der persönlichen Freiheit und Sicherheit des Individuums, bei der Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, bei der Niederlassungsfreiheit, dem Verbot der Ausweisung von Staatsangehörigen und der Kollektivausweisung von Ausländern.

Es gibt aber auch *Bereiche, in denen der Pakt I weiter geht.* So stehen etwa die Gewährleistung des Selbstbestimmungsrechts und der freien Verfügung über natürliche Reichtümer (Art. 1) nur in äußerst losem Zusammenhang mit den sonst garantierten Menschenrechten. Minderheitenrechte (Art. 27) wurden bewußt nicht in die Europäische Menschenrechtskonvention aufgenommen[39]. Der Pakt I enthält weitere Vorschriften, die in seinem europäischen Gegenstück fehlen. Dazu gehören namentlich die

der VN-Pakte über Menschenrechte und der EMRK, C.E. Doc. H (70) 7, 1970; Gérard Cohen-Jonathan, Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, in: Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, SFDI, Colloque de Bordeaux, Paris 1977, S. 313–337; Marc-André Eissen, Convention européenne des Droits de l'Homme et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de «coexistence», ZaöRV 30, 1970, S. 237–262, 646–649; Jan de Meyer, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, Heule 1968; id., La Convention Européenne des Droits de l'Homme par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme. Le mécanisme international de contrôle, C.E. Doc. H/Coll. (78) 5, 1978; Polys Modinos, Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies, RDH 1, 1968, S. 41– 69; Torkel Opsahl, The European Convention on Human Rights in Relation to Other International Instruments for the Protection of Human Rights. Substantive Rights, Report to the Athens Colloquy on Human Rights, C.E. Doc. H/Coll. (78) 8, 1978; Arthur Henry Robertson, The United Nations Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights, BYIL 43, 1968–69, S. 21–48; Maxime Tardu, Quelques questions relatives à la coexistence des procédures universelles et régionales de plainte individuelle dans le domaine des droits de l'homme, RDH 4, 1971, S. 589–625.

[39] *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond)*, Urteil vom 23.7.1968, Série A, p. 32, § 6; Hermod Lannung, The rights of minorities, in: Mélanges Polys Modinos, 1968, S. 181–195; Phedon Vegleris, Twenty Years' Experience of the Convention and Future Prospects, in: Privacy and Human Rights, Third Int'l Colloquy about the European Convention on Human Rights in Brussels 1970 (ed. Arthur Henry Robertson, Manchester 1973), S. 340–412 (375–377).

Garantien der Behandlung Inhaftierter (Art. 10), eine zweite Instanz in Strafsachen (Art. 14[5]), der Anspruch auf Entschädigung bei Fehlurteilen (Art. 14[6]), der Grundsatz ne bis in idem (Art. 14[7]), die Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16), das Verbot der Kriegspropaganda und der Aufstachelung zu nationalem, rassischem oder religiösem Haß (Art. 20), Rechte der Familie und des Kindes (Art. 23–24), das Erfordernis der freien Zustimmung zur Eheschließung und der Gleichheit der Ehegatten (Art. 23), der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 25), sowie das allgemeine Gleichheitsgebot (Art. 26).

Der *Kontrollmechanismus des Paktes I* über bürgerliche und politische Rechte sieht ein dreifaches Verfahren vor, das aus einem obligatorischen Berichtssystem, einer fakultativen Staatenbeschwerde und einer fakultativen Individualbeschwerde besteht, und dessen Wirksamkeit sehr viel geringer ist als diejenige der Kontrollverfahren der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, *Berichte über* die *Maßnahmen* vorzulegen, die sie *zur Verwirklichung der garantierten Menschenrechte* getroffen haben (Art. 40). Der UNO-Generalsekretär leitet die Berichte dem aus 18 unabhängigen Persönlichkeiten zusammengesetzten *Menschenrechtsausschuß* weiter[40]. Der Ausschuß prüft die Berichte und übersendet den Vertragsstaaten seine eigenen Berichte und die «ihm geeignet erscheinenden allgemeinen Bemerkungen» (Art. 40[4]). Er kann auch den Wirtschafts- und Sozialrat der UNO darüber informieren. Damit sind die obligatorisch und für alle Mitgliedstaaten geltenden Kontrollmöglichkeiten bereits erschöpft.

Der Menschenrechtsausschuß ist zur Prüfung von *Staatenbeschwerden* nur *fakultativ* zuständig, wenn ein Vertragsstaat eine entsprechende Erklärung abgegeben hat (Art. 41). Gemäß diesem Verfahren sollen die Staaten zuerst unter sich die Angelegenheit zu erledigen suchen; dann soll der Ausschuß eine gütliche Regelung auf der Grundlage der Achtung der Menschen-

[40] Ende 1978 hatte der UNO-Menschenrechtsausschuß gemäß Art. 28ff. des UNO-Paktes I folgende Mitglieder: Néjib Bouziri (Tunesien), Abdoulaye Dieye (Senegal), Sir Vincent Evans (Großbritannien), Manouchehr Ganji (Iran), Bernhard Graefrath (DDR), Vladimir Hanga (Rumänien), Dejan Janca (Jugoslawien), Houssam Kelani (Syrien), Luben G. Koulishev (Bulgarien), Rajsoomer Lallah (Mauritius), Andreas V. Mavrommatis (Zypern), Anatoly Petrovich Movchan (UdSSR), Torkel Opsahl (Norwegen), Julio Prado Vallejo (Ecuador), Waleed H. Sadi (Jordanien), Walter Surma Tarnopolsky (Kanada), Christian Tomuschat (BRD), Diego Uribe Vargas (Kolumbien).

rechte anstreben und einen Bericht über die Tatsachen verfassen; danach kann noch mit Zustimmung der Beteiligten eine ad hoc-Vermittlungskommission eingesetzt werden, wobei die Staaten frei sind, die Vermittlungsvorschläge anzunehmen oder abzulehnen (Art. 42). Die erforderlichen 10 Ratifikationen für das Inkrafttreten des Staatenbeschwerdeverfahrens sind Ende 1978 erfolgt, so daß das Verfahren nun anlaufen kann[41].

Ebenfalls *fakultativ* ist die Annahme der *Individualbeschwerde* gemäß dem Fakultativprotokoll vom Pakt I, das – gleichzeitig wie der Pakt I – am 23. März 1976 in Kraft getreten und Ende 1978 von bloß 21 der 56 Vertragsstaaten des Paktes I ratifiziert worden ist. Der Menschenrechtsausschuß prüft die eingereichten Mitteilungen und «teilt seine Auffassungen dem betroffenen Vertragsstaat und der Einzelperson mit» (Art. 5[4]). Er nimmt ferner in seinen Jahresbericht an die UNO-Generalversammlung eine Übersicht über seine Tätigkeit auf. Die Auffassungen des Ausschusses sind daher im Prinzip unverbindlich, und die Durchschlagskraft der Individual-«Beschwerde» wird entscheidend von politischen Motiven und Konstellationen und dem Ausmaß der Mobilisierung der Öffentlichkeit abhängen.

Die Gewährleistungen des *Paktes II über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* sind der Europäischen Sozialcharta vergleichbar. Sie sind allerdings in den von der Europäischen Sozialcharta abgedeckten Bereichen wesentlich weniger präzis. Umgekehrt haben die von ihr aufgeführten Garantien einen erheblich weiteren Umfang. Sie reichen vom Selbstbestimmungsrecht der Völker und einem allgemeinen Diskriminierungsverbot zum Recht auf Arbeit und auf gerechte Arbeitsbedingungen, der Koalitionsfreiheit und dem Streikrecht («in Übereinstimmung mit der innerstaatlichen Rechtsordnung», Art. 8[1]d), dem Recht auf soziale Sicherheit, Familienschutz und Mutterschaftsversicherung, angemessenen Lebensstandard und Schutz vor Hunger, dem Recht auf Gesundheit und auf Bildung, bis hin zur Teilnahme am kulturellen Leben. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, «nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Maßnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen» (Art. 2[1]).

[41] Die 10 Staaten, welche die Erklärung abgegeben haben, sind der Zusammenstellung in Anm. 37 zu entnehmen. Mit der Abgabe der Erklärung durch Neuseeland am 28. 12. 1978 waren die erforderlichen 10 Erklärungen zustandegekommen. Zur Haltung der USA siehe AJIL 72, 1978, S. 628.

Die *Kontrolle* beruht auf einem *Berichtssystem.* Die Berichte, welche die Vertragsstaaten des Paktes II über die von ihnen getroffenen Maßnahmen vorzulegen haben, werden vom UNO-Generalsekretär dem Wirtschafts- und Sozialrat zur Prüfung zugestellt. Der Wirtschafts- und Sozialrat kann die Berichte einem seiner Hilfsorgane, der UNO-Menschenrechtskommission, «zur Prüfung und allgemeinen Empfehlung oder gegebenenfalls zur Kenntnisnahme übermitteln» (Art. 19).

5. Die Rassendiskriminierungskonvention von 1966

Neben den beiden Menschenrechtspakten ist das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966, das am 4. Januar 1969 in Kraft trat, und das Ende 1978 von 102 Staaten ratifiziert war, die wohl bedeutsamste UNO-Konvention zum Schutze der Menschenrechte[42]. Die Vertragsstaaten verpflichten sich nicht nur, selbst Handlungen oder Praktiken der Rassendiskriminierung zu unterlassen, sie sollen auch die durch private Personen ausgeübte Rassendiskriminierung mit allen geeigneten Mitteln verbieten und beendigen.

Der *Kontrollmechanismus* kennt ein obligatorisches Berichtssystem, eine obligatorische Staatenbeschwerde und eine fakultative Individualbeschwerde. Ein 18-köpfiger *Ausschuß* für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, bestehend aus unabhängigen Sachverständigen, prüft die Berichte der Vertragsstaaten und kann «allgemeine Empfehlungen» an die Staaten und die UNO-Generalversammlung abgeben (Art. 8–9). *Mitgliedstaaten* können Beschwerde gegen andere Staaten beim Ausschuß erhe-

[42] THOMAS BUERGENTHAL, Implementing the Racial Convention, Texas Int'l Law Journal 12, 1977, S. 187–221; KAMLESHWAR DAS, Measures of Implementation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination with Special Reference to the Provisions Concerning Reports from States Parties to the Convention, RDH 4, 1971, S. 231–262; JOST DELBRÜCK, Die Rassenfrage als Problem des Völkerrechts und nationaler Rechtsordnungen, Frankfurt a.M. 1971; WINFRIED EGGERS, Die Staatenbeschwerde. Das Verfahren vor der Vergleichskommission nach der Rassendiskriminierungskonvention im Lichte vorliegender Modellverfahren, Schriften zum Völkerrecht, Bd. 61, Berlin 1978; KHOL, a.a.O. (Anm. 10), S. 173–181, 221–238; NATAN LERNER, The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Leyden 1970; KARL JOSEF PARTSCH, Die Konvention zur Beseitigung der Rassendiskriminierung, VN 19, 1971, S. 1–8, 46–53; EGON SCHWELB, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICLQ 15, 1966, S. 996–1068; SOHN/BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 10), S. 856–913.

ben (Art. 11). Dieser leitet den Streit an eine ad hoc-Vergleichskommission weiter, die eine gütliche Beilegung herbeizuführen sucht und Empfehlungen machen kann (Art. 12–13). Vertragsstaaten können durch die Abgabe einer speziellen Erklärung die Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme von *Individualbeschwerden* anerkennen (Art. 14); mangels der erforderlichen 10 Ratifikationen ist dieses Verfahren bisher nicht praktisch geworden[43]. Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung der Rassendiskriminierungskonvention können schließlich dem Internationalen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt werden (Art. 22).

6. Menschenrechtsschutz im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation

Die Internationale Arbeitsorganisation hat mit ihren bisher 151 Übereinkommen und 159 Empfehlungen eine eigentliche «internationale Arbeitsrechtskodifikation»[44] mit teilweise ausgeprägter menschenrechtlicher Akzentsetzung geschaffen, beispielsweise mit ihren Abkommen über die Abschaffung der Zwangsarbeit, den Schutz der Koalitionsfreiheit oder die Beseitigung von Diskriminierungen[45].

Zudem hat sie mehrere *Kontroll- und Beschwerdeverfahren* herausgebildet, die für die Mechanismen des universellen Menschenrechtsschutzes wegweisend geworden sind[46]. So besteht zu-

[43] Bisher haben erst 7 Staaten die Erklärung nach Art. 14 abgegeben: Niederlande 1971, Schweden 1971, Uruguay 1972, Costa Rica 1974, Norwegen 1976, Ecuador 1977, Italien 1978.

[44] So Schambeck, a.a.O. (Anm. 13), S. 43.

[45] Erwähnt seien etwa die Übereinkommen
- Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. 6. 1930, BS 14 38, auch bei Hans F. Zacher, Internationales und Europäisches Sozialrecht. Eine Sammlung weltweiter und europäischer völkerrechtlicher und supranationaler Quellen und Dokumente, 1967, Nr. 11, S. 95;
- Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25. 6. 1957, AS 1958, S. 458, Zacher, Nr. 13, S. 109;
- Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts vom 9. 7. 1948, AS 1976, S. 689, Zacher, Nr. 17, S. 119;
- Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechts und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. 7. 1949, Zacher, Nr. 18, S. 126;
- Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. 6. 1951, AS 1973, S. 1602;
- Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. 6. 1958, AS 1961, S. 810, Zacher, Nr. 15, S. 114.

[46] Ernst Bernard Haas, Human Rights and International Action: The Case of

nächst ein *Berichtsystem* von relativ hohem Effizienzgrad, in das ein Ausschuß von 19 unabhängigen Experten und ein primär politisch urteilender Berichtsprüfungsausschuß einbezogen sind. Sodann verfügen *Berufsverbände* der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer über ein – wenig benütztes – *Beschwerderecht* beim Verwaltungsrat wegen mangelhafter Durchführung eines von einem Mitgliedstaat ratifizierten Übereinkommens. Ferner gibt es ein individuelles Sicherungsverfahren, das sowohl als *Staaten-* wie als *Einzelbeschwerde* (jedes Delegierten der Allgemeinen Konferenz) wie auch ausnahmsweise als *Offizialbeschwerde* (des Verwaltungsrates) ausgestaltet ist. Wenn die Auskünfte des angeschuldigten Mitgliedstaates nicht befriedigen, kann der Verwaltungsrat einen Untersuchungsausschuß einsetzen.

Besonders wichtig ist das *quasi-gerichtliche Verfahren zum Schutze gewerkschaftlicher Rechte* geworden, das sowohl die Staaten wie die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen einzuleiten berechtigt sind. Weitaus die größte Zahl der Beschwerden kann im Vorprüfungsverfahren vor dem 9-köpfigen Ausschuß des Verwaltungsrates zur Vereinigungsfreiheit *«(Governing Body Committee on Freedom of Association»)* erledigt werden. Nur wenige Fälle gelangen an die zweite Instanz, die ebenfalls 9-köpfige, als gerichtliches Organ funktionierende Tatsachenermittlungs- und Versöhnungskommission auf dem Gebiete der Vereinigungsfreiheit *(«Fact-Finding and Conciliation Committee on Freedom of Association»)*.

Freedom of Association, Stanford 1970; KAY HAILBRONNER, Das Verfahren gegen Griechenland als Beispielsfall einer Beschwerde im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation, ZaöRV 31, 1971, S. 548–566; KHOL, a.a.O. (Anm. 10), S. 131–134, 151–164, 191–217; ERNEST ALFRED LANDY, The Effectiveness of International Supervision: Thirty Years of I.L.O. Experience, London 1966; J.P. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 29), S. 952–959; NICHOLAS M. POULANTZAS, International Protection of Human Rights: Implementation Procedures within the Framework of the International Labour Organization, Revue Hellénique de Droit Int'l 25, 1972, S. 110–141; O.G. DE VRIES REILINGH, International Labour Organisation: Some Recent Developments in the Supervisory Machinery, Netherlands Yearbook of Int'l Law 4, 1973, S. 273–285; NICOLAS VALTICOS, Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale, RdC 144 I, 1975, S. 77–138; ID., La protection internationale de la liberté syndicale 25 ans après, RDH 7, 1974, S. 5–39; ID., Die Internationale Arbeitsorganisation und ihr Beitrag zum Rechtsstaatsprinzip und zum internationalen Schutz der Menschenrechte, Journal der Int. Juristen-Kommission 9, 1968, S. 3–37; FRANCIS WOLF, Aspects judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme par l'O.I.T., RDH 4, 1971, S. 773–838; KISABURO YOKOTA, International Standards of Freedom of Association for Trade Union Purposes, RdC 144 I, 1975, S. 309–379.

7. Menschenrechtsschutz im Rahmen der UNESCO

Aus der Tätigkeit der UNESCO[47] verdient die von ihrer Generalkonferenz beschlossene *Konvention über die Bekämpfung der Diskriminierung im Erziehungswesen* vom 14. Dezember 1960 Erwähnung[48]. Die Vertragsstaaten haben einem Sonderausschuß des Exekutivrates *Bericht* zu erstatten über die zwecks Anwendung der Konvention ergriffenen Maßnahmen.

Gemäß dem Zusatzprotokoll vom 10. Dezember 1962 wird eine 11-köpfige Schlichtungskommission eingesetzt, welche *Staatenbeschwerden* zu Streitfragen über die Konvention beilegen soll[49]. Mit Beschluß vom 28. April 1978 führte der UNESCO-Exekutivrat zusätzlich ein *Individualbeschwerdeverfahren* an das «Komitee für Konventionen und Empfehlungen» ein. Die Beschwerde muß Menschenrechtsverletzungen betreffen, «qui relèvent de la compétence de l'UNESCO dans les domaines de l'éducation, de la science, de la culture et de l'information»[50]. Das Verfahren bezieht sich also u. a. auf den Bereich der Konvention über die Bekämpfung der Diskriminierung im Erziehungswesen, aber anscheinend auch auf die Informationsfreiheit. Die Überschneidungen, die daraus erwachsen könnten, werden noch eingehender, kritischer Durchleuchtung bedürfen.

8. Tendenzen und Problematik der jetzigen Entwicklung

An materiellen, völkerrechtlichen Menschenrechtsgewährleistungen mangelt es nicht. Es gibt sogar *erstaunlich viele Aufsichts- und Kontrollverfahren* zur Sicherung der Einhaltung dieser Gewährleistungen. Es wäre indes naiv, allein aus der Annahme völkerrechtlicher Menschenrechtspakte auf eine weltweite Übereinstimmung der Ansichten, Überzeugungen und

[47] Siehe dazu Khol, a.a.O. (Anm. 10), S. 94–100, 221–225; Olivier Lefranc, Les problèmes juridiques posés devant la XII[e] Session de la Conférence Générale de l'UNESCO, AFDI 8, 1962, S. 638–670; Pierre Mertens, L'Application de la Convention et de la Recommandation de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, Un bilan provisoire, RDH 1, 1968, S. 91–108; Hanna Saba, La Convention et la Recommandation concernant la Lutte contre la Discrimination dans le Domaine de l'Enseignement, AFDI 6, 1960, S. 646–659.

[48] In Kraft getreten am 22. 5. 1962, Ende 1978 66 Vertragsstaaten, abgedruckt bei Berchtold, a.a.O. (Anm. 21), S. 219, Brownlie, a.a.O. (Anm. 21), S. 329.

[49] 651 U.N.T.S. 362, 1968, Ende Oktober 1977 23 Vertragsstaaten.

[50] Englischer Text bei Berchtold, a.a.O. (Anm. 21), S. 472, französischer in C.E.Doc.H (78) 6, 1978, H/Inf (79) 4, 1979, S. 23–27.

Zielsetzungen schließen zu wollen. Wenn man bei den nationalen Grundrechtskatalogen zwischen normativen, nominalistischen und semantischen Verfassungen unterscheiden muß, so drängt sich dieselbe zurückhaltende Analyse auch bei völkerrechtlichen Verträgen auf. Der *Mangel an Homogenität der Staatengemeinschaft*, das *Divergieren der politischen und gesellschaftlichen Grundanschauungen* und die *emotionell angeheizte Politisierung der Menschenrechtsdebatte* lassen sich nicht wegdiskutieren. Daß ein derart elementares Anliegen wie dasjenige der Menschenrechte heute auf internationaler Ebene als Instrument des Neokolonialismus oder gar als neue Form eines aufgewärmten Kalten Krieges mißgedeutet werden kann, muß nachdenklich stimmen.

Anderseits ist die Politisierung, Öffnung und Auffächerung des Begriffs der Menschenrechte unübersehbar. Man hat geglaubt, drei hauptsächliche Konzeptionen herausschälen zu können: die *individualistische* Menschenrechtskonzeption des Westens, die den einzelnen Menschen in den Mittelpunkt rückt; die *kollektivistische* des Ostens, bei der das Kollektiv von Partei und Proletariat als Klasse im Zentrum steht; und schließlich die *neonationalistische* der Dritten und Vierten Welt, die auf dem Entfaltungs- und Selbstbestimmungsrecht nicht des Individuums, sondern des weniger entwickelten Staates beharrt[51].

Die mangelnde Homogenität der Ausgangskonzeption wird noch akzentuiert durch die Schwäche, Souveränitätsbetontheit und den überwiegend politischen Charakter der universellen Kontrollmechanismen. Anderseits wird man die *bewußtseinsför-*

[51] So WALTHER HOFER, Gedanken zur Menschenrechtsproblematik in der heutigen Welt, NZZ Nr. 281 vom 2./3. 12. 1978. Siehe ferner allgemein RICHARD B. BILDER, Rethinking International Human Rights: Some Basic Questions, RDH 2, 1969, S. 557–608; KARL E. BIRNBAUM, Human Rights and East-West Relations, Foreign Affairs 55, 1976/77, S. 783–799; TH. C. VAN BOVEN, Some Remarks on Special Problems Relating to Human Rights in Developing Countries, RDH 3, 1970, S. 383–396; GECK, a.a.O. (Anm. 10); BERNHARD GRAEFRATH, Against Cold War – For Promotion of Human Rights, DDR-Komitee für Menschenrechte, Bulletin No. 3, 1978, S. 3–25; MARTIN KRIELE, Die Menschenrechte zwischen Ost und West, Bern 1977; KÉBA M'BAYE, Les réalités du monde noir et les droits de l'homme, RDH 2, 1969, S. 382–394; FRANCISZEK PRZETACZNIK, L'attitude des Etats socialistes à l'égard de la protection internationale des droits de l'homme, RDH 7, 1974, S. 175–206; HENN-JÜRI UIBOPUU, Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen im Staatsrecht der UdSSR, Osteuroparecht 21, 1975, S. 1–24; ID., Der Schutz von Individualrechten in der sowjetischen Doktrin und Praxis, EuGRZ 4, 1977, S. 228–235.

dernde, legitimierende, programmatisch-propagandistische Wirkung des internationalen Menschenrechtsschutzes auch nicht unterschätzen dürfen. Verschiedene Staaten fürchten die Ebene der politischen Kritik vor der UNO-Weltbühne offenbar mehr als scheinbar wirksamere, quasi-gerichtliche Kontrollverfahren vor anderen, weniger politischen Gremien[52].

Die freiheitlich-pluralistischen Demokratien des Westens haben keinen Anlaß, auf ihre Ideale und ihre Menschenrechtskonzeption zu verzichten. Freiheit und Gerechtigkeit, Konstitutionalismus, Rechts- und Sozialstaatlichkeit sind untrennbar mit der Anerkennung der Menschenrechte verbunden. Die Abschirmung von Menschenrechten in völkerrechtlichen Verträgen bedeutet, daß diese Garantien im nationalen Bereich einzuhalten sind, und daß man sich internationaler Kontrolle und Kritik zu unterziehen gewillt ist, ohne die Einrede der Intervention in innere Angelegenheiten zu erheben.

Diese Aussage mag im Rahmen der Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention durchaus banal und offensichtlich klingen. Auf universeller Ebene ist sie jedoch keineswegs unbestritten. Für die *Sowjetunion* bedeuten das Selbstbestimmungsrecht und die polizeilichen Schranken der Menschenrechte anscheinend Rechte auf Wahrung des «sozialistischen Besitzstandes» und auf Ausschluß jeder Einmischung in die «chasses gardées» des «domaine réservé»[53]. Für eine erhebliche Zahl von *Entwicklungsländern* bedeutet der Menschenrechtsgedanke primär ein neues «magisches Viereck» von Prioritäten: Dekolonisierung, Verbot der Rassendiskriminierung (vor allem der Apartheid), neue Weltwirtschaftsordnung (zur Schaffung der wirtschaftlich-sozialen Basis für den Genuss ideeller und prozeduraler Rechte) und ein präferenzielles Entwicklungsvölkerrecht

[52] Dazu THOMAS BUERGENTHAL, International and Regional Human Rights Law and Institutions: Some Examples of Their Interaction, Texas Int'l Law Journal 12, 1977, S. 321–330 (326).

[53] Vgl. z. B. GRAEFRATH, a.a.O. (Anm. 51), S. 11: «International co-operation is so important in the field of human rights because guaranteeing them is the task of each individual State, a task which lies within their sovereignty. It is the individual States which – in line with the social, historical, economic and cultural conditions of the given society- must ensure human rights, and only they and not some international body are in a position to do this.» – Zur Wahrung des sozialistischen Besitzstandes gemäß Breschnew-Doktrin siehe die bei MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 17), S. 460–462 wiedergegebenen Dokumente und Stellungnahmen.

(durch eine «kollektive wirtschaftliche Sicherheit» und die Begründung sozialer Teilhaberechte und Leistungspflichten)[54].

Diese Prioritätenordnung und die künftige Orientierung der UNO-Schwerpunkte sind besonders scharf formuliert in der am 16. Dezember 1977 mit 123:0 Stimmen bei 15 Enthaltungen angenommenen *Resolution 32/130 der UNO-Generalversammlung*, wo es heißt:

«Tous les droits de l'homme et libertés fondamentales sont indivisibles et interdépendants; une attention égale et une considération urgente devront être accordées à la réalisation, la promotion et la protection tant des droit civils et politiques que des droits économiques, sociaux et culturels;»

«Dans l'approche des questions des droits de l'homme au sein du système des Nations Unies, la communauté internationale devra accorder ou continuer d'accorder une priorité à la recherche de solutions aux violations massives et flagrantes des droits de l'homme des peuples et des personnes affectées par des situations telles que celles résultant de l'*apartheid*, de toutes les formes de discrimination raciale, du colonialisme, de la domination et de l'occupation étrangères, de l'agression et de menaces contre la souveraineté nationale, l'unité nationale et l'intégrité territoriale, ainsi que du refus de reconnaître les droits fondamentaux des peuples à l'autodétermination et de chaque nation à l'exercice de sa pleine souveraineté sur ses richesses et ressources naturelles»;

«La réalisation du nouvel ordre économique international est un élément essentiel pour une promotion effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et une priorité doit également lui être accordée.»[55]

Die freiheitlich-pluralistischen Demokratien haben sich gegenüber diesen neuesten Entwicklungen wohl zu sehr in die *lähmende Mentalität der permanenten Rückwärtsverteidigung* drängen lassen. Sicher müssen sie den berechtigten Anliegen der Dritten und Vierten Welt alles Verständnis entgegenbringen. Daneben werden sie aber darauf beharren müssen, daß wirtschaftliche Entwicklung und soziale Gerechtigkeit durchaus nicht begriffsnotwendigerweise die Verfolgung politischer Opposition und Dissidenten, die Unterdrückung anderer Glauben und Über-

[54] Dazu etwa LUZIUS WILDHABER, Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, BDGesVR 18, 1978, S. 10–13 und die dort angegebene Literatur.

[55] U.N. Doc. A/32/423, 1977, Resolution 32/130 über «Autres méthodes et moyens qui s'offrent dans le cadre des organismes des Nations Unies pour mieux assurer la jouissance effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales», Ziff. 1 lit. a, e und f. Siehe auch die besonders krasse Formulierung im Schlußdokument des von der UNESCO einberufenen «International Congress on Teaching of Human Rights», Wien, 12.–16. 9. 1978, Ziff. 2: «The Concept of human rights should not be formulated in traditional or classical terms but should include the historical experience and contributions of all peoples particularly in relation to the major contemporary problems such as self-determination and all forms of discrimination and exploitation.»

zeugungen oder die Vernachlässigung rechtsstaatlicher Verfahren bedingen.

C. Überregionaler und regionaler Menschenrechtsschutz

1. Allgemeines

Für eine *Regionalisierung* des völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes spricht die Überlegung, daß hier weit mehr als in anderen internationalen Normenbereichen der Vertragstext der schöpferischen Entfaltung und Fortentwicklung bedarf. Gestalt und Gehalt der allgemein gehaltenen Garantien bilden sich erst allmählich in einem *stetigen Konkretisierungsprozeß* heraus. In Anbetracht der weltweit divergierenden Grundanschauungen verspricht eine Regionalisierung des Konkretisierungsprozesses ein einigermaßen vergleichbares politisches und gesellschaftliches Klima und damit einen höheren Grad an gegenseitigem Vertrauen, Kohärenz, Durchschlagskraft und Ernsthaftigkeit. Bei der Europäischen Menschenrechtskonvention wird man die Einhaltung dieser Erwartungen ohne weiteres annehmen dürfen. Sollten diese Erwartungen aber zu hoch geschraubt sein (und dies wäre etwa beim inter-amerikanischen System des Menschenrechtsschutzes zur Zeit noch der Fall), so kann man im regionalen Rahmen mindestens ein ausgewogenes Maß an mangelhafter Befolgung erwarten. Damit läßt sich doch noch die Einhaltung des jeweiligen regionalen Mindeststandards durchsetzen, und es lassen sich wenigstens Spannungen vermeiden, die sonst aus der Menschenrechtsdebatte erwachsen könnten.

2. KSZE

Die Schlußakte der Konferenz von Helsinki über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa von 1975 (KSZE) enthalten einen überregionalen Kompromiß zwischen 34 Staaten des Westens und des Ostens und dem Heiligen Stuhl, der zudem keinen eigentlichen Vertrag darstellt, sondern eine außerrechtliche Abmachung[56]. In der Prinzipienerklärung des Korbes I verpflichten

[56] Human Rights, International Law and the Helsinki Accord, ed. THOMAS BUERGENTHAL, Montclair/New York 1975; HAROLD S. RUSSELL, The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Lilliput?, AJIL 70, 1976, S. 242–272; HANS-JOACHIM SCHÜTZ, Zur Rationalität des Zielkatalogs und des Friedenssicherungs-

sich die Teilnehmerstaaten im VII. Grundsatz, die Menschenrechte und Grundfreiheiten zu achten und «in Übereinstimmung mit den Zielen und Grundsätzen der Charta der Vereinten Nationen und mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte» zu handeln. «Sie werden die wirksame Ausübung der zivilen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen sowie der anderen Rechte und Freiheiten, die sich alle aus der dem Menschen innewohnenden Würde ergeben und für seine freie und volle Entfaltung wesentlich sind, fördern und ermutigen.» Korb 3 enthält dann detaillierte Grundsätze über menschliche Kontakte, Information, Zusammenarbeit und Austausch im Bereich der Kultur und der Bildung.

Wenn diese menschenrechtlichen Grundsätze der KSZE-Schlußakte seither eine überraschende Resonanz erhalten haben, so einmal im Gefolge der Menschenrechtspolitik Präsident CARTERS und des sowjetischen Widerstandes dagegen, zum anderen aber auch wegen des Mutes zahlreicher östlicher Dissidenten. Im Grunde ist es natürlich paradox, dass eine außerrechtliche Abmachung größere Auswirkungen haben kann als die völkerrechtlich verbindlichen UNO-Menschenrechtspakte. Es zeigt sich, wie prekär und im Grunde unbefriedigend es ist, wenn man glaubt, Menschenrechtsgewährleistungen einzig auf ihre vordergründige rechtliche Verbindlichkeit und ihren Wortlaut hin untersuchen zu sollen.

3. Interamerikanischer Menschenrechtsschutz

Der Menschenrechtsschutz der *Organisation Amerikanischer Staaten* und der von ihr ins Leben gerufenen Interamerikanischen Menschenrechtskommission sind dem Vorbild der Weltorganisation nachgezeichnet. Die *Amerikanische Menschenrechtskonvention* vom 22. November 1969 ist hingegen stark beeinflußt von der Europäischen Menschenrechtskonvention[57]. Sie trat am 11.

instrumentariums der Schlußakte der Konferenz für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (KSZE), JIR 18, 1975, S. 146–203; THEODOR SCHWEISFURTH, Zur Frage der Rechtsnatur, Verbindlichkeit und völkerrechtlichen Relevanz der KSZE-Schlußakte. Ein Diskussionsbeitrag zum Phänomen der außerrechtlichen (non-legal) zwischenstaatlichen Abmachung, ZaöRV 36, 1976, S. 681–726.

[57] JOSÉ A. CABRANES, The protection of Human Rights by the OAS, AJIL 62, 1968, S. 889–908; HECTOR GROS ESPIELL, Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme, RdC 145 II, 1975, S. 1–55; GERHARD KUTZNER, Die Amerikanische Menschenrechts-

Juli 1978 in Kraft und band im Herbst 1978 13 Staaten[58]. Jeder Vertragsstaat unterstellt sich mit der Ratifikation automatisch der Individualbeschwerde an die Amerikanische Menschenrechtskonvention. Entgegen dem System der Europäischen Menschenrechtskonvention, in dem die Individualbeschwerde fakultativ und die Staatenbeschwerde obligatorisch ist, ist somit gemäß der Amerikanischen Menschenrechtskonvention die *Individualbeschwerde obligatorisch* und die *Staatenbeschwerde fakultativ* (Art. 44–45). Es besteht sogar die Möglichkeit einer Popularbeschwerde. Ob sich die Konvention nun auch praktisch durchzusetzen und gar auf die Nichtmitgliedstaaten auszustrahlen vermag, wird sich erst noch weisen müssen.

4. Europarat

Die regionalen, westeuropäischen Bestrebungen in Richtung auf einen völkerrechtlich abgeschirmten Menschenrechtsschutz waren von ähnlichen Überlegungen und Überzeugungen getragen wie die parallel laufenden, universellen Bemühungen im Rahmen der UNO. Der Europarat war dabei zweifellos der *Vorkämpfer.* Der Schluß, daß die Achtung der individuellen Freiheit im Staat in engstem Zusammenhang stehe mit der Sicherung des Friedens zwischen den Staaten, klingt in der Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949 ebenso an wie in der UNO-Charta. Gemäß Art. 1 der Satzung hat der Europarat zur Aufgabe, durch Beratung von Fragen von gemeinsamem Interesse, durch den Abschluß von Abkommen und durch gemeinschaftliches Vorgehen «eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern zum Schutze und zur Förderung der Ideale und Grundsätze, die ihr gemeinsames Erbe bilden, herzustellen und ihren wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern.» «Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz an, dass jeder, der seiner

konvention vom 22.11.1969, JIR 15, 1971, S. 274–295; Lawrence J. Le Blanc, The OAS and the Promotion and Protection of Human Rights, The Hague 1977; Sohn/Buergenthal, a.a.O. (Anm. 10), S. 1267–1374; Christian Tomuschat, Die Interamerikanische Menschenrechtskommission, ZaöRV, 28, 1968, S. 531–560; Karel Vasak, La protection internationale des Droits de l'homme sur le continent américain – La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, Paris 1968.

[58] Es sind dies: Costa Rica, Dominikanische Republik, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, Kolumbien, Panama, Peru, Venezuela. Die USA und sieben andere Staaten haben die Konvention unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Text in ArchVR 15, 1971/72, S. 346.

Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll» (Art. 3)[59]. Wie der 1969 erzwungene Austritt Griechenlands aus dem Europarat gezeigt hat, ist – wie bei der UNO-Charta[60] – anzunehmen, dass eine *grobe Verletzung elementarer Menschenrechte direkt die Europarats-Satzung verletzt.*

Schwerpunkt und Krönung der menschenrechtlichen Aspirationen des Europarats sind die Europäische Menschenrechtskonvention und die Europäische Sozialcharta. Daneben haben sich aber die Beratende Versammlung, das Ministerkomitee, seine Expertenausschüsse und das Generalsekretariat in vielfältigster Weise immer wieder durch den Abschluß internationaler Verträge, durch Resolutionen, Debatten und Berichte um Fortschritte im europäischen Menschenrechtsschutz und um dessen Harmonisierung bemüht. Auf die Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden[61]. Im folgenden seien bloß zuerst kurz die

[59] AS 1963, S. 772; 1971, S. 63; 1976, S. 2857, SR O.192.030.

[60] Cf. oben III B 1, S. 250.

[61] Erwähnt seien immerhin die folgenden Übereinkommen:
- Europäisches Niederlassungsübereinkommen (Nr. 19) von 1955;
- Europäisches Übereinkommen (Nr. 25) über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates von 1957;
- Europäisches Übereinkommen (Nr. 31) über die Abschaffung des Visumszwanges für Flüchtlinge von 1959;
- Europäisches Übereinkommen (Nr. 82) über die Unverjährbarkeit von Verbrechen gegen die Menschheit und von Kriegsverbrechen von 1974;
- Vorläufiges Europäisches Abkommen (Nr. 12) über die Systeme der Sozialen Sicherheit für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen, nebst Zusatzprotokoll, von 1953;
- Vorläufiges Europäisches Abkommen (Nr. 13) über Soziale Sicherheit unter Ausschluß der Systeme für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen, nebst Zusatzprotokoll, von 1953;
- Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit (Nr. 48) und Protokoll zur Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit von 1964;
- Europäisches Übereinkommen (Nr. 78) über Soziale Sicherheit und Zusatzvereinbarung zur Durchführung des Europäischen Übereinkommens über Soziale Sicherheit von 1972.

Ferner folgende Resolutionen der Beratenden Versammlung:
- Resolution 337 (1967) über das Dienstverweigerungsrecht aus Gewissensgründen;
- Resolution 428 (1970), Deklaration über Massenkommunikationsmedien und Menschenrechte;
- Resolution 683 (1972), Vorschläge für ein kurz- und mittelfristiges Programm des Europarates im Menschenrechtsbereich;
- Resolution 817 (1977), über gewisse Aspekte des Asylrechts.

Schließlich die folgenden Resolutionen des Ministerkomitees:

Europäische Sozialcharta und danach im II. Kapitel ausführlicher die Europäische Menschenrechtskonvention dargestellt.

5. Die Europäische Sozialcharta

Die Europäische Sozialcharta vom 18. Oktober 1961, in Kraft seit dem 26. Februar 1965, Ende 1978 von 11 Europaratstaaten ratifiziert[62], ist das *sozial- und arbeitsrechtliche Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention*[63]. Die Vertragsstaaten

- Resolution (56) 16, Menschenrechtskonvention, Auslegung und Anwendung von Art. 15, Ziff. 3 EMRK;
- Resolution (62) 2, Wahl-, Grund- und Sozialrechte von Gefangenen;
- Resolution (67) 13, Presse und Jugendschutz;
- Resolution (67) 14, Asyl für Personen, die in Gefahr stehen, verfolgt zu werden;
- Resolution (69) 6, Kino und Jugendschutz;
- Resolution (70) 17, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Europäische Menschenrechtskonvention: Verfahren bei Staatenbeschwerden;
- Resolution (73) 5, Standard-Minimalregeln für die Behandlung Gefangener;
- Resolutionen (73) 22 und (74) 29 über den Schutz der Privatsphäre gegenüber Elektronischen Datenbanken im privaten und im öffentlichen Sektor;
- Resolution (74) 26, Gegendarstellungsrecht, Stellung des Einzelnen gegenüber der Presse;
- Resolution (75) 11, Kriteria für Verfahren, die in Abwesenheit des Angeschuldigten durchgeführt werden;
- Resolution (75) 25, Arbeit im Gefängnis;
- Resolution (76) 5, Rechtshilfe in zivil-, handels- und verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten;
- Resolution (77) 31, Schutz des Individuums gegenüber Akten von Verwaltungsbehörden;
- Resolution (78) 8, Hilfe und Beratung in Rechtssachen.

Das Vertragswerk des Europarats ist abgedruckt in: European Conventions and Agreements – Conventions et accords européens, vol. I, 1949–1961, vol. II, 1961–1970. Zur Haltung der Schweiz, Bericht des Bundesrates über die Schweiz und die Konventionen des Europarates vom 16. 11. 1977, BBl 1977 III, S. 870–912. Die oben angeführten Resolutionen werden wiedergegeben im Textband des im Erscheinen begriffenen Internationalen Kommentars zur EMRK, Hrsg. Heribert Golsong/Wolfram Karl/Herbert Miehsler/Herbert Petzold/Theo Vogler/Luzius Wildhaber, Köln/Berlin.

[62] Vertragsstaaten mit Beitrittsjahren: Großbritannien, Norwegen und Schweden 1962, Irland 1964, Bundesrepublik Deutschland, Dänemark und Italien 1965, Zypern 1968, Österreich 1969, Frankreich 1973, Island 1976. – Bloß unterzeichnet haben die Charta: Belgien, Griechenland, Luxemburg, Niederlande und die Türkei, 1961, Spanien 1978, sowie die Schweiz am 6. 5. 1976.

[63] Neueste Literatur: Philippe Bois, La Charte sociale européenne, Son influence sur le droit suisse, SJIR 33, 1977, S. 9–36; Pierre Laroque, L'élaboration et l'application de la Charte sociale européenne, Rapport au Colloque de l'As-

erklären darin, sie seien «gewillt, mit allen zweckdienlichen Mitteln staatlicher und zwischenstaatlicher Art eine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, geeignete Voraussetzungen zu schaffen, damit die tatsächliche Ausübung» von 19 im einzelnen aufgeführten Rechten und Grundsätzen gewährleistet sei (Teil I). Da die Charta ein umfassendes sozial- und arbeitsrechtliches Programm vorsieht, müssen die Vertragsparteien nur einen «*fließenden Kern*» *gemeinsamer Verpflichtungen* übernehmen. Sie müssen 10 der 19 Artikel oder 45 der 72 Absätze als für sich bindend bezeichnen, darunter mindestens 5 von 7 bestimmten Artikeln (Teil II, Art. 20)[64].

Trotz der weitgespannten Tragweite beabsichtigt die Charta keineswegs, alle denkbaren Sozialrechte zu garantieren. So enthält sie keine Rechte auf Bildung, auf Wohnung, auf eine gesunde Umwelt, keine Mitbestimmungsansprüche und keine Alterspolitik.

Der *Kontrollmechanismus* der Charta ist mehrstufig. Die von den Staaten vorzulegenden Berichte werden, ausgehend vom Ministerkomitee, der Reihe nach dem siebenköpfigen, unabhängigen Sachverständigenausschuß, dem Unterausschuß des Regierungssozialausschusses, der Beratenden Versammlung und zum Abschluß dem Ministerkomitee zur Stellungnahme vorgelegt. ANDREAS KHOL schlägt vor, zwischen politischen und gerichtlichen oder quasi-gerichtlichen, sowie zwischen generellen und individuellen Verfahren der internationalen Menschenrechtssicherung zu unterscheiden[65]. Bei individuellen Verfahren (Beschwerdesystem) können ein unmittelbar betroffener Staat (Staatenbeschwerde) oder eine Einzelperson (Einzelbeschwerde) in konkreten Fällen Antrag stellen oder Klage erheben, oder das Sicherungsorgan leitet ein einen Einzelfall betreffendes Verfahren von Amtes wegen ein. Bei generellen Verfahren muß ein Staat, unabhängig von einem konkreten Fall, den Sicherungsorganen peri-

semblée parlementaire à Strasbourg, C.E. Doc. AS/Coll/Charte 1 F, 1977; ROBERT STEIERT, Die Europäische Sozialcharta, in: aus Politik und Zeitgeschichte, B 3/79 vom 20.1.1979; BERNARDO ZANETTI/LÉON-ELI TROCLET/LUZIUS WASESCHA/GUIDO CASETTI/KURT SOVILLA/AUGUSTIN MACHERET, in: Civitas 33, 1978, S.563–628; Empfehlung 839, 1978, der Beratenden Versammlung, abgedruckt in C.E. Doc. H/Inf (78) 2 (restricted), 1978.

[64] Anzahl der angenommenen Absätze in den Vertragsstaaten: Italien 72, Frankreich 70, BRD 68, Irland 63, Großbritannien und Österreich 62, Norwegen 60, Schweden 59, Dänemark 44, Island 41, Zypern 34.

[65] KHOL, a.a.O. (Anm. 10), S.63–65, 409–448.

odische Berichte über die Verwirklichung der Schutzbestimmungen vorlegen, worauf die Sicherungsorgane die Berichte von Amtes wegen überprüfen (Berichtsystem). Das Überprüfungsverfahren der Europäischen Menschenrechtskonvention wäre danach als *zuerst quasi-gerichtliches, später gerichtliches, individuelles Kontrollsystem* zu qualifizieren, dasjenige der Europäischen Sozialcharta hingegen als *politisches, generelles Verfahren*[66].

Im Anhang (Teil III) erklären die Vertragsstaaten, daß Einverständnis darüber bestehe, «daß die Charta rechtliche Verpflichtungen internationalen Charakters enthält, deren Durchführung ausschließlich der in ihrem Teil IV vorgesehenen Überwachung unterliegt.» Diese auf den ersten Blick nicht ganz klare Formel ist aufgrund der «travaux préparatoires» so zu deuten, daß jede Möglichkeit *ausgeschlossen* werden sollte, daß sich interessierte *Privatpersonen vor nationalen Behörden oder Gerichten direkt auf die Vorschriften der Charta berufen* könnten. Dadurch sollte sichergestellt werden, daß es sich um rein zwischenstaatliche Verpflichtungen handle[67].

[66] Als politisches Verfahren ist es zu qualifizieren, weil u.a. das Ministerkomitee noch nie Anregungen des Sachverständigenausschusses übernommen und entsprechende Empfehlungen an die Mitgliedstaaten gerichtet hat, cf. WASESCHA, a.a.O. (Anm. 63), S. 586.

[67] So: GIUSEPPE BARILE, La Carta sociale europea e il diritto internazionale, RivDirInt 44, 1961, S. 624–644 (639); BOIS, a.a.O. (Anm. 63), S. 35; A. DELPÉRÉE, Les droits sociaux et la Charte sociale européenne, RDH 1, 1968, S. 549–581 (574–575); ETIENNE GRISEL, a.a.O. (Anm. 13), S. 63–64; LAROQUE, a.a.O. (Anm. 63), S. 13; SCHAMBECK, a.a.O. (Anm. 13), S. 97–98; STEIERT, a.a.O. (Anm. 63), S. 40–41, 44–45; F. TENNFJORD, The European Social Charter – An Instrument of Social Collaboration in Europe, Annuaire Européen 9, 1962, S. 71–87 (79–80); WILHELM WENGLER, Die Unanwendbarkeit der Europäischen Sozialcharta im Staat, Bad Homburg 1969; BGE 103 Ia 524. – Weil die Vertragsstaaten in Art. 6 Ziff. 4 das Recht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streikrechts im Falle von Interessenkonflikten und in Art. 18 Ziff. 4 die Auswanderungsfreiheit «anerkennen», gibt es freilich in der Doktrin Stimmen, die von diesen beiden Bestimmungen behaupten, sie seien «self-executing», vgl. ALBERT BLECKMANN, Interprétation et application en droit interne de la Charte sociale européenne, notamment du droit de grève, Cahiers de droit européen 1967, S. 388–412 (405–412); PIERRE PAPADATOS, Die Europäische Sozialcharta, Journal der Int. Juristen-Kommission 7, 1966, S. 237–269 (264–265); WALTER WIESE, Die Europäische Sozialcharta, JIR 16, 1973, S. 328–353 (340–344); MANFRED ZULEEG, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, ZaöRV 35, 1975, S. 341–363 (351–362). – Während die direkte Anwendbarkeit für Art. 18 Ziff. 4 kaum wesentlich ist, hängt bei Art. 6 Ziff. 4 viel daran. Ich habe anderswo vorgeschlagen, die Schweiz solle bei einer allfälligen Ratifikation der

Alles in allem sind die Rechte und Grundsätze der Europäischen Sozialcharta zeit- und relativitätsgebundene, nicht unmittelbar anwendbare, aber dennoch konkrete, auf kollektiver Solidarität beruhende, nach Maßgabe der Gesetzgebung vom Staat zu erlangende Leistungsansprüche. PIERRE LAROQUE hat sie folgendermaßen gekennzeichnet: «Les droits sociaux sont essentiellment concrets. Ce sont moins des principes de droit que des règles d'action. Et ils ne sont à aucun titre des droits naturels.»[68]

6. Europäische Gemeinschaften

Weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht kennen zur Zeit Grundrechtsgarantien oder -kataloge. Doch hat der *Gerichtshof* der Europäischen Gemeinschaften in den letzten zehn Jahren eine *Rechtsprechung* aufgebaut, die, soweit ersichtlich, den praktischen Tagesbedürfnissen der EG-Staaten und -Bürger weitgehend genügen sollte. Der Gerichtshof zählt nämlich die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die er zu wahren hat, und die er den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen oder den internationalen Menschenrechtspakten der Mitgliedstaaten entnimmt[69].

UNO-Menschenrechtspakte ausdrücklich erklären, sie betrachte die Pakte als «non-self-executing», siehe LUZIUS WILDHABER, Menschenrechte – Föderalismus – Demokratie und die verfassungsrechtliche Verankerung der Außenpolitik, in: Festschrift Kägi, 1979. Möglicherweise ließen sich mit einer solchen Erklärung auch Mißverständnisse zu Art. 6 Ziff. 4 ausräumen.

[68] LAROQUE, a.a.O. (Anm. 63), S. 1, § 2.

[69] Die einschlägigen Urteile und Entschließungen der EG-Organe, sowie die Probleme der Beziehung zur EMRK werden unten im 2. Kapitel V D., S. 323, erörtert.

2. Kapitel

Eigenart und Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention

I. Vertragswerk und Wirksamkeitsgrade

A. Das Vertragswerk

Die *Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* ist am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet worden und ist am 3. September 1953 in Kraft getreten[1]. Sie ist seither durch fünf Protokolle ergänzt worden:

- Das *Zusatzprotokoll* vom 20. März 1952, in Kraft getreten am 18. Mai 1954[2];
- das *Protokoll Nr. 2* vom 6. Mai 1963, durch das dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte die Zuständigkeit zur Erstattung von Gutachten übertragen wird, in Kraft getreten am 21. September 1970[3];
- das *Protokoll Nr. 3* vom 6. Mai 1963, zur Änderung der Art. 29, 30 und 34 EMRK, in Kraft getreten am 21. September 1970;
- das *Protokoll Nr. 4* vom 16. September 1963, in Kraft getreten am 2. Mai 1968[4];
- das *Protokoll Nr. 5* vom 20. Januar 1966, zur Änderung der Art. 22 und 40 EMRK, in Kraft getreten am 20. Dezember 1971.

Nachdem Frankreich und die Schweiz 1974 die *Konvention* ratifiziert hatten, und das vom Obristen-Regime befreite Griechenland ihr ebenfalls 1974 erneut beigetreten war, waren erstmals alle (damals 18) Europarats-Staaten zugleich Mitglieder der

[1] AS 1974, S. 2151, SR 0.101; IntKom EMRK, Textband 1979.
[2] BBl 1968 II, S. 1163.
[3] AS 1974, S. 2175, SR 0.101.02.
[4] BBl 1968 II, S. 1969.

Europäischen Menschenrechtskonvention[5]. Entsprechend schwieriger ist es seither geworden, als Mitgliedstaat des Europarates ein Abseitsstehen von der Konvention politisch noch zu rechtfertigen. Von den drei neuen Europarats-Mitgliedern hat denn auch Portugal die Konvention bereits ratifiziert, während Spanien und das Fürstentum Liechtenstein sie unterzeichnet haben.

Alle (heute 19) Vertragsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention haben das *(Erste) Zusatzprotokoll* ratifiziert[6], mit der einzigen – bedauerlichen – Ausnahme der Schweiz. Das *4. Protokoll* haben hingegen bloß zehn Staaten ratifiziert[7].

Die Verpflichtungen aus der Konvention können im übrigen auch deswegen unterschiedlich sein, weil einzelne Teilnehmer-

[5] Vertragsstaaten des EMRK-Vertragswerks mit Jahreszahlen der Ratifikation

Staaten	Konven- tion		1. ZP	2. Prot.	3. Prot.	4. Prot.	5. Prot. Erklärung Art. 25 (Individualbeschwerde)	5. Prot. Erklärung Art. 46 (Gerichtsbarkeit)
Belgien	1955	1955	1970	1970	1970	1970	1955	1955
Bundesrepublik Deutschland	1952	1957	1969	1969	1968	1969	1955	1966
Dänemark	1953	1953	1963	1963	1964	1966	1953	1953
Frankreich	1974	1974	—	1974	1974	1974	—	1974
Griechenland	1953-70, 1974	1953-70, 1974	1975	1975	—	1975	—	1979
Großbritannien	1951	1952	1963	1963	—	1967	1966	1966
Irland	1953	1953	1963	1963	1968	1966	1953	1953
Island	1953	1953	1967	1967	1967	1967	1955	1958
Italien	1955	1955	1967	1967	—	1968	1973	1973
Fürstentum Liechtenstein	(U 1978)	—	(U 1978)	(U 1978)	—	(U 1978)	—	—
Luxemburg	1953	1953	1965	1965	1968	1968	1958	1958
Malta	1967	1967	1967	1967	—	1967	—	—
Niederlande	1954	1954	1966	1966	(U 1963)	1971	1960	1954
Norwegen	1952	1952	1964	1964	1964	1966	1955	1964
Österreich	1958	1958	1967	1967	1969	1969	1958	1958
Portugal	1978	1978	1978	1978	(U 1978)	1978	1978	1978
Schweden	1952	1953	1964	1964	1964	1966	1952	1966
Schweiz	1974	(U 1976)	1974	1974	—	1974	1974	1974
Spanien	(U 1977)	(U 1978)	(U 1978)	(U 1978)	(U 1978)	(U 1977)	—	—
Türkei	1954	1954	1968	1968	—	1971	—	—
Zypern	1962	1962	1969	1969	—	1969	—	—

[6] Frankreich hat als einziges Land das 2. Protokoll nicht ratifiziert.

[7] Nach Art. 6 Ziff. 2 des 4. Protokolls müssen die Erklärungen gemäß Art. 25 und 46 EMRK speziell auf das 4. Protokoll erstreckt werden. Alle Staaten, die das 4. Protokoll ratifiziert haben, haben die Erklärungen nach Art. 25 und 46 EMRK auf das 4. Protokoll erstreckt, außer Frankreich, das sich der Individualbeschwerde ohnehin nicht unterworfen hat.

staaten die *Notstandsklausel* des Art. 15 EMRK anrufen oder gemäß Art. 64 EMRK *Vorbehalte* anbringen oder nach Art. 63 EMRK erklären, die Konvention auf *Gebiete* anzuwenden, für deren internationale Beziehungen sie verantwortlich sind[8].

B. Individualbeschwerde und Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes

Beim Kontrollmechanismus ist die *Staatenbeschwerde* bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte *obligatorisch.* Die Annahme der *Individualbeschwerde* bei der Kommission ist demgegenüber *fakultativ* und erfordert die Abgabe einer Erklärung nach Art. 25 EMRK. Ebenso bedarf es nach Art. 46 EMRK zur Unterstellung unter die *Gerichtsbarkeit* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte einer Erklärung. 14 der jetzigen 19 Vertragsstaaten haben beide diese Erklärungen abgegeben. Frankreich und Griechenland haben sich der Individualbeschwerde nicht unterworfen, während Malta, die Türkei und Zypern keine der beiden Erklärungen abgegeben haben.

C. Stellung der Konvention im Landesrecht

Zwischen Kontinental- und Nordeuropa einerseits und den erwähnten vier Mittelmeerstaaten anderseits (mit Frankreich in einer Art «Zwischenrolle») verläuft also ein offensichtlicher Graben mit bezug auf die Wirksamkeit und Kontrollierbarkeit der Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention. Indessen müßte man wohl, um der komplexen Sachlage gerecht zu werden, noch weiter differenzieren nach dem Problem der Geltung. Die Frage lautet dabei, ob die Konvention in den jeweiligen Vertragsstaaten von Einzelpersonen vor Verwaltungsbehörden und Gerichten *wie* Landesrecht oder *als* Landesrecht direkt angerufen werden kann oder nicht (ob sie also, soweit sie *«self-executing»* ist, in einem Staat der besonderen Transformation bedarf oder nicht)[9]. In der Doktrin findet sich dabei vielfach

[8] Großbritannien und die Niederlande haben solche Erklärungen abgegeben.

[9] Siehe dazu RALPH BEDDARD, The Status of the European Convention on Human Rights in Domestic Law, ICLQ 16, 1967, S. 206–217; THOMAS BUERGENTHAL, Der Rang der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung: ein Zweiter Überblick, Journal der Int. Juristen-Kommission 7, 1966, S. 61–109; PHILIPPE

die Frage erörtert, ob nicht die *Präambel und die Art. 1 und 13 EMRK* eine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten schafften, die *Konvention direkt ins Landesrecht umzusetzen* und zu übernehmen[10]. Wäre dies der Fall, so müßte die Konvention vor nationalen Instanzen entweder qua Landesrecht (im Sinne der Transformationstheorie) oder qua Völkerrecht (im Sinne der Adoptionstheorie) direkt angerufen werden können.

COMPTE, Die Anwendung der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung, Journal der Int. Juristen-Kommission 4, 1962, S. 100–139; ANDREW DRZEMCZEWSKI, The domestic status of the European Convention on human rights: new dimenstions, Legal issues of European integration, 1977/1, S. 1–85; Sir VINCENT EVANS, The Practice of European Countries where Direct Effect Is Given to the European Convention on Human Rights in Internal Law, Written Communication to the Athens Colloquy on Human Rights, C.E. Doc. 55.837, 1978; DIMITRIOS EVRIGENIS, Réflexions sur la dimension nationale de la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport au Colloque sur les droits de l'homme à Athènes, C.E. Doc. H/Coll. (78) 7, 1978; GOLSONG, L'effet direct, a.a.O. (Anm. 10), S. 67–76; PETER SEIDEL, Der Rang der EMRK in den Mitgliedstaaten, DVBl 90, 1975, S. 747–753.

[10] Dafür z.B. BUERGENTHAL, a.a.O. (Anm. 9) S. 66; WALTER J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Ist die EMRK im innerstaatlichen Recht Bestandteil des «ordre public»?, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, 2. Int. Kolloquium über die EMRK in Wien, Karlsruhe 1967, S. 93–134 (97–98); HERIBERT GOLSONG, Implementation of International Protection of Human Rights, RdC 110 III, 1963, S. 1–151 (138–139); ID., L'effet direct, ainsi que le rang en droit interne, des normes de la Convention européenne des Droits de l'Homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci, in: Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Colloque de Bruxelles 1978, S. 59–67, 77–80, 83; JACQUES VELU, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, 1967, S. 39–41; zurückhaltend positiv auch ALFRED VERDROSS, Die Stellung der EMRK im Stufenbau der Rechtsordnung, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, 1967, S. 45–52 (48). – Dagegen: FREDE CASTBERG, The European Convention on Human Rights, Leiden 1974, S. 13–14; CHRISTIAN DOMINICÉ, La Convention européenne des droits de l'homme devant le juge national, SJIR 28, 1972, S. 9–40 (12–16, 32–36); JAMES E.S. FAWCETT, The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1969, S. 3–18; FRANCIS G. JACOBS, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, S. 9–11; KARL JOSEF PARTSCH, Die Rechte und Freiheiten der EMRK, Berlin 1966, S. 37–55; MAX SØRENSEN, Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrages, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht, 1967, S. 15–33 (23–24); GIUSEPPE SPERDUTI, Sondervotum im *Pfunders-Fall*, Kommissionsentscheid No. 788/60 vom 11.1.1961, wiedergegeben bei HANNFRIED WALTER, Die europäische Menschenrechtsordnung, Köln/Berlin 1970, S. 24; STEFAN TRECHSEL, Die EMRK, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte, Bern 1974, S. 144–157; KAREL VASAK, L'application des droits de l'homme et des libertés fondamentales par les juridictions nationales, in: Droit communautaire et droit national, Bruges 1965, S. 335–350.

Eine knappe rechtsvergleichende Übersicht zeigt indessen, daß sich die geschilderte These jedenfalls vorläufig nicht durchzusetzen vermochte. Im großen ganzen stellt die Europäische Menschenrechtskonvention in den *kontinentaleuropäischen Staaten* direkt und automatisch geltendes Recht von verschiedener Ranghöhe dar. In den *angelsächsischen und skandinavischen Staaten* kann sie hingegen mangels Transformation in innerstaatliches Verfassungs- oder Gesetzesrecht nicht unmittelbar angerufen werden, sondern vermag höchstens indirekt im Wege konventionskonformer Auslegung des Landesrechtes Wirkungen zu entfalten. In *zahlreichen südeuropäischen Staaten* schließlich erscheint der Status der Konvention im nationalen Recht als sehr schlecht abgeklärt.

Beim Versuch, die Rechtslage kurz zu skizzieren, ergibt sich folgendes[11]: In den *Niederlanden* und *Österreich* ist die Konvention als Verfassungsrecht zu betrachten. In *Belgien* und *Luxemburg* kommt ihr wahrscheinlich kraft Richterrechtes ebenfalls Verfassungsrang zu. Die belgische Cour de Cassation billigte jedenfalls im Urteil *Etat belge c. S.A. «Fromagerie Franco-Suisse Le Ski»* von 1971 dem europäischen Gemeinschaftsrecht allgemein den Vorrang gegenüber Landesrecht zu, mit folgenden, auch für die Europäische Menschenrechtskonvention zutreffenden Erwägungen:

> Attendu que «le conflit qui existe entre une norme de droit établie par un traité international et une norme établie par une loi postérieure, n'est pas un conflit entre deux lois;
>
> Attendu que la règle, d'après laquelle une loi abroge une loi antérieure dans la mesure où elle la contredit, est sans application au cas où le conflit oppose un traité et une loi;
>
> Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel;
>
> Attendu qu'il en est a fortiori ainsi lorsque le conflit existe, comme en l'espèce, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire»[12].

In *Frankreich*[13], der *Schweiz*[14] und *Zypern* (sowie nach einer

[11] Siehe die in Anm. 9 zitierten Autoren mit weiteren Hinweisen.

[12] Journal des Tribunaux 86, 1971, S. 471, wiedergegeben in Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, Bern 1977, S. 129–130.

[13] Siehe dazu Cass., 3.6.1975, *Respino,* RGDIP 80, 1976, S. 647 (die EMRK habe eine «autorité supérieure à celle des lois internes», S. 648); Cass., 30.6.1976, *Dame Eisner Rosa,* JDI 103, 1976, S. 903, note Ruzié («force de loi», S. 904); Cass., 30.6.1976, *Glaeser,* RGDIP 81, 1977, S. 892, note Rous-

allfälligen Ratifikation wohl auch im *Fürstentum Liechtenstein*)[15] ist die Konvention auf jeden Fall dem Gesetzesrecht gleichgestellt und hat vermutlich sogar «Übergesetzesrang», insofern sie auch gegenüber späteren Gesetzen vorgeht. In der *Bundesrepu-*

SEAU («force de loi», S. 895), AFDI 23, 1977, S. 969, 1008. Ferner das Urteil des Conseil Constitutionnel, 15.1.1975, *Foyer et autres,* RCDIP 64, 1975, S. 124, note LAGARDE, EuGRZ 2, 1975, S. 54, worin auf eine Überprüfung des Gesetzes über die freiwillige Schwangerschaftsunterbrechung verzichtet wurde, u.a. mit folgender Begründung: Considérant que «la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 (de la Constitution), présente un caractère à la fois relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition; – Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution». Vgl. die Kommentare zu diesem Entscheid von GEORG RESS, ZaöRV 35, 1975, S. 445–501, und DAVID RUZIÉ, JDI 102, 1975, S. 249–268. – Sodann Cour de Sûreté de l'Etat, 6.5.1976, *X...*, RGDIP 81, 1977, S. 897, 898: «Attendu que X... fait valoir à bon droit que cette convention est applicable en France et a, en vertu de la Constitution une force supérieure à toute loi interne qui lui serait contraire»... – Dem Europäischen Gemeinschaftsrecht billigte die Cour de Cassation Vorrang zu in Cass., 24.5.1975, *Administration des Douanes c. Sté «Cafés Jacques Vabre» et Sté Jean Weigel,* JDI 102, 1975, S. 801, note RUZIÉ, AFDI 22, 1976, S. 867, note LACHAUME. – Siehe allgemein auch RAYMOND GOY, La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme, Netherlands Int'l Law Review 22, 1975, S. 31–51; ALAIN PELLET, La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme, RDP 90, 1974, S. 1319–1379.

[14] Dazu unten 3. Kapitel II, S. 328.

[15] Vgl. Entscheidung des fürstlich liechtensteinischen Staatsgerichtshofes StGH *1977/4* vom 19.12.1977: Liechtenstein habe die EMRK nicht ratifiziert. «Immerhin vermag die Konvention, die einen «ordre public européen» aufzustellen beansprucht, gewisse Ausstrahlungen zu entfalten. Die Garantien der Menschenrechte und Grundfreiheiten der liechtensteinischen Verfassung können in Zweifelsfällen so gedeutet werden, daß ihr Gehalt dem durch die EMRK geforderten Mindeststandard entspricht.» – Ferner *StGH 1978/8* vom 11.10.1978: «Kundgemachte Staatsverträge sind dann unmittelbare und allgemeine Quelle subjektiver Ansprüche oder Verpflichtungen, wenn sie «self-executing» sind. Dadurch, daß ein Staatsvertrag nach der Genehmigung durch den Landtag im Landesgesetzblatt kundgemacht wurde, ist seine Rechtsquellen-Qualität als eine Vorschrift auf der Stufe eines Gesetzes und damit seine rechtsverbindende Kraft und Geltung jedem Meinungsstreit entrückt.» «Es ist allgemein Lehrmeinung und Rechtsprechung der umliegenden Staaten, aber auch des F.L. Staatsgerichtshofes, daß die von der Regierung eingegangenen und vom Parlament genehmigten formellen Staatsverträge nur durch höher- oder gleichrangige innerstaatliche Normen abgeändert, ergänzt oder gar aufgehoben werden können».

blik Deutschland[16] und *Italien* kommt ihr Gesetzesrang zu. Obwohl dies auch in *Griechenland, Portugal* und der *Türkei* der Fall zu sein scheint, gibt es zu wenig Praxis, um die Frage für diese drei Länder schlüssig zu beantworten. Praktisch ist nämlich die Grundrechts-Konkretisierung dort weitgehend «nationalisiert» und kaum je auf die Konvention bezogen.

In *Großbritannien, Irland, Malta, Dänemark, Island, Norwegen* und *Schweden* ist es hingegen nicht zulässig, die – nicht in ein Gesetz transformierte – Konvention vor Verwaltungsbehörden oder Gerichten anzurufen. Zwar bemüht man sich in allen diesen Ländern, eine Vermutung anzunehmen, daß der Gesetzgeber kein Völkerrecht habe verletzen wollen, daß daher das Landesrecht *konventionskonform* zu deuten sei. Aber gerade in *Großbritannien* stößt die Möglichkeit von Öffnungen an gewisse Grenzen richterlicher Zurückhaltung. So bemerkte etwa Lord Denning M.R. 1976 im Falle *R. v. Chief Immigration Officer, Heathrow Airport, ex parte Salamat Bibi,* die Europäische Menschenrechtskonvention sei "not the sort of thing which we can easily digest". Die fremdenpolizeilichen Behörden "cannot be expected to know or to apply the Convention. They must go simply by the immigration rules laid down by the Secretary of State, and not by the Convention." (Its) "wide general state-

[16] In der Bundesrepublik hat in letzter Zeit weniger die EMRK, sondern vor allem der sog. «*Solange-Beschluß*» des Bundesverfassungsgerichtes vom 29.5.1974, BVerfGE 37, 271, EuGRZ 1, 1974, S.5, zu lebhaften Diskussionen geführt. Der Leitsatz des Gerichts lautete: «Solange der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, daß das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 177 des Vertrages geforderten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Vorlage eines Gerichts der Bundesrepublik Deutschland an das Bundesverfassungsgericht im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom Europäischen Gerichtshof gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.» Dazu u.a. die Kommentare von Heribert Golsong, Erich Bülow und Jean-Louis Victor in EuGRZ 1, 1974, S.17–18, 19–20, 20–21; Reinhard Riegel, Aktuelle Probleme des europäischen Gemeinschaftsrechts in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach dem Beschluß des BVerfG vom 29.5. 1974, AöR 102, 1977, S.410–440; Ulrich Scheuner, Der Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und die Verfassungsrechtsprechung, AöR 100, 1975, S.30–52.

ments of principle ... give rise to much uncertainty." "Article 8 ... is so wide as to be incapable of practical application."[17]

Der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* hatte sich im Falle *Irland c. Großbritannien* mit der Bedeutung des Art. 1 EMRK auseinanderzusetzen. Seine Beurteilung akzeptiert den Status quo als unumgänglich, zeigt jedoch eine mögliche Bereitschaft, im Wege allmählicher richterlicher Rechtsfortbildung den direkten Vorrang der Konvention in allen Landesrechtssystemen zunehmend zu fordern und zu gewährleisten. Daß dieses Vorgehen praktikabel und zugleich nüanciert und flexibel ist, hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts in den EG-Staaten zur Genüge bewiesen[18]. Die entscheidende Passage im Urteil *Irland c. Großbritannien* lautet:

«En substituant le mot ‹reconnaissent› à «s'engagent à reconnaître» dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants ... Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne»[19].

[17] (1976) 1 W.L.R., 979 (985, 984–985). Damit wich Lord DENNING von seiner kurz zuvor geäußerten Meinung ab, "that the immigration officers ought to bear in mind the principles stated in the Convention. They ought, consciously or subconsciously, to have regard to the principles in it – because, after all, the principles stated in the Convention are only a statement of the principles of fair dealing: and it is their duty to act fairly», *R.v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bhajan Singh*, (1976) Q. B., 198, 207, (1975) 3 W.L.R. 225, 231. – Ähnlich Lord REID in: *Waddington v. Miah*, (1974) 1 W.L.R. 683, 694, (1974) 1 All E.R., 1110; SCARMAN L.J., in: *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Phansopkar*, (1976) Q.B., 606, 626, (1975) 3 All E.R. 497, 510–511; Lord DENNING M.R. und SCARMAN L.J., in: *Ahmad v. Inner London Education Authority*, (1978) Q.B. 36, 41, 48, 50. Siehe auch *Uppal v. Home Office*, EuGRZ 5, 1978, S. 521. – Zur neuesten Diskussion um die Annahme einer britischen Bill of Rights siehe JAMES E.S. FAWCETT, A Bill of Rights for the United Kingdom?, Human Rights Review 1, 1976, S. 57–64; J. JACONELLI, The European Convention on Human Rights – The Text of a British Bill of Rights?, Public Law 1976, S. 226–255; F.A. MANN, Britain's Bill of Rights, L.Q.R. 94, 1978, S. 512–533; SIR LESLIE SCARMAN, English Law – The New Dimension, London 1974, S. 10–21; PETER WALLINGTON/JEREMY MCBRIDE, Civil Liberties and a Bill of Rights, London 1976.

[18] Dazu neuestens Rs. 106/77, RsprGH 1978, S. 629, 643, *Staatliche Finanzverwaltung c. S.A. Simmenthal*, EuGRZ 5, 1978, S. 190. Cf. DOMINIQUE CARREAU, Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt *Simmenthal*, Revue trimestrielle de droit européen 14, 1978, S. 381–418.

[19] *Irland c. Grossbritannien*, 18.1.1978, Série A, § 239, p. 91.

D. Unterschiedlichkeit des Wirksamkeitsgrades

Wenn wir nun zurückkehren zur Frage der Wirksamkeit der Europäischen Menschenrechtskonvention in den verschiedenen Vertragsstaaten, ergeben sich komplizierte und vielschichtige Kriterien. *Am durchschlagskräftigsten* sind die Konventionsgarantien insgesamt in jenen Ländern, welche Konvention, Zusatzprotokoll und 4. Protokoll ratifiziert haben, welche sich der Individualbeschwerde und der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes unterziehen, welche die Notstandsklausel des Art. 15 EMRK bisher nicht angerufen haben, und in denen die Konvention wie Landesrecht direkt vor innerstaatlichen Behörden – am besten mittels Verfassungsbeschwerde von Einzelnen auch vor dem Obersten Gericht – angerufen und durchgesetzt werden kann (Niederlande und Österreich). *Am wenigsten Wirkung* vermag die Konvention dort zu entfalten, wo die Erklärungen nach Art. 25 und 46 EMRK nicht abgegeben worden sind, wo die Berufung auf Art. 15 EMRK als notwendig erachtet worden ist, und wo die Konvention entweder ausdrücklicher Transformation bedürfte, und keine Transformation erfolgt ist, oder wo sie sonst Mühe hat, im nationalen Recht zum Tragen zu kommen (Malta, Türkei).

Es ließe sich die Zusatzfrage aufwerfen, ob die Ratifikation des *UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte* zur Entfaltung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention beizutragen vermöchte. Dafür liegen indessen keine greifbaren, empirisch erhärteten Beweise vor.

Der Wirksamkeitsgrad der Konvention im *Schweizer Recht* ist recht hoch. Wohl sind weder das Zusatzprotokoll noch das 4. Protokoll ratifiziert. Es sind auch nicht alle Probleme des Verhältnisses zwischen Konventionsrecht und Landesrecht ausgeräumt. Dennoch ist die Europäische Menschenrechtskonvention zu relativ rascher Prominenz gelangt, vor allem weil einige Gesetzesänderungen auf ihre Erfordernisse ausgerichtet wurden, und weil ihre Bestimmungen vor Bundesgericht gleich wie verfassungsmäßige Rechte geltend gemacht werden können[20].

[20] Dazu unten 3. Kapitel IV B1, C2, VI A, B, S. 344, 346, 357, 358.

II. Materielle Garantien und Natur der Konvention

A. Inhalt der Konventionsgarantien

Die Europäische Menschenrechtskonvention konzentriert sich auf die Gewährleistung ideeller und prozeduraler Grundrechte. Man könnte sagen, sie atme den Geist einer gewissen «*Grundrechtsklassik*». Nicht die materiellen Garantien machen im Grunde ihre Besonderheit und Originalität aus, sondern ihr Kontrollmechanismus (und, wie man beifügen möchte, der sittliche Ernst eines einigermaßen homogenen Teilnehmerkreises).

Dem Gehalt nach könnte man die Konventionsgarantien folgendermaßen klassifizieren[21]:

1. *Ideelle Menschenrechte,* bei denen man weiter unterteilen kann in:
   a) *Schutz der körperlichen Integrität* (Recht auf Leben, Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung, Verbot von Zwangsarbeit, Art. 2–4 EMRK);
   b) *Garantien der geistig-seelischen Persönlichkeitsentfaltung*[22] (Religions- und Meinungsfreiheit, Art. 9–10 EMRK);
   c) *Schutz der engsten Sozialsphäre* (Achtung des Privat- und Familienlebens, Recht auf Ehe, Eltern-Erziehungsrechte, Art. 8, 12 EMRK, Art. 2 ZP)[23];
   d) *Gewährleistungen des freien politischen Gemeinschaftslebens* (Presse-, Vereins-, Koalitions- und Versammlungsfreiheit, freie Wahlen der Legislative, Art. 10–11 EMRK, Art. 3 ZP)[24];
   e) *Schutz räumlicher Bewegungsfreiheit* (Niederlassungs-und Auswanderungsfreiheit, Beschränkungen der Ausweisungsmöglichkeiten, Protokoll Nr. 4 Art. 1–4);

2. *Rechtsschutz- und Verfahrenssicherungen* (Recht auf Freiheit und Sicherheit, Freiheitsentzug in bestimmten, gesetzlich vorgeschriebenen Fällen, Recht auf unabhängige und angemessen rasche Rechtspflege, Rückwirkungsverbot, Garantie wirksamer nationaler Beschwerden, Art. 5–7, 13 EMRK);

[21] Die Einteilung schließt sich an die oben, 1. Kapitel II A 4, S. 241, für die nationalen Rechtsordnungen verwendete Klassifizierung an.
[22] Dieser Punkt überschneidet sich mit 1 d.
[23] Art. 2 ZP ist auch aufgezählt im Punkt 6.

3. *Diskriminierungsverbot* (Art. 14 EMRK);
4. *Wahlrecht* bei der Wahl der *Legislativen* (Art. 3 ZP);
5. *Recht auf Achtung des Eigentums* (Art. 1 ZP);
6. *Recht auf Unterricht* (Art. 2 ZP)[25].

B. Auswahlcharakter

Die Konventionsgarantien haben, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im *Golder-Urteil* hervorgehoben hat, «Auswahlcharakter»[26]. Es sollen nicht alle denkbaren ideellen, prozeduralen oder anderen Grundrechte erschöpfend gewährleistet werden, sondern *bloss die in der Konvention enumerierten* oder die ihr durch eine ausgewogene Auslegung abzugewinnenden[27] Rechte und Freiheiten. Demgemäß wäre es nicht zulässig,

[24] Vgl. dazu auch unten 4.

[25] Im Originaltext heißt es «droit à l'instruction» und «right to education». Die meisten deutschen Übersetzungen sprechen zwar von «Recht auf Bildung», so auch BBl 1968 II, S. 1163. Gerade das spezifisch symbolträchtig-emotionelle Element eines Rechtes auf Bildung fehlt aber sowohl im Wortlaut des Art. 2 ZP wie in der seitherigen Praxis der Konventionsorgane, so daß die Übersetzung «Recht auf Unterricht» (so BBl 1968 II, S. 1122) treffender scheint. Vgl. zu Art. 2 ZP im einzelnen Luzius Wildhaber, To What Extent Has the Right to Education Undergone an Evolution, Report to the Fourth Int'l Colloquy about the European Convention on Human Rights in Rome, C.E. Doc. H/Coll. (75) 4, 1975; unten 3. Kapitel VII C 2, S. 377.

[26] *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, p. 16, § 34: «Le caractère ‹sélectif› de la Convention ne saurait prêter à contestation.» – In ihrer neuesten Praxis hat die Kommission z.B. folgende Rechte als von der Konvention nicht garantiert bezeichnet:
- Recht auf freie Wahl eines Arztes, Entscheid Nos. 7289/75, 7349/76, 14.7.1977, 9 D.R., 1978, S. 57, 75;
- Ne bis in idem, No. 7680/76, 16.5.1977, 9 D.R., 1978, S. 190;
- Recht von Ausländern, frei einzuwandern, sich niederzulassen oder nicht ausgewiesen zu werden, No. 7816/77, 19.5.1977, 9 D.R., 1978, S. 219;
- Recht, einen Autofahrausweis zu erhalten oder ihn nicht entziehen lassen zu müssen, No. 7462/76, 7.3.1977, 9 D.R., 1978, S. 112;
- Recht von Beamten auf ein bestimmtes Salär, sowie
- Recht auf Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen, No. 7565/76, 7.3.1977, 9 D.R., 1978, S. 117; No. 7705/76, 5.7.1977, 9 D.R., 1978, S. 196;
- Recht auf Schadenersatz für bei Unfällen erlittene Verletzungen, No. 7443/76, 10.12.1976, 8 D.R., 1977, S. 216.

[27] Hier ist etwa gedacht an die Deutung des Art. 6 (1) EMRK in den Entscheiden *Golder, Ringeisen* und *König.*

nach dem Vorbild der These ZACCARIA GIACOMETTIS in die Europäische Menschenrechtskonvention eine stillschweigend eingebaute, umfassende Gewährleistung jeder je denkbar werdenden Freiheit hineinzulesen[28].

Die *Selbstbeschränkung der Konvention* in Form der Konzentration auf ideelle und prozedurale Garantien ist unverkennbar[29]. Sie verzichtet auf ein *allgemeines Rechtsgleichheitsgebot* und spricht bloß ein Diskriminierungsverbot aus, das insofern akzessorisch ist, als eine diskriminierende Auslegung oder Anwendung aller in der Konvention oder den Zusatzprotokollen enumerierten Rechte und Freiheiten untersagt ist[30]. Sie sichert nur das Recht der *Wahl gesetzgebender Organe* und kennt weder die in der Schweiz so hochbedeutsamen Referendums-, Initiativ- und Stimmrechte noch ein Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern, noch behandelt sie die Wahl der Exekutive. Der Verfassungsschutz des Eigentums als Bestandes- oder Institutsgarantie geht in der Schweiz wesentlich weiter als das in Art. 1 ZP formulierte *Eigentumsrecht*[31]. *Sonstige Institutsgarantien* wirt-

[28] ZACCARIA GIACOMETTI, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR 74 I, 1955, S. 149–171. Kritisch dazu JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, S. 134–145. Das Bundesgericht bemerkt, es habe sich «nicht die Auffassung Giacomettis zu eigen gemacht», aber es habe sich «in unzweideutiger Weise zu einer Wertordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, ‹die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen›», BGE 97 I 49.

[29] Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont den hohen Wert, den die persönliche Freiheit im System der EMRK einnehme, cf. die *belgischen Landstreicherfälle, de Wilde, Ooms et Versyp («Vagabondage»),* Urteil vom 18.6.1971, Série A, p. 36, § 65; *Engel,* Urteil vom 8.6.1976, Série A, p. 35, § 82 («... la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne»).

[30] Dazu vor allem die Urteile im *belgischen Sprachenstreit, Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond),* Urteil vom 23.7.1968, Série A, pp. 33–36, §§ 8–12; *Syndicat National de la Police Belge,* Urteil vom 27.10.1975, Série A, pp. 19–20, §§ 44–46, sowie die energische Separate Opinion von Judge Sir GERALD FITZMAURICE, pp. 38–44, §§ 18–26. Dazu u.a. LUZIUS WILDHABER, Der belgische Sprachenstreit vor dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, SJIR 26, 1969–1970, S. 23–26; ID., Zum Fall des «Syndicat National de la Police Belge». Die Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg i. Ue. 1977, S. 386–393.

[31] Die EMRK kennt weder eine Handels- und Gewerbefreiheit noch eine Berufswahl- oder -ausübungsfreiheit, was insofern nicht zu überraschen vermag, als außer dem Fürstentum Liechtenstein kein anderer europäischer Staat eine dem Art. 31 BV vergleichbare Garantie kennt.

schaftlicher oder anderer Art kennt die Konvention kaum[32]. Die *sozialen Grundrechte* schließlich sind der Europäischen Sozialcharta zugewiesen und werden dort unter Verzicht auf direkte landesrechtliche Anwendbarkeit und individualrechtliche Klagbarkeit mit Hilfe eines überwiegend politischen Berichtsystems periodisch überprüft[33].

C. Objektiver und «ordre public»-Charakter des Konventionsschutzes

Komission und Gerichtshof haben wiederholt unterstrichen, daß die Europäische Menschenrechtskonvention in Anlage und Zielsetzung einen *objektiven, legitimierend-konstitutiven, gewissermaßen überzeitlichen und überstaatlichen Charakter* habe[34]. So betonte der Gerichtshof im *belgischen Sprachenstreit*:

«La Cour retient que le but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générale, était une protection efficace des droits fondamentaux de l'homme, et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'Etat des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits. Aussi la Convention implique-t-elle un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers.»[35]

[32] Die einzige, allfällige solche Garantie ist das Recht, die Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, nach Art. 12 EMRK.

[33] Dazu oben 1. Kapitel III C 5, S. 271. In Frage käme höchstens das Recht auf Unterricht, vgl. oben Anm. 25.

[34] Dazu vor allem Ganshof van der Meersch, a.a.O. (Anm. 10), S. 93–134; Hannfried Walter, Die Europäische Menschenrechtsordnung, Köln/Berlin 1970. Ferner Antoine Favre, La Convention européenne des droits de l'homme, SJIR 23, 1966, S. 9–36 (32–33); Dietrich Schindler, Die Bedeutung der EMRK für die Schweiz, ZSR 94 I, 1975, S. 357–372 (362–366). Vgl. sodann Kommissionsentscheidungen im *Pfunders-Fall* vom 11.1.1961, No. 788/60, Yearbook of the European Convention on Human Rights (YBECHR) 4, 1961, S. 116, 139–141; und über die *skandinavischen Zusatzbeschwerden gegen Griechenland* vom 31.5.1968, Nos. 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, YBECHR 11, 1968, S. 730, 762–764; Urteile *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Exception préliminaire)*, Urteil vom 9.2.1967, Série A, p. 19; Richter Matscher im *Fall König*, Urteil vom 28.6.1978, Série A, pp. 45–46; *Fall Klass*, Urteil vom 6.9.1978, p. 14, § 34.

[35] Urteil vom 23.7.1968, a.a.O. (Anm. 30), p. 32, § 5, 2 EGMR. 28. Vgl. die davon abweichende Individual Opinion von Richter Terje Wold, ibid., pp. 105–106.

Im Entscheid *Irland c. Großbritannien* kam der Gerichtshof nochmals auf den objektiven Verpflichtungscharakter der kollektiven Konventionsgarantie zu sprechen:

«A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre Etats contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une ‹garantie collective›. Par son article 24, elle permet aux Etats contractants d'exiger le respect de ces obligations sans avoir à justifier d'un intérêt dérivant, par exemple, de ce qu'une mesure qu'ils dénoncent a lésé un de leurs propres nationaux. En substituant le mot ‹reconnaissent› à ‹s'engagent à reconnaître› dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants».[36]

Die *Innovationen* der Europäischen Menschenrechtskonvention liegen vor allem im Bereiche des objektiven Verpflichtungscharakters und des Verzichtes auf Reziprozitätselemente. Sie drücken sich in mehrfacher Hinsicht aus: Die Konvention begründet nicht nur zwischenstaatliche Verpflichtungen, sondern darüber hinaus, ja sogar in erster Linie, *Individualrechte* mit unmittelbarer Wirkung. Sie geht über die gewohnheitsrechtlichen Regeln des diplomatischen Schutzes hinaus, indem sie jedem Vertragsstaat mittels der *Staatenbeschwerde* gestattet, die Konventionsorgane auch zugunsten fremder Staatsangehöriger anzurufen. Ebenso steht die *Individualbeschwerde* gegen einen Staat In- und Ausländern und Staatenlosen gleichermaßen zu. Der Einzelne kann sich somit *gegen den eigenen Staat* vor einer internationalen Instanz wegen Menschenrechtsverletzungen beschweren. Und die Einrede, es handle sich um innerstaatliche Zuständigkeiten («domaine réservé»), ist im Bereiche der Konventionsgarantien ausgeschlossen. Denn es ist gerade die Absicht der Vertragsparteien, Angelegenheiten einer internationalen Regelung zu unterstellen, die normalerweise in die nationale Zuständigkeit fallen[37]. Obschon Analogien zu anderen völkerrechtlichen Kontroll- und Beschwerdeverfahren durchaus bestehen

[36] Urteil vom 18.1.1978, Série A, pp.90–91, § 239.

[37] *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Exception préliminaire),* Urteil vom 9.2.1967, 1 EGMR 104. Dazu ETIENNE GRISEL, Das Prozeßurteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 9.2.1967 über die prozeßhindernde Einrede in den belgischen Sprachenfällen, ZaöRV 27, 1967, S.693–709; WILDHABER, Der belgische Sprachenstreit (Anm.30), S.15–19. Ferner Recommendation 829, 1978, in EuGRZ 5, 1978, S.132.

[38] Vgl. oben 1.Kapitel III B 6, S.261.

(etwa zu denjenigen im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation[38]), sorgt die Breite der internationalrechtlich verbürgten Bereiche und die große Zahl der eingegangenen und eingehenden Beschwerden für eine *Dichte und Feinmaschigkeit des Kontrollnetzes*, die nach wie vor *einzigartig* ist.

An der rechtlichen und faktischen Unabhängigkeit der Konventionsorgane besteht kein Zweifel. Ihr Wille, einem objektivierten, gemeinschaftlichen, europäischen Menschenrechtsideal zu dienen und zum Durchbruch zu verhelfen, äußert sich auch in *Verfahrensaspekten.* So sieht sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte beispielsweise als ermächtigt an, Rechts- und Sachfragen nötigenfalls von Amtes wegen zu überprüfen[39]. Ebenso untersuchen die Konventionsorgane, ob nach dem Rückzug einer Beschwerde eine Angelegenheit ex officio weiter verfolgt werden soll[40]. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß der Gerichtshof sich auch über die ihm vorgelegten, unbestritten zugegebenen Menschenrechtsverletzungen aussprechen kann. Denn, so führte er im Urteil *Irland c. Großbritannien* aus,

«...ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les Etats, des engagements qu'ils ont assumés ...»[41].

Für die Schweiz ist bedeutsam, daß die Zusicherung der Konventionsgarantien an alle ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen gemäß Art. 1 EMRK auf das *Verhältnis zum Fürstentum Liechtenstein* Auswirkungen haben kann. Eine Einreisesperre der Eidgenössischen Fremdenpolizei, die für das Gebiet der Schweiz wie auch Liechtensteins galt, wurde von der Kommission als schweizerisches hoheitliches Handeln bezeichnet, obwohl Liechtenstein ein souveräner Staat sei, der die Konvention nicht ratifiziert habe[42].

[39] *Neumeister,* Urteil vom 27.6.1978, Série A, p.41, § 16; *König,* Urteil vom 28.6.1978, Série A, p.32, § 96; *Handyside,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.20, § 41: «Or les dispositions de la Convention et du Protocole forment un tout: une fois régulièrement saisie, la Cour peut connaître de chacun des problèmes de droit qui surgissent en cours d'instance à propos des faits soumis à son contrôle par un Etat contractant ou par la Commission: maîtresse de la qualification juridique à donner à ces faits, elle a compétence pour les examiner, si elle le juge nécessaire et au besoin d'office, à la lumière de l'ensemble de la Convention et du Protocole.»

[40] *De Becker,* Urteil vom 27.3.1962, Série A, pp.23–27; *Kjeldsen, Busk Madsen* und *Pedersen,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, § 47, pp.21–22; *Tyrer,* Urteil vom 25.4.1978, Série A, pp.12–14, §§ 24–27.

[41] Urteil vom 18.1.1978, Série A, § 154, p.62.

[42] Entscheid Nos. 7289/75, 7349/76, vom 14.7.1977, 9 D.R., 1978, S.57, 71–73.

D. Subsidiarität

Die europäische Kontrolle der Konvention muß notgedrungenerweise eine letzte *Auffanglinie* darstellen. *Im Vordergrund* steht weiterhin der *innerstaatliche Grundrechtsschutz.* Wäre es anders, wäre die Europäische Menschenrechtskonvention darauf angelegt, an die Stelle der nationalen Verfassungen zu treten, so hätten wir im Grunde das heutige System des freiwilligen Vertragsschlusses souveräner Staaten bereits verlassen und wären zur endgültigen Überstaatlichkeit einer europäischen Verfassung übergegangen. Demgegenüber bleibt die Konvention insofern subsidiär, als sie höchstens *eine entwicklungsfähige Keimzelle einer solchen europäischen Verfassung* bedeutet.

Der Gedanke der Subsidiarität spielt in der Rechtsprechung der Konventionsorgane eine wichtige Rolle. Besonders bei der Auslegung der Schranken der Absätze 2 der Art. 8–11 EMRK oder der Berechtigung einer Anrufung der Notstandsklausel von Art. 15 EMRK, aber auch bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung des innerstaatlichen Militär- oder Schulsystems genießen die Vertragsstaaten weiterhin *einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum* für verschiedenartige, den jeweiligen lokalen Bedürfnissen und Anschauungen angepaßte Lösungen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte spricht von «pouvoir d'appréciation», «marge d'appréciation» und «pouvoir discrétionnaire»[43]. Seine Ausdrücke gemahnen zuweilen an die Praxis des Bundesgerichts, wonach aus *föderalistischen Erwägungen* heraus den mit den örtlichen Verhältnissen besser vertrauten kantonalen oder kommunalen Behörden eine gewisse Bandbreite bei der Beurteilung von Ermessenssituationen einzuräumen sei[44]. Während aber die föderalistische Zurückhaltung der Schweiz in diesem Bereich nicht unbedingt existenznotwendig für das Überleben des Föderalismus ist, könnte ein übertriebener

[43] Vgl. dazu die in Anm. 45–46 zitierten Entscheide, sowie die *Belgischen Landstreicherfälle, de Wilde, Ooms et Versyp,* Urteil vom 18.6.1971, Série A, § 93, p. 45; *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, § 45, p. 22; *Engel,* Urteil vom 8.6.1976, Série A, §§ 59, 72, 100, pp. 25, 31, 41–42; *Kjeldsen, Busk Madsen* und *Pedersen,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, § 53, p. 26; *Irland c. Großbritannien,* Urteil vom 18.1.1978, Série A, §§ 207, 214, 220, 243, pp. 78–79, 82, 84, 93; *Klass,* Urteil vom 6.9.1978, § 49, p. 18. Siehe auch Kommissionsentscheid Nos. 6782/74, 6783/74, 6784/74, vom 1.3.1977, 9 D.R., 1978, 13, 15–16; EVERT ALBERT ALKEMA, Studies over Europese grondrechten, Deventer 1978, S. 287–289.

[44] So zur Versammlungsfreiheit, BGE 103 Ia 315, 99 Ia 695, 92 I 33; zur Eigentumsgarantie, BGE 103 Ia 42, 252, 420; 101 Ia 219; 100 Ia 340; 99 Ia 38, 51,

«judicial activism» im Bereich der Europäischen Menschenrechtskonvention die Stück für Stück geduldig aufgebaute Vertrauensbasis möglicherweise wegerodieren.

Der *belgische Sprachenstreit* ist wohl ein Musterbeispiel für den «*judicial self-restraint*» des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Dort findet sich auch eine besonders klare Betonung der Subsidiarität und der mäßigenden richterlichen Zurückhaltung:

«En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'Etat qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention.»[45]

Im *Handyside-Fall* unterstrich der Gerichtshof abermals den Stellenwert seiner Rolle, im Zusammenhang mit dem Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten und der Subsidiarität der Konvention. Die britischen Behörden hatten zahlreiche Exemplare des «Kleinen roten Schulbuches» beschlagnahmt und dem Verleger eine Buße auferlegt, weil das Buch als Ganzes geeignet sei, Kinder moralisch und sittlich zu verderben. Der Gerichtshof bemerkte, die Europäische Menschenrechtskonvention übertrage die Sorge für die Verwirklichung der in ihr garantierten Menschenrechte in erster Linie den Vertragsstaaten. Ihr Ermessen sei nicht unbegrenzt. Hinter den nationalen Beurteilungsspielraum trete die europäische Kontrolle der Konventionsorgane. Indes, «la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier ... les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation»[46].

Die Subsidiarität des Konventionsmechanismus äußert sich sodann in der Tatsache, daß die *Entscheide* des Gerichtshofs und des Ministerkomitees (und erst recht natürlich die Zulässigkeits-

138, 485, 583, 714. – Vgl. auch die Rechtsprechung, wonach der Gleichheitssatz nicht verletzt ist, wenn kantonales Recht von Kanton zu Kanton verschieden ist, selbst wenn gleich oder ähnlich lautende Bestimmungen verschieden gehandhabt werden, BGE 99 Ia 244; 97 I 122; 96 I 704; 93 I 311, 336, 715; 91 I 491.

[45] *Affaire «Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond)*, Urteil vom 23.7.1968, Série A, § 10, pp. 34–35.

[46] Urteil vom 7.12.1976, §§ 48–50, pp. 22–23, Zitat aus § 50.

entscheide oder die Berichte der Kommission) *keine kassatorische Wirkungen* beanspruchen, sondern auf eine der Rechtsordnung jedes Vertragsstaates gemäße Weise übernommen und befolgt werden können[47].

Die Subsidiarität wird andernteils dadurch gemindert, daß die *europäische Kontrolle* real ist und mit zunehmender Dichte der Praxis einen stetig wachsenden Überzeugungs- und Präzedenzwert gewinnt. Die *Auslegung* der Konvention geschieht zudem im Lichte der jeweiligen Gegebenheiten und nicht von vornherein restriktiv[48]. Ferner werden zahlreiche Begriffe autonom gedeutet und nicht durch einen Verweis auf das Landesrecht («renvoi») ihrer Weiterentwicklungs-Fähigkeit beraubt. Das wohl bedeutsamste Beispiel für diese *Autonomie der Begriffe* ist der in den Fällen *Ringeisen* und *König* konkretisierte Ausdruck der «droits et obligations de caractère civil» oder «civil rights and obligations» in Art. 6 Ziff. 1 EMRK[49].

E. Mindeststandard

Art. 60 EMRK bestätigt auf andere Weise den Grundsatz der Subsidiarität. Danach darf keine Bestimmung der Konvention als Beschränkung oder Minderung eines der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden, die in den Gesetzen oder internationalen Verträgen eines Vertragsstaates festgelegt sind. Im Falle eines Konfliktes zwischen den Garantien der Konvention und anderer Menschenrechtsschutzverträge oder innerstaatlicher Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsbestimmungen gibt es daher *keinen grundsätzlichen Vorrang des universellen über regionales Recht (lex superior), des späteren über früheres Recht (lex posterior), oder des besonderen über generelles Recht (lex specialis)*[50].

Die Europäische Menschenrechtskonvention bezweckt nicht eine Verdrängung oder Beschränkung der nationalen Grund-

[47] Dazu unten IV F und 3. Kapitel V, S. 312, 351.

[48] Dazu unten III D, S. 304.

[49] *Ringeisen c. Österreich,* Urteil vom 16. 7. 1971, und *König c. BRD,* Urteil vom 28. 6. 1978. Und siehe allgemein EVRIGENIS, a.a.O. (Anm. 9), S. 8–11, 16, 22–23.

[50] Vgl. speziell TORKEL OPSAHL, The European Convention on Human Rights in Relation to Other International Instruments for the Protection of Human Rights, Substantive Rights, Report to the Athens Colloquy on Human Rights, C.E. Doc. H/Coll. (78) 8, 1978, S. 14–15, 19–22.

rechtsgewährleistungen[51], sondern die Errichtung und Sicherung eines europäischen Mindeststandards des Menschenrechtsschutzes. Unter diesen Mindeststandard darf kein Staat fallen. JAN DE MEYER und GÉRARD COHEN-JONATHAN sprechen vom *«Günstigkeitsprinzip»*[52]: Das dem Individuum günstigere Vertrags-, Verfassungs- oder Gesetzesrecht soll Vorrang genießen.

Wenn beim nationalen Richter ein Forum besteht, so läßt sich das Günstigkeitsprinzip als Koordinationsregel verwirklichen. Wie TORKEL OPSAHL bemerkt, vermag das Völkerrecht den Grundsatz allerdings nicht direkt durchzusetzen[53]. *Weder* die Vorschriften über ius cogens *noch* andere Bestimmungen der Wiener Vertragsrechtskonvention schreiben ein *kollisionsrechtliches «Super-System» eines höheren Rechts des Menschenrechtsschutzes* vor. Art. 60 EMRK sorgt z.B. nicht für eine automatische Inkorporation anderer Menschenrechtsverträge in das System der Europäischen Menschenrechtskonvention. Der Sachverständigenausschuß des Europarates für Menschenrechtsfragen bemerkte 1970 dazu:

«Das bedeutet nicht, daß die günstigeren Bestimmungen eines der Vertragswerke automatisch Bestandteil des Schutzsystems des anderen Vertrages sind. Vielmehr ist das Ergebnis, daß es nicht möglich ist, sich auf Beschränkungen, die in einem der beiden Vertragswerke vorgesehen sind, zu berufen, um Rechte, die in dem anderen Vertrag festgesetzt worden sind, zu beschränken.»[54]

Das Diskriminationsverbot von Art. 14 EMRK ist auf die in der Konvention gewährleisteten Rechte und Freiheiten beschränkt und ist nicht derart umfassend, wie es die Rassendiskriminierungskonvention von 1966 vorsieht[55]. Die Europäische Menschenrechtskonvention beansprucht nicht, den weiteren Schutzbereich der Rassendiskriminierungskonvention (oder ei-

[51] So der *Handyside-Fall,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.26, § 54: «... la Convention, ainsi qu'il ressort en particulier de son article 60, n'oblige jamais les divers organes des Etats contractants à limiter les droits et libertés garantis par elle.»

[52] JAN DE MEYER, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, Heule 1968, S.21–23; GÉRARD COHEN-JONATHAN, Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, in: Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain, SFDI, Colloque de Bordeaux, Paris 1977, S.313–337 (321–323).

[53] OPSAHL, a.a.O. (Anm. 50), S.15.

[54] Bericht des Sachverständigenausschusses für Menschenrechtsfragen des Europarates über Probleme der «Koexistenz» der VN-Pakte über Menschenrechte und der EMRK, C.E. Doc.H (70) 7, 1970, S.34.

[55] Zu Art. 14 EMRK siehe oben Anm. 30; zur Rassendiskriminierungskonvention siehe oben 1. Kapitel III B 5, S.260.

nes entsprechenden Gesetzes, wie etwa des britischen Race Relations Act) zu schmälern. Umgekehrt kann man aber nicht argumentieren, die Rassendiskriminierungskonvention (oder der britische Race Relactions Act) seien durch das Günstigkeitsprinzip des Art. 60 EMRK im System der Europäischen Menschenrechtskonvention inkorporiert, und eine behauptete Rassendiskriminierung im Bereich des Rechtes auf eine Staatsangehörigkeit, des Rechts auf Arbeit oder auf Wohnung – sei es durch staatliche Behörden oder gar durch Privatpersonen – stelle zugleich eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention dar[56].

Das Beispiel zeigt, daß das Bild des Günstigkeitsprinzips die *Gefahr einer mechanischen Übervereinfachung* bringt. Es wäre zu schematisch gedacht, wenn man glaubte, alle die immens heiklen Probleme der Grundrechtskonkretisierung, der Kollision zahlreicher öffentlicher Interessen, der Güterabwägung, des ständigen «Hin- und Herwanderns des Blicks» ließen sich auf die eine Frage reduzieren, *welche Grundrechtsgarantie «weitergehe» als eine andere.* Die Formel verlockt zwar durch ihre Eingänglichkeit. Auch das Bundesgericht hat ja zur Bedeutung der *kantonalen Grundrechtsgewährleistungen* bemerkt, es komme ihnen dort noch ein selbständiger Gehalt zu, wo sie über die Garantie des Bundesverfassungsrechts hinausgingen[57]. Wie besonders HANS HUBER gezeigt hat, vermag aber die verlockende Schlichtheit nicht darüber hinwegzutäuschen, daß es letztlich auf die Wertung des Einzelfalls und die ganze Kunst richterlichen Differenzierungsvermögens ankommt[58].

Die Garantie eines Mindeststandards bewirkt demnach auch nicht einfach, daß das Niveau des europäischen Menschenrechtsschutzes demjenigen des gewissermaßen am tiefsten liegenden Vertragsstaates anzupassen wäre. Wo der Mindeststandard anzu-

[56] Dazu OPSAHL, a.a.O. (Anm. 50), S. 19–22. Zu Problemen der Rassendiskriminierung im Schweizer Recht, cf. LUZIUS WILDHABER, Réflexions sur la discrimination raciale, l'égalité devant la loi et la «Drittwirkung» en droit suisse, RDH 4, 1971, S. 341–349.

[57] Zur persönlichen Freiheit, BGE 101 Ia 46; 100 Ia 193; 99 Ia 266; 98 Ia 100, 423; 97 I 49, 841; 95 I 359; 90 I 34; 89 I 98; zur Eigentumsgarantie, BGE 101 Ia 511; 99 Ia 474; 96 I 355; 94 I 610; 93 I 137. Im Effekt überträgt das Bundesgericht freilich die Behauptungs- und Beweislast auf die Beschwerdeführer, was darauf hinausläuft, daß das Gericht die kantonalen Gewährleistungen als praktisch gegenstandlos und gegenüber dem Bundesverfassungsrecht leerlaufend betrachtet.

[58] HANS HUBER, Das Zusammentreffen der EMRK mit den Grundrechten der Verfassungen, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin 1967, S. 375–392.

setzen ist, ist vielmehr von den Konventionsorganen und den nationalen Instanzen stets aufs neue autonom festzulegen. Dabei gilt es nicht bloß die Subsidiarität der Konvention zu bedenken, sondern auch ihre weiteren Funktionen: ihre *Präventivfunktion,* indem sie jeglichen Rückfall in den Totalitarismus verhindern und dadurch den Frieden erhalten soll; ihre *Erziehungsfunktion,* indem sie als leuchtendes Beispiel die Herausbildung eines europäischen Bewußtseins fördern soll; ihre *Rechtsharmonisierungsfunktion,* indem sie eine europäische Gemeinsamkeit der geistigen Werte schaffen soll; ihre *Quasi-Integrationsfunktion,* indem sie eine europäische Verfassung im Ansatz begründen soll; ihre *Breitenwirkungsfunktion,* indem sie nicht nur in die Tiefe, sondern auch in die Breite der öffentlichen Meinung hineinwirken soll.

F. Statuslehre

Nach der traditionellen Statuslehre Georg Jellineks hätten die Freiheitsrechte der Verfassung eine rein negativ-verteidigende, staatsbeschränkende und -abwehrende Zielrichtung. Ihre Funktion wäre die Sicherung einer «Freiheit von gesetzwidrigem Zwang» (im Sinne eines *status negativus libertatis).* Im nationalen Bereich, vor allem im Raum der deutschsprachigen und der Benelux-Staaten, hat man indessen in letzter Zeit nach verschiedener Richtung versucht, Idee und Spannweite der klassischen, innerstaatlich gewährleisteten Grundrechte zu *erweitern,* um sie so der gewandelten, gesellschaftlichen, sozialen und technisch-industriellen Wirklichkeit anzupassen[59]:

[59] Vgl. statt aller Rüdiger Breuer, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, München 1978, S. 89–119; Ernst Friesenhahn, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, München 1974; Eberhard Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, Tübingen 1976; Peter Häberle/Wolfgang Martens, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30, 1972, S. 43–141, 7–42; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1977, S. 117–151; Hans Huber, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Die Grundrechte, Hsgb. K. A. Bettermann/F. L. Neumann/H. C. Nipperdey, Bd. I/1, Berlin 1966, S. 179–234; Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung? ZSR 92 II, 1973, S. 687–964; Hans Heinrich Rupp, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101, 1976, S. 161–201; Peter Saladin, Grund-

1. Man hat gefordert, es müsse an die Stelle eines subjektiv-defensiven ein *objektiv-institutionelles Grundrechtsverständnis* treten (im Sinne eines *status activus*). Es müsse nicht nur die Presse- oder Eigentumsfreiheit, das Wahlrecht oder das Erziehungsrecht des vereinzelten Individuums geschützt werden, sondern auch die «*Institution*» der freien Presse, des Privateigentums, der für die pluralistische Demokratie unerläßlichen freien Wahlen der Legislative oder einer objektiv informierenden Schule. Darin äußerte sich die staatslegitimierende und -konstituierende Aufgabe der Grundrechte, welche heute Leitgrundsätze und Gestaltungsaufträge für alle staatlichen Organe und sogar für die außerstaatlichen Bereiche sein müßten.
2. Weiter wird behauptet, neben die klassischen Grundrechte müßten *soziale Rechte* treten, damit dem Einzelnen jene reale Chancengleichheit und jenes Maß an konkreter Sicherheit geboten werde, deren er zur Persönlichkeitsentfaltung und Selbstverwirklichung bedürfe.
3. Sodann wird eine *egalitäre Aktivierung des Rechtsgleichheitsgebotes* befürwortet. Dem Einzelnen solle in Form von *Teilhaberechten* (im Sinne eines *status activus processualis*) ein diskriminationsfreier, verfahrensmäßig abgeschirmter Zugang zu den Entscheidungsprozessen und Institutionen des modernen Leistungsstaates gesichert werden.
4. Schließlich wird die sog. *Drittwirkung* verlangt, daß nämlich die Grundrechte sinngemäß auch unter Privaten wirksam werden müßten, damit nicht nur *staatliche* Übergriffe, sondern auch ein übermäßiger Druck *privater* Macht- und Beherrschungsverhältnisse abgeschüttelt werden könnten.

Hier ist nicht der Ort, näher zu untersuchen, wieweit diese Forderungen in der Schweiz oder den anderen Konventionsstaaten bereits Wirklichkeit zu werden vermochten. Geprüft sei einzig, ob *im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention* ähnliche Tendenzen Ausdruck gefunden haben oder noch in die Tat umgesetzt werden könnten.

rechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975; ULRICH SCHEUNER, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat. Die Grundrechte als Richtlinie und Rahmen der Staatstätigkeit, in: ULRICH SCHEUNER, Staatstheorie und Staatsrecht, Berlin 1978, S. 737–758.

1. Die Behauptung, die Konvention müsse im Lichte einer *objektiv-institutionellen Betrachtungsweise* ausgelegt werden, ist kaum je erhoben worden. Der Versuch einer solchen Ausdehnung des Wirkungsbereiches der Grundrechte sollte wohl auch im Landesrecht höchstens gewagt werden, wenn man gewiß ist, daß die Basis des herkömmlichen Grundrechtsverständnisses genügend solid ist. Bei der Europäischen Menschenrechtskonvention muß hingegen der Ausbau einer hinreichend dichten und verfestigten Rechtsprechung auf absehbare Zukunft hinaus weiterhin im Vordergrund stehen. Die Betonung des *objektiven Verpflichtungscharakters* der Konvention läßt sich zwar als objektiv-institutionelle Ausprägung verstehen. Ebenso ist auf das *Handyside-Urteil* des Gerichtshofes hinzuweisen, in dem auf einem pluralistischen, toleranten und offenen Diskussionsklima in jeder demokratischen Gesellschaft beharrt wird[60]. Im Falle des *obligatorischen Sexualunterrichts in Dänemark* wurde hervorgehoben, ein solcher Unterricht müsse objektiv erfolgen und dürfe keine Indoktrination bezwecken[61]. Bei allen diesen Beispielen geht es aber mehr um die Herausbildung eines gesamteuropäischen Minimalstandards an Menschenrechtsschutz. Anzustreben ist also ein primär völkerrechtliches Anliegen, das freilich ins Landesrecht übergreift: ein *status minimalis europaeus,* eine *europäische Menschenrechts-Harmonisierung,* eine alle Staaten verpflichtende Konzeption eines «ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe»[62], ein Klima des gegenseitigen Verständnisses für die gemeinsamen, unverzichtbaren Werte der persönlichen und der politischen Freiheit und der Rechtsstaatlichkeit in jeder wahren Demokratie. Soweit man vom Schutz einer «Institution» sprechen will, geht es um etwas mehr Atmosphärisches: um die stillschweigende Selbstverständlichkeit der *«Grundrechts-Freundlichkeit»* jedes Konventionsstaates und um sein stetes Gelöbnis, sich bei sich selbst für einen wirksamen Menschenrechtsschutz einzusetzen.

   Im *belgischen Sprachenstreit* argumentierte die belgische Regierung, das Recht auf Unterricht gemäß Art. 2 ZP und

[60] *Handyside,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.23, § 49.

[61] *Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.26, § 53.

[62] Kommissionsentscheid No. 788/60 vom 11.1.1961, YBECHR 4, 1961, S. 139.

allgemein sämtliche Garantien der Konvention bedeuteten für die Vertragsstaaten bloß negative Enthaltungs- und keine positiven Leistungspflichten. Der damalige Präsident der Kommission, MAX SØRENSEN, verwarf in seinem Plädoyer vor dem Gerichtshof diese Ansicht:

> «Il faut examiner chaque matière et interpréter chaque disposition d'une manière indépendante, sans se laisser égarer par des doctrines juridiques, ni surtout par des doctrines dépassées. La doctrine invoquée en l'espèce peut conserver une certaine valeur philosophique lorsqu'il s'agit de caractériser certains des droits reconnus. Cependant, elle n'a aucun caractère normatif.»[63]

Der Gerichtshof äußerte sich zum Streitpunkt nicht ausdrücklich. Doch scheint er in Beweisführung und Formulierung dem Kommissions-Präsidenten und nicht der belgischen Regierung recht gegeben zu haben.

2. Europäische Menschenrechtskonvention und Europäische Sozialcharta verkörpern *zwei klar getrennte Konzepte* von klassischen, ideellen und prozeduralen Grundrechten einerseits, *sozialen Grundrechten* anderseits. Sie unterscheiden in der Formulierung zwischen direkt klagbaren Individualrechten einerseits, nicht unmittelbar durchsetzbaren Sozialgestaltungsaufträgen anderseits. Das Kontrollsystem akzentuiert noch die scharfe Abgrenzung: Die Kontrolle der Menschenrechtskonvention beruht überwiegend auf einem quasigerichtlichen oder gerichtlichen, individuellen Beschwerdeverfahren. Die Sozialcharta verläßt sich demgegenüber auf ein generelles, weitgehend politisches Berichtssystem[64].

   Die beiden Grundrechtskonzepte sind weit schärfer voneinander abgehoben als in den zwei Menschenrechtspakten der UNO. Sogar im nationalen Recht können die Übergänge fließender sein, weil ein umfassender Gleichheitssatz und eine übergreifende Grundrechtstheorie die Sozialrechte näher an die individualrechtliche Klagbarkeit heranzurücken vermögen. Falls die Konvention durch die Aufnahme neuer Sozialrechte ausgeweitet werden sollte, würden daher mit Gewissheit große begriffliche Probleme heranwachsen, welche die bisherige Homogenität des Konventionswerkes in Frage stellen könnten.

[63] *Affaire «relative à certains aspects du régime lingnistique de l'enseignement en Belgique»*, Série B, Bd.I, S.518–519. Cf. WILDHABER, a.a.O. (Anm.25), S.7–10.

[64] Dazu oben 1.Kapitel III C 5, S.271, sowie unten V B, S..319.

3. Der Auswahlcharakter der Konvention und die Akzessorietät des Diskriminierungsverbotes von Art. 14 EMRK[65] *verhindern* die Ausbildung einer *Doktrin der Teilhaberechte.* Art. 6 Ziff. 3 lit. c und e EMRK verbürgen allerdings gewisse *Justiz-Teilhaberechte* in Form des Anspruchs auf armenrechtliche Prozeßführung und auf die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers. Darüber hinaus lassen sich jedoch der Konvention kaum präzise Anforderungen an die Organisation etwa des Schul-, Universitäts- oder Militärwesens abgewinnen. Dort gilt vielmehr kraft der Subsidiarität der Konvention der Grundsatz des freien staatlichen Beurteilungsspielraums[66].

G. Drittwirkung

Staaten- und Individualbeschwerden können sich nach Art. 24 und 25 EMRK nur gegen Vertragsstaaten richten, nicht gegen Individuen. Die Europäische Kommission für Menschenrechte betrachtet sich demgemäß in ständiger Praxis als unzuständig zur Entgegennahme von Beschwerden, die eine *Konventionsverletzung durch Einzelpersonen* geltend machen[67].

Eine ganze Anzahl von Autoren, vor allem Marc-André Eissen, hat freilich zu bedenken gegeben, daß trotz des Fehlens einer direkten europäischen Sanktion eine *Drittwirkung* der Konventionsgarantien *dort möglich* und am Platz sei, wo die Konvention mit der Ratifikation – ohne spezielle Transformation – innerstaatlich verbindende Kraft erlangt. Ähnlich behauptet Andreas Khol, über den Umweg der staatlichen Verpflichtung zur Drittwirkung und der staatlichen Haftung für Konventions-

[65] Dazu oben B, S. 285, sowie Anm. 30.

[66] Vgl. oben D, S. 290.

[67] Beschwerden No. 33/55 vom 23.9.1955, YBECHR 1, 1955–57, S. 154; No. 256/57 vom 20.7.1957, YBECHR 1, 1955–57, S. 188; No. 172/56 vom 20.12.1957, YBECHR 1, 1955–57, S. 211; No. 852/60 vom 19.9.1961, YBECHR 4, 1961, S. 346; No. 1599/62 vom 16.1.1963, YBECHR 6, 1963, S. 348; No. 1322/62 vom 14.12.1963, YBECHR 6, 1963, S. 494, 517; Nos. 1420/62, 1477/62, 1478/62 vom 18.12.1963, YBECHR 6, 1963, S. 590, 623; No. 1850/63 vom 29.3.1966, YBECHR 9, 1966, S. 240, 265; No. 2646/65 vom 30.3.1966, YBECHR 9, 1966, S. 484, 491; No. 2370/64 vom 11.2.1967, Rec. 22, 1967, S. 101–102; No. 2676/65 vom 3.4.1967, Rec. 23, 1967, S. 36; No. 6956/75 vom 10.12.1976, D.R. 8, 1977, S. 103.

verletzungen werde ein Ergebnis erzielt, das dem *Effekt einer Drittwirkung* und einer mittelbaren Passivlegitimation Einzelner gleichkomme. Die namentlich von WALTER J. GANSHOF VAN DER MEERSCH vertretene Lehre vom *«Ordre Public»-Charakter* gelangt im wesentlichen ebenfalls zur Folgerung, die Rechte und Freiheiten der Konvention hätten als Fundamentalnormen objektive Geltung und vermöchten so auch private Rechtsbeziehungen zu beeinflussen und zu dominieren[68].

Der Ausgangspunkt dieser Lehren scheint realistisch und begrüßenswert: Die Annahme einer *mittelbaren Drittwirkung bei der landesrechtlichen Anwendung* kann bedeuten, daß der Vertragsstaat für die umfassende innerstaatliche Verwirklichung gewisser Konventionsgarantien auch im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu sorgen hat. Entweder muß er dann den Privaten eine *wirksame nationale Beschwerde* gemäß Art. 13 EMRK zur Verfügung stellen, oder er könnte für die konventionswidrige Ausgestaltung seiner Gesetzgebung *völkerrechtlich zur Verantwortung gezogen* werden. So oder so ist bloß eine sinngemäße, analogieweise Erstreckung der Konventionsgarantien auf privatrechtliche Verhältnisse anzunehmen. Es kann nicht unterstellt werden, daß die Vertragsstaaten trotz der Formulierung der Art. 24 und 25 EMRK beabsichtigten, den gesamten Bereich ihrer Privatrechtsordnungen dem unmittelbaren Zugriff der

[68] MARC-ANDRÉ EISSEN, La Convention et les devoirs de l'individu, in: La protection internationale des Droits de l'Homme dans le cadre européen, 1. Int. Kolloquium über die EMRK in Straßburg, Paris 1961, S. 167–194; ID., La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: Une mise à jour, in: RENÉ CASSIN, Amicorum discipulorumque liber, Bd. III, Paris 1971, S. 151–162; ANDREAS KHOL, Zwischen Staat und Weltstaat, Wien/Stuttgart 1969, S. 309–318; GANSHOF VAN DER MEERSCH, a.a.O. (Anm. 10), S. 98–100, 102–105. – Gegen eine Drittwirkung: BBl 1968 II, S. 1082, 1114–15; HEINZ GURADZE, Die Schutzrichtung der Grundrechtsnormen in der EMRK, in: Festschrift Hans Carl Nipperdey, Bd. II, München/Berlin 1965, S. 759–769; PARTSCH, a.a.O. (Anm. 10), S. 63–65. – Vgl. ferner JOST DELBRÜCK, Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung? in: Festschrift Werner Weber, Berlin 1974, S. 223–238; MEO-MICAELA HAHNE, Das Drittwirkungsproblem in der EMRK, Diss. Heidelberg 1973; JACOBS, a.a.O. (Anm. 10), S. 11–12; JAN DE MEYER, The Right to Respect for Private and Family Life, in: Privacy and Human Rights, 3. Int. Kolloquium über die EMRK in Brüssel, Manchester 1973, S. 255–283; BERTHOLD MOSER, Die EMRK und das bürgerliche Recht, Wien 1972; PHEDON VEGLERIS, Twenty Years' Experience of the Convention and Future Prospects, in: Privacy and Human Rights (oben), S. 382–385; JACQUES VELU, The European Convention on Human Rights and the Right to Respect for Private Life, the Home and Communications, in: Privacy and Human Rights (oben), S. 20–25.

Konventionsgarantien zu unterwerfen. Demnach hängt die allfällige Drittwirkung von der genauen Fassung jedes einzelnen Konventionsartikels ab.

In den drei, die *Koalitionsfreiheit des Art. 11 EMRK* betreffenden Fällen ließ der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diese Frage offen. Die Kommission bejahte sie jedoch:

«Rien ne permet de conclure que l'article 11 entend garantir l'action syndicale en n'interdisant que les actes d'ingérence de l'Etat. Dans la mesure en effet où une organisation syndicale souhaite atteindre les objectifs qu'elle s'est assignés, en particulier, 'défendre les intérêts de ses membres', il ne serait pas incompatible avec le texte de l'article 11 de la préserver de certaines formes d'ingérence non seulement de l'Etat, mais aussi des employeurs. 'Si les individus' ne peuvent eux-mêmes être tenus pour responsables de tels actes qui constituent une violation de la Convention, l'Etat peut, dans certaines circonstances, en être responsable.» [69]

III. Zur Auslegung der Konvention

A. Grundrechtskonkretisierung im Landesrecht

Was folgt aus der Tatsache, daß die Konventionsgarantien verfassungsrechtlichen Inhalt haben, und daß sie in der Schweiz im selben gerichtlichen Verfahren geschützt werden wie die verfassungsmäßigen Grundrechte [70]? Soll man sie auch gleich locker-flexibel auslegen wie die Grundrechte? Müßte man sie nicht mit der für internationale Verträge angebrachten Zurückhaltung anwenden und auf ihrem spezifischen Wortlaut und dem historischen Willen der Vertragsparteien beharren? Indessen, kann es überhaupt je gelingen, Menschenrechtsgewährleistungen vorwiegend positivistisch und restriktiv zu deuten?

In der Schweiz kommt vor allem Hans Huber das Verdienst zu, inmitten des Formenreichtums der Verfassung die *Besonderheiten der richterlichen Konkretisierung der Grundrechte* hervorgehoben zu haben. Trotzdem Grundrechte ihre Bestimmung nur

[69] *Syndicat national de la police belge c. Belgique,* No 4464/70, Rapport de la Commission, 27.5.1974, §§ 58–59, p.39. Ebenso *Svenska Lokmannaförbundet v. Sweden,* Report of the Commission, 27.5.1974, §§ 61–62, p.32; *Schmidt and Dahlström v. Sweden,* Report of the Commission, 17.7.1974, § 51, pp.25–26; *Webster c. Großbritannien,* No.7806/77, vom 3.3.1978, EuGRZ 6 (1979) 116. – Vgl. dazu Luzius Wildhaber, Zum Fall des «Syndicat national de la police belge» (Anm.30), S.389–390; id., Die Koalitionsfreiheit gemäß Art.11 EMRK, German YB Int'l Law 19, 1976, S.238–253 (245–246).

[70] Dazu unten 3.Kapitel II B, IV B 1, C 2, S.332, 344, 346.

zu erfüllen vermögen, wenn sie als direkt anwendbares Recht gelten, entfernt sich ihre gerichtliche Weiterbildung von der strikten Textauslegung. Ihre Konkretisierung bedeutet «Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung und Anreicherung, Rechtsfortbildung durch Erfüllung ganzer Normprogramme, im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft»[71].

Das *schweizerische Bundesgericht* hat speziell im Verlaufe der letzten 15 Jahre geradezu spektakuläre Beweise für eine solche Betrachtungsweise erbracht. Es sei etwa erinnert an die Anerkennung der persönlichen Freiheit, der Meinungs-, Versammlungs- und Sprachenfreiheit als ungeschriebene Grundrechte; an die Herausbildung und Illustration der materiellen Enteignung; an die neue Kategorie sozialer und sozialpolitischer Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit; an die unglaublich verästelte Entfaltung des Gleichheitssatzes vom Willkürverbot über den Anspruch auf rechtliches Gehör und das Verbot der Rechtsverzögerung und -verweigerung bis hin zum Verhältnismäßigkeitsprinzip, zum Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben und dem Legalitätsprinzip.

B. Rechtsvergleichender Exkurs

So bedeutsam das Werk des Bundesgerichts sich darstellt, es steht rechtsvergleichend gesehen in seiner rechtsschöpferischen Kühnheit durchaus nicht einzigartig da[72]. Berühmt sind beispielsweise die Wandlungen der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Begriff des «Due Process of Law», zur Rassendiskriminierung oder zur Erstreckung der Garantien der Bill of Rights der Bundesverfassung auf die Gliedstaaten durch die «Due Process»-Klausel des 14. Amendments. Aber

[71] HANS HUBER, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Gedenkschrift Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 191–209 (192). Ferner ID., Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: HANS HUBER, Rechtstheorie – Verfassungsrecht – Völkerrecht, Bern 1971, S. 329–348; ID., Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZbJV 107, 1971, S. 172–196; ANDRÉ GRISEL, Droit public non écrit, in: Gedenkschrift Imboden (oben), S. 139–157; HANS GEORG HINDERLING, Rechtsnorm und Verstehen, Diss. Basel 1971, S. 220–240; SALADIN, a.a.O. (Anm. 59), S. 282–334, 372–385.

[72] Vgl. statt aller für die USA, LOEWENSTEIN und STEINBERGER, a.a.O. (Anm. 10 des 1. Kapitels); für die BRD, die in Anm. 59 zitierten Autoren.

auch der kanadische Oberste Gerichtshof schien ein Zeit lang das Bestehen ungeschriebener Bundesgrundrechte anerkennen zu wollen; die jüngste Rechtsprechung verfolgt freilich diese Ansätze nicht weiter.[73]. Und das deutsche Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahrzehnten ein weitgespanntes Gebäude von Verfassungskonkretisierungen errichtet, gerade auch im Grundrechtssektor, wo unter vielem bloß auf die Ausdehnung der Drittwirkungslehre, der Teilhaberechte oder der Chancengleichheit verwiesen sei.

C. Geltung der völkerrechtlichen Auslegungsregeln für die Konvention

Folgt daraus nun, daß alle Arten von Menschenrechtsgewährleistungen mit gleicher Freiheit entfaltet werden können? Wieweit muß sich nicht im Gegenteil der völkerrechtliche Charakter der Europäischen Menschenrechtskonvention als Bremse auswirken?

Nach anfänglichem Zögern hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die *Art. 31–33 der Wiener Vertragsrechtskonvention* von 1969 angerufen[74] und ausgeführt, seine Rechtsprechung könne sich von den dort niedergelegten, als Ausdruck von Völkergewohnheitsrecht anzusehenden Grundsätzen der Vertragsauslegung inspirieren lassen[75]. Demgemäß wäre die Konvention nach der allgemeinen Auslegungsregel des Art. 31 Ziff. 1 zu deuten, nämlich «nach Treu und Glauben ..., entsprechend der üblichen Bedeutung, die den Begriffen des Vertrages in ihrem Zusammenhang und unter Berücksichtigung seines Zieles und Zwecks beizulegen ist». Auch die nachfolgende Praxis der Vertragsstaaten, die besonders in der Rechtsprechung der Konventionsorgane und der nationalen Gerichte in reichem Maße entwickelt wird, ist laut Art. 31 Ziff. 3 lit. b zu berücksichtigen. Die Vertragsmaterialien (die *travaux préparatoires*) hingegen gelten bloß als sekundäre, zusätzliche Auslegungsmittel.

[73] *Reference re Alberta Legislation,* (1938) 2 D.L.R. 81, 107 (per Duff C.J.C.); *Saumur v. City of Quebec and Attorney-General of Quebec,* (1953) 4 D.L.R. 641, 670 (per Rand J.); *Roncarelli v. Duplessis,* (1959) 16 D.L.R. (2d) 689, 705 (per Rand J.). – Neuestens, in gegenläufigem Sinn, *Attorney-General of Canada v. Dupond,* (1978) 84 D.L.R. (3d) 420.

[74] Text bei MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 12), S. 517–518.

[75] *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, p. 14, § 29; *Luedicke, Belkacem* et *Koç,* Urteil vom 28.11.1978, p. 12, § 39.

D. Praxis der Konventionsorgane

Das Abstellen auf den Wortlaut ist freilich bei weit gefaßten Menschenrechtsgarantien notwendigerweise weniger ergiebig als anderswo. So kann sich die Grundsatzfrage stellen, ob die Konventionsgarantien mehr im Lichte eines souveränitätsbetonten, restriktiven Vertrauensschutzes zugunsten der Staaten auszulegen seien, oder mehr im Sinne eines objektiv-zeitgemäßen, evolutiven Abstellens auf den Kontext und die speziellen Ziele und Zwecke der Konvention.

Der Fall *Golder c. Großbritannien* warf dieses Problem mit großer Klarheit auf. Kommission und Gerichtshof entschieden, daß aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein stillschweigend, notwendig miteinbegriffenes «*Recht auf Zugang zu den Gerichten*» herauszulesen sei. Die *Kommission* äußerte sich zugunsten einer objektiv-zeitgemäßen, effektiven, weder a priori historischen noch restriktiven Auslegungsmethode:

«In the Commission's opinion the object of the international application of the Convention is to interpret its provisions objectively, and not to interpret the Convention by reference to what may have been the understanding of one Party at the time of its ratification. Furthermore, whatever may be the case as regards an ordinary international treaty, both the Commission and the Court ... have stated that the provisions of the Convention should not be interpreted restrictively so as to prevent its aims and objects being achieved.»[76]

«The decisive consideration ... must be that the overriding function of this Convention is to protect the rights of the individual and not to lay down as between States mutual obligations which are to be restrictively interpreted having regard to the sovereignty of these States. On the contrary, the role of the Convention and the function of its interpretation is to make the protection of the individual effective.»[77]

Der *Gerichtshof* übernahm diese Betrachtungsweise:

«De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 § 1. Il ne s'agit pas là d'une interprétation extensive de nature à imposer aux Etats contractants de nouvelles obligations: elle se fonde sur les termes mêmes de la première phrase de l'article 6 §I1, lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif qu'est la Convention ..., ainsi que de principes généraux de droit.»[78]

Man wird die heutige Haltung der Konventionsorgane und namentlich des Gerichtshofes folgendermaßen umschreiben kön-

[76] No. 4451/70, Kommissionsbericht vom 1.6.1973, p. 25, § 44.
[77] Ibid, p. 31, § 57.
[78] *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, p. 18, § 36.

nen: Auszugehen ist von den allgemeinen, gewohnheitsrechtlichen Auslegungsregeln des Völkerrechts. Dabei ist jedoch den Besonderheiten der Konvention, ihrem objektiven Verpflichtungscharakter, ihren normativen, verfassungsrechtlichen Gehalten und ihren flexibel und offen gefaßten, ambitiös-programmatischen Formulierungen angemessen Rechnung zu tragen. Die Konvention muß als ein Ganzes verstanden werden[79]. Der Interpretationsprozeß bildet seinerseits ein vielschichtiges Ganzes[80]. Anzustreben ist eine teleologische Auslegung, die der Verwirklichung der Vertragsziele und -zwecke am nächsten kommt, nicht eine restriktive, welche die Verpflichtungen der Parteien möglichst eng begrenzt[81]. Hingegen sind die Schranken der garantierten Rechte und Freiheiten restriktiv auszulegen[82]. Die Konkretisierung hat im Lichte moderner, eventuell gewandelter Gegebenheiten zu erfolgen[83]. Sie hat abzuwägen zwischen den allgemeinen Interessen der Gemeinschaft und dem besonderen Wert, den die Konvention der Achtung fundamentaler Menschenrechte beimißt[84].

E. Bewertung

Aus der Konvention ist *ein lebendiger, kräftiger Baum einer europäischen Kernverfassung* geworden, der viele neue, lebenstüchtige Zweige getrieben und Blüten hervorgebracht hat. Zwar mögen einige Zweige abgestorben, und es mögen nicht alle Blütenträume gereift sein. Aber es ist kaum zu bezweifeln, daß die

[79] *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond),* Urteil vom 23.7.1968, Série A, pp.30, 33, §§ 1, 7; *Golder,* a.a.O. (Anm.78), p.14, § 30; *Handyside,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.20, § 41; *Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen,* Urteil vom 7.12.1976, Série A, p.26, § 52; *Klass,* Urteil vom 6.9.1978, p.25, § 68.

[80] Urteil *Golder,* a.a.O. (Anm.78), p.14, § 30.

[81] *Wemhoff,* Urteil vom 27.6.1968, Série A, p.23, § 8, 1 EGMR 126; *Delcourt,* Urteil vom 17.1.1970, Série A, pp.14–15, § 25, 2 EGMR 194; *Golder,* a.a.O. (Anm.78), pp.14, 16–18, §§ 29–30, 34–36; *Klass,* Urteil vom 6.9.1978, p.14, § 34; *Luedicke, Belkacem* et *Koç,* Urteil vom 28.11.1978, pp.12–13, §§ 39–42.

[82] *Golder,* a.a.O. (Anm.78), pp.18–19, 21, §§ 37–39, 44; *Klass,* a.a. (Anm.81), p.17, § 42.

[83] *Tyrer,* Urteil vom 25.4.1978, Série A, p.15, § 31.

[84] *Belgischer Sprachenstreit,* a.a.O. (Anm.79), p.32, § 5, 2 EGMR 28; *Klass,* a.a.O. (Anm.81), p.22, § 59.

Praxis der Konventionsorgane einzig mit der Erklärung zu erfassen ist, es habe sich um eine *evolutive, entwicklungsfähige Interpretationstätigkeit* gehandelt, die dem steten sozialen Wandel und den objektiv veränderten faktischen Voraussetzungen Rechnung zu tragen vermochte.

Wie vor allem MAX SØRENSEN eindrücklich gezeigt hat, sind Beispiele dafür leicht zu finden[85]. Die Kommission hat zum Beispiel Ausweisungen und Auslieferungen an den Erfordernissen des Art. 3 EMRK gemessen[86]. Sie hat 1970 erklärt, daß Rassendiskriminierung in sich eine erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellen könne[87]. Die Konventionsorgane haben sich darum bemüht, die großen Züge der besonderen Gewaltverhältnisse (speziell der Inhaftierten und Soldaten) den Gewährleistungen der Konvention zu unterstellen[88]. Der Gerichtshof las in das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK das Gebot der Verhältnismäßigkeit hinein[89]. Der Grundsatz der Waffengleichheit wurde als Element jedes nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK fairen Strafverfahrens bezeichnet[90]. Die Berufung auf die Vorherrschaft des Rechts in der Präambel, die allgemeinen Rechtsgrundsätze und das völkerrechtliche Verbot des «*déni de justice*» dienten zur Begründung des Anspruchs auf Zugang zu den Gerichten gemäß Art. 6 Ziff. 1 EMRK[91].

Zwischen den völlig unterschiedlichen Konzeptionen des britischen Kommissionspräsidenten JAMES E. S. FAWCETT und des britischen Richters Sir GERALD FITZMAURICE scheint sich also die Waagschale eher auf die Seite FAWCETT's geneigt zu haben. Seine These, daß die Konvention infolge ihrer verfassungsrechtlichen Aspekte einer bis zu einem gewissen Grade progressiven Ausle-

[85] MAX SØRENSEN, Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des droits de l'homme ont-ils la même signification en 1975? Rapport au 4ème Colloque Int'l sur la Convention européenne des droits de l'homme à Rome, C.E. Doc. H/Coll. (75) 2, 1975, S. 12–19. Ferner JACOBS, a.a.O. (Anm. 10), S. 15–20; TRECHSEL, a.a.O. (Anm. 10), S. 134–144; WILDHABER, Zum Fall des «Syndicat National de la Police Belge» (Anm. 30), S. 375–377.

[86] LUZIUS WILDHABER, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Artikel 5 und 6, ZSR 94 I, 1975, S. 516–517.

[87] Kommissionsentscheid No. 4403/70 et al. vom 10. 10. 1970, YBECHR 13, 1970, S. 928, 994.

[88] Statt vieler, cf. *Engel et al.*, Urteil vom 8. 6. 1976, Série A, pp. 24–25, §§ 57–59.

[89] Dazu oben II B, S. 286, und die in Anm. 30 zitierten Urteile und Artikel.

[90] Nos. 596/59 und 789/60, Kommissionsbericht vom 6. 5. 1963, YBECHR 6, 1963, S. 714, 730–733.

[91] *Golder*, Urteil vom 21. 2. 1975, Série A, pp. 16–18, §§ 34–36.

gung bedürfe[92], scheint sich größerer Anziehungskraft zu erfreuen als die entgegengesetzte Ansicht von Richter FITZMAURICE, ein völkerrechtliches Instrument bedürfe des fortgesetzten Konsenses der Vertragsparteien und müsse deshalb souveränitätsschonend und gemäß ihrem seinerzeitigen geschichtlichen Willen gedeutet werden[93].

Man darf die Extreme aber nicht überbewerten und an eine *«Entfesselung» der Konventionsrichter* glauben. Auswahlcharakter, Subsidiarität und Mindeststandard[94] der Europäischen Menschenrechtskonvention bewirken trotz allem eine vorsichtig-nüchterne Weiterentwicklung, ein Festhalten an den großen Linien und Grundzügen zugunsten der Rechtssicherheit, ein akuteres Bewußtsein des «judicial self-restraint» als bei einem nationalen Verfassungsgericht. Die Auslegungsmethode ist deshalb *nicht nur objektiv-evolutiv* zu nennen, sondern zugleich *auch subsidiär-zurückhaltend.*

IV. Kontrollmechanismus

Die Kontrolle der Europäischen Menschenrechtskonvention ist *drei europäischen Organen* anvertraut und wickelt sich in *sieben Stufen ab*[95]:

A. Innerstaatlicher Rechtsweg

Zuerst bedarf es der *Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszuges* (Art. 26 EMRK). Damit entspricht die Konvention dem Grundgedanken der Subsidiarität und bewegt sich auf völker-

[92] Plädoyer im Fall *Syndicat national de la police belge,* Série B, 1976, S. 235–236, 239–240.

[93] Siehe seine Dissenting und Separate Opinions in den Fällen *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, pp. 32–63, speziell 42–53; *Syndicat national de la police belge,* Urteil vom 27.10.1975, Série A, pp. 30–44, speziell 30–34; *Irland c. Großbritannien,* Urteil vom 18.1.1978, Série A, pp. 110–135; *Tyrer,* Urteil vom 25.4.1978, Série A, pp. 22–32.

[94] Vgl. oben II B, D, E, S. 285, 290, 292.

[95] Dazu statt aller HERIBERT GOLSONG, Das Rechtsschutzsystem der EMRK, Karlsruhe 1958; JAN DE MEYER, La Convention européenne des droits de l'homme par rapport à d'autres instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme. Le mécanisme international de contrôle, Rapport au Colloque d'Athènes sur les droits de l'homme, C. E. Doc. H/Coll. (78) 5, 1978;

rechtlich allgemein anerkannten Bahnen[96]. Auch *Staatenbeschwerden,* die konkrete Konventionsverletzungen gegenüber bestimmten Individuen geltend machen, müssen den nationalen Instanzenzug durchlaufen, ehe sie zulässig erklärt werden können[97]. Nur wenn eine Staatenbeschwerde sich gegen eine Gesetzgebung oder Verwaltungspraxis eines Vertragsstaates richtet, bedarf es – infolge des Grundsatzes der Staatsimmunität – der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges nicht (Art. 27 Ziff. 3 EMRK)[98].

B. Zulässigkeitsprüfung

Das eigentliche Straßburger Verfahren beginnt mit der *Prüfung der Zulässigkeit* einer Individual- oder Staatenbeschwerde *durch die Europäische Kommission für Menschenrechte.* Bis Ende 1978 wurden 8448 Individual- und 13 Staatenbeschwerden registriert, davon 131 Individualbeschwerden gegen die Schweiz. Von den bisher beurteilten 8072 Individualbeschwerden wurden 7249 von der Kommission ohne weiteres, 633 nach Mitteilung an die betroffene Regierung unzulässig erklärt. Bloß 190 Beschwerden (2,35%) passierten den Filter der Zulässigkeitsprüfung. Die Zahl

FRANÇOIS MONCONDUIT, La Commission européenne des droits de l'homme, Leiden 1965; ARTHUR HENRY ROBERTSON, Human Rights in Europe, 2. Aufl., Manchester 1977, S. 139–267; CLAUDIO ZANGHI, The Effectiveness and Efficiency of the Guarantees of Human Rights Enshrined in the European Convention on Human Rights, Report to the 4th Int'l Colloquy about the European Convention on Human Rights in Rome, C. E. Doc. H/Coll. (75) 6, 1975.

[96] Vgl. dazu oben II D, S. 290, sowie für die Schweiz unten 3. Kapitel IV C 3, S. 349.

[97] So der *2. Zypern-Fall (Griechenland c. Großbritannien),* No. 299/57, vom 12.10.1957, YBECHR 2, 1958–59, S. 192; *Österreich c. Italien,* No 788/60, vom 11.1.1961, Rec. 7, 1962, S. 23, 49–52; *Irland c. Großbritannien,* Nos. 5310/71, 5451/72, vom 1.10.1972, Rec. 41, 1973, S. 3, 23, 84. – Dazu allgemein A. A. CANÇADO TRINDADE, Exhaustion of Local Remedies in Inter-State Cases: The Practice Under the European Convention on Human Rights, ÖZöR 29, 1978, S. 211–231; PETER HOLD, Die Staatenbeschwerde im Rahmen der EMRK – rechtliche und politische Probleme, Diss. St. Gallen 1976.

[98] So der *1. Zypern-Fall (Griechenland c. Großbritannien),* No. 176/56, vom 2.6.1956, YBECHR 2, 1958–59, S. 184; *1. Griechenland-Fall (Dänemark, Norwegen, Schweden, Niederlande c. Griechenland),* Nos. 3321–3323/67, 3344/67, vom 24.1.1968, YBECHR 11, 1968, S. 690, 726; *2. Griechenland-Fall,* No. 4448/70, vom 16.7.1970, Rec. 34, 1970, S. 73; *Irland c. Großbritannien,* Urteil des Gerichtshofes vom 18.1.1978, Série A, § 159, p. 64.

mag niedrig scheinen[99]. Zahlreiche Beschwerden hatten aber präjudizielle oder generelle Auswirkungen, indem sie zu Gesetzesänderungen, neuen Erlassen oder Modifikationen bisheriger Verwaltungspraxis führten.

Die Zulässigkeitsprüfung umschließt die Untersuchung, ob der Geltungsbereich der Konvention eingehalten und die Zuständigkeit der Kommission (ratione temporis, loci, personae, sive materiae) gegeben ist; ob der innerstaatliche Rechtsweg erschöpft ist (Art. 26 EMRK); ob eine Beschwerde mit einem früheren Gesuch identisch oder vor einer anderen internationalen Instanz rechtshängig ist (Art. 27 Ziff. 1 lit. b EMRK); ob eine Beschwerde mit der Konvention unvereinbar, offensichtlich unbegründet oder mißbräuchlich ist (Art. 27 Ziff. 2 EMRK).

Bei der *Individualbeschwerde* muß der Beschwerdeführer dartun, er sei durch eine Konventionsverletzung *beschwert* (Art. 25 Ziff. 1 EMRK). Er kann demgemäß *nicht* mittels einer *Popularbeschwerde* die *abstrakte Kontrolle* landesrechtlicher Normen anstreben[100]. Bei der *Staatenbeschwerde* hingegen braucht der beschwerdeführende Staat infolge des objektiven Verpflichtungscharakters der Konvention *keine Beschwer* glaubhaft zu machen (Art. 24 EMRK). Zudem kann sich die Staatenbeschwerde – wie gegebenenfalls auch eine Individualbeschwerde – *gegen ein Gesetz* wenden, das konventionsverletzende Maßnahmen direkt einführt, anordnet oder ermächtigt[101]. Dennoch wird der Gerichts-

[99] In dem einigermaßen vergleichbaren certiorari-Verfahren vor dem amerikanischen Supreme Court werden etwa 10% der Fälle in dem Sinne für «zulässig erklärt», als sie zur materiellen Behandlung entgegengenommen werden, cf. Karl Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin 1959, S. 451, 623–624. – 1970–1977 wurden von 6545 erledigten staatsrechtlichen Beschwerden in der Schweiz 3099 (47,3%) vorweg nach Art. 92 OG summarisch abgewiesen, BBl 1978 I, S. 1238. 1978 wurden 1236 staatsrechtliche Streitigkeiten erledigt; davon wurden 156 (12,6%) gutgeheißen (Mitteilung der Bundesgerichtskanzlei vom 23. 2. 1979). – Beim deutschen Bundesverfassungsgericht gingen 1951–1978 38789 Verfassungsbeschwerden ein. Bei 27739 (71,5%) erging ein Nichtannahmebeschluß des zuständigen Richterausschusses gemäß § 93a Abs. 3 BVerfGG. 3017 (7,8%) wurden durch eine Senatsentscheidung erledigt (Mitteilung des Bundesverfassungsgerichtes vom 23. 2. 1979).

[100] Vgl. die *belgischen Landstreicher-Fälle (de Wilde, Ooms et Versyp),* Urteil vom 18. 6. 1971, Série A, pp. 69–70 (opinion séparée Holmbäck, Rodensbourg, Ross, Favre, Bilge), 3 EGMR 54; *Klass,* Urteil vom 6. 9. 1978, § 33, p. 13; Kommissionsentscheid No. 6853/74, vom 9. 3. 1977, 9 D.R., 1978, S. 27.

[101] Für die Staatenbeschwerde, *Irland c. Großbritannien,* Urteil vom 18. 1. 1978,

hof die Konvention nicht *in abstracto* auslegen, sondern nur in Verbindung mit dem ihm vorgelegten, spezifischen Fall[102].

In diesem Stadium übt die Kommission *gerichtliche Funktionen* aus. Gegen die Zurückweisung eines Gesuches als unzulässig gibt es kein Beschwerderecht, weder an die Kommission selbst noch an den Gerichtshof oder das Ministerkomitee[103].

C. Tatsachenfeststellung und gütliche Regelung

Konnte man die Rolle der Kommission bei der Zulässigkeitsprüfung mit derjenigen eines internationalen Schiedsgerichtes vergleichen, so müßte sie im nächsten Verfahrensstadium einer *Untersuchungs- und Schlichtungskommission* zur Seite gestellt werden[104]. Nach der Zulässigerklärung hat sie nämlich die *Tatsachen* durch kontradiktorische Prüfung und erforderlichenfalls eine Untersuchung *festzustellen* (Art. 28 lit. a EMRK). Ferner hält sie sich zur Verfügung der Parteien, um *«eine gütliche Regelung der Angelegenheit auf der Grundlage der Achtung der Menschenrechte»* zu erwirken (Art. 28 lit. b EMRK). Bis Ende 1978 kam es zu 12 formellen gütlichen Streitbeilegungen («règlement amiable», «friendly settlement»)[105]. Eine etwas größere Zahl von Fällen konnte inoffiziell geregelt werden, weil die Beschwerde-

Série A, p. 91, § 240; für die Individualbeschwerde, *Klass,* Urteil vom 6.9.1978, pp. 13–15, §§ 33–38.

[102] *Lawless (Exceptions préliminaires et questions de procédure),* Urteil vom 14.11.1960, Série A, p. 11, 1 EGMR 8; *de Becker,* Urteil vom 27.3.1962, Série A, p. 26, § 14, 1 EGMR 82; *belgische Landstreicherfälle (de Wilde, Ooms et Versyp) (Question de l'application de l'article 50 de la Convention),* Urteil vom 10.3.1972, Série A, p. 10, § 22, 3 EGMR 117; *Golder,* Urteil vom 21.2.1975, Série A, p. 19, § 39; *Luedicke, Belkacem et Koç,* Urteil vom 28.11.1978, pp. 19–20 (opinion séparée MOSLER).

[103] *Belgische Landstreicherfälle (de Wilde, Ooms et Versyp),* Urteil vom 18.6.1971, Série A, p. 30, § 51, 3 EGMR 19; *Klass,* Urteil vom 6.9.1978, p. 13, § 32. – Siehe auch allgemein GEORGES PERRIN, La Commission européenne des droits de l'homme, ZSR 94 I, 1975, S. 431–463; STEFAN TRECHSEL, Das Verfahren vor der Europäischen Menschenrechtskommission, ZSR 94 I, 1975, S. 407–429.

[104] *Lawless-Urteil* vom 14.11.1960, a.a.O. (Anm. 102), p. 11: «... une mission indépendante d'enquête, de conciliation ...».

[105] Vgl. dazu: Die EMRK. Eine Bestandesaufnahme, C.E. Doc. DH (77) 3, 1977, S. 25–34: *Boeckmans c. Belgien; Poerschke c. BRD; Alam und Singh c. Großbritannien; Knechtl c. Großbritannien; Sepp c. BRD; Simon-Herold c. Österreich; Mellin c. BRD; Amekrane c. Großbritannien; Gussenbauer c. Österreich; Neubecker c. BRD; Nagel c. BRD; Liebig c. BRD.* Seither ist noch die Beschwerde *Peyer c. Schweiz,* No. 7397/76, dazugekommen.

führer irgendeine Form der Verständigung mit der beklagten Regierung gefunden und daraufhin ihre Beschwerde zurückgezogen hatten[106]. Denkbar sind beispielsweise die Wiederherstellung des früheren Zustandes, der Widerruf von Verwaltungsakten, die Wiederaufnahme eines Verfahrens, der Erlaß von Schulden, die Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung aufgrund der Verantwortlichkeitsgesetze des Bundes oder der Kantone oder aus anderem Titel, die Anrechnung zu Unrecht bestandener Untersuchungshaft auf die Strafzeit, eine teilweise oder gänzliche Begnadigung.

Hier nimmt die Konvention (durchaus berechtigterweise) stark Rücksicht auf die Prestige- und Souveränitätsempfindlichkeit der Vertragsstaaten und ihr Bedürfnis, das Gesicht zu wahren. Da die Streitbeilegung auf der Grundlage der Achtung der Konventionsgarantien zu geschehen hat, und die Kommission dies von Amtes wegen überprüft, ist dafür gesorgt, daß auch den Individualrechten Rechnung getragen wird[107].

D. Kommissionsbericht

Gelingt keine gütliche Regelung, so arbeitet die Kommission einen *Bericht* aus, legt darin den Sachverhalt dar und nimmt zur Frage einer Konventionsverletzung Stellung (Art. 31 Ziff. 1 EMRK). Wie die früheren Kommissionspräsidenten Sir HUMPHREY WALDOCK und MAX SØRENSEN gezeigt haben, wandelt hier die Kommission abermals ihre Funktion[108]. Sie übernimmt eine Rolle, die sie auch im Verlauf des weiteren Verfahrens beibehal-

[106] Die EMRK. Eine Bestandesaufnahme, a.a.O. (Anm. 105), S. 34–43: *Niekisch c. BRD; Lewy c. BRD; Gericke c. BRD; Kurtz c. BRD; Wiener Städtische Wechselseitige Versicherungsanstalt c. Österreich; N. V. Televizier c. Niederlande; X. c. BRD; Rebitzer c. Österreich; Kerkoub c. Belgien; Dolani c. Belgien; Karnell & Hardt c. Schweden; Vampel c. Österreich; Brückmann c. BRD.*

[107] ALEXANDRE-CHARLES KISS, La fonction de conciliation, RDH 2, 1969, S. 221–233; JEAN RAYMOND, Comment s'exerce la fonction de conciliation de la Commission européenne des Droits de l'Homme, RDH 2, 1969, S. 259–266.

[108] Sir HUMPHREY WALDOCK im LAWLESS-FALL, Série B, pp. 261–62; MAX SØRENSEN im *belgischen Sprachenstreit,* Série B, Bd. I, pp. 514–515. Ebenso der Gerichtshof im *Lawless-Urteil* vom 14. 11. 1960, a.a.O. (Anm. 102), p. 11. – Zur Rolle der Kommission neuestens No. 7525/76 vom 3. 3. 1978, II D. R., 1978, S. 117, 131.

ten wird, stellt Anträge an Ministerkomitee oder Gerichtshof, hilft ihnen bei der Wahrheitssuche und wirkt vor dem Gerichtshof als *amicus curiae* oder Hochkommissar für Menschenrechtsfragen, als *unparteiisches, objektiv begutachtendes Expertengremium.*

E. Weichenstellung zwischen Ministerkomiteee und Gerichtshof

Der Bericht der Kommisssion hat nicht den Stellenwert eines Entscheides, sondern denjenigen eines *Entscheidantrages.* Er ist dem Ministerkomitee vorzulegen und kann dann innert dreier Monate durch die Kommisssion oder die betroffenen Vertragsstaaten (aber nicht durch private Beschwerdeführer) vor den Gerichtshof getragen werden (Art. 31 Ziff. 2, 32 Ziff. 1 und 48 EMRK).

Die Kommission beeinflußt hier den weiteren Gang des Verfahrens maßgeblich und stuft die Fälle nach ihrer Eignung für eine überwiegend gerichtliche oder politische Erledigung ein.

Das *Ministerkomitee* hat die Anträge der Kommission früher regelmäßig befolgt. Nachdem es aber im Falle *Huber c. Österreich* nicht imstande gewesen war, ein Zweidrittelsmehr zu bilden und zu einem Entscheid zu gelangen[109], häuften sich die Stimmen, die für eine restriktivere Befassung des Ministerkomitees und für eine extensivere des *Gerichtshofes* plädierten. Bei *Staatenbeschwerden* ist einsichtig, daß es auch in Zukunft ratsam sein dürfte, über ein politisches Organ zu verfügen. Bei *Individualbeschwerden* aber, meint etwa HERIBERT GOLSONG, sollte «in allen Verfahren» und jedenfalls «da wo objektiv möglich, der Gerichtshof mit der Sache befaßt werden»[110].

F. Entscheide des Ministerkomitees und des Gerichtshofes

Bis Ende 1978 hat das *Ministerkomitee* – zusätzlich zu den gütlichen und den inoffiziellen Regelungen – 29 Resolutionen zu ins-

[109] Ministerkomitee, Resolution DH (75) 2 vom 15.4.1975 zu No. 4517/70, YBECHR 18, 1975, S. 324. Die Kommission hatte mit 8:2 Stimmen eine Verletzung des Art. 6 Ziff. 1 EMRK bejaht, ibid., S. 384.

[110] HERIBERT GOLSONG, Die eigenartige Rolle des Ministerkomitees des Europarates als eine der beiden Endentscheidungsinstanzen im Rahmen der MRK, EuGRZ 2, 1975, S. 448–449.

gesamt 61 Beschwerden (8 Staaten- und 53 Individualbeschwerden) gefasst[111]. Der *Gerichtshof* hat 22 Angelegenheiten beurteilt[112]; 8 weitere Fälle sind vor ihm hängig[113].

Die Entscheide beider Organe haben *keine direkte kassatorische Wirkung im Landesrecht.* Sie erklären weder Rechtssätze noch Verfügungen oder Gerichtsurteile für nichtig wegen Konventionswidrigkeit[114]. Ebensowenig können sie die Durchfüh-

[111] *Griechenland c. Großbritannien* (2 Beschwerden); *Nielsen c. Dänemark; Ofner und Hopfinger c. Österreich; Pataki und Dunshirn c. Österreich; Österreich c. Italien; 14 Beschwerdeführer c. Öesterreich; Plischke c. Österreich; Grandrath c. BRD; Zeidler-Kornmann c. BRD; Köplinger c. Österreich; Dänemark, Norwegen, Schweden und Niederlande c. Griechenland; Soltikow c. BRD; Jentzsch c. BRD; Scheichelbauer c. Österreich; LaHaye, de Wilde, Nys und Swalens c. Belgien; Fourons c. Belgien; Dänemark, Norwegen, Schweden und Niederlande c. Griechenland; Kamma c. Niederlande; Huber c. Österreich; Levy c. BRD; Müller c. Österreich; Hätti c. BRD; De Geillustreerde Pers. N. V. c. Niederlande; ostafrikanische Asiaten c. Großbritannien; Brüggemann und Scheuten c. BRD; Haase c. BRD; Kiss c. Großbritannien; Krzycki c. BRD.*

[112] *Lawless c. Irland; de Becker c. Belgien; belgische Sprachenfälle; Wemhoff c. BRD; Neumeister c. Österreich; Stögmüller c. Österreich; Matznetter c. Österreich; Delcourt c. Belgien; belgische Landstreicherfälle; Ringeisen c. Österreich; Golder c. Großbritannien; Syndicat national de la police belge c. Belgien; Svenska Lokmannaförbundet c. Schweden; Schmidt & Dahlström c. Schweden; Engel et al. c. Niederlande; Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen c. Dänemark; Handyside c. Großbritannien; Irland c. Großbritannien; Tyrer c. Großbritannien; König c. BRD; Klass c. BRD; Luedicke, Belkacem und Koç c. BRD.*

[113] *Sunday Times c. Großbritannien; Marckx c. Belgien; Airey c. Irland; Schiesser c. Schweiz; Winterwerp c. Niederlande; de Weer c. Belgien; Guzzardi c. Italien, Artico c. Italien.*

[114] Marc-André Eissen, Les mesures provisoires dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, RDH 2, 1969, S. 252–258; Heribert Golsong, Quelques réflexions à propos du pouvoir de la Cour européenne des Droits de l'Homme d'accorder une satisfaction équitable, in: René Cassin, Amicorum discipulorumque liber, Bd. 1, Paris 1969, S. 89–94; id., L'effet direct, a.a.O. (Anm. 10), S. 80–82; Georges Malinverni, L'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme en Suisse, in: Mémoires de la Faculté de droit de Genève, vol. 49, 1976, S. 1–51 (36–47); François Monconduit, La fonction d'enquête et d'instruction, RDH 2, 1969, S. 208–220; Dietrich Schindler, Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane, in: Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, S. 273–290; Walter Schmid, Die Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane, Diss. Zürich 1974; Christoph Schreuer, The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts, Israel YB Human Rights 4, 1974, S. 60–76; Phedon Vegleris, Modes de redressement des violations de la Convention européenne des Droits de l'Homme, in: Mélanges Polys Modinos, Paris 1968, S. 369–388; Willem Vis, La réparation des violations de la Convention Euro-

rung straf- oder disziplinarrechtlicher Maßnahmen anordnen[115]. Sie sind auch nicht – wie die Entscheide von Rat, Kommission und Gerichtshof gemäß Art. 187 und 192 des EWG-Vertrages – innerstaatlich vollstreckbare Titel. Die Vertragsstaaten sind einfach verpflichtet, sich nach den Entscheidungen des Gerichtshofes oder des Ministerkomitees zu richten (Art. 53 und 32 EMRK).

Wenn die nationale Gesetzgebung nur eine unvollkommene Wiedergutmachung gestattet, so kann der Gerichtshof auch «eine *gerechte Entschädigung*» zusprechen (Art. 50 EMRK). Bisher ist er dabei jedoch äußerst zurückhaltend geblieben[116] und hat sich nach der klassischen, zwischenstaatlichen Praxis orientiert, daß bereits die gerichtliche Feststellung der Konventionswidrigkeit eine ausreichende Genugtuung darstellen könne. Darf aber diese Praxis unbesehen auf die Europäische Menschenrechtskonvention übertragen werden, obwohl sie auf Staaten und nicht auf in ihren Rechten verletzte Individuen zugeschnitten ist?

G. Nachträgliche Vollzugskontrolle

Das Ministerkomitee überwacht den Vollzug der Urteile des Gerichtshofes (Art. 54 EMRK). Es stellt dabei entweder die Zahlung der dem Beschwerdeführer zugesprochenen Entschädigung

péenne des Droits de l'Homme, in: La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, 1. Int. Kolloquium über die EMRK in Straßburg, Paris 1961, S. 279–286; ZANGHI, a.a.O. (Anm. 95), S. 14–16, 20–28, 33–34.

[115] So: *Irland c. Großbritannien*, Urteil vom 18. 1. 1978, Série A, p. 72, § 187.

[116] Folgende Entscheide befassen sich mit Art. 50 EMRK: *Belgische Landstreicherfälle*, Urteil vom 10. 3. 1972 (keine Entschädigung); *Ringeisen*, Urteile vom 22. 6. 1972 und 23. 6. 1973 (DM 20000.-); *Neumeister*, Urteil vom 7. 5. 1974 (öS 30000.-); *Golder*, Urteil vom 21. 2. 1975, Série A, pp. 22–23, § 46 (keine Entschädigung); *Engel*, Urteile vom 8. 6. 1976, Série A, pp. 43–44, §§ 109–111, und vom 23. 11. 1976, Série A, pp. 68–69, §§ 9–11 (100 Gulden für Engel, sonst keine Entschädigung); *Irland c. Großbritannien*, Urteil vom 18. 1. 1978, Série A, pp. 93–94, §§ 244–246 (keine Entschädigung) ; *Tyrer*, Urteil vom 25. 4. 1978, Série A, p. 20, §§ 44–45 (keine Entschädigung); *König*, Urteil vom 28. 6. 1978, Série A, pp. 40–41, §§ 112–114 (Entschädigungsfrage für weiteres Verfahren vorbehalten); *Luedicke, Belkacem und Koç*, Urteil vom 28. 11. 1978, pp. 16–17, §§ 54–57 (BRD trägt Dolmetscherkosten Luedickes, weitere Fragen für künftiges Verfahren vorbehalten).

fest[117], oder es hält fest, daß der betroffene Vertragsstaat seine Gesetzgebung, Verordnungen oder Verwaltungspraxis im Lichte des Urteils geändert hat[118]. Oder es läßt sich wie im *belgischen Sprachenstreit* – ziemlich voreilig – über die geplante Vorlage eines neuen Gesetzes informieren und erklärt sich dadurch zufrieden gestellt, obschon gerade in diesem Fall die Gesetzesänderung bis heute nicht zustande gekommen ist[119].

H. Beurteilung

Das Kontrollverfahren der Europäischen Menschenrechtskonvention hat sich aufs Ganze besehen bewährt, ebenso wie die eigens geschaffenen Überwachungsorgane, Kommission und Gerichtshof. Sie haben ihre Aufgabe mit staatsmännischer Klugheit und Takt, mit feinsinniger Souplesse und Flexibilität, mit einer ausgewogenen Dosis von Aufgeschlossenheit und Zurückhaltung wahrgenommen. Wenn die Kommission auch manchmal einen gewissen «judicial activism» zu vertreten schien, so bietet die Möglichkeit der Einschaltung des Gerichtshofes angemessene Gewähr für einen pragmatischen «judicial self-restraint»[120].

Der Alltag der Konventionskontrolle besteht aus der Beurteilung von *Individualbeschwerden* durch die *Kommission.* Die *Staatenbeschwerde* trägt stark politische Züge, gilt meistens schon fast als Unfreundlichkeit und reicht jedenfalls in keiner Weise

[117] *Ringeisen,* Pressecommuniqué, C.E. Doc. C (73) 20 vom 14.11.1973, YBECHR 16, 1973, S.71; *Neumeister,* Pressecommuniqué, C.E. Doc. C (74) 39 vom 4.11.1974, YBECHR 17, 1974, S.115–117.

[118] *Belgische Landstreicherfälle,* Pressecommuniqué, C.E. Doc. C (72) 3 vom 19.1.1972, YBECHR 15, 1972, S.63; *Golder,* Entschließung (76) 35 vom 22.6.1976, YBECHR 19, 1976, S.1088–1093; *Engel,* Entschließung (77) 10 vom 20.4.1977, YBECHR 20, 1977, S.646–653; *Irland c. Großbritannien,* Entschließung (78) 35 vom 27.6.1978, C.E. Doc. H (79) 1 pp. 21–23.

[119] YBECHR 15, 1972, S.65. Auch im *Falle Tyrer* scheint die Durchführung des Urteils noch nicht endgültig sichergestellt, trotz der Resolution (78) 39 vom 13.10.1978, C.E. Doc. H (79) 1 pp. 24–25.

[120] Es sei etwa erinnert an die stark divergierenden Auffassungen von Kommission und Gerichtshof im *belgischen Sprachenstreit* oder beim *obligatorischen Sexualunterricht in Dänemark.* Auch die Feststellung der Konventionswidrigkeit im Falle *Sunday Times c. Großbritannien,* No 6538/74, Kommissionsbericht vom 18.5.1977, scheint mir auf mangelndem Einfühlungsvermögen in britische Gegebenheiten und Zielsetzungen zu beruhen und der Korrektur durch den Gerichtshof zu bedürfen.

aus, um ein auch nur einigermaßen kohärentes System eines europäischen Menschenrechtsschutzes herbeizuführen. Dazu bedarf es der Individualbeschwerde und der Verfahrensauslösung durch Einzelpersonen.

Steht das *Individuum zu Beginn* somit im Zentrum, so rückt es *im Verlaufe des Verfahrens in den Hintergrund*[121]. Aus einer Quasi-Verfassungsbeschwerde wird unversehens ein Kontrollsystem, das Bezüge zur abstrakten Normenkontrolle und zum Vorabentscheidungsverfahren aufweist. Dies äußert sich nicht nur in eher vordergründigen Aspekten, wie der langen Dauer von Verfahren vor den Konventionsorganen[122], dem Fehlen eines Rekursrechtes gegen die Unzulässigerklärung einer Beschwerde, oder der Unmöglichkeit für den Einzelnen, an den Gerichtshof zu gelangen. Vielmehr ringt man im Grunde vor dem Gerichtshof anhand konkreter Einzelfälle um die *Konventionskonformität oder Revisionsbedürftigkeit staatlicher Gesetze ganz allgemein.* Wo es wirklich nur um den Einzelfall geht, läßt sich noch lange eine gütliche Regelung erreichen. Je näher indessen eine Beschwerde an die mögliche Feststellung einer Konventionsverletzung heranrückt[123], desto stärker treten die klassisch völkerrechtlichen, zwischenstaatlichen Elemente des Kontrollsystems hervor.

An sich liegt in dieser Feststellung kein Tadel. Als subsidiärer europäischer Mindeststandard kann die Europäische Menschen-

[121] Vgl. THOMAS E. MCCARTHY, The International Protection of Human Rights – Ritual and Reality, ICLQ 25, 1976, S. 261–291; ZANGHI, a.a.O. (Anm. 114).

[122] Der Beschwerdeführer *Golder* soll im Zeitpunkt des Urteils des Gerichtshofes seit 2½ Jahren aus dem Gefängnis entlassen gewesen sein und soll die Publizität mit seinem Namen gar nicht geschätzt haben; WILLIAM DALE, Human Rights in the United Kingdom – International Standards, ICLQ 25, 1976, S. 292, 303–304.

[123] Bisher sind in folgenden Fällen entweder im Bericht der Kommission oder in Entscheiden des Gerichtshofes oder des Ministerkomitees Verletzungen der EMRK festgestellt worden: *De Becker c. Belgien; Pataki und Dunshirn c. Österreich; belgische Sprachenfälle; Stögmüller, Matznetter, Neumeister, Ringeisen und Huber c. Österreich; Wemhoff c. BRD; belgische Landstreicherfälle; Golder c. Großbritannien; Engel et al. c. Niederlande; Irland c. Großbritannien; König c. BRD; Tyrer c. Großbritannien; Luedicke, Belkacem und Koç c. BRD; Kiss c. Großbritannien.* Zu einem eigentlichen Entscheid des Gerichtshofes oder des Ministerkomitees, in dem eine Konventionsverletzung festgehalten wurde, kam es freilich nur in den Fällen *belgischer Sprachenstreit, Stögmüller, Neumeister, Ringeisen, belgische Landstreicherfälle, Golder, Engel, Irland c. Großbritannien, König, Tyrer, Luedicke, Belkacem und Koç, Kiss.* Vgl. Die EMRK. Eine Bestandesaufnahme, a.a.O. (Anm. 105), S. 14–25.

rechtskonvention kaum beanspruchen, eine supranationale Institution zu sein oder gar ein Quasi-Verfassungsgericht zu schaffen. Sie bleibt trotzdem ein *bewundernswert ingeniöses, einmalig originelles Werk europäischer Solidarität.*

Verschiedentlich wurde die Konvention in letzter Zeit freilich als erneuerungsbedürftig bezeichnet. Die wesentlichsten Vorschläge werden im folgenden knapp erläutert.

V. Erweiterungs- und Änderungsvorschläge

Es ginge zu weit, im folgenden alle je erfolgten Anregungen zur Änderung der Europäischen Menschenrechtskonvention aufzugreifen. Man wird sagen können, daß zur Zeit vier Kategorien von Vorschlägen im Vordergrund stehen. Sie sollen kurz dargestellt und ebenso knapp kommentiert werden.

A. Ausbau der materiellen Garantien durch Angleichung der Konvention an den UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte?

Das «Comité d'experts pour l'extension des droits prévus par la Convention européenne des Droits de l'Homme» bemüht sich um die Ausarbeitung eines neuen Zusatzprotokolls, welches die meisten Rechte und Freiheiten garantieren könnte, die bisher nur im UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und nicht in der Europäischen Menschenrechtskonvention aufgeführt waren[124]. Gedacht ist dabei namentlich an:

1. *Verfahrensgarantien bei der individuellen Ausweisung von Ausländern;*
2. das *Recht des Angeklagten,*
   a) *informiert zu werden über seinen Anspruch auf den Beistand eines Verteidigers;*
   b) *am Prozeß selbst teilzunehmen, unter gewissen Vorbehalten;*

[124] Cf. YBECHR 14, 1971, S.75; 15, 1972, S.59; 18, 1975, S.73; 19, 1976, S.63, 75. Vgl. auch Hans Danelius, Quels droits doivent être protégés?, Rapport à la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme à Vienne, C.E. Doc. AS/Coll. DH (71) 5, 1972, S.11–25, sowie die Stellungnahmen von Silvio Marcus-Helmons/Ch. Daubié, ibid. S.25–30; Proceedings of the Colloquy of the Council of Europe on Freedom of Information and the Duty for the Public Authorities to Make Available Information, Graz 1976.

c) *nicht sich selbst als Zeuge belasten oder schuldig bekennen zu müssen;*

3. *das Recht auf eine Beschwerde gegen Strafurteile an ein höheres Gericht*;
4. *Entschädigungsansprüche bei Fehlurteilen*;
5. den Grundsatz *«ne bis in idem»* im Landesrecht und im Verhältnis zwischen den Konventionsstaaten;
6. einen Individualanspruch, öffentliche *Informationen* von Behörden *anzufordern und zu erhalten*;
7. die *Koalitions- und Versammlungsfreiheit von Beamten*;
8. die *freie Zustimmung* beider Ehegatten *zur Ehe*;
9. die passive Wahlfähigkeit im Sinne eines *gleichen Anspruches auf Zugang zu öffentlichen Ämtern.*

Einer Ausdehnung der Konventionsgarantien stehen hier mehr Formulierungs- und Verständnisschwierigkeiten als grundsätzliche Bedenken entgegen. Die vorgeschlagenen Garantien sollten sich nicht so auswirken, daß eine bisher exemplifikative Konventionsklausel in Zukunft als abschließende Umschreibung mißverstanden werden und damit eine im Fluß befindliche Praxisentwicklung abschneiden könnte.

Im übrigen wäre auch mit den erwähnten Modifikationen noch kein völliges Gleichziehen zwischen UNO-Pakt und Europäischer Konvention erreicht[125]. So wurde der 1961 von einem «Unterausschuß für Minderheiten» erarbeitete Vorschlag einer Gewährleistung der *Rechte nationaler Minderheiten* auf eigene Kultur, Sprachen, Schulen und Religion[126] zwar von der Beratenden Versammlung aufgegriffen. Das Expertenkomitee für Menschenrechte und das Ministerkomitee hielten es aber 1974 für überflüssig, eine solche Garantie aufzunehmen[127], obschon der UNO-Pakt eine entsprechende Bestimmung kennt (Art. 27).

1977 empfahl die Beratende Versammlung auch, zu prüfen, ob

[125] Dazu oben I. Kapitel III B 4, S. 257.

[126] Der Text lautete: «Persons belonging to a national minority shall not be denied the right, in community with the other members of their group, and as far as compatible with public order, to enjoy their own culture, to use their own language, to establish their own schools and receive teaching in the language of their choice, or to profess and practise their own religion.» HERMOD LANNUNG, The Rights of Minorities, in: Mélanges Polys Modinos, Paris 1968, S. 181–195, (192).

[127] YBECHR 15, 1972, S. 71; 16, 1973, S. 73; 17, 1974, S. 123.

ein *Dienstverweigerungsrecht aus Gewissensgründen*[128] und *gewisse Garantien für Ausländer*[129] angenommen werden sollten.

B. Aufnahme sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte?

Aufgrund einer Erklärung des Ministerkomitees vom 27.4.1978[130] und zweier Berichte des Experten Professor FRANCIS JACOBS[131] und des nordirischen Parlamentariers WILLIAM CRAIG[132] erließ die Beratende Versammlung des Europarates am 27.9.1978 die Empfehlung 838, 1978, über die Ausweitung des Bereiches der Europäischen Menschenrechtskonvention[133]. Darin erwog sie unter anderem,

«... qu'il est urgent d'examiner quels droits fondamentaux de caractère économique, social et culturel pourraient être incorporés dans la convention, sans toutefois affaiblir la crédibilité du système existant; ... que, pour pouvoir être incorporé dans la convention, le droit devra être fondamental et généralement reconnu, et se prêter à une formulation suffisamment précise pour entraîner des obligations juridiques de la part de l'Etat, plutôt que de fixer simplement une norme générale».

Gestützt auf diese Überlegungen empfahl die Beratende Versammlung die Prüfung folgender Ansprüche:

1. das *Recht der freien Wahl oder Annahme einer bezahlten Arbeit*, unter Berücksichtigung der Eignung des betreffenden Individuums für eine solche Arbeit, sowie angemessener geographischer und wirtschaftlicher Erwägungen;
2. das *Recht auf kostenlose Beanspruchung der Arbeitsämter*;
3. das *Recht auf einen angemessenen Lebensstandard im Falle unfreiwilliger Arbeitslosigkeit*;
4. Das *Recht auf Aufnahme in ein Sozialversicherungs-Regime.*

Der Vorschlag öffnet eine Pandora-Büchse und führt mitten in die weithin offene Diskussion über die Rechtsnatur der sozialen Grundrechte hinein – eine Diskussion, die hier nicht nochmals

[128] Recommendations 683 (1972) und 816 (1977), YBECHR 15, 1972, S.57; 20, 1977, S.81.
[129] Recommendation 799 (1977), YBECHR 20, 1977, S.79.
[130] Abgedruckt in EuGRZ 5, 1978, S.228–229.
[131] C.E. Doc. AS/Jur (30) 7 (restricted) vom 2.5.1978.
[132] C.E. Doc. 4213 vom 27.9.1978.
[133] Abgedruckt in C.E. Doc. H/Inf (78) 2 (restricted).

aufgerollt werden soll[134]. Die Empfehlung der Beratenden Versammlung greift zurück auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die bereits auch Sozialgrundsätze enthielt[135]. Sie scheint Ausdruck einer «*Mehr-ist-besser-Philosophie*» zu sein, die hier wie anderswo Gefahren in sich birgt. Denn es könnten die bisherigen, konsolidierten Gewinne an realen, unmittelbar zu verwirklichenden, europäischen Menschenrechtsfortschritten gefährdet werden durch die Vermengung mit postulativen Leistungsansprüchen, die höchstens teilweise direkt anwendbar gemacht werden könnten. Ein «Recht auf Aufnahme in ein Sozialversicherungs-Regime» kann zum Beispiel nicht darüber hinwegtäuschen, daß in Europa die Unterschiede zwischen den Arten und Leistungshöhen der verschiedenen innerstaatlichen Sozialversicherungs-Regimes ganz erheblich sind. Ein solches Recht könnte zunächst wohl *nur als Anspruch auf diskriminationsfreie Teilhabe* an schon kraft Gesetzes bestehenden und näher umschriebenen Regimes direkte Klagbarkeit erlangen. Auch ein Diskriminationsverbot zugunsten von Frauen, Gastarbeitern oder Behinderten wäre jedoch schwer zu konkretisieren und würde die Konventionsorgane in politische Grundsatzdebatten stürzen, die mit Gewinn anderen Instanzen anvertraut würden.

TORKEL OPSAHL, das norwegische Kommissionsmitglied, hat unlängst geschrieben, die Konvention sei *in ihrem Wortlaut überholt:* «... the incomplete and partly outdated Convention of 1950 should no longer be a model *as a text* for any purpose. Its actual message, if any, must be taken from its life and survival.»[136] Die Behauptung, im Zentrum stehe der Text der Menschenrechtsgarantien, und es bedürfe neuer Texte, denn Stillstand bedeute Rückschritt, scheint mir aber der Problematik der Grundrechtsaktualisierung nicht gerecht zu werden. Sie verkennt, daß *die*

[134] Aus der Schweizer Literatur: CHRISTIAN BENZ, Die Kodifikation der Sozialrechte, Diss. Zürich 1973; ETIENNE GRISEL, Les droits sociaux, ZSR 92, 1973, S. 1–153; BLAISE KNAPP, Les droits sociaux et économiques dans une nouvelle Constitution fédérale, ZBl 71, 1970, S. 345–353, 369–375; J.P.MÜLLER, a.a.O. (Anm. 59), S. 687–964; LUZIUS WILDHABER, Soziale Grundrechte, in: Gedenkschrift Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, S. 371–391; EDUARD ZELLWEGER, Die Sozial- und Wirtschaftsrechte in einer neuen Bundesverfassung, ZBl 71, 1970, S. 321–330; Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, 1977, S. 56–57, 59–66.

[135] Dazu oben 1. Kapitel III B 2, S. 252.

[136] OPSAHL, a.a.O. (Anm. 50), S. 38.

stetige Konkretisierung und Weiterbildung der Konventionsgarantien keineswegs auf einen Stillstand oder gar einen Rückschritt hinausläuft[137]. Noch gibt es erstaunlich viele weiße Flecken auf der Landkarte der Konvention, die auszufüllen sind. Die Verfassungs- oder Vertragsgarantien der Grundrechte, die Gesetzgebung zu ihrer Beschränkung oder Verwirklichung, die Rechtsprechung zu ihrer Durchsetzung und Anpassung an gewandelte Umstände sind allesamt engstens miteinander verwoben. Man darf den Text einer Grundrechtsgarantie nicht schon als Erfüllung eines ganzen, in die Zukunft hineingedachten Normprogramms ansehen, auch wenn er natürlich eine sofortige Klagbarkeit schafft und schaffen soll. Im Gegenteil, man möchte geradezu behaupten, es komme letztlich sehr wenig auf den Text an, sehr viel aber auf die Effizienz der Kontrollverfahren und die Wachsamkeit, Toleranz und Freiheitlichkeit der öffentlichen Meinung in einer wahrhaften Demokratie.

Im Grunde liegt der Empfehlung 838, 1978 *mehr eine Unzufriedenheit mit der Europäischen Sozialcharta*[138] *als mit der Europäischen Menschenrechtskonvention* zugrunde. Für gewisse soziale, wirtschaftliche und kulturelle Rechte soll offenbar das überwiegend politische, nicht-gerichtliche und generelle Kontrollsystem der Sozialcharta durch ein mehr unpolitisches, quasigerichtliches, individuelles Verfahren ersetzt werden. Letzten Endes geht es nicht nur darum, daß man das Kontrollverfahren der Sozialcharta als unzureichend empfände. Es verbergen sich vielmehr dahinter grundlegende Divergenzen über eine künftige Sozialpolitik, die auf europäischer Ebene noch nicht in Form eines konsensfähigen rechtlichen Konzeptes auskristallisiert sind.

Weil die Scheidung zwischen den beiden *europäischen* Konventionen aber schärfer ist als diejenige zwischen den entsprechenden Konzepten in den *nationalen* Rechtsordnungen und in den *UNO*-Menschenrechtspakten, ist Zurückhaltung gegenüber

[137] Eindrücklich etwa MAX SØRENSEN, Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des Droits de l'Homme ont-ils la même signification en 1975?, 4. Int. Kolloquium über die EMRK in Rom, C.E. Doc. H/Coll. (75) 2, 1975; PIERRE-HENRI TEITGEN, Bilan politique de la garantie européenne des droits de l'homme, 4. Int. Kolloquium über die EMRK in Rom, C.E. Doc. H/Coll. (75) 1, 1975. – Skeptisch zur Aufnahme sozialer Grundrechte auch HERIBERT GOLSONG , Der Schutz der Grundrechte durch die EMRK und seine Mängel, in: Grundrechtsschutz in Europa, Hsgb. HERMANN MOSLER/RUDOLF BERNHARDT/MEINHARD HILF, Berlin 1977, S.7–20 (9–10, 18).

[138] Vgl. oben 1.Kapitel III C 5, S.271.

dem Vorschlag auf Vermengung geboten. Es darf nicht infolge der Aufnahme von Sozialgrundsätzen in die Konvention der Eindruck erweckt werden, in Zukunft hätten es die Konventionsorgane nur noch mit Wunschvorstellungen zuhanden der innerstaatlichen Gesetzgeber zu tun.

C. Ausbau der Kontrollverfahren und Verstärkung ihrer Wirksamkeit?

Zahlreiche Vorschläge zur Änderung der prozeduralen Seite der Konvention konnten im Verlaufe der Zeit entweder durch behutsame Anpassungen oder durch den Wandel der Problemlagen bereinigt werden[139]. Die Beratende Versammlung des Europarates hat in den 1970er Jahren vor allem folgende Anregungen ausgesprochen:

1. Die *direkte Vollstreckbarkeit von Urteilen des Gerichtshofes im Landesrecht* (in Anlehnung an Art. 187 und 192 des EWG-Vertrages)[140];
2. Die Kompetenz zum *Erlaß vorsorglicher Verfügungen*, speziell durch die Kommission[141];
3. Ein *Beschwerderecht betroffener Individuen an den Gerichtshof gegen die Unzulässigerklärung einer Beschwerde*[142];
4. Den *Ausbau der Verfahrensrechte einzelner Beschwerdeführer vor dem Gerichtshof*;
5. Ein *Vorabentscheidungsverfahren*, in dem die *Kommission* dem Gerichtshof Rechtsfragen über die Auslegung der Konvention während der Hängigkeit eines Verfahrens vor der Kommission zur Beurteilung vorlegen könnte;
6. Ein entsprechendes *Vorabentscheidungsverfahren* (nach dem Vorbild von Art. 177 des EWG-Vertrages), in dem *nationale Gerichte* den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit Problemen der Konventionsauslegung befassen könnten und dann aufgrund dieses Bescheides ihren Entschluss fällen würden[143].

[139] Vgl. CHRISTIAN DOMINICÉ, Comment la protection actuelle des droits de l'homme peut-elle être renforcée?, Rapport à la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme à Vienne, C.E. Doc. AS/Coll. DH (71) 5, 1972, S. 66–76; GOLSONG, a.a.O. (Anm. 137), S. 13–19.

[140] Recommendation 683 (1972), YBECHR 15, 1972, S. 59.

[141] Recommendation 623 (1971), YBECHR 14, 1971, S. 71, 79; 16, 1973, S. 75.

[142] YBECHR 19, 1976, S. 73.

[143] Recommendation 683 (1972), YBECHR 15, 1972, S. 59.

Es sieht nicht so aus, wie wenn diese Vorschläge zu Ergänzungen der Konvention führen würden. Einigen Wünschen kann durch eine flexible Praxis weitgehend Rechnung getragen werden, etwa beim Ausbau der Verfahrensstellung des Einzelnen vor dem Gerichtshof oder bei den vorsorglichen Verfügungen.

Andere Revisionen scheinen einen zeitlichen und sachlichen Aufwand zu bedingen, der letztlich mehr Nach- als Vorteile verspricht, oder der dem Gerichtshof Aufgaben überbürden würde, die eigentlich bei der Kommission liegen sollten. Dies wäre wohl der Fall bei Vorabentscheidungen zuhanden der Kommission, bei einem Rekursrecht gegen die Unzulässigerklärung von Beschwerden, oder bei der direkten landesrechtlichen Vollstreckbarkeit von Urteilen des Gerichtshofs.

Nochmals andere Vorschläge würden anstelle der Subsidiarität, des Mindeststandards und der Unterschiedlichkeit der Tragweite der Konvention in den Vertragsstaaten eine Supranationalität und eine gesamteuropäische Einheitlichkeit der Auslegung in dem enorm weiten Bereich der ideellen und prozeduralen Grundrechte setzen[144]. Eine solche Zielsetzung wäre heute nicht nur utopisch. Sie würde das jetzige *quasi-föderale Modell* durch ein *Integrationsmodell* ablösen. Indessen muss neben der menschenrechtskonformen, europäischen Auslegung auch noch Platz bleiben für den Respekt vor dem geschichtlichen Werden und der nationalen Differenzierung der Grundrechte und des politischen Lebens in dem so vielfältigen Europa[145]. Deswegen scheint es mir richtig, daß der Ministerrat 1978 auf Antrag des «Comité d'experts pour l'amélioration de la procédure de la Convention européenne des Droits de l'Homme» und des «Comité Directeur pour les Droits de l'Homme» die Einführung eines Verfahrens von Vorabentscheidungen des Gerichtshofes an die nationalen Gerichte abgelehnt hat[146].

D. Ausdehnung auf die Europäischen Gemeinschaften?

Seit der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention durch Frankreich 1974 sind *alle neun EG-Staaten zugleich Mitglieder der Konvention.* Ungefähr gleichzeitig bezweifelten

[144] Dazu oben I, II D, E, S. 275, 290, 292.

[145] So HANS HUBER, a.a.O. (Anm. 58), S. 375–392. HUBERS Skepsis ist allerdings durch die seitherige Entwicklung kaum bestätigt, sondern weitgehend widerlegt worden.

[146] C.E. Doc. H (79) 1 vom 10.1.1979, S. 27–28.

die italienische Corte Costituzionale[147] und das deutsche Bundesverfassungsgericht[148] den Vorrang des europäischen Gemeinschaftsrechts gegenüber den nationalen Grundrechtsgewährleistungen. Es waren vor allem diese beiden Faktoren, die dazu führten, daß in den letzten fünf Jahren die Grundrechtsbindung der Europäischen Gemeinschaften mehr und mehr erörtert wurde[149]. Dazu kommt noch, daß die Gemeinschaften ein gewisses «Legitimationsdefizit» aufzuholen haben. Ferner haben sie das verständliche Bedürfnis, rechtlich abzusichern, daß die neuen Beitrittskandidaten Griechenland, Portugal und Spanien ihre heutige demokratisch-freiheitliche Staatsstruktur unverrückbar beibehalten.

[147] Urteil No. 183 vom 27.12.1973, *Frontini*, EuGRZ 2, 1975, S. 311.

[148] BVerfGE 37, S. 371, EuGRZ 1, 1974, S. 5, vgl. oben Anm. 16 für den Wortlaut des Leitsatzes.

[149] RUDOLF BERNHARDT, Probleme eines Grundrechtskataloges für die EG, in: Bulletin der EG, Beilage 5/76, S. 19–69; ROLAND BIEBER, «Besondere Rechte» für die Bürger der EG, EuGRZ 5, 1978, S. 203–207; ALBERT BLECKMANN, Zur Entwicklung europäischer Grundrechte, DVBl 93, 1978, S. 457–462; GÉRARD COHEN-JONATHAN, La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme, Revue du Marché commun 1978, S. 74–100; ID., Les droits de l'homme dans les Communautés Européennes, in: Hommage Charles Eisenmann, Paris 1975, S. 399–418; W. R. EDESON/F. WOOLDRIDGE, European Community Law and Fundamental Human Rights: some recent decisions of the European Court and National Courts, Legal issues of European integration 1976/1, S. 1–54; WALTER J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, EuGRZ 5, 1978, S. 37–45; HERIBERT GOLSONG, Nochmals: zur Frage des Beitritts der EG zur EMRK, EuGRZ 6, 1979, S. 70–74; ID., Grundrechtsschutz im Rahmen der EG, EuGRZ 5, 1978, S. 346–352; ID., Statement, EuGRZ 2, 1975, S. 476–478; Die Grundrechte in den EG, Baden-Baden, 1978, mit Beiträgen von HANS HEINRICH RUPP/MEINHARD HILF/KARL MATTHIAS MEESSEN/JOCHEN ABR. FROWEIN; Grundrechtsschutz in Europa, BaöRV 72, Berlin 1977, mit Beiträgen von HERIBERT GOLSONG/CHRISTOPH SASSE/PIERRE PESCATORE/ECKART KLEIN/TORSTEN STEIN/HERMANN MOSLER/RUDOLF BERNHARDT; MEINHARD HILF, Die gemeinsame Grundrechtserklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 5.4.1977, EuGRZ 4, 1977, S. 158–161; ROBERT LECOURT, Interférences entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et le droit de la Communauté au regard du contrôle judiciaire communautaire et national, Rapport au Colloque d'Athènes, C.E. Doc. H/Coll. (78) 4, 1978; KARL MATTHIAS MEESSEN, Grundrechte für Europa, EA 33, 1978, S. 641–648; DIETMAR NICKEL/ROLAND BIEBER, Europäische Grund- und Bürgerrechte, EuGRZ 6, 1979, S. 21–26; PIERRE PESCATORE, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in den EG, EuGRZ 5, 1978, S. 441–445; MAX SØRENSEN, Berührungspunkte zwischen der EMRK und dem Recht der EG, EuGRZ 5, 1978, S. 33–36; A. G. TOTH, Legal Protection of Individuals in the European Communities, vol. I, Amsterdam 1978, S. 99–114.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg, der in früheren Jahren wenig Interesse für diese Fragestellung bekundet hatte[150], änderte seine Rechtsprechung, am offensichtlichsten in den Urteilen *Stauder, Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Rutili* und *Defrenne*[151]. Er erachtet sich heute für verpflichtet, *nach Art. 164 des EWG-Vertrages für die Wahrung der Grundrechte zu sorgen,* sei es indem er auf die *allgemeinen Rechtsgrundsätze* des Völkerrechts oder des europäischen Gemeinschaftsrechts zurückgreift, oder indem er die *internationalen Verträge* zum Schutze der Menschenrechte und speziell die Europäische Menschenrechtskonvention vergleichend heranzieht, oder indem er, ausgehend von den *gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten,* praetorische Lösungen anstrebt, die weder einem Minimal- noch einem Maximalstandard gleichzusetzen sind.

Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission haben in einer gemeinsamen Erklärung vom 5.4.1977 die «vorrangige Bedeutung» unterstrichen, «die sie der Achtung der Grundrechte beimessen, wie sie insbesondere aus den Verfassungen der Mitgliedstaaten sowie aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten hervorgehen[152]». Seither hat das Europäische Parlament in der Entschließung vom 16.11.1977 die Kommission zur Ausarbeitung eines Abkommens aufgefordert, das den EG-Bürgern «besondere Rechte» vorrangig zuerkennen soll[153]. Unter anderem sollen die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle als integrierende Bestandteile der Römer Verträge angesehen werden.

Die Probleme, die sich dabei stellen, sind rechtlich und politisch außerordentlich komplex. Für die Schweiz wäre eine suk-

[150] *Stork*, Rs. 1/58, RsprGH V, 1959, S.43, 63–64; *Ruhrkohle-Verkaufsgesellschaften*, Rs. 36–38 und 40/59, RsprGH VI, 1960, S.885, 920–921; *Sgarlata*, Rs. 40/64, RsprGH 1965, S.295, 312.

[151] *Stauder*, Rs. 29/69, RsprGH 1969, S.419, 425; *Internationale Handelsgesellschaft*, Rs. 11/70, RsprGH 1970, S.1125, 1135; *Nold*, Rs. 4/73, RsprGH 1974, S.491, 507, EuGRZ 1, 1974, S.3; *Rutili*, Rs. 36/75, RsprGH 1975, S.1219, 1232, EuGRZ 3, 1976, S.2; *Dufrenne III*, Rs. 149/77, RsprGH 1978, S.1365, 1379. Vgl. MÜLLER/WILDHABER, a.a.O.(Anm.12)S.390–393.

[152] ABl EG C 103/1977, S.1, EuGRZ 4, 1977, S.157.

[153] ABl EG C 299/1977, S.26, EuGRZ 5, 1978, 202. Vgl. auch die Stellungnahme von Kommissionspräsident ROY JENKINS vom 16.11. 1978, EuGRZ 6, 1979, S.19–20.

zessive Austrocknung der Straßburger Konventionsorgane und des Europarates im Menschenrechtsbereich höchst bedauerlich. Die Gefahren einer Satellisierung durch die Europäischen Gemeinschaften könnten zufolge einer Schwerpunktverlagerung von Straßburg nach Luxemburg wohl nur zunehmen. Immerhin dürfen diese Gefahren wegen der relativ wenigen Berührungspunkte zwischen Gemeinschaftsrecht und Europäischer Menschenrechtskonvention auch nicht dramatisiert werden.

An Vorschlägen, Menschenrechtsgehalte in die Europäischen Gemeinschaften einfließen zu lassen, mangelt es nicht. So wird etwa angeregt:

1. das von PIERRE PESCATORE befürwortete[154], *pragmatische Vorgehen* durch den Ausbau der Praxis des Europäischen Gerichtshofes in Luxemburg, verstärkte rechtsvergleichende Studien und vermehrten Gebrauch des Vorabentscheidungsverfahrens (gemäß Art. 177 des EWG-Vertrages);
2. *die Schaffung eines Rechtsmittelzuges von Luxemburg nach Straßburg*;
3. eine kooperative Verklammerung in Form eines Vorlage- oder *Vorabentscheidungsmodells*, bei dem der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für alle Fragen der Auslegung und Anwendung von Grundrechten zuständig wäre, oder wenigstens darüber Rechtsgutachten zu erstatten hätte oder anzuhören wäre;
4. die von HERIBERT GOLSONG und schon von WALTER HALLSTEIN vertretene «Integrationslösung», wonach die *Europäischen Gemeinschaften der Konvention beitreten* würden[155];
5. die vom Europäischen Parlament gewünschte[156], für die EG-Außenseiter natürlich besonders problematische Ausarbeitung eines ausführlichen *Kataloges «besonderer Rechte der EG-Bürger»*.

[154] Zitiert in Anm. 149.

[155] Vgl. GOLSONG, a.a.O. (Anm. 149); WALTER HALLSTEIN, Die EG, 2. Aufl., Düsseldorf/Wien 1974, S. 49–50.

[156] Dazu Anm. 153.

3. Kapitel

Konventionsrecht und Schweizer Landesrecht

I. Zur Frage eines Staatsvertragsreferendums

Die Bundesversammlung genehmigte die Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention 1974 mittels einfachen Bundesbeschlusses. Eine Unterstellung unter das *fakultative oder obligatorische Staatsvertragsreferendum* unterblieb meines Erachtens zu Recht[1].

Seit 1977 sind die Absätze 3–5 des Art. 89 BV neu gefaßt. Es fragt sich, in welchem Verfahren inskünftig ein Beitritt zum Ersten, Vierten oder einem allfälligen weiteren Zusatzprotokoll zu erfolgen hätte.

Art. 89 Abs. 3 BV wäre nicht anwendbar. Denn es würde sich weder um einen unkündbaren Vertrag[2] noch um den Beitritt zu einer internationalen Organisation noch um eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung handeln. Die von der Konvention angestrebte *tendenzielle Rechtsharmonisierung im Rahmen eines als subsidiär gedachten Mindeststandards* steht in erheblicher Distanz zu einer eigentlichen Rechtsvereinheitlichung[3].

Art. 89 Abs. 5 BV wäre ebensowenig anwendbar. Die Konventionsorgane können keine direkt verbindlichen Entscheide im

[1] AS 1974, S. 2148; BBl 1968 II, S. 1146, 1974 I, S. 1060–1064; VPB 39/II, 1975, Nr. 42; Amtl.Bull.StR 1974, S. 378–390; NR 1974, S. 1461–1473, 1484–1499, 1502–1503. Gleicher Ansicht: Christian Dominicé, La Convention européenne des droits de l'homme devant le juge national, SJIR 28, 1972, S. 9–40 (36, N. 86); Blaise-François Junod, La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, Diss. Neuchâtel 1969, S. 132–134; Dietrich Schindler, Ist der Beitritt zur MRK dem Referendum zu unterstellen?, NZZ Nr. 321 vom 29.5.1969; Luzius Wildhaber, Verfassungsrang der EMRK in der Schweiz?, ZbJV 105, 1969, S. 249–267 (253–259); id., Die Ratifikation der MRK. Auseinandersetzung mit Einwänden, NZZ Nr. 250 vom 1.6.1974.

[2] Die Kündigungsklausel von Art. 65 EMRK gilt für Zusatzprotokolle entsprechend, Art. 5 ZP und Art. 6 Prot. Nr. 4.

[3] Dazu oben 2. Kapitel II D, E, S. 290, 292.

Gebiet der Vertragsstaaten erlassen und sind insofern *nicht* als *supranational* zu qualifizieren[4]. Es stehen ihnen auch nicht relativ umfassende Kompetenzen wie etwa den EG-Organen zu. Einzig die Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens oder der direkten landesrechtlichen Vollstreckbarkeit der Urteile des Gerichtshofes würden hier Probleme mit sich bringen.

Hingegen könnte die Bundesversammlung die Ratifikation von Zusatzprotokollen nach ihrem politischen Ermessen dem *fakultativen Referendum von Art. 89 Abs. 4 BV* unterwerfen. Ihr Entscheid darüber dürfte vor allem von den materiellen Gehalten der Zusatzprotokolle und vom Ausmaß ihrer Eingriffe ins Landesrecht abhängen[5].

II. Geltung und Rang der Konvention in der Schweiz

Die These, wonach die Europäische Menschenrechtskonvention selbst eine direkte Umsetzung und Anwendung im Landesrecht ohne Zwischenschaltung des Gesetzgebers gebiete, vermochte sich bisher nicht durchzusetzen[6]. Aber auch wenn sie in Zukunft allgemeinen Anklang fände, entstünden der Schweiz daraus keine Schwierigkeiten. Denn die Konvention hat in der Schweiz – wie alle anderen internationalen Verträge[7] – *mit ihrer Genehmigung und Ratifikation automatisch und unmittelbar zusammen mit der völkerrechtlichen auch landesrechtliche Geltung und Wirkung* erlangt[8]. Ohne daß sie einer speziellen Transformation bedürfte, gilt sie damit, wie Bundesrat und Bundesgericht wiederholt formuliert haben, «wie ein Bundesgesetz»[9] und nimmt im

[4] BBl 1968 II, S. 1062, 1077–1079, 1974 I, S. 1062–1064, 1974 II, S. 1156–1157 und die dort zitierten Autoren.

[5] Vgl. zum 1. ZP unten VII C, S. 376.

[6] Dazu oben 2. Kapitel I C., S. 277.

[7] Vgl. statt aller JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Bern 1977, S. 121–139; JÖRG P. MÜLLER, in: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik, Hrsg. ALOIS RIKLIN/HANS HAUG/ HANS CHRISTOPH BINSWANGER, Bern 1975, S. 224–226; LUZIUS WILDHABER, ibid., S. 243, 262–264; VPB 42/I, 1978, No. 2.

[8] In einem sorgfältig motivierten Urteil vom 29. 4. 1975 hat das Zürcher Verwaltungsgericht entschieden, daß die Konvention kraft Art. 66 Ziff. 3 EMRK schon vom 28. 11. 1974, dem Tage der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde an gelte und nicht erst vom 23. 12. 1974, dem Datum der amtlichen Veröffentlichung an, ZBl 76, 1975, S. 282, BlZR 74, 1975, S. 120, SJIR 32, 1976, S. 85.

[9] BGE 103 V 192; BBl 1968 II, S. 1070–1071, 1074, 1087, 1095, 1113, 1140, 1144, 1977 I, S. 1140.

Landesrecht «*zumindest Gesetzesrang*» ein[10]. Als Bestandteil des Bundesrechts kommt ihr Vorrang vor anderslautendem kantonalen Recht, Verordnungen des Bundes und früheren Bundesgesetzen zu. Offen bleibt dabei einstweilen, ob ihr nicht nur Gesetzesrang, sondern eventuell Übergesetzesrang, oder gar Verfassungs- oder Überverfassungsrang zuzugestehen wäre.

A. Gesetzesrang oder Übergesetzesrang?

Wenn klar ist, daß die Konvention seit Ende 1974 früheren Bundesgesetzen vorgeht, so bleibt abzuklären, ob spätere Gesetze im Fall von Konflikten mit Konventionsgarantien den Vorrang hätten. Weder das Bundesgericht noch der Bundesrat haben sich bisher in dieser Frage festlegen müssen[11]. Wie Nationalrat Pier Felice Barchi als Berichterstatter der vorbereitenden Kommission mitteilte, neigten jedoch die Parlamentarier einhellig der Lösung des Übergesetzesranges zu:

«A l'intérieur de la Commission spéciale de notre Conseil, il a été souligné sans opposition, pratiquement à l'unanimité, que l'importance et la nature de la Convention européenne des droits de l'homme exigent qu'on lui confère une primauté aussi à l'égard des lois fédérales postérieures. La Convention établit en effet un standard minimum de droits de liberté; elle crée par des règles de droit un ordre objectif minimum, valable pour toutes les autorités et tous les citoyens de chacun des Etats contractants.»[12]

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, die Europäische Menschenrechtskonvention sei als multilateraler Staatsvertrag *gleich zu behandeln wie andere völkerrechtliche Verträge.* In der *Literatur* ist es kontrovers, ob einem früheren Vertrag oder einem späteren Gesetz der Vorrang gebühre[13]. Die neuere

[10] BGE 101 IV 253; BBl 1974 I, S. 1059; VPB 39/II, 1975, Nr. 42, S. 7.

[11] Vgl. die Nachweise in Anm. 9 und 10.

[12] Amtl.Bull.NR 1974, S. 1465 (vom 2. 10. 1974).

[13] Für Vorrang des Gesetzes: Jean François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, Paris/Neuchâtel 1967, S. 483–484; Antoine Favre, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl., Fribourg 1970, S. 446–447, 462–463; Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S. 830; Pierre Lardy, La force obligatoire du droit international en droit interne, Diss. Neuchâtel 1966, S. 203–222, 243. – Für Vorrang des Vertrages: Christian Dominicé, Le droit international coutumier dans l'ordre juridique suisse, in: Mémoires de la Faculté de Droit de Genève, No. 27, 1969, S. 29–33; Paul Guggenheim, Völkerrechtliche Schranken im Landesrecht, Karlsruhe 1955, S. 10–11; Jörg P. Müller, Völkerrecht und schweizerische Rechtsord-

Rechtsprechung ist indessen vom früheren Entscheid *Steenworden*[14] abgerückt. Sie hat sich in zahlreichen Urteilen für den Vorrang des Völkerrechts sogar gegenüber späteren Bundesgesetzen ausgesprochen[15]. Im Falle *Frigerio* hat das Bundesgericht 1968 einen möglichen Konflikt dadurch aufgelöst, daß es das innerstaatliche Recht völkerrechtskonform auslegte, so daß kein Widerspruch zu einem früheren Vertrag entstand[16]. In anderen Entscheiden wurde das Völkerrecht als *lex specialis* gegenüber der allgemeineren Regel des Landesrechts betrachtet und durchgesetzt[17]. Die einzige Ausnahme, die auf einen Vorrang eines späteren, bewußt völkerrechtswidrigen Gesetzes hinauszulaufen schien, war das *Schubert*-Urteil von 1973[18]. Es wurde in der Lehre einmütig kritisiert[19] und darf sechs Jahre später als verunglückter Einzelfall angesehen werden. Die *Tendenzlinie* des letzten Jahrzehnts verläuft somit in Richtung auf *Konfliktvermeidung*, Harmonisierung der nationalen und internationalen Rechtsordnungen und nötigenfalls Anwendung von Techniken zur Innehaltung des Völkerrechts.

Zugegebenermaßen beseitigt das Aufzeigen dieser Tendenzlinie nicht alle aktuellen und virtuellen Probleme. Man kann daher (wie die nationalrätliche Kommission) die Meinung vertreten, selbst wenn anderen internationalen Verträgen kein Primat

nung, in: Handbuch der schweizerischen Außenpolitik (Anm. 7), S. 224–227; HANS SCHULTZ, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953, S. 134–143; BRUNO SPINNER, Die Kompetenzdelegation beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz, Diss. Zürich 1977, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, Bd. 6, S. 61–79; LUZIUS WILDHABER, Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJIR 30, 1974, S. 195–201. – Ohne Wertung: JUNOD, a.a.O. (Anm. 1), S. 137–139; MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976, Nr. 13 B II, S. 81–82; KRYSTYNA MAREK, Traités internationaux, SJK No. 385 V, 1972, S. 7–11.

[14] BGE 59 II 331.

[15] BGE 103 Ia 619, 626, 102 Ia 319, 101 Ia 597, 100 Ia 410, 97 I 375, 384, 534, 96 V 140, 95 I 465; BGE vom 8. 1. 1975 in SJIR 32, 1976, S. 85. Vgl. MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 7), S. 121–128.

[16] BGE 94 I 669. Vgl. dazu die Bemerkungen von LUZIUS WILDHABER in ZSR 88 I, 1969, S. 537–557.

[17] BGE 96 V 140.

[18] BGE 99 Ib 43.

[19] HANS HUBER in ZbJV 110, 1974, S. 492–493; AUGUSTIN MACHERET in Cahiers de droit européen 10, 1974, S. 209–210; GEORGES MALINVERNI, L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse, in: Mémoires de la Faculté de Droit de Genève, No. 49, 1976, S. 25–28; MÜLLER, a.a.O. (Anm. 13), S. 225–226; WILDHABER, a.a.O. (Anm. 13).

gegenüber späteren Gesetzen einzuräumen sei, müsse doch der *Europäischen Menschenrechtskonvention* eine *Sonderstellung* zugebilligt werden. Der objektive Verpflichtungscharakter, der Verzicht auf Reziprozität, das europäische Solidaritätswerk zur Gewährleistung eines einigenden Mindeststandards[20], das harmonisierende Bemühen um eine friedenssichernde Freiheitlichkeit und Rechtsstaatlichkeit lassen es schlechthin nicht zu, daß einzelne Länder durch einseitige Erlasse aus dem Menschenrechtsschutz der Konvention ausscheren. Das Einheitswerk könnte sonst in seiner Wirksamkeit erschüttert werden. Der Kontrollmechanismus sorgt zudem dafür, daß die Vertragsstaaten sich den Entscheiden des Gerichtshofes und des Ministerkomitees zu beugen haben. Denn kein Staat kann sich darauf berufen, sein Landesrecht gestatte ihm nicht, seine völkerrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen[21].

Die Grundrechtsgarantien der Verfassung und der Konvention sind *inhaltlich eng verwandt.* Sie stehen in einer verschränkenden, befruchtenden Wechselwirkung und gegenseitigen Bedingtheit. Durchaus zu Recht bemerkt das Bundesgericht, daß für die Konkretisierung der verfassungsmäßigen Individualrechte die Konventionsgarantien heranzuziehen seien, die ihrerseits «ihrer Natur nach einen verfassungsrechtlichen Inhalt» hätten[22]. Ist der Gesetzgeber aber an die *Verfassung gebunden, so ist er folgerichtig auch gehalten, sich den Gewährleistungen der Konvention* unterzuordnen.

Die Literatur folgt diesen Überlegungen und nimmt heute einmütig *Übergesetzesrang* der Konvention an[23]. Auch das Militär-

[20] Dazu oben 2. Kapitel II C, E, S. 287, 292.

[21] Siehe Luzius Wildhaber, Treaty-Making Power and Constitution, Basel/Stuttgart 1971, S. 184–189 und die dort zitierten Entscheide.

[22] BGE 101 Ia 69, 101 IV 253; BGE vom 22.9.1976, SJIR 33, 1977, S. 188; BGE vom 9.3.1977, EuGRZ 4, 1977, S. 266; BGE vom 27.10.1977, SJIR 34, 1978, S. 172.

[23] So schon vor der Ratifikation der EMRK, Dominicé, a.a.O. (Anm. 1), S. 15, 35; Stefan Trechsel, Die EMRK, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte, Bern 1974, S. 161–162; Wildhaber, Verfassungsrang (Anm. 1), S. 259–261, 264. Ferner nach der Ratifikation: Gret Haller, Die innerstaatliche Anwendung der EMRK in der Schweiz, ZBl 78, 1977, S. 521–523; Robert Hauser, Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonventionen, ZStrR 95, 1978, S. 225–273 (237); Malinverni, a.a.O. (Anm. 19), S. 23–29; Jörg Paul Müller, Die Anwendung der EMRK in der Schweiz, ZSR 94 I, 1975, S. 373–405, (377–380); Dominique Poncet, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Genève 1977, S. 17–26; Dietrich Schindler, Die Bedeutung der EMRK für die Schweiz, ZSR 94 I, 1975, S. 357–372,

kassationsgericht hielt 1977 im Falle *Sutter* fest, es sei «anzunehmen, daß die Konvention auch späteren Bundesgesetzen vorgeht»[24].

B. Verfassungsrang?

Obschon die Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention dem obligatorischen Referendum nicht unterstellt wurde[25], haben ihre Garantien laut Bundesgericht «verfassungsrechtlichen Inhalt»[26] und sind zur Bestimmung des schweizerischen «ordre public» heranzuziehen[27]. Damit kommt ihnen ein *funktioneller Quasi-Verfassungsrang* zu.

Das Bundesgericht scheint dann freilich die *Subsidiarität* der Konvention hervorzuheben, wenn es betont, ihren Rechten und Freiheiten komme nur insofern selbständige Bedeutung zu, als sie den von den Verfassungen und Gesetzen des Bundes und der Kantone gewährten Schutz überstiegen[28]. An anderer Stelle widerspricht es sich allerdings, indem es ausführt, dem in Kantonsverfassungen gewährleisteten Hausrecht komme seinerseits keine selbständige Bedeutung zu gegenüber dem zu Bundesrecht gewordenen Art. 8 EMRK[29]. So oder so ist mit solchen mechanistischen Formeln wenig zu gewinnen. Sie verdecken meist einfach eine vorweggenommene Würdigung der Rechtsfragen und lassen zu wenig klar hervortreten, daß die Konkretisierung der Menschenrechte im Lichte der behutsam weiterführenden Praxis der Konventionsorgane zu erfolgen hat[30].

(369); LUZIUS WILDHABER, Auswirkung der EMRK auf das Landesrecht, in: Staats- und verwaltungsrechtliches Kolloquium, Interlaken 1975, S. 99–142 (112–114), hektographiert.

[24] Unveröffentlichtes Urteil vom 21.10.1977, S. 4.

[25] Dazu oben I, S. 327.

[26] Vgl. die Belege in Anm. 22.

[27] So BGE 103 Ia 205; FRITZ BAUR, Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public, in: Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, S. 19. Zur «ordre public»-Lehre allgemein oben 2. Kapitel II C, S. 287.

[28] BGE 101 Ia 69,101 IV 253, 103 V 193, 104 Ia 18; unveröffentlichter BGE vom 29.6.1977 i.S. *B. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich;* unveröffentlichter BGE vom 20.9.1978 i.S. *G. c. Staatsanwaltschaft und Kassationsgericht des Kantons Thurgau.*

[29] Unveröffentlichter BGE vom 31.8.1978 i.S. *Z. c. Staatsanwaltschaft und Anklagekammer des Kantons St. Gallen.*

[30] So zutreffend BGE 101 Ia 69; 102 Ia 284, 308, 381; 104 Ia 91; BGE vom 26.4.1978, SJIR 34, 1978, S. 172.

C. Überverfassungsrang?

Die Argumente, die dafür sprechen, der Europäischen Menschenrechtskonvention Übergesetzesrang zuzubilligen, würden im Grunde sogar gebieten, sie mit Überverfassungsrang auszustatten. Wenn ihre objektiv-solidarische, überzeitliche und überstaatliche Zielsetzung voll zur Entfaltung gelangen soll, ist eine *Bindung selbst des Verfassungsgebers* angezeigt.

Die schweizerische Praxis ist zwar nicht unbedingt schlüssig, scheint aber das *Völkerrecht als materielle Schranke der Verfassungsrevision* bisher nicht anerkannt zu haben. Die Rheinau-Initiative von 1953 hätte mit der Aufhebung einer Kraftwerk-Konzession wahrscheinlich Verträge mit Deutschland und Baden verletzt[31]. Und der Wortlaut der Initiative der Nationalen Aktion über das Staatsvertragsreferendum von 1973 mußte gewaltig gedehnt werden, damit das Volksbegehren noch als völkerrechtskonform aufgefaßt werden konnte und nicht als Möglichkeit zur unzulässigen, vorzeitigen Beendigung einer großen Zahl von völkerrechtlichen Verträgen betrachtet werden mußte[32].

Diese beiden Präzedenzfälle erfassen immerhin nicht die Problematik der Gültigkeit einer Initiative, die konventionswidrige und damit zugleich grundrechtswidrige Begehren stellen und damit die Schweiz zur europäischen Menschenrechtsverletzerin stempeln würde. Wie die Lehre heute mehr und mehr erkennt, sollte eine solche Initiative für *ungültig* erklärt werden[33].

[31] Dazu BBl 1954 I S. 737–751; GUGGENHEIM, a.a.O. (Anm. 13), S. 13–16; LARDY, a.a.O. (Anm. 13), S. 232–242; KARL SPÜHLER, Die Schranken der politischen Rechte nach der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Diss. Zürich 1962, S. 99–112.

[32] Dazu LUZIUS WILDHABER, Gültig oder ungültig?, Die NA-Initiative über das Staatsvertragsreferendum, NZZ Nr. 54 vom 5.3.1976; ID., Wirklichkeitsfremde und wenig durchdachte NA-Initiative, NZZ Nr. 53 vom 4.3.1977. Der Ständerat wollte die Initiative ungültig erklären, doch setzte der Nationalrat seine gegenteilige Meinung durch, Amtl.Bull.NR. 1975, S. 1073–1109; 1976, S. 315–326, 590–605, 1519–1524; StR 1975, S. 772–788; 1976, S. 498–503.

[33] So PAUL GUGGENHEIM, Traité de Droit international public, Tome I, 2. Aufl., Genève 1967, S. 148–149; MALINVERNI, a.a.O. (Anm. 19), S. 29–33; MÜLLER, a.a.O. (Anm. 13), S. 234–236; WILDHABER, Verfassungsrang (Anm. 1), S. 262–263; ID., Die EMRK, ZBl 76, 1975, S. 273–281 (275). – Vgl. auch MAREK, a.a.O. (Anm. 13), S. 11–15; SPINNER, a.a.O. (Anm. 13), S. 71–77.

III. Unmittelbare Anwendbarkeit

A. Allgemeine Problemstellung

Die Frage nach der *Geltung* eines internationalen Vertrages im Landesrecht ist logisch primär. Zuerst ist abzuklären, ob ein Vertrag zugleich mit seiner *völkerrechtlichen* Verbindlichkeit *ipso iure* auch *innerstaatliche* Geltung erlangt, oder ob er erst durch einen zusätzlichen *Transformationsakt* (meist ein Gesetz) landesrechtlich verbindende Kraft erhält. Die Antwort auf diese Geltungsfrage liefert die jeweilige nationale Rechtsordnung[34]. Zwar ist es denkbar, daß ein Vertrag seine unmittelbare innerstaatliche Geltung selbst gebietet. Einstweilen läßt sich jedoch nicht behaupten, die Europäische Menschenrechtskonvention habe eine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten begründet, ihre materiellen Garantien direkt und transformationslos ins Landesrecht umzusetzen[35].

Logisch sekundär ist die Frage der unmittelbaren, innerstaatlichen *Anwendbarkeit.* Sie ist nur in jenen Ländern sinnvoll, die nicht – wie die Staaten britischer und skandinavischer Rechtstradition – ein Transformationserfordernis aufstellen. In jenen Ländern fragt sich dann, ob die innerstaatlich verbindliche Kraft eines Vertrages zugleich bedeutet, daß seine Bestimmungen unmittelbar anwendbar *(«self-executing»)* sind.

B. Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit im Völkerrecht

In Doktrin und Rechtsprechung werden Begriff und Kriterien der direkten Anwendbarkeit von Verträgen durchaus abweichend dargestellt[36]. Man unterscheidet dabei zum Teil drei Herkunftsquellen[37]:

[34] Für die Schweiz siehe oben II, S. 328.

[35] Dazu im einzelnen oben 2. Kapitel I C, S. 277.

[36] ALBERT BLECKMANN, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Berlin 1970; ID., Europarecht, 2. Aufl., Köln, 1978, S. 193–206; MARKUS BOEHRINGER, Ausführung und Vollzug von Staatsverträgen durch bundesrätliche Verordnungen, Diss. Bern 1971; LAMBERTUS ERADES, Le problème des dispositions directement applicables (self-executing) des traités internationaux et son application aux traités instituant une communauté européenne, Revue hellénique de droit int'l 17, 1964, S. 221–239; BLAISE KNAPP, Les particuliers et les traités internationaux devant les tribunaux internes, ZSR 88 I, 1969, S. 259–315; ID., Les particuliers et les traités interna-

1. Das *Modell der Justiziabilität:* Gemeint ist die *amerikanische* Vorstellung, die auf das von Chief Justice JOHN MARSHALL 1829 vefaßte Urteil *Foster v. Neilson* zurückgeht[38], daß ein Vertrag *self-executing* ist, wenn er für Gerichte und Verwaltungsbehörden justiziabel ist und ohne weitere Durchführungserlasse angewendet werden kann. Hierhin ist auch die vom *Bundesgericht* vor allem in den Fällen *Banque de Crédit international* und *Wessely* vertretene Ansicht zu rechnen[39], daß sich Private auf einen Vertrag berufen können, wenn dieser Rechtsregeln enthalte, die genügend genau umschrieben seien, um direkt auf einen Einzelfall angewandt zu werden und die Grundlage für einen konkreten Entscheid abzugeben.
2. Das *Abstellen auf den Parteiwillen:* Danach wäre, angelehnt an das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofes über die *Zuständigkeit der Danziger Gerichte* von 1928[40], zu prüfen, ob ein Vertrag nach dem wahren Willen der Parteien Rechte und Pflichten für Einzelpersonen begründen

tionaux devant le Tribunal fédéral suisse, Cahiers de droit européen 10, 1974, S. 187–193; ARNOLD KOLLER, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Bern 1971; MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 7), S. 140–153; JEAN RUSSOTTO,, L'application des traités self-executing en droit américain, Diss. Lausanne 1969; MICHEL WAELBROECK, Traités internationaux et juridictions internes, Bruxelles/Paris 1969, S. 161–188; WILDHABER, a.a.O. (Anm. 21), S. 183–234; MANFRED ZULEEG, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, ZaöRV 35, 1975, S. 341–363.

[37] Z. B. ERADES und KOLLER, a.a.O. (Anm. 36).

[38] 2 Pet. (27 U.S.) 253, 314 (1829): «Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an Act of the Legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract – when either of the parties engages to perform a particular act – the treaty addresses itself to the political, not the judicial department; and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the court.»

[39] BGE 98 Ib 387, 100 Ib 230. Vgl. auch BGE 103 Ia 524, BGE vom 8. 1. 1975, SJIR 32, 1976, S. 84.

[40] *Jurisdiction of the Courts of Danzig,* P. C. I. J., Series B, No. 15, 1928, S. 17–18: «The answer to this question depends upon the intention of the contracting Parties. It may be readily admitted that, according to a well established principle of international law, the *Beamtenabkommen,* being an international agreement, cannot, as such, create direct rights and obligations for private individuals. But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts.»

soll, die von den nationalen Gerichten angewendet werden können.

3. Das *funktionelle (Integrations-) Modell:* Gemäß der vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in den Fällen *van Gend & Loos* und *Costa c. ENEL* begonnenen[41] und seither in zahlreichen Urteilen weiter verfeinerten Rechtsprechung wäre ausschlaggebend, ob eine Vertragsnorm innerstaatlich in direktem Durchgriff wirksam zu werden habe, damit Funktion, Ziel und Zweck des Vertrages voll erfüllt werden könnten.

Beim funktionellen Modell geht man von internationalrechtlichen Erfordernissen aus und strebt eine weitgehende Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Vertragsdurchsetzung an. Auch beim Abstellen auf den Parteiwillen betont man mehr die internationalen Faktoren, freilich hier eher im Sinne einer restriktiven, souveränitätsfreundlichen Haltung. Beim Kriterium der Justiziabilität, das die Rechtsprechung der nationalen Gerichte wohl am genauesten zu erfassen vermag, haben wir es dagegen mit einem Ineinandergreifen von völker- und landesrechtlichen Erwägungen zu tun. Die unmittelbare Anwendbarkeit wird in erster Linie durch die jeweilige *lex fori* bestimmt, die sich freilich ihrerseits nach objektiven Kriterien zu richten hat: *Objektive Kriterien* in diesem Sinne sind etwa der Charakter und die Materie einer Vertragsbestimmung, ihre objektive Eignung zur direkten Anwendung, ihre hinreichende Bestimmtheit oder umgekehrt ihre Programmnatur, ihre Konkretisierungsbedürftigkeit durch innerstaatliche oder völkerrechtliche Ausführungsakte. Daneben treten mehr *landesrechtliche Erwägungen*, wie das Aussehen der nationalen «Aufnahmestrukturen», Ausprägungen der Gewaltenteilung oder des Föderalismus, das Ausmaß verfassungsgerichtlicher Normenkontrolle und die Eigenschaft von Vertragsvorschriften als gerichtsfreie Hoheitsakte, sowie schließlich Erfordernisse der Rechtssicherheit und der Transparenz.

C. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention

Die materiellen Menschenrechtsgarantien der Konvention sind der unmittelbaren Anwendung nicht nur zugänglich, sie sind

[41] *Van Gend & Loos,* Rs. 26/62, RsprGH IX, 1963, S. 1; *Costa c. ENEL,* Rs. 6/64, RsprGH X, 1964, S. 1141.

größtenteils geradezu darauf zugeschnitten. Wortlaut, Inhalt, Zweck und Bestimmung der gewährleisteten Rechte und Freiheiten deuten alle in dieser Richtung. So ist man sich in der Literatur darüber einig, daß *grundsätzlich die materiellen Artikel – von wenigen Ausnahmen abgesehen – self-executing* seien[42].

Bezeichnet man so die Konvention als unmittelbar anwendbar, so denkt man dabei in erster Linie an das *Foster v. Neilson*-Modell der *Justiziabilität.* Die Stunde des funktionellen Modells (nach dem Vorbild der Europäischen Gemeinschaften) mag zwar in Zukunft einmal schlagen, ja es wäre sogar zu hoffen, daß es so weit kommen möge. Aber zur Zeit handelt es sich dabei noch um Zukunftsmusik. Das Abstellen auf den Parteiwillen schließlich erweist sich – wie bei der völkerrechtlichen Auslegung allgemein – wegen der Gefahr der Mehrdeutigkeit und Unergiebigkeit als wenig schlüssig.

Wenn man nun auf Wortlaut, Inhalt, Zweck und objektive Anwendungseignung abstellt, so bedeutet dies notwendigerweise, daß man zu Ergebnissen gelangen kann, die *von Land zu Land divergieren mögen.* Wohl ist man sich im großen ganzen einig, daß die materiellen Konventionsgarantien mit Ausnahme von Art. 13 EMRK (Anspruch auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz) und Art. 3 ZP (Abhaltung freier und geheimer Wahlen der gesetzgebenden Organe) *self-executing* seien. Aber diese Aussage bedarf der Nüancierung und der Übertragung auf die spezifischen Problemlagen der Schweiz.

D. Unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention in der Schweiz

Das Bundesgericht hat die materiellen Teile der Konvention mit derselben dogmatischen Unbekümmertheit angewendet, mit der

[42] So Dominicé, a.a.O. (Anm. 1), S. 16–31; Heribert Golsong, Die EMRK, JöR N.F. 10, 1961, S. 127–129; Max Sørensen, Die Verpflichtungen eines Staates im Bereich seiner nationalen Rechtsordnung auf Grund eines Staatsvertrages, in: Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht. 2. Int. Kolloquium über die EMRK in Wien, Karlsruhe 1967, S. 15–33 (23–29); Adolf Süsterhenn, L'application de la Convention sur le plan du droit interne, in: La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, 1. Int. Kolloquium über die EMRK in Strassburg, Paris 1961, S. 303–320; Karel Vasak, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris 1964, S. 228–235; Hannfried Walter, Die europäische Menschenrechtsordnung, Köln/Berlin, 1970, S. 23–41.

es laut den Untersuchungen von BLAISE KNAPP[43] weitaus die meisten Kategorien von internationalen Verträgen ohne weiteres als *self-executing* behandelt hat. Es hat sich den Folgerungen des Zürcher Verwaltungsgerichtes[44] angeschlossen und hat die Konventionsrechte kraft ihres verfassungsrechtlichen Inhalts als ausreichend justiziabel betrachtet[45]. Ein Überblick über seine Rechtsprechung zeigt, daß es die *Art. 2–12 und 14 EMRK* ohne lange theoretische Grundlegung *problemlos angerufen und konkretisiert* hat[46]. Es wußte sich dabei allerdings in Übereinstimmung mit den bundesrätlichen Darlegungen[47] und der einhelligen Lehre[48].

Freilich befriedigt es wenig, wenn man einfach alle materiellen Konventionsgarantien mit Ausnahme der Art. 13 EMRK und Art. 3 ZP für unmittelbar anwendbar und damit das Problem für gelöst erklärt. Im Gegenteil: Ein Vertrag kann *in einzelnen seiner Bestimmungen self-executing* sein, in anderen nicht; eine Vertragsbestimmung kann je nach der Ausgestaltung der landesrechtlichen Aufnahmestrukturen und des Organisationsrechts *in einem Staat self-executing* sein, in anderen nicht; und eine Vertragsbestimmung kann je nach ihrer Funktion, Zielsetzung und Justiziabilität *in sich in einem Fall self-executing* sein, im anderen nicht[49]. Es wäre wohl an der Zeit, das Bemühen um angeblich messerscharfe Kriterien zur Klassifizierung von Verträgen je nach ihrer direkten Anwendbarkeit aufzugeben und stattdessen *die ganze Diskussion überzuführen auf die allgemeinere Ebene* der Problematik der Auslegungslehre, der Normverwirklichung und speziell der Grundrechtskonkretisierung.

Was damit gemeint ist, läßt sich wohl am besten zeigen anhand der Art. 5 und 6 EMRK einerseits, der Art. 13 EMRK und Art. 3

[43] KNAPP, a.a.O. (Anm. 36).
[44] ZHVGr vom 29.4.1975 in ZBl 76, 1975, S. 286.
[45] BGE 102 Ia 481, 103 V 192, BGE vom 22.9.1976 in SJIR 33, 1977, S. 189. Ebenso mit sorgfältiger Begründung das Militärkassationsgericht vom 21.10.1977, *Sutter,* S. 5–6.
[46] Dazu unten VI C, S. 361.
[47] BBl 1968 II, S. 1069–1070, 1075, 1140; 1974 I, S. 1059; 1977 I, S. 1140.
[48] DOMINICÉ, a.a.O. (Anm. 1), S. 16–31; HALLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 523–526; JUNOD, a.a.O. (Anm. 1), S. 122–129; MALINVERNI, a.a.O. (Anm. 19), S. 6–17; MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 382–388; TRECHSEL, a.a.O. (Anm. 23), S. 149–153; WILDHABER, Verfassungsrang (Anm. 1), S. 265–267.
[49] So z.B. DOMINICÉ, a.a.O. (Anm. 1), S. 18, 30–31; MALINVERNI, a.a.O. (Anm. 19), S. 7, 13–15; MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 383, 386; SØRENSEN, a.a.O. (Anm. 42), S. 26, 29; TRECHSEL, a.a.O. (Anm. 23), S. 150.

ZP anderseits. Ist es beispielsweise zutreffend, den *Art. 3 ZP* schlechthin als *non-self-executing* einzustufen? Die Kommission meint in ihrer jüngeren Praxis, die Vorschrift gewährleiste auch das aktive und passive Wahlrecht, freilich bloß unter Vorbehalt der Einschränkungen, die nicht als willkürlich erscheinen[50]. Einer anscheinend rein institutionellen Staatenverpflichtung lassen sich also gewisse individualrechtlich klagbare Aspekte abgewinnen.

Umgekehrt sind die materiellen Konventionsgarantien dort nicht direkt anwendungsfähig, wo man ihnen *Drittwirkung* zuerkennen will[51]. Aber auch davon abgesehen setzen etwa Art. 5 Ziff. 3–5 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK das *Vorhandensein einer innerstaatlichen Infrastruktur an Gesetzgebung* voraus. Nur wenn die sich stellenden Kompetenz- und Verfahrensfragen bereits in einer Art vorweg gelöst sind, daß der Richter sich nicht als Gesetzgeber fühlen muß, wird er es auf sich nehmen können, die Konvention landesrechtlich voll zu entfalten und zu verwirklichen.

Auf den *Grad der Präzision eines Artikels* kommt es dabei weniger an. Illustrativ war dazu das Verhalten des österreichischen Verfassungsgerichtshofes, der 1960 und 1961 die Art. 6 Ziff. 1 und Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK als nicht direkt anwendbar, weil zu wenig bestimmt, ansah[52]. Nachdem die Konvention 1964 durch eine Verfassungsänderung Verfassungsrang erhalten hatte, änderte der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsprechung und erkannte 1965 den Konventionsbestimmungen unmittelbare Anwendbarkeit zu, weil sie nun gleich konkretisiert werden müßten wie verfassungsmäßige Grundrechte[53].

Als Illustration seien abschließend noch die Vorgänge um jenen Fall geschildert, der in der Schweiz am ehesten zur «cause célèbre» der Konvention geworden ist: den *Fall Eggs*.

[50] Kommissionsentscheide Nos. 6745/74 und 6746/74 vom 30.5.1975, 2 D.R., 1975, S. 110; No. 7566/76 vom 11.12.1976, 9 D.R., 1978, S. 121. Zu Art. 3 ZP siehe allgemein unten VII C 3, S. 378.

[51] Vgl. oben 2. Kapitel II G, S. 299.

[52] VfGH vom 27.6.1960, B 469/59, JurBl 83, 1961, S. 352, YBECHR 3, 1960, S. 616; VfGH vom 14.10.1961, G 2/61, JurBl 84, 1962, S. 145, YBECHR 4, 1961, S. 604.

[53] VfGH vom 14.10.1965, G 6/65, JurBl 88, 1966, S. 248; VfGH vom 14.10.1965, G 28/64, ÖJZ 21, 1966, S. 248, YBECHR, 9, 1966, S. 734.

E. Reaktionen auf den Entscheid Engel c. Niederlande

Über militärische Disziplinarbeschwerden entscheidet in der Schweiz in letzter Instanz der Oberauditor der Armee. Bis zum Entscheid *Engel c. Niederlande* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 8. Juni 1976 hatte die Mehrheit der Lehre geglaubt, daß das militärische Disziplinarstrafrecht nicht unter die Art. 5 und 6 EMRK falle. Gemäß dem *Engel*-Urteil stellt jedoch scharfer oder einfacher Arrest einen Freiheitsentzug im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK dar und muß deshalb – jedenfalls letztinstanzlich – von einem Gericht verhängt werden.

Im Gefolge dieses Urteils erhob *Herbert Eggs* Strafklage gegen den Oberauditor und machte geltend, der Oberauditor müsse wegen der in der Verhängung von scharfem Arrest liegenden Freiheitsberaubung bestraft werden. Bei der öffentlichen Beratung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die Eggs gegen die Verweigerung der Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens erhob, zeigte sich im *Bundesgericht* Uneinigkeit über die Rechtslage. Der Referent, Bundesrichter KAUFMANN, vertrat die Meinung, Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK müsse als schweizerisches Landesrecht direkt angewandt werden. Da aber der Oberauditor bei der Beurteilung der Beschwerde von Eggs die gebotene richterliche Unabhängigkeit besessen habe, sei der angeordnete Arrest rechtmäßig gewesen. Die Mehrheit der verwaltungsrechtlichen Kammer sah Art. 5 EMRK ebenfalls als *self-executing* an, sprach indessen dem Oberauditor die Eigenschaft einer richterlichen Behörde ab. Das Urteil des Bundesgerichts äußerte sich am Ende überhaupt nicht zur direkten Anwendbarkeit des Art. 5 EMRK[54].

Der *Bundesrat* reagierte darauf, indem er der Bundesversammlung den Entwurf eines *dringlichen Bundesbeschlusses* vorlegte, wonach kurzfristig die Großrichter der Divisionsgerichte zur letztinstanzlichen Behandlung von Arrestbeschwerden zuständig erklärt werden sollten[55]. Gemäß dem Bundesrat war anscheinend Art. 5 Ziff. 1 lit. a und Ziff. 3 EMRK insoweit *self-executing,* als er das entgegenstehende Landesrecht zum Weiterzug von Disziplinarverfügungen außer Kraft setzte. Damit hätte dem

[54] Siehe dazu vor allem HALLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 523–526; BGE vom 22. 11. 1976 i.S. *Eggs c. Oberauditor der Armee und EJPD;* SJIR 34, 1978, S. 181–188.

[55] Botschaft vom 2. 3. 1977, BBl 1977 I, S. 1129–1146.

Oberauditor die gesetzliche Grundlage für die Entscheidung über Arrestbeschwerden gefehlt. Der Bundesrat sah hingegen Art. 5 EMRK insofern als *non-self-executing* an, als nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber zuständig sei zum Entscheid, die Beurteilung von Arrestbeschwerden inskünftig den Divisionsgerichten zu übertragen.

Der *Nationalrat* und ihm folgend der *Ständerat* beschlossen, den bundesrätlichen Entwurf zurückzuweisen[56]. Aus den Beratungen ergibt sich, daß der Rückweisungsbeschluß sich vor allem gegen das Dringlichkeitsverfahren richtete. Sofort nach seinem ersten Antrag legte der Bundesrat nämlich dem Parlament den *Entwurf zur Änderung des Militärstrafgesetzes und zur Totalrevision der Militärstrafgerichtsordnung* vor, der unterdessen weitgehend in Gesetzesform übergeführt ist, und der die notwendigen Anpassungen an das *Engel*-Urteil bringen wird[57].

Eggs erhob unterdessen *Beschwerde bei der Kommission.* Ende 1976 wurde seine Beschwerde teilweise zulässig erklärt; 1978 nahm die Kommission ihren Bericht an und beschloß danach, den Fall nicht vor den Gerichtshof zu bringen. Die Beschwerde ist demzufolge *vor dem Ministerkomitee hängig*[58]. Es scheint durchaus möglich, daß das Ministerkomitee sich mit der Änderung der schweizerischen Gesetzgebung befriedigt erklären wird, ohne darüber hinaus zusätzliche konkrete Maßnahmen mit bezug auf die Beschwerde *Eggs* zu treffen.

IV. Landesrechtliche Verfahren zur Rüge von Konventionsverletzungen

A. Überprüfung der Konventionskonformität von Erlassen und Verfügungen

1. Erfordernisse der Konvention

Die Straßburger Organe haben die Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention *im Einzelfall* zur Aufgabe (Art. 19, 31, 32, 45 EMRK). Ob eine allfällige Konventionsverletzung von einem generell-abstrakten Rechtssatz, einer Verwaltungspraxis, einer individuell-konkreten Verfügung

[56] Amtl. Bull. NR 1977, S. 498–499; StR 1977, S. 74–84, 233–234.
[57] Botschaft vom 7.3.1977, BBl 1977 II, S. 1–196. Siehe dazu unten VI B 6, S. 360.
[58] EuGRZ 3, 1976, S. 287, 324; 4, 1977, S. 16; 5, 1978, S. 208, 355.

oder einem Gerichtsentscheid ausgeht, ist dabei gleichgültig. *Ausnahmsweise* können *auch Rechtssätze* als solche angefochten werden, welche konventionsverletzende Maßnahmen direkt einführen, anordnen oder ermächtigen[59]. Die Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Form von Organstreitigkeiten oder der *abstrakten Normenkontrolle,* wie sie in der Schweiz gegenüber kantonalen Gesetzen und Verordnungen (hingegen nicht gegenüber Kantonsverfassungen oder Bundesgesetzen) besteht, wird von der Konvention jedoch nicht gefordert[60].

Die mangelnde *Überprüfung kantonaler Verfassungen* durch das Bundesgericht, sowohl allgemein wie im Anwendungsfall, ist in der Literatur zu Recht allgemein getadelt worden[61]. Diese Rechtsprechung sollte auch im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention geändert werden. Solange nämlich der Gewährleistungsbeschluß der Bundesversammlung als endgültig angesehen wird, kann die Weigerung des Bundesgerichts, bei der späteren Anwendung eine Anfechtung kantonaler Verfassungsbestimmungen zuzulassen, auf die Verweigerung einer wirksamen Beschwerde bei einer nationalen Instanz gemäß Art. 13 EMRK hinauslaufen.

2. Überprüfung der Konventionskonformität von Bundesgesetzen

Dem Bundesgericht ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen und allgemein verbindlichen Bundesbe-

[59] Dazu oben 2. Kapitel IV B, S. 309, und die in Anm. 100–102 zitierten Entscheide.

[60] Wie die Kommission und nationale Gerichte betont haben, läßt sich speziell aus Art. 13 EMRK kein solches Gebot ableiten. Kommissionsentscheide No. 436/58 vom 7.7.1959, YBECHR 2, 1958–59, S. 388; No. 441/58 vom 7.7.1959, YBECHR 2, 1958–59, S. 394; No. 673/59 vom 28.7.1961, YBECHR 4, 1961, S. 294; No. 1852/63 vom 22.4.1965, YBECHR 8, 1965, S. 200; No. 2145/64 vom 1.10.1965, YBECHR 8, 1965, S. 312; VerfGH Rheinland-Pfalz, vom 16.3.1959, NJW 1959, S. 1629, YBECHR 2, 1958–59, S. 604; BGH vom 20.7.1964, NJW 1964, S. 2119; Hoge Raad vom 24.2.1960, Netherlands Int'l Law Rev. 8, 1961, S. 286; VerwGH Österreich vom 11.12.1958, VerwGHE 13, 1960, S. 992. Vgl. MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 381; WILDHABER, Verfassungsrang (Anm. 1), S. 255–257; BGE 102 Ia 283.

[61] BGE 102 Ia 472, 100 Ia 364, 99 Ia 663, 98 Ia 635, 89 I 392, 83 I 181. Kritik bei AUBERT, a.a.O. (Anm. 13), S. 222–223; WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 70–71; MAX IMBODEN, Normkontrolle und Norminterpretation, in: IMBODEN, Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 239–243; HANS MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel/Stuttgart 1977, S. 88–89.

schlüssen bekanntlich nach Art. 113 Abs. 3 BV verwehrt. Da aber die Europäische Menschenrechtskonvention in der Schweiz Übergesetzesrang einnimmt und damit früheren und späteren Bundesgesetzen vorgeht[62], muß das Bundesgericht seit Ende 1974 *Bundesgesetze im Anwendungsfall auf ihre Übereinstimmung mit den Konventionsgarantien prüfen* und gegebenenfalls den Konventionsrechten zum Durchbruch verhelfen[63].

Man sollte die Bedeutung dieser Inzidenzkontrolle nicht überschätzen. Einmal beläßt das subsidiäre, punktuelle Konventionssystem den nationalen Behörden einen *weiteren Ermessensspielraum*[64], als dies ein innerstaatliches Verfassungsgericht bei abstrakter Normenkontrolle tun würde. Sodann erlauben Kontroversen über die direkte Anwendbarkeit der Konvention[65], gewissen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen. Vor allem ermöglicht es die vom Bundesgericht wiederholt befolgte Technik der *völkerrechts- und speziell konventionskonformen, harmonisierenden Auslegung von Landesrecht*[66] in der Großzahl aller Fälle, die Annahme einer Konventionswidrigkeit innerstaatlicher Rechtssätze zu vermeiden und ein Ergebnis zu finden, das Gesetze (und sogar verfassungsmäßige Rechte) als mit den Menschenrechten der Konvention vereinbar erscheinen läßt. Die Europäische Menschenrechtskonvention bewirkt so gewissermaßen eine *«indirekte Europäisierung»* der Grundrechtsprechung. Sie bringt weniger ein eigentliches Stück Verfassungsgerichtsbarkeit als ein Messen an einem gesamteuropäischen Mindeststandard, der nicht unbedingt auf konstant niedriger Höhe bleiben muß, sondern der Aktualisierungen in anderen Bereichen als den vom Bundesgericht akzentuierten bringen kann[67]. Die Technik der völkerrechtskonformen Auslegung erlaubt eine graduelle, flexible Angleichung und Annäherung.

Die inzidente Prüfungsmöglichkeit von Bundesgesetzen ist freilich nicht problemlos. Man ruft die Konvention an, welche die *Sicherheit geschriebenen Rechts* zu bieten vermag, – was der Bun-

[62] Dazu oben II, S. 329.

[63] So Dominicé, a.a.O. (Anm. 1), S. 35–36; Malinverni, a.a.O. (Anm. 19), S. 33–35; Müller, a.a.O. (Anm. 23), S. 379–380; Wildhaber, Auswirkung (Anm. 23), S. 114–115.

[64] Vgl. 2. Kapitel II B, D, E und IV C, H, S. 285, 290, 292, 310, 315.

[65] Dazu oben III D, E, S. 337, 340.

[66] BGE 94 I 678, 99 Ib 43. Allgemein zur völkerrechtskonformen Auslegung, Luzius Wildhaber, in ZSR 88 I, 1969, S. 550–552; id., a.a.O. (Anm. 21), S. 371–374, 379–380, 382–384, 397–398.

[67] Vgl. 2. Kapitel II E, S. 292.

desverfassung gerade im Grundrechtsteil über gewisse Strecken abgeht. Die Unvollständigkeit und Revisionsbedürftigkeit der Verfassung führt zu *Legitimitätsverlusten,* während umgekehrt auch der Konvention nicht gedient ist, wenn man sie als einen *Maximalstandard* zu begreifen sucht, der sie ihrer Natur nach nicht sein kann[68].

B. Die einzelnen Rechtsmittel

Die Zulässigkeit der Individualbeschwerde an die Menschenrechtskommission setzt die *Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszuges* voraus[69]. Deswegen müssen aller Regel nach behauptete Konventionsverletzungen dem Bundesgericht oder dem Bundesrat zur Beurteilung vorgelegt werden.

1. Staatsrechtliche Beschwerde

Seit dem 28. November 1974 hat sich das Bundesgericht in etwa 40 Entscheiden mit der Europäischen Menschenrechtskonvention auseinandergesetzt. Weitaus die überwiegende Zahl dieser Fälle betraf kantonale Hoheitsakte und gelangte mittels staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht. Die staatsrechtliche Beschwerde gegen kantonale Entscheide und Verfügungen erlaubt auch die akzessorische Prüfung der Konventionsmäßigkeit von Rechtssätzen des Bundes[70].

2. Verwaltungsgerichtsbeschwerde

In Angelegenheiten des Bundesverwaltungsrechts tritt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die Stelle der staatsrechtlichen Beschwerde. Zum Begriff des «Bundesrechts» gemäß Art. 104 lit. a OG zählen auch die Bundesverfassung und ihre geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechtsgarantien[71], so-

[68] Aus diesem Grunde suchte die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung einen neuen, eigenständigen Grundrechtskatalog zu erarbeiten; vgl. ihren Bericht, 1977, S. 33.

[69] Vgl. oben 2. Kapitel IV A, S. 307.

[70] Dazu oben A 2, S. 342.

[71] BGE 103 Ib 137; 102 Ib 67; 102 V 125; 101 Ib 370; 100 Ia 280; 100 Ib 147; 99 V 57, 60; 96 I 90, 187, 270; FRITZ GYGI, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974, S. 141; HANS HUBER, Der Schutz der Grundrechte unter der Generalklausel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Mélanges Marcel Bridel, Lausanne 1968, S. 240–243.

wie das Staatsvertragsrecht und die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention[72].

3. Berufung und strafrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde

Die Verletzung der zivil- und strafprozessualen (und damit öffentlich-rechtlichen) Bestimmungen der Konvention ist (im Sinne von Art. 84 Abs. 1 lit. c OG) mittels staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen. Gemäß Art. 43 Abs. 1 OG und Art. 269 Abs. 2 BStP bleibt bei der Berufung und der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte vorbehalten. Jörg Paul Müller schlägt vor, diesen Vorbehalt auf *unmittelbare* Konventionsverletzungen zu beschränken, während die Rüge der *(mittelbaren)* Mißachtung der konventionskonformen Auslegung im selben Verfahren anzubringen wäre, in dem die mangelnde Beachtung grundrechtlicher Anforderungen bei der Ausgestaltung der privat- oder strafrechtlichen Rechtsprechung zu rügen ist[73]. Das Bundesgericht scheint dieser Unterscheidung zu folgen[74].

4. Verwaltungsbeschwerde

Wo keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist, kann nach Art. 72 lit. a–c und Art. 49 lit. a VwG im Prinzip Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat geführt werden[75]. Laut Art. 73 Abs. 1 lit. b VwG[76] ist die Verwaltungsbeschwerde gegen Verfügungen letzter kantonaler Instanzen und gegen kantonale Erlasse wegen Verletzung von Bestimmungen über Freizügigkeit und Niederlassung in Staatsverträgen zulässig. Wenn die Schweiz das *Protokoll Nr. 4* zur Europäischen Menschenrechtskonvention ratifizierte, so ergäben sich hier Probleme. Die Sacheinheit mit

[72] BGE 99 Ia 83; 101 Ia 70; 102 Ib 166, speziell zur EMRK 103 V 192, 104 1b 24.

[73] Müller, a.a.O. (Anm. 23), S. 390, 392. Vgl. auch Haller, a.a.O. (Anm. 23), S. 530–531; Trechsel, a.a.O. (Anm. 23), S. 163–167.

[74] Jedenfalls ließ es in zwei Nichtigkeitsbeschwerden Berufungen auf die EMRK zu, BGE 104 IV 93, 102 IV 153. In BGE 101 IV 254 entschied es, die Anklagekammer sei in der Regel nicht zuständig zur Behandlung von Beschwerden gegen den Bundesanwalt wegen Verletzung der EMRK.

[75] Im Rahmen von Art. 46 und 74 VwG. In Art. 73 Abs. 1 lit. c VwG wird ein engerer Bundesrechtsbegriff verwendet, BGE 99 Ia 82. Vgl. VPB 42/I, 1978, Nr. 56 für die erfolglose Anrufung der EMRK in einer Aufsichtsbeschwerde.

[76] In Verbindung mit Art. 72 lit. d VwG, unter Vorbehalt von Art. 73 Abs. 2 VwG.

den eigentlichen, bi- und multilateralen Niederlassungsverträgen spräche für Zulässigkeit der Verwaltungsbeschwerde. Wollte man demgegenüber die materielle Verbindung mit der übrigen Konvention in den Vordergrund rücken, so müßte man wohl Art. 73 Abs. 1 lit. b VwG ausdrücklich ändern.

C. Spezifische Aspekte der Konventionsanwendung durch das Bundesgericht

1. Anwendung von Amtes wegen

Die *Konventionsorgane* prüfen Rechts- und Sachfragen *ex officio* und halten sich für berechtigt, auch nicht vor ihnen angerufene Bestimmungen zur Prüfung von Beschwerden heranzuziehen[77]. Art. 90 Abs. 1 lit. b OG verlangt demgegenüber die *Begründung* einer staatsrechtlichen Beschwerde. Zu erwägen wäre immerhin die Ansetzung einer *Nachfrist* zur Nachholung einer unvollständigen Begründung analog zu Art. 108 Abs. 3 OG.

1977 bemerkte das *Bundesgericht,* die bloße Anrufung eines Konventionsartikels sei keine ausreichende Begründung; allerdings wäre der Artikel *in casu* nicht verletzt gewesen[78]. 1978 ging es einen Schritt weiter und führte aus, es sei «fraglich, ob das Bundesgericht eine Verletzung der EMRK nicht von Amtes wegen korrigieren müßte»[79]. Die Frage brauche deswegen nicht entschieden zu werden, weil keine Konventionswidrigkeit vorliege.

2. Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges

Im Urteil *Diskont- und Handelsbank AG c. Fides Treuhand-Vereinigung, Tino AG und Handelsgericht des Kantons Zürich* entschied das Bundesgericht, die Berufung auf Rechte und Freiheiten der Europäischen Menschenrechtskonvention sei mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmä-

[77] Dazu oben 2. Kapitel II C, besonders die in Anm. 39–40 zitierten Entscheide, S. 289.

[78] Unveröffentlichter BGE vom 29.6.1977 i.S. *B. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich,* S. 3.

[79] Unveröffentlichter BGE vom 26.4.1978 i.S. *O.F. c. Generalprokurator und Anklagekammer des Obergerichts des Kantons Bern,* S. 10, auszugsweise wiedergegeben in SJIR 34, 1978, S. 172, 205–207. Im gleichen Sinne schon MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 392–394.

ßiger Rechte der Bürger gemäß Art. 84 Abs. 1 lit. a OG und nicht wegen Verletzung von Staatsverträgen gemäß Art. 84 Abs. 1 lit. c OG geltend zu machen[80]. Praktisch ist dies hochbedeutsam, weil so der *kantonale Instanzenzug in der Regel laut Art. 86 Abs. 2 OG zu erschöpfen* ist, während dies bei der Staatsvertragsbeschwerde nach Art. 86 Abs. 3 OG nicht erforderlich ist.

Das Bundesgericht berief sich auf den «verfassungsrechtlichen Inhalt» der Konventionsgarantien und «die enge inhaltliche Beziehung zwischen den verfassungsmäßigen und den von der Konvention geschützten Rechten»[81]. Es befürchtete zudem, mit staatsrechtlichen Beschwerden gegen kantonale Entscheide und Verfügungen in einem Ausmaß überflutet zu werden, das seine Funktionsfähigkeit in Frage gestellt hätte[82]. Die Einheit der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu den Grundrechten wäre in sachlich nicht begründbarer Weise zerrissen worden in privilegierte Konventions- und «zweitrangige» andere Gewährleistungen. Dies widerspräche aber der Natur der Konvention als eines objektiven, subsidiären Mindeststandards, der andere verfassungsmäßige Rechte nicht schmälern will[83].

Art. 26 EMRK verlangt auf der *Ebene der Konvention* die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtszuges («voies de recours internes», «domestic remedies»), ehe die Kommission mit Beschwerden befaßt werden kann[84]. Ebenso setzt das Völkergewohnheitsrecht für die *Ausübung des diplomatischen Schutzes* die vorherige Ausschöpfung der landesrechtlichen Rechtsmittel vor-

[80] BGE 101 Ia 67. Die Idee zu diesem Vorgehen stammt von Bundesrichter André Grisel, Juridiction constitutionnelle de demain, ZBl 72, 1971, S. 209–225 (213). Vgl. die im Ergebnis alle zustimmenden Kommentare von Hans Huber in ZbJV 113, 1977, S. 1–3; Malinverni, a.a.O. (Anm. 19), S. 18–22; Müller, a.a.O. (Anm. 23), S. 395–398.

[81] BGE 101 Ia 69, vgl. oben II, S. 330.

[82] Der Bundesrat hatte 1974 zusammen mit der Ratifikation der EMRK eine Änderung des OG vorgeschlagen, wonach bei Konventionsverletzungen der kantonale Instanzenzug zu erschöpfen sei, BBl 1974 I, S. 1058–1060. Die vorbereitende Kommission des Nationalrates beschloß am 11. 9. 1974, die vorgeschlagene Gesetzesänderung zurückzuweisen, vor allem zur Prüfung, ob nicht für alle Arten von Staatsverträgen die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges verlangt werden solle. Daneben spielte wohl auch die Überlegung eine Rolle, daß man im Moment, wo die Ratifikation der EMRK keinem Referendum zu unterstellen war (cf. oben I, S. 327), nicht noch ein Referendum zu einer OG-Änderung riskieren wollte. Das Plenum und der Ständerat folgten diesem Beschluß, Amtl.Bull.NR 1974, S. 1503–1504.

[83] Oben 2. Kapitel II E, S. 292.

[84] Oben 2. Kapitel IV A, S. 307.

aus. Dies aus verschiedenen Gründen[85]: Dem beklagten Aufenthaltsstaat soll Gelegenheit geboten werden, allfällige völkerrechtswidrige Handlungen oder Unterlassungen selbst wiedergutzumachen. Seine Souveränität ist zu achten. Die nationalen Gerichte können im Prinzip die Verhältnisse besser beurteilen als internationale Instanzen. Ausländer haben sich der Rechtsordnung und den Gerichten des Aufenthaltstaates mit dem Betreten seines Bodens von vornherein unterworfen. Die Erschöpfung des Instanzenzuges vermindert die Geltendmachung internationaler Ansprüche und damit die Entstehung von Konflikten. Der diplomatische Schutz füllt erst subsidiär Lücken des landesrechtlichen Rechtsschutzsystems aus. Schließlich wird auch der klagende Heimatstaat entlastet, indem ein verletzter Einzelner zuerst versuchen soll, seinen Anspruch aus eigener Kraft im innerstaatlichen Verfahren durchzusetzen.

Für den in den Art. 86–87 OG vorgesehenen *Grundsatz der Erschöpfung des kantonalen Instanzentzuges* lassen sich – mutatis mutandis – *ähnliche Erwägungen* anführen. Im Vordergrund steht hier allerdings die Entlastung des Bundesgerichts. Ferner können die kantonalen Gerichte Tatfragen besser überprüfen als das Bundesgericht. Die Überlegung, einem Kanton solle zur Schonung seiner Autonomie zuerst die Möglichkeit geboten werden, die bundesrechtswidrigen Handlungen oder Unterlassungen seiner Organe zu korrigieren, tritt demgegenüber eher in den Hintergrund. Dennoch führen auch die der Analogie zum Völkerrecht entnommenen Erwägungen zur Stützung des vom Bundesgericht erzielten Ergebnisses.

Das Bundesgericht hat es unterlassen, zu prüfen, ob nicht *andere völkerrechtliche Verträge ebenso verfassungsrechtlichen Inhalt haben* könnten. Zu denken wäre hier etwa an die Grundrechtsgehalte und Gleichbehandlungsklauseln von Handels-, Freundschafts- und Niederlassungsverträgen, die Eigentumssicherungen in Investitionsverträgen, die internationale Arbeits- und Sozialrechtskodifikation in den Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation und in der Europäischen Sozial-

[85] Affaire de l'Interhandel, C.I.J. Rec. 1959, S. 27, 45; EDWIN M. BORCHARD, The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, New York 1915, S. 817–818; IAN BROWNLIE, Principles of Public International Law, 2. Aufl., Oxford 1973, S. 482–483; GEORG DAHM, Völkerrecht, Bd. 3, Stuttgart 1961, S. 261–262; THOMAS HAESLER, The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals, Leyden 1968, S. 23–27, 73–75.

charta, sowie natürlich an die Menschenrechtspakte und die Rassendiskriminierungskonvention der UNO[86]. Speziell bei der Europäischen Sozialcharta und den UNO-Pakten wäre die Fragestellung bedeutsam, zugleich aber auch rechtlich und politisch äusserst heikel.

3. Staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzungen von Art. 4 BV und der Konvention

Die Expertenkommission zur Prüfung der Revision der Vorschriften über die staatsrechtliche Beschwerde schlug in ihrem Bericht von 1972 vor, *staatsrechtliche Beschwerden wegen Verletzung des Diskriminierungsverbotes von Art. 14 EMRK gleich zu behandeln wie Beschwerden aus Art. 4 BV*. Namentlich sollte für sie auch die Beschränkung der Zulässigkeit der Anfechtung von Zwischenentscheiden letzter kantonaler Instanzen nach Art. 87 OG gelten[87]. Der Bundesrat übernahm diesen Vorschlag zu Recht nicht.

Schon aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß die Aufnahme eines allgemeinen Gleichheitsgebotes mehrmals verworfen wurde[88]. Sie schien unvereinbar mit dem Auswahlcharakter und der beschränkten Zielsetzung der Konvention, zunächst nur einzelne, besonders wichtige Menschenrechte zu garantieren. Nach der heutigen, speziell durch den *belgischen Sprachenstreit* und den Fall des «*Syndicat national de la police belge*» erhärteten Praxis hat Art. 14 EMRK insofern keine unabhängige Existenz und ist akzessorisch, als er sich nur auf die in der Konvention gewährleisteten Rechte bezieht[89]. Trotzdem kann eine Handlung oder Unterlassung, die in sich selbst den Anforderungen der Art. 2–13 EMRK oder des Ersten oder Vierten Zusatzprotokolls entspricht, in Verbindung mit Art. 14 EMRK diskriminierend und mithin konventionswidrig sein. Jedenfalls sollten für Art. 14

[86] Oben 1. Kapitel III B 4–6, C 5, S. 254, 271.

[87] Bericht zur Revision der Vorschriften über die staatsrechtliche Beschwerde vom 1. 6. 1972 (hektographiert), S. 15–16.

[88] Junod, a.a.O. (Anm. 1), S. 110; Karl Josef Partsch, Die Rechte und Freiheiten der EMRK, Berlin 1966, S. 90–91. Ferner allgemein Marc-André Eissen, L'«autonomie» de l'art. 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission, in: Mélanges Polys Modinos, Paris 1968, S. 122–145; James E. S. Fawcett, The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1969, S. 232–244.

[89] Vgl. oben 2. Kapitel II B und die in Anm. 30 zitierten Urteile und Autoren, sowie II F 3, S. 286, 299.

EMRK dieselben verfahrensrechtlichen Regeln wie für die übrigen Konventionsgarantien gelten. *Eine Gleichstellung von Art. 4 BV und Art. 14 EMRK ließe sich nicht rechtfertigen*[90].

Beschwerden wegen Konventionsverletzungen sind somit allgemein gegenüber letztinstanzlichen Zwischenentscheiden zulässig, und die Beschränkung des Art. 87 OG gilt für sie nicht. Das Bundesgericht fordert freilich zu Recht, «daß die zusätzliche Rüge der Verletzung der EMRK neben der Rüge der Verletzung von Art. 4 BV selbständige Bedeutung hat», «und daß ferner die zusätzliche Rüge nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist»[91].

4. Legitimation

Im unveröffentlichten Urteil *Bachofner* entschied das Bundesgericht 1977, die Legitimation zur Rüge einer Konventionsverletzung beurteile sich nach der allgemeinen Regel von Art. 88 OG[92]. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention wird also nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges, sondern noch unter anderen Aspekten der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger gleichgestellt.

5. Anfechtung von Vollzugsverfügungen

Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann bei einzelnen, besonders persönlichkeitsbezogenen Grundrechten staatsrechtliche Beschwerde auch gegenüber bloßen Vollzugs- oder Bestätigungsakten geführt werden, selbst wenn die zugrunde liegende Verfügung nicht angefochten wurde. Das ist der Fall bei der persönlichen, der Glaubens- und Gewissens-, der Ehe- und der Niederlassungsfreiheit, sowie den Verboten des Schuldverhafts und der körperlichen Strafen[93]. JÖRG PAUL MÜLLER hat die Ansicht geäußert, daß dieser Regel inskünftig alle Konventionsrechte unterstehen würden[94]. Dies scheint mir zu weit zu gehen,

[90] So auch BGE 102 Ia 204.

[91] BGE 102 Ia 199–200.

[92] Unveröffentlichter BGE vom 27.10.1977 i.S. *H.R. Bachofner c. Kantonsrat des Kantons Zürich,* SJIR 34, 1978, S. 172.

[93] BGE 100 Ia 296; 97 I 916; 95 I 237; 93 I 351; 88 I 267; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1976.

[94] MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 398–399.

weil man in den Fällen, in denen der Betroffene es unterlassen hat, die zugrunde liegende Verfügung anzufechten, ihm vorwerfen könnte, daß er die Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges unterlassen habe.

V. Innerstaatliche Wirkungen der Entscheide der Konventionsorgane

Die *Menschenrechtskommission* trifft nur bei der Prüfung der Zulässigkeit von Beschwerden eigentliche Entscheide, und zwar über die Eintretensfrage. Ihrem abschließenden Bericht kommt hingegen mehr der Charakter eines Entscheidantrages zu. Die Konvention legt somit die formale Verantwortung für materielle Endentscheide in die Hände des *Gerichtshofes* und des *Ministerkomitees*[95]. Diese Endentscheide haben aber *keinen Suspensiveffekt* und hindern nationale Verfügungen und Gerichtsurteile nicht daran, in Rechtskraft zu erwachsen. *Ebensowenig* vermögen sie *kassatorische Wirkungen* zu entfalten und die Nichtigkeit landesrechtlicher Hoheitsakte zu bewirken[96].

A. Konventionswidrige Rechtssätze

Wenn Rechtssätze des Bundes oder der Kantone als konventionswidrig beurteilt werden, so ist die Schweiz verpflichtet, ihre Rechtsordnung so umzugestalten, daß den Geboten der Konvention nachgelebt wird. *Erlasse des Bundes* wären entsprechend zu ändern. Infolge des Übergesetzesranges der Konvention könnte das Bundesgericht ohnehin im Anwendungsfall (aber nicht abstrakt!) den Entscheiden der Konventionsorgane Beachtung verschaffen[97]. *Gesetze und Verordnungen der Kantone* wären als nichtig zu betrachten, kraft der derogatorischen Kraft der als

[95] Dazu oben 2. Kapitel IV B–D, F, S. 308, 312.

[96] Vgl. oben 2. Kapitel IV F, S. 312, und die in Anm. 114 zitierte Literatur. Für die Schweiz speziell MALINVERNI, a.a.O. (Anm. 19), S. 37–47; MÜLLER, a.a.O. (Anm. 23), S. 403–405; DIETRICH SCHINDLER, Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der europäischen Menschenrechtsorgane, in: Festschrift Max Guldener, Zürich 1973, S. 273–290; LUZIUS WILDHABER, Rechtsgutachten an das Eidg. Politische Departement vom 19. 1. 1973 über die Partialrevision des OG im Fall der Ratifikation der EMRK (hektographiert).

[97] Dazu oben II A, IV A, S. 329, 342.

Bundesrecht geltenden Konvention und der durch konventionskonforme Auslegung ins Landesrecht einfließenden Praxis der Konventionsorgane. Bei *Kantonsverfassungen* müßte die Bundesversammlung erforderlichenfalls auf ihren Gewährleistungsbeschluß zurückkommen[98].

B. Konventionswidrige Verwaltungsakte

Verwaltungsakte, die als konventionsverletzend gewertet würden, müßten zugunsten des Betroffenen abgeändert oder aufgehoben werden. Aller Regel nach sollte dies zu keinen besonderen Problemen führen. Auch wenn die meisten Verwaltungsakte infolge des Erfordernisses der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges durch Bundesgerichtsentscheid bestätigt werden, bleibt ihre Abänderung zugunsten der Beschwerdeführer im Prinzip zulässig[99].

C. Konventionswidrige Gerichtsurteile

Die allfällige Feststellung der Konventionswidrigkeit von innerstaatlichen Gerichtsurteilen bewirkt nicht ihre Aufhebung. Wie die völkerrechtlichen Gerichts- und Schiedsinstanzen ganz allgemein sollen auch die Konventionsorgane die Unabhängigkeit der nationalen Gerichte und die Rechtskraft ihrer Urteile ungeschmälert lassen. Die Feststellung einer Konventionsverletzung entfaltet demnach keine kassatorischen Wirkungen, sondern zieht die *Wiedergutmachungspflicht des allgemeinen Völkerrechts* nach sich.

Die Vertragsstaaten sind in erster Linie zur *Wiederherstellung des früheren Zustandes* verpflichtet, also etwa zum Widerruf oder

[98] Was zulässig ist, vgl. AUBERT, a.a.O. (Anm. 13), S. 220–221; BURCKHARDT, a.a.O. (Anm. 61), S. 70–71; REMO CEREGHETTI, Die Überprüfung der Kantonsverfassungen durch die Bundesversammlung und das Bundesgericht, Diss. Zürich 1956, S. 69–74; FLEINER/GIACOMETTI, a.a.O. (Anm. 13), S. 133.

[99] Dies betont SCHINDLER, Die innerstaatlichen Wirkungen, a.a.O. (Anm. 96), S. 282. Siehe allgemein BGE 103 Ia 514; 103 Ib 206, 244; 102 Ib 100; 101 Ib 320; 100 Ib 302; 99 Ia 454; 99 Ib 340, 461; 98 Ib 249; 97 I 753; 94 I 344; 88 I 227; ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970, S. 208–218; IMBODEN/RHINOW, a.a.O. (Anm. 13), Nr. 41; PETER SALADIN, Verwaltungsprozeßrecht und materielles Verwaltungsrecht, ZSR 94 II, 1975, S. 307–351 (332–337).

zur Änderung von Verwaltungsakten, falls zulässig auch zur Wiederaufnahme des Verfahrens trotz der Rechtskraft eines Gerichtsurteils[100]. Wo eine Naturalrestitution nicht möglich ist, verbleibt den Staaten die Pflicht zur Leistung einer «*gerechten Entschädigung*» (Art. 50 EMRK). In den Fällen *Ringeisen* und *Neumeister* hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine solche Entschädigung zugesprochen, in den *belgischen Landstreicherfällen* und in den Urteilen *Golder, Engel, Irland c. Grossbritannien* und *Tyrer* hingegen darauf verzichtet[101].

Da der Bund die Schweiz in ihren auswärtigen Beziehungen vertritt und die völkerrechtliche Verantwortung für Handlungen oder Unterlassungen der Kantone und Gemeinden zu tragen hat[102], wäre der Entschädigungsanspruch im Gefolge eines Urteils des Gerichtshofes nach Art. 50 EMRK oder eines Entscheides des Ministerkomitees gegen den *Bund als Schuldner* zu richten.

Dietrich Schindler hat bemerkt, daß eine Wiederaufnahme des Verfahrens in der Regel unzulässig sein werde, weil als *Revisionsgrund* meist nur die nachträgliche Entdeckung neuer Tatsachen und Beweismittel gelte. Bei den Entscheiden der europäischen Menschenrechtsinstanzen handle es sich aber bloß um eine neue rechtliche Beurteilung. Deswegen sei eine Verfassungs- oder Gesetzesänderung zu prüfen, wonach den Entscheiden der Konventionsorgane direkte, innerstaatliche Wirkung zukomme, oder das Bundesgericht ihnen solche Wirkung verleihen könne, oder ein europäischer Entscheid als Revisionsgrund zu gelten habe[103].

Der Vorschlag einer *Verfassungsänderung* wäre wohl angesichts der relativen Unwichtigkeit und der technischen Natur des

[100] Dazu speziell oben 2. Kapitel IV C, S. 310. Ferner Schindler, a.a.O. (Anm. 96), S. 275–286, und allgemein Helmut Urbanek, Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechtsverletzenden nationalen Urteil; seine Behandlung durch internationale Gerichte, ÖZöR 11, 1961, S. 70–118.

[101] Vgl. im einzelnen 2. Kapitel IV F und die in Anm. 91 aufgeführten Urteile des Gerichtshofes, S. 314.

[102] Ivan Bernier, International Legal Aspects of Federalism, London 1973, S. 83–120; Wildhaber, a.a.O. (Anm. 21), S. 266–272; id., Die völkerrechtlichen Wirkungen von Verträgen, welche die bundesstaatliche Kompetenzverteilung einer Bundesverfassung verletzen, SJIR 24, 1967, S. 161–172.

[103] Schindler, a.a.O. (Anm. 96), S. 287–289. Ähnlich wie im Text Junod, a.a.O. (Anm. 1), S. 163–164; Malinverni, a.a.O. (Anm. 19), S. 42–45; Müller, a.a.O. (Anm. 23), S. 404–405.

Problems eher unverhältnismäßig. Aber es wäre zweifellos wünschenswert, entweder die einschlägigen *Gesetzesgrundlagen* in Bund und Kantonen zu ändern[104], oder die Gerichte zu ermutigen, ihre *Praxis so anzupassen,* daß die Feststellung einer Konventionsverletzung in einem veröffentlichten Bericht der Kommission oder einem Entscheid des Gerichtshofs oder des Ministerkomitees als neue Tatsache und Beweismittel (z.B. im Sinne von Art. 137 lit. b OG oder von Art. 66 Abs. 2 lit. a VwG) gewürdigt wird.

D. Rechtskraftswirkungen

In einem belgischen Auslieferungsfall hatte die Europäische Menschenrechtskommission eine Berufung auf Art. 3 EMRK als offensichtlich unbegründet erachtet. Mit einem gleichlautenden Begehren befaßt, befand der belgische Staatsrat 1978 in *J. Rodriguez-Martinez c. Etat belge,* daß eine Zulässigkeitsentscheidung der Kommission vor nationalen Instanzen keine Rechtskraftswirkung, aber eine erhebliche Überzeugungskraft habe[105]. In *De Wilde c. Etat belge* erkannte das Gericht Erster Instanz in Brüssel hingegen 1976, dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den *belgischen Landstreicherfällen* komme in einem späteren innerstaatlichen Verfahren Rechtskraftwirkung zu[106]. Die belgischen Gerichte stellten offenbar auf den formellen Entscheidcharakter eines Spruches des jeweiligen Konven-

[104] Der Kanton Appenzell Außerrhoden hat in seiner neuen Strafprozeßordnung vom 30.4.1978 auf Vorschlag von ROBERT HAUSER einen neuen Art. 223 Ziff. 4 aufgenommen, der lautet wie folgt: «Ein durch Urteil, Strafverfügung, gerichtlichen Einstellungsbeschluß oder nachträgliche richterliche Anordnung rechtskräftig erledigtes Strafverfahren kann jederzeit wieder aufgenommen werden, wenn... 4. Der Entscheid einer internationalen Behörde es erfordert.» – Österreich sprach durch das Bundesgesetz über die Erneuerung von Berufungsverfahren in Strafsachen vom 27.3.1963 den Verurteilten das Recht zu, Revision schon aufgrund der Zulässigerklärung einer Beschwerde durch die Kommission zu verlangen, was zu weit geht, BGBl vom 5.4.1963, Nr. 18, S. 167, YBECHR 6, 1963, S. 804.

[105] Conseil d'Etat, IIIe chambre, 20.1.1978, Arrêt No. 18. 703, Administration publique 1978/79 t. 1, S. 56, EuGRZ 5, 1978, S. 220; YVES LEJEUNE, Extradition, Conseil d'Etat et autorité des décisions d'irrecevabilité de la Commission européenne des droits de l'homme, Administration publique 1978/79 t. 1, S. 56–66.

[106] Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 16.1.1976, Arrêt No. 31.553, YBECHR 19, 1976, S. 1118, EuGRZ 5, 1978, S. 221.

tionsorgans ab. Diese Beurteilung erscheint zutreffend und könnte in der Schweiz entsprechend übernommen werden.

E. Präjudizwirkungen

Laut Art. 53 EMRK übernehmen die Vertragsstaaten «die Verpflichtung, in allen Fällen, an denen sie beteiligt sind, sich nach der Entscheidung des Gerichtshofes zu richten». Die nationalen Gerichte, Parlamente und Verwaltungsbehörden sind danach *nur im konkreten Einzelfall gebunden*[107]. Daraus darf jedoch nicht der dem radikalen Dualismus verhaftete Schluß gezogen werden, der Rechtsprechung der Konventionsorgane komme in der innerstaatlichen Sphäre keine, nicht einmal präjudizielle Wirkung zu. Im Gegenteil: Dort wo (wie in der Schweiz) das Völkerrecht ohne spezifische Transformation in das Landesrecht einzufließen vermag, dort wird – kraft des Gebotes der konventionskonformen Auslegung und des Übergesetzesranges der Konvention – auch die gesamte europäische Konkretisierung der Menschenrechte mit dem gewichtigen Überzeugungswert von Präjudizien zuständiger Instanzen als Landesrecht oder wie Landesrecht zu berücksichtigen sein[108]. Das *Präjudizgebäude nimmt gewissermaßen an der völkerrechtlichen Verpflichtungskraft des Grundvertrages teil.* Innerstaatliche Instanzen sollen darauf zurückgreifen aus Gründen der Praktikabilität, des «common sense», aber auch wegen der Autorität, welche den Konventionsorganen im Menschenrechtsfindungs- und -Konkretisierungsprozeß zugedacht ist, und welche ihren Erwägungen je nach der Durchschlagskraft ihrer Argumentation innezuwohnen vermag.

Man wird den Schweizer Gerichten und Behörden bescheinigen dürfen, daß sie im großen ganzen mit ernsthaftem Bemühen und kraft sorgfältiger Abklärung versucht haben, sich auf das Straßburger Konventionswerk auszurichten.

Im übrigen ist die Konvention nicht nur im Lichte der Entscheide von Gerichtshof und Kommission auszudeuten. Vielmehr gilt es auch, die Ausführungen der *am besten qualifizierten*

[107] Vgl. Thomas Buergenthal, The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States, in: ICLQ Supp. Publ. No. 11, 1965, S. 79–106 (100–105); Christoph Schreuer, The Authority of International Judicial Practice in Domestic Courts, ICLQ 23, 1974, S. 681–708.

[108] So C. Wilfred Jenks, The Prospects of International Adjudication, London/Dobbs Ferry 1964, S. 690. Cf. BBl 1977 I, S. 1135, SJIR 34, 1978, S. 173.

Autoren heranzuziehen, die *Urteile anderer europäischer Gerichte* zu erwägen und – analog dem Vorgehen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften in Luxemburg[109] – die *gemeinsamen Grundrechtstraditionen der europäischen Vertragsstaaten rechtsvergleichend* zu berücksichtigen. Mit einer gewissen Zurückhaltung können auch die *Texte anderer, vergleichbarer, internationaler Verträge* zum Menschenrechtsschutz *und die darauf aufgebaute Praxis* anderer, universeller oder regionaler Kontrollinstanzen herangezogen werden[110]. Dabei ist freilich die Einzigartigkeit und der gewollte, spezifisch hohe Wirkungsgrad der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht außer acht zu lassen. Die «internationale Rechtsvergleichung» mit anderen Menschenrechtspakten darf nicht dazu führen, daß die Gehalte der Konvention herabgemindert und auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner verwässert werden. Art. 60 EMRK bezweckt ein Günstigkeitsprinzip und nicht einen «Ungünstigkeitseffekt»[111].

VI. Reaktionen und Konkretisierungen der Schweizer Behörden und Gerichte

Der Bundesrat hat in seinem Bericht über die Europäische Menschenrechtskonvention vom 9. Dezember 1968 ausführlich und äußerst sorgfältig und nüanciert Übereinstimmungen und Divergenzen zwischen Schweizer Rechtsordnung und Konvention dargestellt[112]. Im Ergänzungsbericht vom 23. Februar 1972[113] und der Botschaft vom 4. März 1974[114] hat er diese Überprüfung

[109] Vgl. 1. Kapitel III C 6 und 2. Kapitel V D, S. 274, 323.

[110] Dazu allgemein die Übersicht des 1. Kapitels; ferner neuestens TORKEL OPSAHL, The European Convention on Human Rights in Relation to Other International Instruments for the Protection of Human Rights. Substantive Rights, Report to the Athens Colloquy on Human Rights, C.E. Doc. H/Coll. (78) 8, 1978. Im Bereich von Art. 11 EMRK, siehe LUZIUS WILDHABER, Zum Fall des «Syndicat national de la police belge», Die Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Freiburg i. Ue. 1977, S. 382–385; im Bereich von Art. 2 ZP, ID., To What Extent Has the Right to Education Undergone an Evolution?, Report to the 4th Int'l Colloquy about the European Convention on Human Rights in Rome, C.E. Doc. H/Coll. (75) 4, 1975, S. 12, 16, 26.

[111] Vgl. 2. Kapitel II E, S. 292.

[112] BBl 1968 II, S. 1057–1181.

[113] BBl 1972 I, S. 989–1000. Nachdem die Räte diesem Bericht zugestimmt hatten, unterzeichnete der Bundesrat die EMRK am 21. 12. 1972.

[114] BBl 1974 I, S. 1035–1098.

weitergeführt. In der Lehre sind etliche Studien erschienen, welche in sehr verdienstlicher Weise die Abklärungen der Verwaltung vertieft haben[115]. Im Rahmen des vorliegenden Berichtes soll darauf verzichtet werden, die Ergebnisse aller dieser Untersuchungen im einzelnen zu kommentieren. Stattdessen sollen ohne wertende Stellungnahme die bisherigen, konkreten Auswirkungen der Konvention anhand der Praxis der Bundesversammlung, des Bundesrates und der Schweizer Gerichte knapp und übersichtsartig dargelegt werden.

A. Vorwirkungen[116]

Seit 1971 ließ das Bundesgericht gewisse Konventionsgehalte in seine Rechtsprechung einfließen[117]. Es bezog sich bereits vor der Ratifikation auf einzelne Rechte und Freiheiten der Konvention und billigte ihnen eine Art «*reflexartige Vorwirkung*» zu, insofern sie geeignete Elemente bei der Grundrechtskonkretisierung bildeten. Sie zeigten dem Richter die Richtung, auf die er sich bei der Fortbildung und Ausschöpfung der Grundrechtsprogramme

[115] Siehe vor allem PETER BISCHOFBERGER, Die Verfahrensgarantien der EMRK (Art. 5 und 6) in ihrer Einwirkung auf das schweizerische Strafprozeßrecht, Diss. Zürich 1972; ROBERT HAUSER, Die Untersuchungshaft im Lichte des Verfassungsrechts und der Menschenrechtskonventionen, ZStrR 95, 1978, S. 225–273; BLAISE-FRANÇOIS JUNOD, La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, Diss. Neuchâtel 1969; HANS KAMMERMANN, Der Familiennachzug der ausländischen Arbeitskräfte, Diss. Zürich 1976; DOMINIQUE PONCET, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Genève 1977; MARTIN SCHUBARTH, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, Bern 1973; ID., Die Artikel 5 und 6 der Konvention, insbesondere im Hinblick auf das schweizerische Strafprozeßrecht, ZSR 94 I, 1975, S. 465–510; STEFAN TRECHSEL, Die EMRK, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozeßrechte, Bern 1974. – Siehe auch die parallele Arbeit von KURT MÜNGER, Bürgerliche und politische Rechte im Weltpakt der Vereinten Nationen und im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1973. – In Zukunft wird im SJIR regelmäßig eine Übersicht über die Praxis erscheinen. Siehe erstmals GEORGES MALINVERNI/LUZIUS WILDHABER, Schweizerische Praxis zur EMRK 1977, SJIR 34, 1978, S. 167–224.

[116] Dazu OTTO K. KAUFMANN, Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte, in: St. Galler Festgabe 1965, Bern 1965, S. 245–262; HEINRICH B. REIMANN, La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Suisse, RDH 8, 1975, S. 407–416.

[117] BGE 97 I 51; 98 Ia 235, 238; 99 Ia 556, 744; 100 Ia 401, 411; 101 Ia 58. Vgl. auch neuestens BGE 103 Ia 524.

hinbewegen sollte. So schufen sie ein Klima, das zu einer Aktivierung der Rechtsprechung im Sinne der Konventionsgarantien aufrief. In dieser Bezugnahme auf die Konvention als «*europäische zweite Sicherungsfront*» noch vor erfolgter Ratifikation liegt ein beachtliches Zeugnis richterlicher Aufgeschlossenheit – eine Vorahnung der konventionskonformen Auslegung.

Zugleich bemühten sich Gesetzgeber und Exekutive, die schweizerische Rechtsordnung derart der Europäischen Menschenrechtskonvention anzupassen, daß eine Ratifikation möglich werden sollte. Der Beitrag der Konvention zur *Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts* 1971[118] und zur *Abschaffung der konfessionellen Ausnahmeartikel* 1973[119] ist kaum zu quantifizieren. Das Verschwinden dieser beiden rechtsstaatlichen Anomalien wurde vielleicht mitbeschleunigt durch die Erkenntnis, daß die Solidarität in einem demokratischen, freiheitlichen Europa keine Kompromisse im elementaren Menschenrechtsschutz mehr duldete.

Der Bundesrat bezog sich in seinen Botschaften zur Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich der Adoption und des Kindesverhältnisses, zum Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht und zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes auf Erfordernisse der Konvention, und die Bundesversammlung übernahm – außer beim Vorschlag, die Adoption dem Richter zu übertragen[120] – diese Konzeption. Damit wurde ein reibungsloser Übergang zu den rechtsstaatlichen Geboten der Konvention ermöglicht.

B. Einzelfälle von Gesetzesänderungen

1. Kindesverhältnis

Bei der Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich des Kindesverhältnisses beantragte der Bundesrat 1974 (im Hinblick auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK), die Unterhaltsklage des Kindes gegen seine Eltern dem Richter zu übertragen, sowie gegen die von

[118] BBl 1970 I, S. 61, 62–63, 95. Vgl. schon BBl 1968 II, S. 1127–1128, 1142–1143; 1972 I, S. 995.

[119] BBl 1972 I, S. 105, 146–147, 158–159; cf. BBl 1968 II, S. 1116, 1142; 1972 I, S. 995.

[120] Zur Adoption, BBl 1971 I, S. 1200, 1237–1238; Amtl.Bull.NR 1972, S. 609–617; StR 1971, S. 726–732; 1972, S. 396–398. Zu den anderen drei Fällen vgl. unten B 1–3, S. 358–359.

einer vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde angeordnete Entziehung der elterlichen Gewalt die Weiterziehung an den Richter vorzubehalten[121]. Die Bundesversammlung übernahm diese Vorstellungen in das Gesetz von 1976[122].

2. Verwaltungsstrafrecht

In der Botschaft zum Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht schlug der Bundesrat 1971 vor, im Bundesstrafprozeß die (Art. 5 Ziff. 4 EMRK entsprechende) Möglichkeit zu eröffnen, daß der verhaftete Beschuldigte gegen die Abweisung eines Haftentlassungsgesuches bei der Anklagekammer des Bundesgerichts Beschwerde führen könne[123]. Die Änderung trat unmittelbar nach der Ratifikation der Konvention in Kraft[124].

3. Betäubungsmittelgesetz

Der Entwurf zur Änderung des Betäubungsmittelgesetzes sah gewisse, (durch Art. 5 Ziff. 4 EMRK gebotene) Verfahrensgarantien vor für Fälle der Hospitalisierung betäubungsmittelabhängiger Personen durch Verwaltungsbehörden[125]. Jeder Zwangshospitalisierte soll das Recht erhalten, den Richter ohne Verzug über die Rechtmäßigkeit der Hospitalisierung entscheiden zu lassen. Diese Neuregelung trat 1975 in Kraft[126].

4. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

Der zur Zeit in den eidgenössischen Räten in Beratung befindliche Entwurf eines Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen regte 1976 an, die Beschwerdemöglichkeiten in Strafsachen (gemäß Art. 5 EMRK) zu erweitern, speziell mittels der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht[127].

[121] Botschaft vom 5.6.1974, BBl 1974 II, S. 1, 59, 85, 121, 129.
[122] BG vom 25.6.1976, in Kraft seit 1.1.1978, SR 210, Art. 279 und 314 Ziff. 1.
[123] Botschaft vom 21.4.1971, BBl 1971 I, S. 993, 1001, 1017, 1062. Cf. BBl 1974 I, S. 1041.
[124] BG vom 22.3.1974, in Kraft seit 1.1.1975, SR 312.0, Art. 52 Abs. 2. Vgl. BGE 101 IV 254.
[125] Botschaft vom 9.5.1973, BBl 1973 I, S. 1348, 1365–1366. Cf. BBl 1974 I, S. 1041, vor allem neuestens BBl 1977 III, S. 48.
[126] BG vom 20.3.1975, in Kraft seit 1.8.1975, SR 812.121, Art. 15 b Abs. 2.
[127] Botschaft vom 8.3.1976, BBl 1976 II, S. 444, 456–459, 480–481, 495–498, Art. 14, 21–22; cf. BBl 1974 I, S. 1041.

5. Fürsorgerische Freiheitsentziehung

Bei der Ratifikation der Konvention brachte die Schweiz einen *Vorbehalt zu Art. 5 EMRK* an, wegen der kantonalen Gesetze, welche die Versorgung gewisser Kategorien von Personen durch Entscheid einer Verwaltungsbehörde gestatteten, und wegen des kantonalen Verfahrensrechts über die Unterbringung von Kindern und Mündeln in einer Anstalt nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über die elterliche Gewalt und die Vormundschaft[128]. Anfangs 1977 legte der Bundesrat dann eine Botschaft vor, die beantragt, inskünftig für die fürsorgerische Freiheitsentziehung eine abschließende, konventionskonforme Regelung im Zivilgesetzbuch zu schaffen[129]. Die Annahme dieser Regelung soll es der Schweiz zugleich ermöglichen, den Vorbehalt zu Art. 5 EMRK durch einfachen Bundesbeschluß zurückzuziehen. Die Referendumsfrist für die Gesetzesänderung ist am 15. Januar 1979 unbenutzt abgelaufen; das Gesetz soll auf Ende 1980 in Kraft gesetzt werden[130].

6. Militärstrafgesetz und Militärstrafgerichtsordnung

Als Reaktion auf den Entscheid *Engel* des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und die öffentliche Beratung des Bundesgerichtsentscheids *Herbert Eggs c. Oberauditor der Armee und EJPD*[131] beantragte der Bundesrat im März 1977 eine Gesetzesänderung auf dem Wege des dringlichen Bundesbeschlusses, wonach Entscheide über Disziplinarbeschwerden an die Großrichter der Divisionsgerichte weiterzuziehen wären[132]. Der Nationalrat und ihm folgend der Ständerat beschlossen jedoch Rückweisung dieses Antrages. Unmittelbar nach der ersten Botschaft legte der Bundesrat dem Parlament den Entwurf zur Änderung des Militärstrafgesetzes und zur Totalrevision der Militärstrafgerichtsordnung vor[133]. Die Bundesversammlung sollte im Frühjahr 1979 die Schlußabstimmung über diese Gesetze durchführen können. Sie werden in verschiedener Hinsicht An-

[128] AS 1974, S. 2148. Dazu BBl 1968 II, S. 1085–1088, 1095–1096, 1141; 1972 I, S. 994; 1974 I, S. 1043–1045.
[129] Botschaft vom 17.8.1977, BBl 1977 III, S. 1–63, SJIR 34, 1978, S. 188–201.
[130] BG vom 6.10.1978, BBl 1978 II, S. 863.
[131] Vgl. dazu im einzelnen oben III E, S. 340, mit den genauen Belegen. Ferner SJIR 34, 1978, S. 181–188.
[132] Botschaft vom 2.3.1977, BBl 1977 I, S. 1129–1146.
[133] Botschaft vom 7.3.1977, BBl 1977 II, S. 1–196.

passungen an die Erfordernisse der Konvention bringen, vor allem im Bereich der Verfahrensvorschriften, der Untersuchungsmaßnahmen, des Vollzugs von Disziplinarstrafen, sowie der Weiterzugsmöglichkeit von Arreststrafen an Richter mit voller Überprüfungskompetenz.

7. Asylgesetz

Im neuen, 1977 beantragten Asylgesetz soll die Familienvereinigung in einer Art. 8 EMRK entsprechenden Weise geregelt werden[134].

8. Ausländergesetz

Auch die vom Bundesrat 1978 vorgelegte Botschaft zu einem Ausländergesetz ist auf die Erfordernisse der Konvention abgestimmt[135]. So sollen die Grundrechte der Ausländer allgemein gewahrt werden, obwohl ihre politische Tätigkeit (in Übereinstimmung mit Art. 16 EMRK) polizeilichen Einschränkungen unterworfen bleiben soll[136]. Ausländer sollen beim Vollzug der Wegweisung oder Ausweisung (mit Rücksicht auf Art. 5 EMRK) nur auf Anordnung einer kantonalen richterlichen Behörde in Haft genommen werden dürfen. Internierungsverfügungen sollen unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unterliegen[137]. Die Frist für den Familiennachzug soll (in Anbetracht des Art. 8 EMRK) auf 12 Monate seit der Einreise vermindert werden[138].

C. Kasuistik der Rechtsprechung

1. Art. 2, Recht auf Leben

Art. 2 EMRK untersagt die Todesstrafe nicht allgemein[139]. Er gewährleistet für den Vollzug von Freiheitsstrafen und Maßnah-

[134] Botschaft vom 31.8.1977, BBl 1977 III, S. 105, 119–120, 144, Art. 6.
[135] Botschaft vom 19.6.1978, BBl 1978 II, S. 169, 180–181.
[136] BBl 1978 II, S. 185–186, 199–200, 238, Art. 3.
[137] BBl 1978 II, S. 188, 227, 229, 231–232, 254–255, 260–261, Art. 56, 60, 80.
[138] BBl 1978 II, S. 216–218, 248–249, Art. 41–42. Cf. schon BBl 1968 II, S. 1113–1114.
[139] BGE 100 Ia 413–414, *Thareau,* Semjud 97, 1975, S. 321, EuGRZ 2, 1975, S. 166.

men keinen über die persönliche Freiheit hinausgehenden Schutz[140].

2. Art. 3, Verbot von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung

Art. 3 EMRK gestattet im Strafprozeß nicht Vernehmungsmittel, welche die Freiheit der Willensentscheidung des Beschuldigten beeinträchtigen[141]. Im Strafvollzug gewährleistet Art. 3 EMRK keinen über die persönliche Freiheit hinausreichenden Schutz[142].

Die Einschränkungen der strengen Einzelhaft nach waadtländischem Recht, namentlich das Besuchsverbot und die Beschränkung des Rechts, frei mit seinem Anwalt zu verkehren, sind mit Art. 3 EMRK vereinbar[143].

3. Art. 4, Verbot der Sklaverei, Zwangs- oder Pflichtarbeit

Aufgrund der persönlichen Freiheit dürfen Untersuchungsgefangene während der Untersuchungshaft nicht zur Arbeit verpflichtet werden, was auch Art. 4 EMRK entspricht[144].

4. Art. 5, Recht auf Freiheit und Sicherheit, Schutz vor unrechtmäßigem Freiheitsentzug

a) Art. 5 Ziff. 1

Art. 5 EMRK gewährleistet nicht die persönliche Freiheit und die körperliche Unversehrtheit in gleich umfassender Weise wie die Bundesverfassung, speziell auch nicht einen Anspruch auf individuelle Haartracht im Militär[145].

Ein disziplinarischer Arrest gegenüber einem Gefangenen weicht in Art, Dauer, Wirkungen und Modalitäten des Vollzugs nicht so stark von den Lebensbedingungen ab, die für Gefangene üblicherweise gelten, als daß er als selbständiger Freiheitsentzug

[140] BGE vom 19.7.1976 in SJIR 33, 1977, S. 184, EuGRZ 3, 1976, S. 308.

[141] BGE 101 Ia 58–59, *X.*, Praxis 64, 1975, Nr. 229, SJIR 32, 1976, S. 116, Semjud 97, 1975, S. 577, EuGRZ 2, 1975, S. 504; BGE 103 Ia 306–307, *Bonzi,* Praxis 66, 1977, Nr. 219, SJIR 34, 1978, S. 178, EuGRZ 5, 1978, S. 16.

[142] BGE vom 19.7.1976, SJIR 33, 1977, S. 184, EuGRZ 3, 1976, S. 308.

[143] BGE 103 Ia 306–307, *Bonzi,* a.a.O. (Anm. 141). Vgl. auch SJIR 34, 1978, S. 180–181.

[144] BGE 97 I 51, *M. Denner,* Praxis 61, 1972, Nr. 108, JdT 1972 I, S. 4.

[145] Militärkassationsgericht vom 21.10.1977, *Sutter,* unveröffentlicht.

im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK gewertet werden müßte[146].

Vorzeitiger Strafantritt ist mit Art. 5 Ziff. 1 lit. a EMRK vereinbar, wenn die Zustimmung dazu aus eigenem, ungehindertem Willen erklärt wird[147].

Untersuchungshaft ist nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK zulässig bei Kollusions-, Flucht- und Wiederholungsgefahr[148].

b) Art. 5 Ziff. 3[149]

Art. 5 Ziff. 3 EMRK gebietet nicht nur, daß ein Inhaftierter innerhalb einer angemessenen Frist vor Gericht gestellt werden muß, sondern auch, daß er freizulassen ist, sobald kein hinreichender Grund mehr für seine Inhaftierung besteht. Die Abklärung, ob im konkreten Fall ein hinreichender Grund für eine Inhaftierung besteht, erfordert eine volle Überprüfung der angerufenen Haftgründe und der für eine Freilassung sprechenden Gesichtspunkte[150].

Art. 5 Ziff. 3 EMRK schreibt nur vor, daß ein Beschuldigter unverzüglich nach der Festnahme einem Richter oder einem gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Beamten vorgeführt wird. Hingegen besteht kein Anspruch auf eine weitere Vorführung, wenn nach Abschluß der Voruntersuchung oder nach der Anklageerhebung die Fortdauer der Untersuchungshaft in Form von Sicherheitshaft angeordnet wird[151].

Das nach Art. 5 Ziff. 3 EMRK zuständige Organ muß zu unparteilicher Entscheidung berufen sein, muß die nötige Fachkunde und Sachkompetenz besitzen, darf an keine Weisungen gebunden und nur dem Gesetz verpflichtet sein. Die Anhörung darf nicht durch die Polizei erfolgen. Nicht die organisatorische Stellung ist ausschlaggebend, sondern die auszuübende Funktion. Dies ergibt sich auch aus der unterschiedlichen Formulierung der Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK[152]. Demgemäß übt die

[146] BGE vom 19.7.1976 in SJIR 33, 1977, S. 184, EuGRZ 3, 1976, S. 307.

[147] BGE 104 Ib 26, *Rothenberger,* Praxis 67, 1978, Nr. 121.

[148] BGE 102 IV 155, *Tschanz,* Praxis 65, 1976, Nr. 202, JdT 1977 IV, S. 101; BGE vom 26.4.1978 in SJIR 34, 1978, S. 206.

[149] Zu Art. 5 Ziff. 2 EMRK vgl. BGE vom 26.1.1977 in SJIR 34, 1978, S, 205, EuGRZ 4, 1977, S. 107.

[150] BGE 102 Ia 382, *Burger,* Praxis 66, 1977, Nr. 5, SJIR 34, 1978, S. 202, EuGRZ 4, 1977, S. 25, JdT 1977 IV, S. 158; BGE vom 6.10.1976 in SJIR 33, 1977, S. 186–187; BGE vom 26.4.1978 in SJIR 34, 1978, S. 206–207.

[151] BGE vom 7.2.1979 i.S. *Z. c. Bezirksanwaltschaft Winterthur, Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich,* S. 4.

[152] BGE 102 Ia 180, *Schiesser,* Praxis 65, 1976, Nr. 191, SJIR 33, 1977, S. 177,

Zürcher Bezirksanwaltschaft im Verfahrensstadium der Untersuchung richterliche Funktionen im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 EMRK aus, umsomehr als die Funktionen der Untersuchungs- und Anklagekammer personell getrennt sind[153]. Auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt hat untersuchungsrichterliche Funktionen, obwohl dort keine durchgängige personelle Trennung zwischen dem untersuchungsleitenden und dem anklageerhebenden Staatsanwalt besteht[154].

c) Art. 5 Ziff. 4

Im Gegensatz zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK muß die zuständige Behörde nach Art. 5 Ziff. 4 EMRK ein richterliches, von der Exekutive und den Parteien unabhängiges Organ sein[155]. Art. 5 Ziff. 4 EMRK setzt einen aktuellen Freiheitsentzug voraus[156].

Im Anschluß an die unzulässig erklärte Individualbeschwerde *Lynas c. Schweiz*[157] eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement einen Meinungsaustausch mit dem Bundesgericht. Es schien zweifelhaft, ob die Regelung des Auslieferungsgesetzes[158] nicht insofern gegen Art. 5 Ziff. 4 EMRK verstoße, als die Anordnung der Auslieferungshaft durch die Polizeiabteilung nicht in allen Fällen vom Bundesgericht beurteilt werden könnte. Der Meinungsaustausch führte zum Ergebnis[159], daß über die im geltenden Auslieferungsrecht vorgesehenen Rechtsmittel hinaus inskünftig Einwendungen gegen die Auslieferungshaft beim Bundesgericht sollten vorgebracht werden können, und zwar mittels einer bei der Polizeiabteilung einzureichenden und von dieser weiterzuleitenden Einsprache an die staatsrechtliche Kammer des Bundesgerichts[160].

JdT 1977 IV, S. 94; BGE 102 Ia 383–386, *Burger,* a.a.O. (Anm. 150). Der *Schiesser-Fall* gelangte nach Straßburg, wurde von der Kommission am 12.7.1977 für zulässig erklärt (YBECHR 20, 1977, S. 574) und im Bericht vom 9.3.1978 mit 8:5 Stimmen als konventionsgemäß bezeichnet, EuGRZ 5, 1978, S. 309; er ist zur Zeit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte hängig.

[153] BGE 102 Ia 180–185, *Schiesser,* a.a.O. (Anm. 152); Zürcher Obergericht vom 28.8.1975 in BlZR 75, 1976, S. 177, SJIR 33, 1977, S. 182.

[154] BGE 102 Ia 383–386, *Burger,* a.a.O. (Anm. 150).

[155] BGE 102 Ia 182–183, *Schiesser,* a.a.O. (Anm. 152).

[156] BGE 101 IV 254, *W.,* SJIR 32, 1976, S. 90, JdT 1976 IV, S. 94.

[157] Kommissionsentscheid No. 7317/75 vom 6.10.1976, 6 D.R., 1977, S. 141.

[158] AuslG vom 22.1.1892, SR 353.0.

[159] Unveröffentlichte Korrespondenz vom 27.12.1976/28.1.1977/29.4.1977/9.5.1977.

[160] Nach Art. 2 Ziff. 5 des Bundesgerichtsreglementes vom 21.10.1944, SR 173.111.1.

d) Art. 5 Ziff. 5

Art. 5 Ziff. 5 EMRK gewährleistet dem Bürger keinen weitergehenden Anspruch als Art. 7 Abs. 3 der Zürcher Kantonsverfassung, wonach ungesetzlich Verhafteten vom Staat angemessene Entschädigung oder Genugtuung zu leisten ist[161].

5. Art. 6, Gebot eines fairen, öffentlichen und angemessen raschen Verfahrens, Minimalrechte Angeklagter

a) Art. 6 Ziff. 1

Das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierte «Gericht» muß ein richterliches, von der Exekutive und den Parteien unabhängiges Organ sein[162]. Anvisiert ist nur das materiell entscheidende Gericht, nicht auch dasjenige, das bloße Zwischenentscheide trifft, z. B. über Haftentlassungsgesuche[163]. Die schweizerischen Militärgerichte genießen eine rechtliche und faktische Unabhängigkeit, die sie als Gerichte im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erscheinen läßt[164].

Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist nicht auf Disziplinarstrafen anwendbar, jedenfalls solange die Strafe nach der Schwere des Eingriffs nicht als strafrechtliche Sanktion zu werten ist[165].

Aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt sich eine Begründungspflicht, der Genüge getan ist, wenn sich das Gericht zu den klar vorgebrachten und erheblichen Einwendungen geäußert hat. Besteht keine Anfechtungsmöglichkeit (wie bei Versäumnisurteilen), so verletzt das Fehlen von Entscheidungsgründen Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht[166]. Geschworenengerichte können ihre Urteile naturgemäß nicht eingehend begründen[167].

Versäumnis- und Kontumazverfahren sind allgemein mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar, wo der Verurteilte das Recht hat, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu fordern[168]. Aus Art. 6

[161] BGE vom 29. 6. 1977 i. S. *B. c. Staatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich,* S. 3.

[162] BGE 102 Ia 182–183, *Schiesser,* a.a.O. (Anm. 152); Militärkassationsgericht vom 21. 10. 1977, *Sutter,* S. 11.

[163] BGE vom 26. 4. 1978, SJIR 34, 1978, S. 210.

[164] Militärkassationsgericht vom 21. 10. 1977, *Sutter.*

[165] BGE vom 19. 7. 1976, SJIR 33, 1977, S. 184, EuGRZ 3, 1976, S. 307; BGE vom 29. 6. 1976, SJIR 34, 1978, S. 208.

[166] BGE 103 Ia 205–206; *Bertl,* ZBl 78, 1977, S. 518; SJIR 34, 1978, S. 208.

[167] Genfer Cour de cassation vom 17. 12. 1976, Semjud 100, 1978, S. 69, SJIR 34, 1978, S. 211.

[168] BGE 100 Ia 411, *Thareau,* a.a.O. (Anm. 139); BGE vom 18. 10. 1978, *D. c.*

Ziff. 1 EMRK fließt kein Recht auf Revision von Verfahren, die durch rechtskräftigen Entscheid abgeschlossen worden sind[169].

Das Beschleunigungsgebot von Art. 6 Ziff. 1 EMRK schafft für die Schweiz kein neues Recht und hat gegenüber Art. 4 BV keine selbständige Bedeutung[170].

Art. 6 Ziff. 1 EMRK schreibt Publikumsöffentlichkeit bei den Verhandlungen vor, garantiert aber weder Parteiöffentlichkeit noch Mündlichkeit des Verfahrens noch öffentliche Urteilsverkündigung[171].

b) Art. 6 Ziff. 2

Die Unschuldsvermutung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK ist auch bei der Auslegung von Art. 5 Ziff. 3 EMRK heranzuziehen[172]. Wenn die Untersuchungshaft auf eine Vorwegnahme der Strafe hinausliefe, wäre Art. 6 Ziff. 2 EMRK verletzt[173]. Die Kostenauferlegung im Strafprozeß trotz Freispruchs bedeutet keine Schuldvermutung in Verletzung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK[174].

c) Art. 6 Ziff. 3

Weder lit. a noch lit. e von Art. 6 Ziff. 3 EMRK auferlegen den Vertragsstaaten eine Verpflichtung, Strafurteile in die Sprache des Verurteilten zu übersetzen[175].

Im Verteidigungsrecht des Angeklagten gemäß Art. 6 Ziff. 3 lit. b EMRK ist das Akteneinsichtsrecht inbegriffen. Es beschlägt aber nicht den gesamten Inhalt der Strafakten, sondern nur die als Grundlage des Urteils in Betracht fallenden Aktenstücke[176].

Tribunal cantonal du canton de Vaud, S. 7–8; Genfer Cour correctionnelle vom 26. 2. 1976, Semjud 99, 1977, S. 126, SJIR 34, 1978, S. 217.

[169] BGE vom 18. 10. 1978, *D.,* a.a.O. (Anm. 168). Vgl. BGE vom 22. 9. 1976, SJIR 33, 1977, S. 188.

[170] BGE 103 V 193, *Scattareggia,* Praxis 67, 1978, Nr. 150; SJIR 34, 1978, S. 209; EuGRZ 5, 1978, S. 278.

[171] Militärkassationsgericht vom 21. 10. 1977, *Sutter,* Der Ausschluß öffentlicher Urteilsverkündigung war dem Gericht selbst nicht ganz recht, denn es bemerkte, Art. 6 Ziff. 1 EMRK würde wohl die öffentliche Verkündung des Urteils auch bei schriftlichen Verfahren verlangen, wenn dies dem Betroffenen eine zusätzliche Garantie böte, nur sei dies in casu nicht der Fall.

[172] BGE vom 6. 10. 1976, SJIR 33, 1977, S. 187.

[173] BGE 102 IV 155, *Tschanz,* Praxis 65, 1976, Nr. 202, JdT 1977 IV, S. 101.

[174] BGE vom 5. 5. 1976, *Geerk,* SJIR 33, 1977, S. 190. Dieser Entscheid wurde nach Straßburg weitergezogen. Die Kommission erklärte die Beschwerde im März 1978 zulässig; unterdessen haben mündliche Verhandlungen stattgefunden, No. 7640/76, EuGRZ 5, 1978, S. 60; 6, 1979, S. 32.

[175] BGE vom 26. 5. 1975 i. S. *G. und K.,* S. 5–6; Tessiner Kassationsgericht vom 24. 3. 1976, Rep. Giur. Patria 110, 1977, S. 265, SJIR 34, 1978, S. 219.

[176] BGE 103 Ia 492, *X.,* Praxis 66, 1977, Nr. 220. SJIR 34, 1978, S. 216.

Art. 6 Ziff. 3 lit. b und c EMRK gewähren keinen absoluten Anspruch Angeklagter, jederzeit frei mit ihrem Anwalt verkehren zu können. Der Angeschuldigte hat speziell keinen Anspruch darauf, schon bei der ersten Einvernahme durch einen Verteidiger verbeiständet zu sein[177].

Das Recht des Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten, ist nur alternativ gewährleistet[178]. Der Angeklagte hat nicht ein freies Wahlrecht, doch darf die staatliche Gesetzgebung das Verteidigungsrecht nicht aushöhlen. Der Angeklagte hat dann ein Recht auf Beizug eines Rechtsbeistandes seiner Wahl, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist[179]. Der Beistand eines Verteidigers nach Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK bedeutet die Anwesenheit eines Verteidigers neben dem Angeklagten, aber nicht die Vertretung des abwesenden Angeklagten durch den Verteidiger[180].

Der in Art. 6 Ziff. 1 und in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK niedergelegte Grundsatz der Waffengleichheit gilt bezogen auf den ganzen Prozeß, nicht nur für einen Sonderaspekt[181].

Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK gewährt dem Angeklagten kein unbeschränktes Recht auf Zeugenladung. Der Richter kann sich aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung bilden und kann ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen, daß seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert werde[182].

Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK geht teilweise über Art. 4 BV hinaus: Dem Beschuldigten ist unabhängig von der Ausgestaltung des kantonalen Prozeßrechts mindestens einmal während des Ver-

[177] BGE 103 Ia 308, *Bonzi,* a.a.O. (Anm. 141); 104 Ia 18, *B.,* Praxis 67, 1978, Nr. 74, SJIR 34, 1978, S. 216, EuGRZ 5, 1978, S. 519. Vgl. auch BGE 101 Ia 58, *X.,* a.a.O. (Anm. 141).

[178] BGE 102 Ia 200, *Christen,* Praxis 65, 1976, Nr. 180, SJIR 33, 1977, S. 124, JdT 1977 IV, S. 124. Vgl. auch BGE 101 Ia 91, *X.,* EuGRZ 2, 1975, S. 509; 103 Ia 5, *X.,* EuGRZ 4, 1977, S. 148; BGE vom 30. 3. 1977 in SJIR 34, 1978, S. 214.

[179] BGE vom 18. 10. 1978, *Y. und I. c. Polizeigerichtspräsident und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt,* S. 5–7.

[180] Genfer Cour correctionnelle vom 26. 2. 1976, Semjud 99, 1977, S. 126, SJIR 34, 1978, S. 218.

[181] BGE 98 Ia 238, *R.,* Semjud 94, 1972, S. 433, SJIR 29, 1973, S. 341. Vgl. auch BGE 102 Ia 200, *Christen,* a.a.O. (Anm. 178).

[182] BGE 103 Ia 491, *X.,* a.a.O. (Anm. 176); BGE vom 20. 9. 1978 in Praxis 67, 1978, Nr. 238; Militärkassationsgericht vom 21. 10. 1977, *Sutter,* S. 20.

fahrens Gelegenheit zu geben, der Einvernahme von Belastungszeugen beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen oder aber, sofern er der Vernehmung nicht beiwohnen kann, nach Einsicht in die Aussagen schriftlich Ergänzungsfragen anzubringen. Die Kantone können dabei verlangen, daß entsprechende Anträge frist- und formgerecht gestellt werden[183].

6. Art. 7, Rückwirkungsverbot

Art. 7 EMRK ist nicht anwendbar auf Disziplinarverfahren[184].

7. Art. 8, Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs

Die Wohnsitzpflicht von Beamten in Gemeinden oder Kantonen verstößt nicht gegen Art. 8 EMRK[185].

Die Zürcher Regelung, die Kinder fremder Muttersprache mit voraussichtlich dauerndem Aufenthalt zur sprachlichen Assimilation gemäß dem Territorialitätsprinzip verpflichtet, ist mit Art. 8 EMRK vereinbar[186].

Das Hausrecht unterliegt den gesetzlichen Beschränkungen (z. B. Beschlagnahmen und Durchsuchungen), die sich aus der Durchführung rechtsmäßiger Strafverfolgungsmaßnahmen ergeben[187].

Die Nichtweiterleitung des Briefes eines Untersuchungshäftlings an die frühere Mitgefangene Petra Krause verletzte Art. 8 EMRK nicht[188]. Briefabsender können sich auf Art. 8 EMRK berufen, wenn Briefe nicht an Untersuchungshäftlinge weitergeleitet werden[189].

8. Art. 9, Religionsfreiheit

Juristische Personen können sich nicht auf Art. 9 EMRK beru-

[183] BGE vom 20. 9. 1978, *G.*, Praxis 67, 1978, Nr. 238.
[184] BGE vom 29. 6. 1976 in SJIR 34, 1978, S. 219–220.
[185] BGE 103 Ia 458, *Hasler,* Praxis 66, 1977, Nr. 249, ZBl 79, 1978, S. 28, SJIR 34, 1978, S. 222; BGE vom 16. 11. 1977 in ZBl 79, 1978, S. 113.
[186] Zürcher Regierungsrat vom 12. 2. 1975, ZBl 77, 1976, S. 504, SJIR 33, 1977, S. 191.
[187] BGE vom 31. 8. 1978 i. S. *Z. c. Staatsanwaltschaft und Anklagekammer des Kantons St. Gallen,* S. 10.
[188] BGE vom 15. 6. 1976, *Schlegel,* SJIR 34, 1978, S. 220, EuGRZ 4, 1977, S. 298. Vgl. auch BGE vom 3. 12. 1975 in: EuGRZ 3, 1976, S. 84.
[189] BGE vom 9. 3. 1977, *von Arb,* SJIR, 34, 1978, S. 221, EuGRZ 4, 1977, S. 266.

fen, wenn es sich nicht um Vereinigungen von Einzelpersonen zum Zweck der Ausübung der Religion oder Weltanschauung handelt. Juristische Personen mit anderer Zwecksetzung können zu Kirchensteuern herangezogen werden[190].

Art. 9 EMRK hebt die staats- und finanzrechtlichen Privilegierungen einzelner Landeskirchen nicht auf[191].

Art. 9 EMRK verpflichtet nicht zur Einführung eines zivilen Ersatzdienstes[192].

9. Art. 10, Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit

Die Informationsfreiheit nach Art. 10 EMRK gewährleistet die Freiheit, Informationen zu empfangen, zu verbreiten und zu beschaffen. Sie begründet keine Informationspflicht der Behörden[193].

10. Art. 11, Vereins- und Versammlungsfreiheit

Art. 11 EMRK gewährleistet keine Demonstrationsfreiheit[194].

11. Art. 12, Recht auf Ehe

Die Bestimmung eines kantonalen Steuergesetzes, die einen Haushaltsabzug vorsieht für verheiratete, verwitwete oder geschiedene Personen mit eigenem Haushalt, nicht aber für ledige Personen, die einen eigenen Haushalt führen, ist mit Art. 12 und Art. 14 EMRK vereinbar[195].

12. Art. 14, Diskriminationsverbot

Das Diskriminationsverbot von Art. 14 EMRK gleicht dem Willkürverbot von Art. 4 BV. Diskriminatorisch ist jede offensichtlich ungerechte, willkürliche oder unverhältnismäßige unter-

[190] Zürcher Verwaltungsgericht vom 29.4.1975, ZBl 76, 1975, S. 288, BlZR 74, 1975, S. 120, SJIR 32, 1976, S. 85; BGE 102 Ia 481–483, *Buchdruckerei Elgg AG,* Praxis 66, 1977, Nr. 49, ZBl 78, 1977, S. 163, BlZR 76, 1977, S. 94, SJIR 33, 1977, S. 194, EuGRZ 4, 1977, S. 166.

[191] BGE 102 Ia 482, *Buchdruckerei Elgg AG,* a.a.O. (Anm. 190).

[192] BBl 1977 I, S. 101, Bundesrat Gnägi in Amtl.Bull.NR. 1976, S. 1136, SJIR 34, 1978, S. 223. Vgl. dazu oben 2. Kapitel II B, Anm. 26, S. 285.

[193] BGE 104 Ia 92–95, *Schweizerische Journalisten-Union, Bürgin und Gasser AG,* Praxis 67, 1978, Nr. 163, EuGRZ 6, 1979, S. 3.

[194] BGE 100 Ia 401, *Komitee für Indochina,* ZBl 76, 1975, S. 262, EuGRZ 2, 1975, S. 504, JdT 1976 I, S. 202.

[195] BGE vom 14.1.1976 in ASA 46, 1977, S. 139.

schiedliche Behandlung. Aufgrund von Art. 14 EMRK kann nur die Verletzung von Grundrechten gerügt werden, die in der Konvention ausdrücklich gewährleistet sind[196].

VII. Bestand, Entfaltung, Ausblick

A. Allgemeine Betrachtungen

Es besteht kein Zweifel: *Die Europäische Menschenrechtskonvention hat sich auch in der Schweiz bewährt.* Sie hat keineswegs tiefgreifende Souveränitätseinbußen oder Strukturänderungen gebracht[197]. Sie hat vielmehr die Schweiz in der europäischen Solidaritätsfront des Menschenrechtsschutzes neu sichtbar gemacht. Sie hat zu grundrechtsfreundlichen Gesetzesänderungen geführt. Sie hat die Rechtsprechung zum Neuüberdenken gewisser Problemlagen angeregt. Daß die Anregungen zum Teil unbemerkt gekommen sind, weil das Bundesgericht sich zuvorderst auf die verfassungsmäßigen Grundrechte und namentlich die persönliche Freiheit und den Gleichheitssatz berief, tut den Verdiensten der Konvention keinen Abbruch – im Gegenteil: innenpolitisch erleichtert dieses Vorgehen ihre Durchsetzung, und letztlich ist es zweitrangig, unter welchem Titel den Menschenrechten Effektivität verliehen wird.

Hat sich die Konvention bewährt, so haben dies anderseits *auch die Schweizer Behörden vor der Herausforderung der Konvention* getan. Man hat sich in der Doktrin schon enttäuscht gezeigt über den Mangel an Information und Aufgeschlossenheit, den nationale Gerichte gegenüber den Konventionsgarantien bekundet haben[198]. Diesen Vorwurf darf man gegenüber Bundesversammlung, Bundesrat und Bundesgericht nicht erheben. Alle haben sich ernsthaft mit der Konvention befaßt und sich bemüht,

[196] Zürcher Regierungsrat vom 12.2.1975, ZBl 77, 1976, S. 505–506, SJIR 33, 1977, S. 191.

[197] Siehe z.B. die Motion von Ständerat DOBLER und ihre Beantwortung durch Bundesrat FURGLER, Amtl Bull. StR 1977, S. 641, SJIR 34, 1978, S. 175–177.

[198] So CHRISTOPH SCHREUER, The Impact of International Institutions on the Protection of Human Rights in Domestic Courts, Israel YB Human Rights 4, 1974, S. 60–88 (72–75, 87); PIERRE-HENRI TEITGEN, Bilan politique de la garantie européenne des droits de l'homme, Rapport au 4eme Colloque Int'l sur la Convention européenne des droits de l'homme à Rome, C.E.Doc.H/Coll. (75)1, 1975, S. 10.

ihren Anforderungen gerecht zu werden, indem sie die Gesetzgebung und die Rechtsprechung laufend auf ihre Konventionskonformität anhand der sich fortbildenden Praxis der Straßburger Organe überprüfen[199].

Es fällt allerdings auf, wenn man die reiche bundesgerichtliche Ernte bei der Konkretisierung der Konventionsgarantien betrachtet, wie *wenig veröffentlichte kantonale Entscheide* (außerhalb der Kantone Genf und Zürich) vorkommen. Dies deutet einesteils auf Schwierigkeiten der kantonalen Behörden bei der Beschaffung von Informationen über die reichhaltige Praxis zur Konvention hin. Andernteils dürfte sich die Lage verbessern, wenn mehr und mehr Details aus der Rechtsprechung von Kommission und Gerichtshof in die Bundesgerichtsentscheide einfließen und so den Kantonen – in «quasi-nationalisierter» Form – leichter zugänglich werden.

Das Bundesgericht zeigt wenig Neigung, seine *Urteile direkt auf die Konvention abzustützen.* Im Gegenteil, auf den ersten Blick könnte es scheinen, die Konvention werde nur angerufen, um die Abweisung einer Beschwerde noch weiter zu motivieren. Nur sehr selten findet man das Zugeständnis, eine Konventionsgarantie reiche über den schweizerischen verfassungsmäßigen Schutz hinaus. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK gehe insofern über Art. 4 BV hinaus, als «dem Beschuldigten unabhängig von der Ausgestaltung des kantonalen Prozeßrechts mindestens einmal während des Verfahrens Gelegenheit zu geben (sei), der Einvernahme von Zeugen, die ihn belasten, beizuwohnen und Ergänzungsfragen zu stellen oder aber, sofern er der Vernehmung nicht beiwohnen kann, nach Einsicht in die Aussagen schriftlich ergänzende Fragen anzubringen»[200].

So schwierig es ist, die Bedeutung der Konvention im Schweizer Recht genau zu quantifizieren, so gewiß ist doch, daß sich ihre Strahlkraft nicht auf das eine Beispiel des Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK beschränkt. Dank der Technik der *völkerrechts- und konventionskonformen Auslegung* übernehmen die Gerichte zum Teil Orientierungen der Konventionsorgane[201], selbst wenn sie der Konvention keine selbständige Bedeutung beimessen, oder nicht einmal ausdrücklich darauf verweisen, oder gar die Kon-

[199] Dazu im einzelnen oben VI, S. 356.
[200] Praxis 67, 1978, Nr. 238, S. 624. Auch BGE 103 V 192–193.
[201] Dazu oben II B, IV A 1 und V E, S. 332, 341, 355.

vention völlig systemwidrig landesrechtskonform auslegen[202]. Jedenfalls führt dieses Vorgehen zu einer *weitgehenden Anpassung, Harmonisierung und Entsprechung zwischen innerstaatlichen und europäischen Grundrechtsgehalten.* Hand in Hand damit geht die Schaffung eines *Klimas der Grundrechts-Geneigtheit,* auch gegenüber europäischen Bestrebungen. Die prompte Reaktion auf das *Engel-Urteil* des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist beredtes Zeugnis dafür[203].

Für die Schweiz sind im Verhältnis zu den Konventionsorganen besonders auch die *föderalistischen und demokratischen Elemente ihres Entscheidungsprozesses* wichtig. Dies trifft etwa zu, um nur einige Beispiele anzuführen, wenn man sich fragt, welche Einschränkungen im Sinne der Art. 8–11 Abs. 2 EMRK vom Gesetz vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind; ob und gegebenenfalls wann die polizeiliche Generalklausel als Gesetzesgrundlage für Eingriffe zu dienen vermag; welche Benachteiligungen von Kantonsfremden beim Genuß von Konventionsgarantien gemäß Art. 14 EMRK rational und verhältnismäßig sind; welche Maßnahmen zulässig sind zu der in Art. 5 BV ausgesprochenen Sicherung des Gebietes der Kantone, der Volks- und Grundrechte, sowie des Organisationsrechts in einem Kanton[204]; oder welche «freien und geheimen Wahlen ... der gesetzgebenden Organe» in Art. 3 ZP anvisiert sind[205].

Volle Wirksamkeit erlangt die Konvention im Grunde nur in Staaten, die sich *sowohl der Individualbeschwerde wie der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs* nach Art. 25 und 46 EMRK unterwerfen, *wie auch die Konventionsgarantien ohne Transformation ins Landesrecht überführen*[206]. Deswegen ist es erfreulich, daß die Schweiz die beiden entsprechenden Erklärungen abgegeben und im Falle der Individualbeschwerde auch erneuert hat. Zu fragen bleibt einzig noch, ob nicht die *vier Vorbehalte und auslegenden Erklärungen zurückgezogen* werden sollten, und ob nicht auf jeden Fall das *Erste Zusatzprotokoll und* möglicherweise auch das *Vierte Protokoll bald ratifiziert* werden sollten. Dieser Fragestellung sind die restlichen Ausführungen gewidmet.

[202] BGE 101 Ia 605; 99 Ia 556.
[203] Vgl. oben III E, VI B 6, S. 340, 360.
[204] Cf. BGE 103 Ia 310.
[205] Dazu unten D, S. 378.
[206] Oben 2. Kapitel I B–D, S. 277.

B. Die Vorbehalte der Schweiz

Die Schweiz ratifizierte die Europäische Menschenrechtskonvention 1974[207] mit zwei Vorbehalten und zwei auslegenden Erklärungen[208]. Sie betrafen:

1. Anstaltsversorgungen (Art. 5 EMRK. Dieser Vorbehalt, der unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich ist, kann erfreulicherweise demnächst zurückgezogen werden)[209];
2. Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen und Urteilsverkündung (Art. 6 EMRK);
3. Letztinstanzlichkeit der richterlichen Prüfung gemäß Art. 6 Ziff. 1 EMRK;
4. keine endgültige Befreiung von den Kosten für Pflichtverteidiger und Dolmetscher (Art. 6 Ziff. 3 lit. c und e EMRK).

Nach Art. 64 EMRK kann jeder Staat «bezüglich bestimmter Vorschriften der Konvention einen Vorbehalt machen, soweit ein zu dieser Zeit in seinem Gebiet geltendes Gesetz nicht mit der betreffenden Vorschrift übereinstimmt. Vorbehalte allgemeiner Art sind ... nicht zulässig. Jeder ... Vorbehalt muß mit einer kurzen Inhaltsangabe des betreffenden Gesetzes verbunden sein.» Die *Gründe für das Anbringen von Vorbehalten* sind viel-

[207] Als der Bundesrat dem Parlament 1968 erstmals die Ratifikation der EMRK beantragte, schlug er vor, fünf Vorbehalte und eine auslegende Erklärung abzugeben, BBl 1968 II, S. 1140–1143; 1972 I, S. 994–996. Sie sollten folgende Punkte betreffen:
1) Die kantonalen Gesetze über die Anstaltsversorgung;
2) Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung und der Urteilsverkündung;
3) die konfessionellen Ausnahmeartikel;
4) die faktischen Ungleichheiten bei der Ausübung des Rechts auf Unterricht;
5) das fehlende Frauenstimm- und -wahlrecht in Bund und Kantonen und die Ausnahmen vom geheimen Charakter der Wahlen;
6) die Tragung der Kosten für die unentgeltlichen Pflichtverteidiger und Dolmetscher.
Punkt (3) konnte Ende 1974 entfallen. Punkt (4) und der in seinem Ausmaß (dank der Einführung des Frauenstimm- und -wahlrechts im Bund und in den meisten Kantonen) erheblich verminderte Punkt (5) fielen außer Betracht, weil die Ratifikation des Ersten Zusatzprotokolles einstweilen unterblieb. Zu den beim Zusatzprotokoll heute noch erforderlichen Vorbehalten vgl. unten S. 376.

[208] Text in AS 1974, S. 2148 und bei MÜLLER/WILDHABER, a.a.O. (Anm. 7), S. 550–551.

[209] Vgl. oben VI B 5, S. 360.

fältiger Art und brauchen nicht nur in einer «Selbstanprangerung[210]» zu liegen. Entweder will ein Vertragsstaat seine Rechtsordnung gar nicht ändern, weil er einer Vorschrift zentrale Bedeutung beimißt; oder er kann es nicht; oder er braucht Zeit für eine vorzunehmende Änderung; oder er schirmt sich gegen eine Rechtsunsicherheit ab, die aus der Rechtsprechung der Konventionsorgane erwächst; oder er glaubt schließlich, eine Vertragsbestimmung sei unzweckmäßig oder sogar kontraproduktiv formuliert.

DIETER BRÄNDLE hat kürzlich sämtliche Schweizer Vorbehalte wegen mangelnder Erfüllung von Formvorschriften als wirkungslos bezeichnet[211]. Obschon es zutrifft, daß Art. 64 EMRK heikle und unbequeme Probleme stellt, glaube ich nicht, daß man mit einem solchen Radikalismus den Anliegen der Konvention einen Dienst erweist.

Die *heutige völkerrechtliche Regelung der Vorbehalte* hat vor allem Ausdruck gefunden im Rechtsgutachten des Internationalen Gerichtshofes über *Vorbehalte zum Genozid-Abkommen* von 1951[212] und in den Artikeln 19–23 der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969[213]. Sie verzichtet auf die Gleichheit und Integralität der vertraglichen Verpflichtungen, um das Zustandekommen multilateraler Quasi-Gesetzgebung nicht übermäßig zu erschweren. Stattdessen nimmt sie eine gewisse Auffächerung und Bilateralisierung der Vertragspflichten durch Vorbehalte in Kauf. Nun ist zuzugeben, daß ein derartiges, von Reziprozitätselementen und Souveränitätsbetontheit geprägtes System nicht ideal zugeschneidert ist auf den objektiven Verpflichtungscharakter der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihre Festlegung unverzichtbarer europäischer Kerngehalte[214]. Dennoch kann man nicht darüber wegsehen, daß Art. 64 EMRK an die Grundgedanken des allgemeinen Völkergewohnheits- und -vertragsrechts anknüpft und daher auch von dort her verstanden werden muß.

[210] Der Ausdruck stammt von PARTSCH, a.a.O. (Anm. 88), S. 71. Wenn die Schweiz aus Vorsichtsgründen einen Vorbehalt betreffend Landsgemeinden zu Art. 3 ZP machte, so wäre selbstverständlich keine Rede von Selbstanprangerung.

[211] DIETER BRÄNDLE, Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur EMRK, Diss. Zürich 1978, S. 93, 112–115.

[212] *Réserves à la Convention sur le génocide,* C.I.J. Recueil 1951, S. 15.

[213] Text bei MÜLLER/WILDHABER, a.a.O (Anm. 7), S. 514–515.

[214] Oben 2. Kapitel II C, S. 287.

Demgemäß würde ich die Schweizer Vorbehalte als *nicht-allgemein*[215] *und inhaltlich gültig* bezeichnen. Denn ein Vorbehalt ist dann allgemein, wenn er sich nicht auf eine bestimmte Vorschrift der Konvention bezieht[216], oder wenn er mit Gegenstand und Zweck der Konvention unvereinbar ist[217]. Aber auch die *Angabe der* mit den Artikeln 5 oder 6 EMRK nicht übereinstimmenden *Gesetze* war *ausreichend.* Die Schweiz durfte sich 1974 nach Treu und Glauben auf die Praxis der Konventionsstaaten und -organe stützen und sah sich darin durch diplomatische Sondierungen beim Europarat und den Vertragsparteien bestätigt. Die bundesrätlichen Berichte und Botschaften, die in Straßburg bekannt waren, substanziierten die zur Frage stehenden Gesetze noch weiter. Es wäre zudem übertrieben und unverhältnismäßig, einem *Bundesstaat* die Aufzählung aller *kantonalen* und möglicherweise *kommunalen* Rechtsquellen im einzelnen abzufordern. Jedenfalls in dieser Hinsicht ist Art. 64 Ziff. 2 EMRK nicht mehr als eine bloße Formvorschrift[218].

Auslegende Erklärungen sind grundsätzlich *Vorbehalten gleichzustellen,* wo dies dem Willen der sie abgebenden Staaten entsprechen muss, und sie entsprechend formuliert sind[219]. Bundesrat Graber bemerkte 1974 in der Ratifikationsdebatte

[215] Man kann nachträglich dafür dankbar sein, daß es nicht zum Konflikt über die Frage kam, ob der Ausschluß des Frauenstimm- und -wahlrechts nicht allgemeiner Art sei. 1968 ergaben die Sondierungen der Schweiz eine verneinende Antwort. Vgl. dazu BBl 1968 II, S. 1142, N. 2.

[216] So Walter J. Ganshof van der Meersch, Organisations européennes I, Paris/Bruxelles 1966, S. 265; Silvio Marcus-Helmons, L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme, Revue de Droit int'l et de Droit comparé 45, 1968, S. 7–26 (15); Partsch, a.a.O. (Anm. 88), S. 71; Trechsel, a.a.O. (Anm. 115), S. 106; Claudio Zanghi, The Effectiveness and Efficiency of the Guarantees of Human Rights Enshrined in the European Convention on Human Rights, Report to the 4th Int'l Colloquy about the European Convention on Human Rights in Rome, C.E. Doc.H/Coll. (75) 6, 1975, S. 7, 9; a. A. Brändle, a.a.O. (Anm. 211), S. 30–35.

[217] Wie hier Francis G. Jacobs, The European Convention on Human Rights, Oxford 1975, S. 212.

[218] So auch Marcus-Helmons, a.a.O. (Anm. 216), S. 17.

[219] Ebenso Ständerat Hefti in Amtl.Bull.StR 1974, S. 379; Harvard Law School Research on the Law of Treaties, AJIL Supp. 29, 1935, S. 860; Brändle, a.a.O. (Anm. 211), S. 2–3, 45–46, 113–115; Christian Tomuschat, Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties, ZaöRV 27, 1967, S. 463–482 (465); a.A. Frede Castberg, The European Convention on Human Rights, Leiden /Dobbs Ferry 1974, S. 28.

vor dem Nationalrat: «Là où il y a incompatibilité entre la Convention et notre droit interne, nous faisons des réserves, où il s'agit d'une question d'interprétation, une déclaration interprétative.»[220]

Für die Schweiz stellt sich heute sehr direkt die Frage, ob auslegende Erklärungen Vorbehalten gleichzusetzen seien. Denn seit dem Urteil *Luedicke, Belkacem und Koç c. Bundesrepublik Deutschland*[221] des Gerichtshofes ist klargestellt, daß die Garantie der Unentgeltlichkeit des Pflichtverteidigers und Dolmetschers in Art. 6 Ziff. 3 lit. c und e EMRK so zu deuten ist, daß die begünstigte Person endgültig von der Zahlung der entsprechenden Kosten befreit ist. Entweder ist die auslegende Erklärung der Schweiz zu diesem Punkt ein vollausgewachsener Vorbehalt, oder sie ist in Zukunft wirkungslos. Der Entscheid darüber liegt nach dem System der Konvention bei Kommission, Gerichtshof und Ministerkomitee.

C. Das Erste Zusatzprotokoll

Die Schweiz hat das Zusatzprotokoll am 19. Mai 1976 *unterzeichnet* und damit ihren Willen bekundet, ihm nach Treu und Glauben innert Kürze beizutreten. Obwohl *sämtliche anderen Vertragsstaaten das Zusatzprotokoll ratifiziert* und so seine enge Verbundenheit mit der Konvention anerkannt haben[222], scheint die Schweiz über den Schwierigkeiten mit der Ratifikation der Europäischen Sozialcharta und dem UNO-Beitritt an Ort zu treten. Dabei gibt es eigentlich kaum Gründe zum Abseitsstehen vom Zusatzprotokoll, wie die Durchsicht seiner Gewährleistungen ergibt.

1. Art. 1 ZP, Recht auf Achtung des Eigentums

Die Eigentumsfreiheit wirft für die Schweiz *keine Probleme* auf[223]. Der Schutzbereich der verfassungsmäßigen Eigentumsgarantie reicht wesentlich weiter, aber dies ist bekanntlich ohne

[220] Amtl.Bull.NR 1974, S. 1489.
[221] Urteil vom 28.11.1978, §§ 38–50.
[222] Dazu oben 2. Kapitel I A, S. 276.
[223] Vgl. BBl 1968 II, S. 1121–1122; *Handyside*, Urteil vom 7.12.1976, Série A, §§ 60–63, pp. 28–30; LUZIUS WILDHABER, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Artikel 5 und 6, ZSR 94 I, 1975, S. 511–544 (540–542).

weiteres vereinbar mit dem System der Konvention (Art. 60 EMRK)[224].

2. Art. 2 ZP, Recht auf Unterricht und Eltern-Erziehungsrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat diese, einigermaßen dunkle Garantie in zwei wichtigen Urteilen ausgeleuchtet[225]. Im *belgischen Sprachenstreit* hielt er fest, daß darin ein *Anspruch auf diskriminationsfreien Zugang zu den bestehenden Erziehungsanstalten* liege, nicht aber ein klagbarer Individualanspruch auf den Bau oder Betrieb neuer solcher Anstalten oder die Subvention von Privatschulen, oder auch nur eine programmatische Verpflichtung dazu[226]. Im Fall des *obligatorischen dänischen Sexualunterrichts* billigte er ein System der Sexualkunde als konventionsgemäß, das *nicht indoktrinieren* und keine ethische, moralische oder religiöse Doktrin aufzwingen wolle[227].

Aufgrund dieser Rechtsprechung bleiben für die Schweiz eigentlich nur noch zwei Problemkreise zu bedenken. Der eine betrifft den *numerus clausus,* der bisher von den Konventionsorganen nicht beurteilt worden ist. Angesichts des weiten Ermessensspielraums der Vertragsparteien bei der Ausgestaltung ihrer Schulsysteme könnte aber eine notwendige und verhältnismäßige, willkür- und diskriminationsfreie, auf rationalen Kriterien beruhende, gesetzliche Ordnung eines *numerus clausus* kaum als konventionswidrig angesehen werden. Die Schweiz sieht sich freilich mit speziellen Fragen der *Bundesstaatlichkeit* konfrontiert, insofern kantonale Universitäten unter gewissen Vorausset-

[224] Vgl. oben 2. Kapitel II D und E, S. 290.

[225] Allgemein siehe BBl 1968 II, S. 1122–1126, 1142; 1972 I, S. 995; Elena Bannwart-Maurer, Das Recht auf Bildung und das Elternrecht, Diss. Zürich 1975; Wildhaber, Right to Education, a.a.O. (Anm. 110).

[226] *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» (Fond),* Urteil vom 23. 7. 1968, 2 EGMR 1. Im gleichen Sinn die Kommissionsentscheide No. 5962/72 vom 13. 3. 1975, 2 D.R., 1975, S. 50; No. 7010/75 vom 29. 9. 1975, 3 D.R., 1976, S. 162; No. 7527/76 vom 5. 7. 1977, 11 D.R., 1978, S. 147. Cf. Luzius Wildhaber, Der belgische Sprachenstreit vor dem europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, SJIR 26, 1969–70, S. 9–38.

[227] *Kjeldsen, Busk Madsen und Pedersen,* Urteil vom 7. 12. 1976. Auch Kommissionsentscheide No. 6853/74 vom 9. 3. 1977, 9 D.R., 1978, S. 27; No. 7527/76 vom 5. 7. 1977, 11 D.R., 1978, S. 147. Vgl. Luzius Wildhaber, Die dänischen Sexual-Erziehungs-Fälle, EuGRZ 3, 1976, S. 493–496.

[228] BGE 103 Ia 374, 386.

zungen kantonsfremde Studenten benachteiligen dürfen[228]. Diese Schwierigkeiten wären aber nötigenfalls mit einer auslegenden Erklärung leicht auszuräumen.

Der zweite Problemkreis betrifft die *Gleichstellung von Mädchen und Knaben im Unterricht.* Diese Gleichstellung ist schon heute ein *Gebot der Rechtsgleichheit.* Ein Vorbehalt wäre hier nicht mehr zu rechtfertigen.

3. Art. 3 ZP, Freie und geheime Wahlen der Legislative

Dieser Bestimmung sieht man an, daß sie seinerzeit ohne die Mitwirkung der Schweiz zustande gekommen ist. Denn trotz ihrer relativ beschränkten Tragweite scheint sie die *Ständeratswahlen an den Landsgemeinden* der Kantone Obwalden, Nidwalden und Appenzell-Innerrhoden und die *Großratswahlen* an den bündnerischen Landesgemeinden der Kreise nicht zuzulassen[229]. Aus Gründen der politischen Vorsicht halte ich es für unumgänglich, daß die Schweiz deswegen einen *Vorbehalt* anbringt[230]. Daß dieser Vorbehalt keine Selbstanprangerung wäre, sondern eine selbstverständliche Erläuterung von historisch gewachsenen, eigenständigen Strukturen, bedarf keiner langen Erläuterungen.

Zugleich erfordert die Tatsache, daß in den beiden Appenzell das *Frauenstimm- und -wahlrecht in kantonalen Angelegenheiten* noch immer nicht eingeführt ist, einen weiteren Vorbehalt[231]. Hingegen wird der Ständerat heute in allen Kantonen vom Volk gewählt, sodaß die kantonalen Rechte in dieser Hinsicht Art. 3 ZP in Verbindung mit Art. 14 EMRK vollauf entsprechen.

D. Das Vierte Protokoll

Soll die Schweiz auch dem bisher bloß von zehn Staaten ratifizierten[232] und in der bisherigen Praxis weniger bedeutsamen 4.

[229] BBl 1968 II, S. 1126–1129; 1972 I, S. 995; RAINER SCHWEIZER, Zur Stellung der Schweiz gegenüber Art. 3 des ZP zur EMRK (Gewährleistung von freien und geheimen Wahlen), SJIR 33, 1977, S. 37–50; WILDHABER, a.a.O. (Anm. 223), S. 536–538.

[230] Dennoch würde ich SCHWEIZER, a.a.O. (Anm. 229) ohne weiteres folgen und mit ihm für eine Konventionskonformität der Landsgemeinden plädieren. Aber es geht nicht an, hier unnötige Risiken zu laufen.

[231] Kommunale Angelegenheiten fallen nicht unter Art. 3 ZP.

[232] Vgl. oben 2. Kapitel I A, S. 276.

Protokoll[233] beitreten, obschon der Solidaritätsdruck hier geringer ist?

Das Verbot von Schuldverhaft (Art. 1), die Auswanderungsfreiheit (Art. 2 Ziff. 2), das Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger (Art. 3 Ziff. 1) und die Einreisefreiheit von Staatsbürgern (Art. 3 Ziff. 2) würden kaum Probleme bringen.

Das *Verbot der Kollektivausweisung* und Massendeportation von Fremden (Art. 4) wäre in der Schweiz beachtet, solange nicht neue Überfremdungsinitiativen die bestehende Rechtsordnung in einer mit dem 4. Protokoll unvereinbaren Richtung abändern würden. Die Menschenrechtskommission erklärte kürzlich, das Verbot erfasse "any measure of the competent authority compelling aliens as a group to leave the country, except where such a measure is taken after and on the basis of a reasonable and objective examination of the particular cases of each individual alien of the group"[234].

Laut Art. 2 Ziff. 1 hat jedermann, «der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, ... das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen». Seit der 1975 erfolgten Änderung der Art. 45 und 48 BV ist die *Niederlassungsfreiheit der Schweizerbürger* allgemein gewährleistet. Was die *Ausländer* betrifft, so können die Staaten ihre Einreise und Aufenthalt regeln und Aufenthaltsbewilligungen bloß für eine beschränkte Dauer erteilen. Die Einschränkung der Aufenthaltsbewilligung auf das Gebiet des sie ausstellenden Kantons scheint sich auf Art. 2 Ziff. 4 stützen zu können. Doch wäre eine *Freizügigkeitsgarantie im Rahmen eines bewilligten Aufenthaltes,* wie sie im Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung angeregt ist[235], sicher besser mit der Konvention zu vereinbaren als die jetzige Ordnung.

[233] Zur Tragweite der Garantien des 4. Protokolls: BBl 1968 II, S. 1129–1133; Castberg, a.a.O. (Anm. 219), S. 184–186; Jacobs, a.a.O. (Anm. 217), S. 182–188; Willibald Pahr, Das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK, JBl 86, 1964, S. 187–196; Arthur Henry Robertson, Human Rights in Europe, 2. Aufl., Manchester 1977, S. 129–133; sowie die Kommissonsentscheide No. 3962/69 vom 5.2.1970, YBECHR 13, 1970, S. 688; No. 4256/69 vom 14.12.1970, Coll. 37, 1971, S. 67; No. 4436/70 vom 26.5.1970, Coll. 35, 1971, S. 169; No. 7680/76 vom 16.5.1977, 9 D.R., 1978, S. 190.

[234] Kommissonsentscheid No. 7011/75 vom 3.10.1975, *Henning Becker c. Dänemark,* 4 D.R., 1976, S. 215, 235.

[235] Verfassungsentwurf Art. 62 Abs. 2 und Art. 19 Abs. 3; Bericht der Expertenkommission, 1977, S. 42, 48–49.