**Strassburg quo vadis?**

In der Diskussion um die Selbstbestimmungsinitiative („Schweizer Recht statt fremde Richter“) läuft einiges schief. Man kann sich des Eindrucks nicht verwehren, dass sie von vornherein schlecht gemacht wird, weil sie von Seiten der SVP kommt. Deshalb wird die Frage, weshalb es denn zu dieser Initiative kommen musste und ob ihr vielleicht ein nicht ganz unberechtigtes Anliegen zugrunde liegen könnte, gar nicht gestellt und entsprechend wird die überfällige Reflexion der Probleme, die zu dieser Initiative geführt haben, abgeschnitten. Das ist bedauerlich, demokratietheoretisch blamabel und zugleich ein intellektuelles Armutszeugnis.

Das Gesagte wird etwa deutlich in der Stellungnahme des Club Helvétique vom November 2016, wo ausgeführt wird, die Bundesverfassung verpflichte Bund und Kantone, das Völkerrecht zu respektieren. „Damit sind wir es selbst, die dies so wollen. Völkervertragsrecht ist kein uns von aussen aufgezwungenes Recht, sondern Recht, das wir selbst autonom und souverän nach den Regeln unserer Verfassung für uns verbindlich erklären oder auch nicht.“

Schön wäre es, wenn dem wirklich so wäre. Allein: Haben wir gewisse Entwicklungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichthofs für Menschenrechte (EGMR) „selbst autonom und souverän“ für uns nach den Regeln der Verfassung verbindlich erklärt? Das bedarf zumindest einer kritischen Reflexion, schon aus Gründen der intellektuellen Redlichkeit.

Einer der Gründe, die zur Selbstbestimmungsinitiative geführt haben, ist die Diskrepanz zwischen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), wie sie 1974, als wir ihr beigetreten sind, verstanden wurde, und der Realität der EMRK, mit der wir heute aufgrund einer ausufernden, oft demokratiefeindlichen Rechtsprechung des EGMR konfrontiert sind. Nur ein Beispiel: Ein Verein mit widerrechtlichem Zweck ist nach unserem autonom und souverän beschlossenen Recht auf Klage aufzulösen. Ein Verein, der Hausbesetzungen – solche sind strafbar und widerrechtlich – bezweckt, verfolgt einen widerrechtlichen Zweck, weshalb ihn die Schweizer Justiz – in Anwendung des von uns souverän beschlossenen Rechts - aufgelöst hat. Und was macht der Strassburger Gerichtshof? Er verurteilt die Schweiz, weil die Auflösung des widerrechtlichen Vereins eine Menschenrechtsverletzung darstelle. Damit hat er nicht nur eine Art Menschenrecht auf illegale Hausbesetzung geschaffen, sondern hat schweizerisches Recht in schockierender Art verändert. Haben wir durch unseren Beitritt zur EMRK einer solchen fundamentalen Änderung unserer Rechtsordnung wirklich „autonom und souverän“ zugestimmt? Dämmert es jetzt dem Club Helvétique, dass seine Phrasen an der Oberfläche stecken bleiben?

Auf eine Rechtsprechung des Bundesgerichtes, die als problematisch empfunden wird, kann das Parlament reagieren. So wird mit zwei Standesinitiativen als Reaktion auf Urteile des Bundesgerichtes die Wiederherstellung der kantonalen Souveränität in Wahlfragen verlangt; etwas entsprechendes auf europäischer Ebene – Wiederherstellung der nationalen Souveränität, wenn sich der EGMR zu sehr in das nationale Recht einmischt – ist nicht möglich.

Der Souveränitätsverlust, den wir durch einen Teil der Strassburger Rechtsprechung erleiden, erklärt sich dadurch, dass sich beim Beitritt der Schweiz zur EMRK im Jahre 1974 der Gerichtshof eine Zurückhaltung auferlegte, die später verloren gegangen ist, indem er sich durch eine Selbstermächtigung, die keine Grundlage in der Konvention findet, das Recht einräumte, die Konvention „dynamisch“ auszulegen. Mit welchem Resultat zeigt das obige Beispiel. Entgegen einem Märchen, das immer wieder vorgetragen wird, findet sich für eine dynamische Rechtsprechung in der Konvention keine Rechtsgrundlage, wie ich in der unten angezeigten Schrift ausführlich dargelegt habe. Dies wird unter anderem deutlich, wenn man einen Blick in die Referate der Neuenburger Tagung von 1974 zur soeben ratifizierten EMRK wirft. Dass der EGMR die Konvention dynamisch weiterentwickeln und damit an Stelle der nationalen Gesetzgeber europäisches Recht schaffen dürfe, davon war damals keine Rede. Im Gegenteil: Ein prominenter Redner – heute übrigens Mitglied des Club Helvétique – betonte, die Konvention bleibe „als Staatsvertrag im Völkerrecht verwurzelt und ihre Auslegung muss völkerrechtlichen Grundsätzen folgen“. Dynamische Auslegung - ein völkerrechtlicher Auslegungsgrundsatz? Nein, weder damals noch heute.

Mit diesem Ansatz hat sich der EGMR von seinem von uns autonom gegebenen Auftrag entfernt, Wächter über die elementaren Menschenrechte zu sein, für deren Anwendung es keiner Dynamik bedarf. Damit handelte er sich das Problem ein, mit welchen Methoden dynamische Rechtsprechung hand zu haben sei, und kam in des Teufels Küche. Er erfand – völkerrechtlich nicht anerkannte und von uns nicht „autonom und souverän“ abgesegnete – Auslegungstopoi wie die These, die Werte der EMRK seien entsprechend dem „gesellschaftlichen Wandel in Europa“ auszulegen. Ein einheitlicher gesellschaftlicher Wandel in ganz Europa – von Lissabon bis Wladiwostok und von Reikjavik bis Ankara und Tiflis - ist kaum vorstellbar. Aber der EGMR behauptet eine solchen, wenn es ihm gerade passt. Damit verkennt er ein Grundprinzip des demokratischen Rechtsstaates: Es ist Sache des nationalen Gesetzgebers, darüber zu befinden, ob ein Wandel in seinem Land (nicht aber in Europa) vorliegt, der eine Änderung der Gesetzgebung rechtfertigt.

Ein neues Gesetz ist in der Schweiz in der Regel breit abgestützt und das Ergebnis einer oft intensiv geführten öffentlichen Diskussion. Einem kleinen Strassburger Richtergremium, das einen gesellschaftlichen Wandel behauptet, fehlt die entsprechende Legitimation.

An sich gilt, dass dem nationalen Gesetzgeber und Rechtsanwender ein Ermessensspielraum in der Interpretation der von der EMRK gewährleisteten Rechte zusteht („National Margin of Appreciation Doctrine“). Eine unbrauchbare Schranke, weil der Gerichtshof willkürlich entscheidet, ob und inwieweit er sie berücksichtigen will. Der EGMR ist in der Realität nicht nur Hüter der EMRK, sondern auch Herr der EMRK, indem er abschliessend und unkontrollierbar über seine Kompetenzen befindet. Die dringend gebotene richterliche Zurückhaltung, wie man sie auf nationaler Ebene, vor allem bei den Skandinaviern, antrifft, wird oft leichtfertig an der Garderobe des Beratungssaals abgegeben und dem Ehrgeiz geopfert, im Namen der Menschenrechte neues Recht zu schaffen. „Die Organisationssoziologie weiss seit langem, dass das Interesse einer Organisation an sich selbst die Ausrichtung ihrer Arbeit in hohem Masse bestimmt“ (Peter Graf Kielmansegg).

Diese Tendenzen des EGMR sind unter anderem die Folge eines fragwürdigen Kriteriums für die Wahl der Strassburger Richter. Von den Kandidaten für dieses Amt wird erwartet, dass sie in Fragen der Menschenrechte besonders ausgewiesen sind. Aber Menschenrechtsspezialisten sind häufig Theoretiker ohne praktische Erfahrung, die den Rechtsalltag nicht kennen. Wer das Recht ausschliesslich durch die Brille der Menschenrechte betrachtet, läuft Gefahr, sich hoffnungslos zu verrennen, wie der erwähnte Hausbesetzerfall illustriert. Es gibt keinen sachlichen Grund, etwa einen ausgewiesenen Zivilrechtler, der nie zu den Menschenrechten publiziert hat, von vornherein für unwählbar zu erklären. Kenntnis der Menschenrechte ist heute Gemeingut eines jeden qualifizierten Juristen; dafür braucht es keinen besonderen Ausweis. Richter, die vor allem in anderen Rechtsgebieten ausgewiesen sind und überdies praktische Erfahrung aus dem Rechtsalltag vorweisen können, also „Aussenstehende“, die nach geltender Praxis diskriminiert werden, könnten in den Gerichtshof Sachkunde und Perspektiven einbringen, die ihm heute abgehen. Hier besteht ein Betätigungsfeld für unsere Parlamentarier im Europarat, der die Richter wählt.

Wie weiter? Die Zukunft der EMRK hängt davon ab, dass sich der EGMR mit den zahlreichen gegen seine Praxis vorgebrachten Kritikpunkten auseinandersetzt und ihnen hinreichend Rechnung trägt. Die Bedeutung der EMRK und des EGMR im Bereich der klassischen Menschenrechte zeigt sich immer wieder, weshalb eine Kündigung der EMRK abzulehnen ist. Erinnert sei an die drei faktischen Verurteilungen des CIA wegen menschenverachtenden Folter- und Entführungspraktiken und die Verurteilung von Russland auf Klage von Georgien, ebenfalls wegen massiver Menschenrechtsverletzungen. Bedenkt man wie aufwändig die Behandlung solcher Fälle sind und dass sich heute täglich massive Menschenrechtsverletzungen allein in Russland und als Reaktion auf den „Putschversuch“ in der Türkei ereignen, ist der Aufwand, den der EGMR mit „life-style-Menschenrechten“ betreibt, nicht nachvollziehbar.

Prof. Dr. Martin Schubarth, Altbundesrichter. Eine eingehende Darstellung der hier angesprochenen Problematik findet sich in seiner soeben erschienen Publikation Verfassungsgerichtsbarkeit, unter Einbezug insbesondere des EGMR, 2. A. Bern 2017.