

Die Freiheiten des liechtensteinischen Gesetzgebers beim Einfügen der EMRK in die nationale Rechtsordnung

Patricia M. Schiess Rütimann¹

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Äusserungen zur Stellung der EMRK im nationalen Recht
 - A. Bericht vom 17. November 1981 zur Anwendbarkeit des Völkerrechts
 - B. Die Materialien zur Ratifikation der EMRK sowie Lehre und Rechtsprechung nach der Ratifikation
 - C. Die Staatsvertragsprüfung in der gescheiterten StGHG-Totalrevision von 1992
 - D. Verfassungsrevision von 2003
 - E. Die Materialien zur StGHG-Totalrevision von 2003
 - F. Lehre und Rechtsprechung nach der Verfassungsrevision
- III. Zwischenfazit zur Stellung der EMRK im nationalen Recht
- IV. Besonderheiten der EMRK
 - A. Einzigartiger Kontrollmechanismus
 - B. Bloss theoretische Kündbarkeit
- V. Freiheiten der Mitgliedstaaten in der Umsetzung
 - A. Die EMRK gibt das Ziel vor, nicht den Weg
 - B. Subsidiaritätsprinzip
 - C. Ermessensspielraum
- VI. Keine Bindung des EGMR an den Stufenbau der nationalen Rechtsordnung
 - A. Der EGMR bezieht nicht nur das vom Mitgliedstaat ratifizierte Völkerrecht in die Prüfung mit ein
 - B. Der EGMR prüft auch Verfassungsbestimmungen
- VII. Die Rolle der EMRK als living instrument ist in Liechtenstein akzeptiert
- VIII. Literaturverzeichnis

I. Einleitung

Die Verfassungsrevision des Jahres 2003² räumte mit der Änderung von Art 104 Abs 2 erster Satz LV³ dem Staatsgerichtshof (StGH) die Kompetenz ein, Staatsverträge auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Ob dies auch für die EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention)⁴ gilt und die EMRK dadurch ihren Verfassungsrang verloren hat, prüft die Autorin ausführlich in ihrer Publikation «Die Stellung der EMRK in der liechtensteinischen Rechtsordnung».

In diesem Beitrag analysiert die Autorin die Bedeutung der EMRK aus dem Blickwinkel des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR). Zuerst erfolgt jedoch eine kurze Übersicht über die Äusserungen

zur Stellung der EMRK in den liechtensteinischen Materialien, in Literatur und Judikatur. Die Darstellung der Besonderheiten der EMRK und die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR werden zeigen, dass die EMRK den Mitgliedstaaten keine Vorgaben macht, welchem Prinzip der innerstaatlichen Geltung des Völkerrechts sie folgen sollen oder auf welcher Ebene des Stufenbaus der Rechtsordnung die EMRK anzusiedeln ist. Unabhängig hiervon verurteilt der EGMR auch Verletzungen der EMRK, die auf eine Verfassungsbestimmung zurückzuführen sind.

II. Äusserungen zur Stellung der EMRK im nationalen Recht

Wie das Völkerrecht in das innerstaatliche Rechtssystem eingeordnet wird, regelt das nationale Recht, nicht das Völkerrecht.⁵ Dies gilt auch für die EMRK. Sie enthält keine Vorgaben über ihre Stellung im nationalen Recht.⁶ Als Liechtenstein die EMRK im Jahr 1982 ratifizierte, enthielt die LV keine Regelung der innerstaatlichen Geltung, der Anwendbarkeit und der Rangordnung des Völkerrechts.⁷ Der Verfassungsgeber hatte bewusst auf Vorgaben verzichtet.⁸

Der Rang einer völkerrechtlichen Norm bestimmt, welche innerstaatlichen Bestimmungen durch sie verdrängt werden respektive welchen nationalen Bestimmungen sie weichen muss.⁹

A. Bericht vom 17. November 1981 zur Anwendbarkeit des Völkerrechts

Die Regierung führte im Bericht vom 17. November 1981 zum Postulat betreffend die Überprüfung der Anwendbarkeit des Völkerrechts im Fürstentum Liechtenstein aus, das Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht müsse stets «einer genauen und unvoreingenommenen Untersuchung» unterzogen werden. Dabei sei «zwischen den einzelnen Völkerrechtsquellen zu differenzieren».¹⁰ Der Bericht gelangte zum Schluss, dass ein vom Landtag genehmigter und vom Landesfürsten ratifizierter Vertrag «automatisch und ipso iure zusammen mit der völkerrechtlichen auch landesrechtliche Wirkung» erlange.¹¹ Dem folgen Rechtsprechung und Lehre bis heute.¹² Dass sich die Verfassung nicht dazu äussert, wie die EMRK in das Landesrecht eingeführt wird,¹³ stellt deshalb keinen Mangel dar.

⁵ *Thürer*, Liechtenstein, S. 108 und S. 111.

⁶ *Grabewarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn 1.

⁷ Siehe statt vieler: *Bussjäger*, Einführende Bemerkungen, Kapitel VI. Rz 128, und BuA Nr. 95/2003, S. 29.

⁸ Siehe Bericht vom 17. November 1981, S. 18 f. Auch der Postulant, Gerard Batliner, stellte keine entsprechenden Forderungen: Landtags-Protokolle 1981 IV S. 1189 (Sitzung vom 17. Dezember 1981).

⁹ Siehe VGH 2013/093 (= LES 4/2014, 236 ff. [238]) bezüglich der Folgen des Vorranges des EWR-Rechts.

¹⁰ Bericht vom 17. November 1981, S. 3.

¹¹ Bericht vom 17. November 1981, S. 6. VGH 2005/94 Erw. 27 (= LES 3/2006, 300 ff. [305]) bestätigte die Geltung der monistischen Theorie auch nach Inkrafttreten von Art 104 Abs 2 LV.

¹² Siehe statt vieler: *Bussjäger*, Einführende Bemerkungen, Kapitel VI. Rz 129, und BuA Nr. 95/2003, S. 28. Siehe z.B. auch VGH 2005/94 Erw. 27 (= LES 3/2006, 300 ff. [305]).

¹³ *Batliner Gerard*, Rechtsordnung, S. 145.

¹ Prof. Dr. iur. Patricia M. Schiess Rütimann, Titularprofessorin für öffentliches Recht und Verfassungsvergleichung an der Universität Zürich. Forschungsbeauftragte Recht am Liechtenstein-Institut in Barend FL.

² LGBL 2003 Nr. 186.

³ Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921, LGBL 1921 Nr. 15 LR 101.

⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für Liechtenstein am 8. September 1982 in Kraft getreten, LGBL 1982 Nr. 60/1 LR 0.101.

Der Bericht vom 17. November 1981 hielt überdies fest, der materielle Teil der EMRK gelte «in der Regel» als self-executing.¹⁴ Bei der Beratung der EMRK musste deshalb nicht ausgeführt werden, dass ihre Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind.

Im Verhältnis des Völkerrechts zur Verfassung diagnostizierte der Bericht zwei offene Fragen. Nämlich ob ein internationales Übereinkommen von der Verfassung abweichen und ob eine jüngere Verfassungsnorm ältere Staatsverträge missachten dürfe. Er sagte: «Sinnvollerweise kann man diese Frage nicht allgemein beantworten.»¹⁵ Von bestehenden Staatsverträgen mittels Verfassungsänderungen abzuweichen, schloss der Bericht aber zumindest für wichtige Verträge aus.¹⁶ Er ergänzte, der StGH nehme an, Überprüfungen von Staatsverträgen auf ihre Verfassungsmässigkeit seien ihm verwehrt.¹⁷ Bei einem Konflikt werde der StGH «im Zweifel das innerstaatliche Recht völkerrechtskonform» auslegen.¹⁸

B. Die Materialien zur Ratifikation der EMRK sowie Lehre und Rechtsprechung nach der Ratifikation

Der Bericht der Regierung vom 1. Juni 1982 zur Zustimmung zur Ratifikation der EMRK sagte: Es erscheine der Regierung nicht empfehlenswert, «der EMRK ausdrücklich Verfassungsrang zuzubilligen, da die Grundrechtsgarantien unserer Verfassung mit jenen der Menschenrechtskonvention inhaltlich eng verwandt sind.»¹⁹ Die Garantien der EMRK sollten als eine «letzte europäische Auffanglinie» gegenüber denjenigen der Verfassung zurückstehen.²⁰ Wichtig war der Regierung jedoch die direkte Anwendbarkeit der EMRK vor Gerichten und Verwaltungsbehörden.²¹ Des Weiteren führte sie aus, die Ratifikation beinhalte die «Bejahung eines dynamischen Prozesses, bei dem nicht nur die bestehenden, sondern auch künftig entstehende Bestimmungen unserer Rechtsordnung fortlaufend an der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gemessen werden.»²²

Lehre²³ und Rechtsprechung²⁴ attestierten der EMRK in der Folge Verfassungsrang. Einzig *Wolfram Höfling* meinte 1998, dass der EMRK «nur durch ausdrückliche

Anordnung des Verfassungsgesetzgebers» Verfassungsrang verliehen werden könnte.²⁵ Dass StGH 1995/21²⁶ vom faktischen Verfassungsrang der EMRK ausgegangen war, schien ihm «dogmatisch wenig befriedigend».²⁷ Gleichwohl kam er zum Schluss, dass «ein späteres Gesetz die EMRK nicht wird derogieren können».²⁸

C. Die Staatsvertragsprüfung in der gescheiterten StGHG-Totalrevision von 1992

1992 verabschiedete der Landtag eine Totalrevision des Gesetzes über den Staatsgerichtshof (StGHG). Sie trat mangels Sanktion durch den Landesfürsten nie in Kraft. Die Revision hätte dem StGH die Kompetenz zur Prüfung von Staatsverträgen eingeräumt. Die Materialien erhellen, dass Art 140a österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz als Vorbild diente.²⁹ Es fehlte aber eine Begründung, warum der StGH mit dieser Aufgabe betraut werden sollte.

BuA Nr. 71/1991 sagte, die «Frage der Rangordnung der EMRK im liechtensteinischen Normengefüge» brauche nicht geklärt zu werden. Es sei sicher, «dass sie innerstaatlich gilt und in ständiger Praxis von den Gerichten (...) unmittelbar angewendet wird. (...) Die Regierungsvorlage geht davon aus, dass die EMRK-Grundrechte den verfassungsmässig gewährleisteten Rechten gleichwertig sind, so dass sie als verfassungsmässig bezeichnet werden können.»³⁰

D. Verfassungsrevision von 2003

Anlässlich der Verfassungsrevision wurde dem StGH in Art 104 Abs 2 LV die Kompetenz erteilt, auch Staatsverträge auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen.

Die Verfassungskommission des Landtages sah in einem Arbeitspapier vom 29. April 2002 eine Ergänzung des Art 104 Abs 1 LV vor. Sie hätte klargestellt, dass der StGH die verfassungsmässig gewährleisteten Rechte und die in Staatsverträgen verankerten Grundrechte schützt. Diese Ergänzung hielt das Fürstenhaus in seinem Änderungsvorschlag vom 15. Mai 2002 für problematisch: «Eine pauschale Einbeziehung aller in Staatsverträgen gewährleisteten Grundrechte würde nicht nur die Grund- und Freiheitsrechte des eigenen Grundrechtskataloges überwuchern, sondern auch die Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK. (...) Es erscheint daher empfehlenswert, eine derartige Ergänzung zu unterlassen und anstelle dessen die Kompetenz des Staatsgerichtshofes zur Prüfung der Verfassungsmässigkeit von Staatsverträgen im Abs 2 zu verankern.»³¹

Zu den Konsequenzen der Staatsvertragsprüfung auf den Rang des Völkerrechts führte das Fürstenhaus nichts aus. Ebenso wenig sagte es, dass auch die EMRK ein Staatsvertrag ist und damit der Prüfung unterliegen

¹⁴ Bericht vom 17. November 1981, S. 8.

¹⁵ Bericht vom 17. November 1981, S. 12.

¹⁶ Bericht vom 17. November 1981, S. 15, formulierte es andersherum: «Zweitrangige Völkerrechtsnormen» würden «eher durch den Bruch als durch Beobachtung geehrt».

¹⁷ Bericht vom 17. November 1981, S. 15 f.

¹⁸ Bericht vom 17. November 1981, S. 18.

¹⁹ BuA Nr. 20/1982, S. 25 f.

²⁰ BuA Nr. 20/1982, S. 26.

²¹ BuA Nr. 20/1982, S. 26.

²² BuA Nr. 20/1982, S. 28.

²³ *Kühne*, Zur Struktur, S. 392; *Thürer*, Liechtenstein, S. 114. Ähnlich *Winkler*, Staatsverträge, S. 125, der Staatsverträge, «die über Grundrechte verfügen», als Staatsverträge im Verfassungsrang bezeichnete. *Batliner Martin*, Politische Volksrechte, S. 162, fragte, ob nicht der ganze EMRK-Gehalt als materielle Schranke für Verfassungsrevisionen gelten sollte. *Wille Herbert/Beck*, Liechtenstein, S. 248, bejahten nur den Übergesetzesrang ausdrücklich.

²⁴ Ob der EMRK Überverfassungsrang zukommt, konnten StGH 2009/202 Erw. 10.1, und StGH 1995/21 Erw. 6.1 (= LES 1/1997, 18 ff. [28]), offen lassen.

²⁵ *Höfling*, Liechtenstein, S. 144.

²⁶ StGH 1995/21 (= LES 1/1997, 18 ff.)

²⁷ *Höfling*, Liechtenstein, S. 144.

²⁸ *Höfling*, Liechtenstein, S. 145.

²⁹ BuA Nr. 71/1991, S. 42.

³⁰ BuA Nr. 71/1991, S. 73.

³¹ Verfassungsentwurf des Fürstenhauses vom 15. Mai 2002 (Beilage 2 zum Bericht vom 11. November 2002 der Verfassungskommission III an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein), S. XII.

würde. Die Verfassungskommission brachte Bedenken gegen diese Änderung vor.³² Dass sie das bis dahin geltende Verhältnis zwischen Landes- und Völkerrecht grundlegend änderte, blieb unerwähnt.

E. Die Materialien zur StGHG-Totalrevision von 2003

Die Änderung von Art 104 Abs 2 erster Satz LV wurde in Art 22 und 23 StGHG des totalrevidierten StGHG³³ umgesetzt.

BuA Nr. 95/2003 führte aus:³⁴ Rechte, die wegen ihres Inhalts als Grundrechte qualifiziert werden können, zählten «zum Verfassungsrecht im materiellen Sinn, wie zB die vier ‚Freiheiten‘ des EWR-Abkommens³⁵ und die Grundrechte der EMRK (...). Diese staatsvertraglichen Bestimmungen stehen wegen ihres verfassungsrelevanten Inhaltes innerstaatlich im Rang unmittelbar unter der Verfassung und über den einfachen Gesetzen. Sie sind Verfassungsrecht im materiellen Sinn, ohne Verfassungsrecht im formellen Sinn zu sein.»³⁶ In der Landtagsdebatte bekräftigte der Regierungschef den Übergesetzesrang und die «materielle Verfassungsqualität» der Grundfreiheiten des EWRA und der Grundrechte der EMRK.³⁷

F. Lehre und Rechtsprechung nach der Verfassungsrevision

Lehre³⁸ und Rechtsprechung sind sich einig, dass die Änderung von Art 104 Abs 2 erster Satz LV die Normenhierarchie umkehrte. Gemäss *Tobias Michael Wille* stellen deshalb die in der EMRK verbürgten Garantien seit 2003 wohl keine verfassungsmässig gewährleisteten Rechte im Sinne von Art 104 Abs 1 LV mehr dar. Er kritisiert, die Begründung von StGH 2004/45 gehe nicht auf die durch die Verfassungsrevision akut gewordene Frage nach der Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung ein.³⁹

Gemäss StGH 2004/45 Erw. 2.1 räumt der Verfassungsgeber mit der neuen Prüfungscompetenz des StGH in Art 104 Abs 2 LV «den Staatsverträgen zwangsläufig nur [noch] Unterverfassungsrang» ein.⁴⁰ Er habe jedoch «nicht den dem Einzelnen bisher auch auf der Grundlage von Staatsverträgen eingeräumten Grundrechtsschutz einschränken» wollen, sei doch Art 23 Abs 1 aStGHG in Art 15 StGHG erweitert worden und nicht davon aus-

zugehen, dass diese Neuerung dem Willen des Verfassungsgebers widerspreche.⁴¹ Entsprechend gesteht der StGH der EMRK weiterhin faktischen Verfassungsrang zu.⁴²

Peter Bussjäger fasste Literatur und Judikatur so zusammen: «Man wird davon ausgehen müssen, dass die EMRK einen Rang zwischen der Verfassung und den einfachen Gesetzen einnimmt. (...) Am faktischen Verfassungsrang der EMRK hat daher auch die Verfassungsrevision 2003 nichts geändert.»⁴³

III. Zwischenfazit zur Stellung der EMRK im nationalen Recht

Die EMRK will «die auf nationaler Ebene garantierten Grundrechte weder verdrängen noch beschränken». Sie strebt vielmehr ein «Mindestmass an Menschenrechten» an.⁴⁴ Wo die Verfassung oder nationale Gesetze einen weitergehenden Schutz bieten, gehen diese wegen des in Art 53 EMRK verankerten Günstigkeitsprinzips vor.⁴⁵ Dieses basiert auf der Überzeugung, dass nationales Recht oder andere völkerrechtliche Übereinkommen Garantien enthalten können, die für die Betroffenen eine günstigere Regelung enthalten als die EMRK.⁴⁶

In den Materialien zur Ratifikation der EMRK, welche die Ausrichtung der gesamten liechtensteinischen Rechtsordnung an der Rechtsprechung des EGMR betonten, aber auch in der Rechtsprechung und der Literatur, finden sich gute Argumente dafür, der EMRK auch heute Verfassungsrang zuzuerkennen. Dies hat zur Folge, dass der StGH bei einem Konflikt zwischen EMRK und LV einen angemessenen Ausgleich suchen muss.⁴⁷ Überdies ergibt sich aus dem Verfassungsrang, dass nicht nur der Gesetzgeber an die EMRK gebunden ist. Vielmehr hat auch der Verfassungsgeber darauf Bedacht zu nehmen, dass neue Verfassungsbestimmungen keinen Widerspruch zu EMRK-Bestimmungen und zur etablierten Rechtsprechung des EGMR schaffen.⁴⁸

³² Diskussionspapier der Verfassungskommission vom 17. Juni 2002 (Beilage 4 zum Bericht vom 11. November 2002 der Verfassungskommission III an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein), S. 9.

³³ Gesetz vom 27. November 2003 über den Staatsgerichtshof (StGHG), LGBL 2004 Nr. 32 LR 173.10.

³⁴ BuA Nr. 95/2003 stützte sich auf eine umfangreiche Stellungnahme von Günther Winkler. Siehe *Winkler*, Prüfung II, S. 169.

³⁵ Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, für Liechtenstein am 1. Mai 1995 in Kraft getreten, LGBL 1995 Nr. 68 LR 0.110.

³⁶ BuA Nr. 95/2003, S. 17. Inhaltlich gleich: BuA Nr. 95/2003, S. 30. Diese Formulierung scheint von *Winkler*, Prüfung I, S. 162, inspiriert.

³⁷ Landtags-Protokolle 2003, S. 1905 (Sitzung vom 26. November 2003).

³⁸ *Becker*, Zeitenwende, S. 146, ebenso S. 148. Siehe auch *Becker*, Verhältnis, S. 669-673. *Wille Herbert*, EWR-Abkommen, S. 119.

³⁹ *Wille Tobias Michael*, Verfassungsprozessrecht, S. 69.

⁴⁰ Zustimmend VGH 2005/94 Erw. 27 (= LES 3/2006, 300 ff. [305]).

⁴¹ StGH 2004/45 Erw. 2.1.

⁴² So StGH 2005/89 Erw. 4 (= LES 4/2007, 411 ff. [412]) und StGH 2009/202 Erw. 10.1.

⁴³ *Bussjäger*, Einführende Bemerkungen, Kapitel VII.A Rz 135 f. Siehe auch die Zusammenfassung der Rechtsprechung von *Schneider*, Verfahrensgarantien, S. 98.

⁴⁴ BuA Nr. 20/1982, S. 8 und S. 15. So auch der Abgeordnete Josef Biedermann, Landtags-Protokolle 1982 I S. 188 (Sitzung vom 30. Juni 1982).

⁴⁵ Siehe z.B. EGMR *Shamayev and Others v. Georgien und Russland*, Nr. 36378/02, 12. April 2005, § 500: «Through its system of collective enforcement of the rights it establishes, the Convention reinforces, in accordance with the principle of subsidiarity, the protection afforded at national level (...), but never limits it (Article 53 of the Convention).» Ein Beispiel für einen weitergehenden Schutz durch Art 31 Abs 1 LV nennt *Schneider*, Verfahrensgarantien, S. 103.

⁴⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 2 Rn 14.

⁴⁷ Siehe hierzu betreffend zwei einander widersprechende LV-Bestimmungen: VBI 1997/17 Erw. 7 (= Archiv des Völkerrechts AVR 36 [1998], S. 213 ff. [S. 217 f.]). Siehe auch: StGH 2005/89 Erw. 7 (= LES 4/2007, 411 ff. [414]).

⁴⁸ *Seiler*, Einfluss, S. 367, gibt denn auch zu bedenken: «Je ausgreifender die Praxis des EGMR ist, desto kleiner ist der Bereich, der politischer Entscheidung zugänglich bleibt.»

Wer den Vorrang von nicht grundrechtlichen Verfassungsbestimmungen vor der EMRK bejaht, müsste darlegen, dass die Verfassungsrevision die EMRK herabstufte⁴⁹ und die Aussagen der Regierung von 1982 über die Ausrichtung des liechtensteinischen Rechts auf die EMRK nicht mehr gelten. Weil das Fürstenhaus in seinem Änderungsvorschlag vom 15. Mai 2002 die Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK zusammen mit den in der Verfassung garantierten Rechten erwähnte und die Sorge äusserte, sie könnten «überwuchert» werden, und die Regierung anlässlich der StGHG-Totalrevision die Bedeutung der EMRK hervorhob, ist nach Ansicht der Autorin keine solche Degradierung der EMRK auszumachen.

IV. Besonderheiten der EMRK

In diesem Kapitel belegen weitere Ausführungen zur EMRK ihre besondere Stellung.

A. Einzigartiger Kontrollmechanismus

Die Regierung strich vor der Ratifikation die «Besonderheit und Originalität» der EMRK hervor.⁵⁰ Sie bestehe im Kontrollmechanismus. Die Regierung ging sogar so weit, diesen und das Rechtsdurchsetzungsverfahren als einzigartig zu bezeichnen.⁵¹ Es war denn auch unbestritten, die Individualbeschwerde zuzulassen, wenn auch vorerst nur für drei Jahre, um dann die ersten Erfahrungen auswerten zu können.⁵²

In der Tat unterscheidet sich die EMRK durch das mit dem 11. ZP EMRK⁵³ obligatorisch ausgestaltete Individualbeschwerderecht von anderen Menschenrechtsinstrumenten.⁵⁴ *Matthias Herdegen* bezeichnet die individuelle Beschwerdemöglichkeit als «etwas schlechthin Revolutionäres» in der Entwicklung des Menschenrechtsschutzes,⁵⁵ und *Jens Meyer-Ladewig* und *Martin Nettesheim* heben die «Härte» und die «Effektivität» der EMRK hervor.⁵⁶

B. Bloss theoretische Kündbarkeit

In BuA Nr. 20/1982 wurde die EMRK als «Symbol für das freiheitliche, rechtsstaatliche und demokratische Europa» bezeichnet.⁵⁷ Entsprechend stelle die Ratifikation durch Liechtenstein den Beweis seiner freiheitlichen, rechts-

staatlichen und demokratischen Grundordnung dar.⁵⁸ Oder wie es *Herbert Wille* und *Marzell Beck* sagten: «Der Europarat hat eine europäische Entwicklung in Gang gesetzt, an der Liechtenstein teilnehmen muss, will es sich als Staat ernstnehmen.»⁵⁹

Bereits im Bericht vom 17. November 1981 hatte die Regierung ausgeführt, es gebe Staatsverträge, die nur noch theoretisch kündbar sind.⁶⁰ Art 58 EMRK regelt die Kündigung. Dass in den letzten Jahren Zusatz- und Änderungsprotokolle zur Unterzeichnung aufgelegt wurden, zeigt, dass von den Mitgliedstaaten nicht eine Kündigung, sondern ein verstärktes Engagement erwartet wird.⁶¹ Die Schweizer Richterinnen am EGMR, *Helen Keller*, erörterte 2016 zusammen mit *Yannick Weber* das Thema Kündigung der EMRK. Nach der Kündigung wären ihrer Ansicht nach die impliziten Bedingungen für die Mitgliedschaft im Europarat nicht mehr erfüllt.⁶² Eine Aufforderung zum Austritt von Seiten des Europarates wäre für einen Kleinstaat wie Liechtenstein mit viel Unsicherheit verbunden. Wie *Pierre-Alexis Blevin* in seiner rechtsvergleichenden Studie über die europäischen Mikrostaaten hervorhebt, sind diese auf die Mitgliedschaft in internationalen Organisationen angewiesen.⁶³ Entsprechend wertvoll ist für sie die Mitgliedschaft im Europarat.⁶⁴

BuA Nr. 20/1982 hatte denn auch die Zeichen hervorgehoben, die mit der Ratifikation ans Ausland gesendet werden.⁶⁵ Auch der Abgeordnete *Josef Biedermann* betonte die «Herausforderung nach innen und nach aussen».⁶⁶

V. Freiheiten der Mitgliedstaaten in der Umsetzung

A. Die EMRK gibt das Ziel vor, nicht den Weg

Die EMRK verlangt von den Mitgliedstaaten die Übereinstimmung der nationalen Rechtsordnung mit der Konvention.⁶⁷ Das nationale Recht muss die Grundlagen dafür legen, dass die in der EMRK garantierten Rechte im Mitgliedstaat respektiert werden.⁶⁸ Auf welchem Weg dieses Ziel erreicht wird, bestimmen die einzelnen

⁴⁹ Ob die staatsvertraglichen Grundrechte «herabgestuft» werden, fragten auch *Balliner Gerard/Kley/Wille Herbert*, Memorandum, S. 21. *Bussjäger*, Rechtsfragen, S. 141, sagte bezüglich des EWR-Rechts: «Es besteht kein Grund, anzunehmen, dass ein einmal abgeschlossener Staatsvertrag, dessen Bestimmungen verfassungsändernd waren und im Bewusstsein dessen auch genehmigt wurde, durch die Regelung rückwirkend dieses Ranges beraubt würde.»

⁵⁰ BuA Nr. 20/1982, S. 16.

⁵¹ BuA Nr. 20/1982, S. 17.

⁵² BuA Nr. 20/1982, S. 22.

⁵³ Protokoll Nr. 11 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus, abgeschlossen am 11. Mai 1994, für Liechtenstein am 1. November 1998 in Kraft getreten, LGBL 1998 Nr. 20 LR 0.101.11.

⁵⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 2 Rn 1.

⁵⁵ *Herdegen*, Völkerrecht, § 49 Rn 3. Ähnlich *Villiger*, Entwicklung, S. 90.

⁵⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 2.

⁵⁷ BuA Nr. 20/1982, S. 18.

⁵⁸ BuA Nr. 20/1982, S. 19.

⁵⁹ *Wille Herbert/Beck*, Liechtenstein, S. 237.

⁶⁰ Bericht vom 17. November 1981, S. 13. Insofern sind die von *Winkler*, Prüfung II, S. 174, angebrachten Hinweise auf Art 39 ff. WVK (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, für Liechtenstein am 10. März 1990 in Kraft getreten, LGBL 1990 Nr. 71 LR 0.121) wenig hilfreich.

⁶¹ *Seiler*, Einfluss, S. 366 f., weist darauf hin, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten in erster Linie durch das Richterrecht des EGMR erfolgt.

⁶² *Keller/Weber*, Folgen, S. 1013.

⁶³ *Blevin*, Micro-États européens, Rz 562 f.

⁶⁴ *Blevin*, Micro-États européens, Rz 483-514.

⁶⁵ BuA Nr. 20/1982, S. 19.

⁶⁶ Landtags-Protokolle 1982 I S. 187 (Sitzung vom 30. Juni 1982).

⁶⁷ Siehe statt vieler: IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 69; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 17.

⁶⁸ *Schabas*, Commentary, S. 76.

Staaten.⁶⁹ Ob sie dem monistischen oder dualistischen System folgen,⁷⁰ ob ihnen die Errichtung eines Verfassungsgerichtes sinnvoll erscheint, wie häufig sie Beamtinnen und Beamten schulen, in welchem Umfang sie zivilgesellschaftliche Organisationen stärken oder ob sie eine nationale Menschenrechtsinstitution errichten, bleibt ihnen überlassen. Ebenso haben Mitgliedstaaten mit direktdemokratischen Rechten andere Massnahmen zur Respektierung der Menschenrechte durch den Verfassungs- und den Gesetzgeber zu treffen als solche mit einem repräsentativen System. Unerlässlich ist es, die Rechtsprechung des EGMR den Behörden und Gerichten bekannt zu machen,⁷¹ auch wenn gemäss Art 46 EMRK nur die unmittelbar gegen den betroffenen Staat gerichteten EGMR-Urteile bindend sind.⁷² Da die nationalen Institutionen für die Durchsetzung der in der EMRK garantierten Rechte zu sorgen haben,⁷³ müssen sie die Rechtsprechung des EGMR kennen. Der EGMR hat mehrfach darauf hingewiesen, dass seine Urteile nicht nur im individuellen Fall Hilfe leisten, sondern auch dazu dienen, die durch die Konvention gewährleisteten Regeln zu erläutern und weiterzuentwickeln.⁷⁴

Mit der grossen Freiheit in der Wahl der Mittel geht eine Verpflichtung einher. Sie findet ihre Grundlage im Grundsatz der Subsidiarität.⁷⁵ Der EGMR hat immer wieder betont, dass der durch die EMRK vermittelte Schutz gegenüber dem auf nationaler Ebene gewährten Schutz subsidiär ist.⁷⁶ Man kann mit *William A. Schabas* auch sagen, dass der EGMR eine komplementäre Aufgabe

übernimmt.⁷⁷ Das letzte Wort darüber, wie die EMRK auszulegen ist, kommt jedoch definitiv ihm zu.⁷⁸

Das Wunschziel ist es, dass Beschwerden an den EGMR nicht mehr notwendig sind.⁷⁹ Darauf zielt auch das 16. ZP EMRK, das noch von keinem deutschsprachigen Staat unterzeichnet worden ist.⁸⁰ Es sieht unter anderem die Möglichkeit der nationalen Gerichte vor, sich mit Auslegungsfragen zur EMRK an den EGMR zu wenden.

B. Subsidiaritätsprinzip

Eine Individualbeschwerde an den EGMR ist gemäss Art 35 Abs 1 EMRK erst dann zulässig, wenn alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe ausgeschöpft sind.⁸¹ Diese Zulässigkeitsvoraussetzung beruht auf dem Gedanken, dass vorab den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einzuräumen ist, Menschenrechtsverletzungen abzuwehren.⁸² Damit ist die Aufforderung an die Staaten verbunden, Verletzungen tatkräftig zu verhindern, aufzuklären und sie respektive ihre Folgen zu beseitigen.⁸³ Dazu gehört zum Beispiel auch, Sachverhalte festzustellen. Oder wie es *Alastair Mowbray* sagte: «Therefore, El-Masri⁸⁴ powerfully illustrates that the principle of subsidiarity, (...), imposes obligations upon Contracting States (in that context the need for robust domestic fact-finding) and it is not simply a device to constrain the Court.»⁸⁵

Das 15. ZP EMRK⁸⁶ – ein Änderungsprotokoll, das Liechtenstein am 26. November 2013 ratifizierte, das aber erst in Kraft treten kann, wenn es von allen Mitgliedstaaten der EMRK ratifiziert worden ist⁸⁷ – sieht eine Ergänzung der Präambel vor. Diese wird das Subsidiaritätsprinzip und die margin of appreciation-Doktrin erwähnen.⁸⁸ Sie wird neu lauten: «in Bekräftigung dessen, dass es nach dem Grundsatz der Subsidiarität in erster Linie Auf-

⁶⁹ *Mayer/Wutscher*, Austrian Courts, S. 202. Siehe z.B. EGMR Swedish Engine Drivers' Union v. Schweden, Nr. 5614/72, 6. Februar 1976, § 50: «Neither Article 13 nor the Convention in general lays down for the Contracting States any given manner for ensuring within their internal law the effective implementation of any of the provisions of the Convention.» Noch deutlicher in EGMR James and others v. Vereinigtes Königreich, Nr. 8793/79, 21. Februar 1986, § 84, wiederholt in EGMR Lithgow and others v. Vereinigtes Königreich, Nr. 9006/80 etc., 8. Juli 1986, § 205: «(...) the substance of the rights and freedoms set forth must be secured under the domestic legal order, in some form of another (...).»

⁷⁰ Ausführlich *Velu/Ergec*, Convention, Rz 98 S. 105 f. Siehe auch: *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law, S. 29 f., und *Schabas*, Commentary, S. 76. Siehe zu Grossbritannien, wo die EMRK «is not part of the domestic law»: EGMR James and others v. Vereinigtes Königreich, Nr. 8793/79, 21. Februar 1986, § 84 f., wiederholt in EGMR Lithgow and others v. Vereinigtes Königreich, Nr. 9006/80 etc., 8. Juli 1986, § 205 f.

⁷¹ *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 17. Zum konstanten Druck durch die EGMR-Rechtsprechung siehe auch: *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law, S. 37, und *Seiler*, Einfluss, S. 307 ff.

⁷² Ausführlich hierzu *Mayer/Wutscher*, Austrian Courts, S. 202 f. Siehe auch die ausführlichen Hinweise auf weiterführende Literatur in Französisch und Niederländisch von *Velu/Ergec*, Convention, Fn 5127 S. 1109 ff.

⁷³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 28.

⁷⁴ EGMR Irland v. Vereinigtes Königreich, Nr. 5310/71, 18. Januar 1978, § 154; bestätigt z.B. in EGMR (Grosse Kammer) Jeronovičs v. Lettland, Nr. 44898/10, 5. Juli 2016, § 109.

⁷⁵ *Villiger*, Entwicklung, S. 89; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 28.

⁷⁶ Siehe z.B. EGMR Handyside v. Vereinigtes Königreich, Nr. 5493/72, 7. Dezember 1976, § 48: «The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...).»

⁷⁷ *Schabas*, Commentary, S. 75.

⁷⁸ *Schabas*, Commentary, S. 75.

⁷⁹ IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 69.

⁸⁰ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214>.

⁸¹ Siehe hierzu z.B. *Ranzoni*, Strassburg, S. 94.

⁸² *Grabener/Pabel*, EMRK, § 13 Rn 24. Das tatkräftige Engagement der einzelnen Staaten ist auch deshalb notwendig, weil nur ein sehr kleiner Teil der beim EGMR eingehenden Beschwerden zulässig erklärt wird: *Schädler*; Der Europäische Gerichtshof, S. 47 ff. Siehe auch die Analyse des Zulassungsverfahrens: *Schädler*, Re-designing.

⁸³ *Saul*, European Court, S. 749.

⁸⁴ EGMR (Grosse Kammer) El-Masri v. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien, Nr. 39630/09, 13. Dezember 2012.

⁸⁵ *Mowbray*, Subsidiarity, S. 332.

⁸⁶ Siehe auch High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration, 19. February 2010, https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf, und High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration, 19 and 20 April 2012, https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.

⁸⁷ Das 15. ZP EMRK ist von allen Mitgliedstaaten unterzeichnet worden. Es stehen jedoch noch eine Handvoll Ratifikationen aus: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>.

⁸⁸ Die Lehre sieht das Subsidiaritätsprinzip bereits heute in verschiedenen EMRK-Bestimmungen (insbesondere Art 35 EMRK) verankert. Siehe z.B. die Nachweise bei: *Mowbray*, Subsidiarity, S. 316 f.

gabe der Hohen Vertragsparteien ist, die Achtung der in dieser Konvention und den Protokollen dazu bestimmten Rechte und Freiheiten zu gewährleisten, und dass sie dabei über einen Ermessensspielraum verfügen, welcher der Kontrolle des durch diese Konvention errichteten Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte untersteht».

Gemäss *Peter Hilpold* wird das Inkrafttreten des 15. ZP EMRK allenfalls eine «Verschiebung der Nuancen» bewirken.⁸⁹ Gleichwohl – so streicht *Matthew Saul* hervor – kommt der Betonung der Subsidiarität Bedeutung zu. Sie nimmt die Mitgliedstaaten in die Pflicht, ihre Aufgaben zu erfüllen.⁹⁰

Alastair Mowbray stellte 2015 zusammen, aus welchen EMRK-Bestimmungen der EGMR das Subsidiaritätsprinzip ableitete und mit welchem Inhalt er es im Laufe der Jahre füllte, insbesondere als er immer stärker durch die grosse Zahl an Beschwerden herausgefordert wurde.⁹¹ Hierbei zeigte sich, dass der EGMR den rechtlichen Würdigungen nationaler Gerichte eher folgt, wenn sie die Fakten sorgfältig erhoben haben.⁹² Entscheidend ist auch – wie schon ältere EGMR-Urteile zeigten –, ob die nationalen Gerichte dem relevanten internationalen Recht Beachtung schenken.⁹³

Daniel Moeckli und *Lea Raible* untersuchten Urteile des EGMR daraufhin, ob er zu einem anderen Ergebnis gelangte, wenn Einschränkungen von Grundrechten auf einer in einem direktdemokratischen Verfahren erlassenen Grundlage beruhen.⁹⁴ Dies ist nicht der Fall: «Die Norm, auf die sich ein Eingriff stützt, braucht also nicht in einem vom Parlament verabschiedeten Gesetz enthalten zu sein. Erst recht nicht braucht sie direktdemokratisch legitimiert zu sein».⁹⁵ Wie *Matthew Saul* nachweist, besteht jedoch eine Tendenz des EGMR, dem parlamentarischen Prozess immer mehr Beachtung zu schenken.⁹⁶ Weist die Arbeit des nationalen Parlaments eine gute

Qualität auf, sei der EGMR eher bereit, dem Mitgliedstaat einen grossen Ermessensspielraum zu gewähren.⁹⁷

C. Ermessensspielraum

Der EGMR wendet seit vielen Jahren⁹⁸ nicht in allen Konstellationen dieselbe Kontrolldichte bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit an. Vielmehr variiert der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten, ihr so genannter margin of appreciation. Mit dieser margin of appreciation-Doktrin trägt der EGMR den unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten Rechnung. Nationale Besonderheiten können so berücksichtigt werden.⁹⁹ Oder wie es *Alastair Mowbray* sagte: Die Doktrin ist ein Instrument zur Definition der Beziehungen zwischen den inländischen Behörden und dem Gericht.¹⁰⁰ Sie dient dazu, Zuständigkeiten abzugrenzen.¹⁰¹ *Peter Hilpold* definiert sie als «Handlungsspielraum der Konventionsstaaten bei der Anwendung der EMRK».¹⁰² Er werde gewährt, weil die einzelnen Mitgliedstaaten durch ihre Nähe zu den Geschehnissen «besser befähigt wären, die kollidierenden Interessen abzuwägen und eine sachgerechte Entscheidung zu treffen».¹⁰³ Gewährt der EGMR den Mitgliedstaaten einen zu grossen Spielraum, gefährdet er damit aber das europäische System des Menschenrechtsschutzes.¹⁰⁴

Abgeleitet wird die margin of appreciation-Doktrin aus dem Subsidiaritätsprinzip.¹⁰⁵ Das 15. ZP EMRK wird eine Erwähnung des Ermessensspielraumes in die Präambel bewirken.¹⁰⁶ Der Explanatory Report erklärte den Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip und «that the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system».¹⁰⁷

Die Lehre hat verschiedene Kriterien herausgearbeitet, welche den EGMR beim Entscheid, wie umfassend er seine Prüfung vornimmt respektive wie gross der Spielraum des Mitgliedstaates ist, leiten.¹⁰⁸ So ist der Beurteilungsspielraum je nach betroffenem Grundrecht unterschiedlich.¹⁰⁹

⁸⁹ IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 67. Ähnlich *Velu/Ergec*, Convention, Rz 35-1 S. 52. Zu den Meinungsverschiedenheiten bei der Formulierung des 15. ZP EMRK siehe: *Schabas*, Commentary, S. 78 f.

⁹⁰ *Saul*, European Court, S. 749 f. Auf die Pflichten der Mitgliedstaaten weisen auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law, S. 17 f., hin.

⁹¹ *Mowbray*, Subsidiarity, S. 319 ff.

⁹² *Mowbray*, Subsidiarity, S. 330-323 und S. 340, stützte sich auf EGMR (Grosse Kammer) *Austin and Others v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 39692/09, 40713/09 und 41008/09, 15. März 2012, §§ 61 f., sowie EGMR (Grosse Kammer) *El-Masri v. Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien*, Nr. 39630/09, 13. Dezember 2012, §§ 154 ff.

⁹³ So z.B. bereits EGMR *Swedish Engine Drivers' Union v. Schweden*, Nr. 5614/72, 6. Februar 1976, § 50: «(...) a reading of the judgment of 18 February 1972 reveals that the Labour Court carefully examined the complaints brought before it in the light of the legislation in force and not without taking into account Sweden's international undertakings.» EGMR *El Ghatet v. Schweiz*, 56971/10, 8. November 2016, §§ 53 f., bejahte eine Verletzung von Art 8 EMRK, weil das Schweizerische Bundesgericht (BGer 2C_214/2010 vom 5. Juli 2010) nicht das Kindeswohl ins Zentrum der Interessenabwägung gestellt hatte.

⁹⁴ *Moeckli/Raible*, Direkte Demokratie, S. 475-477.

⁹⁵ *Moeckli/Raible*, Direkte Demokratie, S. 472.

⁹⁶ *Saul*, European Court, S. 772.

⁹⁷ *Saul*, European Court, S. 754 f., stützt sich v.a. auf EGMR (Grosse Kammer) *Animal Defenders International v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 48876/08, 22. April 2013, § 108.

⁹⁸ Zur Herausarbeitung der Doktrin siehe z.B. *Binder*; Concept, S. 60 f. Wegleitend war EGMR *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 5493/72, 7. Dezember 1976, §§ 47 ff.

⁹⁹ *Edenbarter*, Auflösung, S. 236 f.

¹⁰⁰ *Mowbray*, Subsidiarity, S. 328.

¹⁰¹ *Mowbray*, Subsidiarity, S. 329.

¹⁰² IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 73.

¹⁰³ IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 73.

¹⁰⁴ *Binder*; Concept, S. 57. Zur Gratwanderung im Umgang mit der margin of appreciation-Doktrin siehe auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law, S. 16 f.

¹⁰⁵ Siehe z.B. *Mowbray*, Subsidiarity, S. 339.

¹⁰⁶ Siehe Kapitel V.B.

¹⁰⁷ Abrufbar in der Kategorie «Related links» der Website zum 15. ZP EMRK: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>.

¹⁰⁸ *Grabenuarter/Pabel*, EMRK, § 18 Rn 21.

¹⁰⁹ *Grabenuarter/Pabel*, EMRK, § 18 Rn 20; *Edenbarter*; Auflösung, S. 238. Siehe auch IntKommEMRK *Hilpold*, Präambel, Rn 74, der auf die «fall- und situationsspezifische Entwicklung» der Doktrin verweist.

Von Bedeutung ist, ob sich bereits ein europäischer Standard herauskristallisiert hat¹¹⁰ und ob sich – vor allem bei Fragen der Moral – nationale oder regionale Unterschiede zeigen.¹¹¹ Liegt bereits eine gefestigte Rechtsprechung des EGMR vor, kommt dem Staat selbstverständlich kein Ermessen mehr zu.¹¹² Ob die vom Beschwerdeführer oder der Beschwerdeführerin kritisierte Einschränkung von der Verfassung, einem Gesetz oder einer Verordnungsbestimmung ausgeht, spielt hingegen keine Rolle. Ebenso kann der Mitgliedstaat nicht geltend machen, gemäss nationalem Recht gingen Verfassungsrecht oder ein bewusst gegen EMRK-Bestimmungen verstossendes Gesetz dieser vor. Hingegen belässt der EGMR bei der Prüfung von Fällen, in denen sich die Grundrechte von Privaten gegenüberstehen, dem Staat in der Regel einen grösseren Spielraum, wenn das oberste nationale Gericht «eine sorgfältige Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtspositionen im Lichte der Rechtsprechung des EGMR vorgenommen hat.»¹¹³

Darauf, ob bereits ein europäischer Konsens zu einer Frage vorliegt, hat der einzelne Mitgliedstaat keinen Einfluss. Er kann einzig dafür sorgen, dass seine Behörden die Rechtsprechung des EGMR aufmerksam verfolgen und in den ihnen vorgelegten Fällen die Sachverhalte sorgfältig erstellen und die Interessen der Beteiligten umfassend gegeneinander abwägen.

VI. Keine Bindung des EGMR an den Stufenbau der nationalen Rechtsordnung

A. Der EGMR bezieht nicht nur das vom Mitgliedstaat ratifizierte Völkerrecht in die Prüfung mit ein

Der EGMR berücksichtigt bei der Auslegung der EMRK auch völkerrechtliche Normen, die der betreffende Staat bewusst nicht ratifiziert hat,¹¹⁴ noch nicht ratifiziert hat,¹¹⁵ oder die auf ihn nicht zur Anwendung gelangen können,

zum Beispiel weil er nicht EU-Mitglied ist¹¹⁶ oder weil es sich um die Grundrechtscharta eines anderen Kontinents handelt¹¹⁷.¹¹⁸ Dies zeigt, dass das Interesse des EGMR weder dem Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im betroffenen Staat noch seinem Stufenbau der Rechtsordnung gilt.

Vielmehr steht für den EGMR die systematische Interpretation im Vordergrund. Sie führt ihn zu einer autonomen Auslegung.¹¹⁹ Diese bedient sich der Rechtsvergleichung, wobei auch soft law einbezogen wird.¹²⁰ Überdies dient die Erhebung der Rechtssetzung und Rechtsprechung der Mitgliedstaaten¹²¹ der Feststellung, ob sich bereits ein Konsens herausgebildet hat.¹²²

B. Der EGMR prüft auch Verfassungsbestimmungen

Zu fragen, ob dem Verfassungsgeber gemäss nationalem Recht wegen des Verfassungsranges der EMRK Grenzen gesetzt sind, erscheint aus der Perspektive der EMRK müssig. Der EGMR nimmt nämlich auch Beschwerden entgegen, die eine Verletzung durch eine Verfassungsbestimmung geltend machen.

Nach der Annahme der so genannten Minarettverbotsinitiative in der eidgenössischen Volksabstimmung

¹¹⁰ So z.B. *Mowbray*, Between, S. 35; *Binder*, Concept, S. 57 f., und *Velu/Ergec*, Convention, Rz 61 S. 58. EGMR Handyside v. Vereinigtes Königreich, Nr. 5493/72, 7. Dezember 1976, § 48, stellte fest, dass sich unter den Mitgliedstaaten noch keine einheitliche Moral («uniform European conception of morals») herausgebildet hatte. Zu beurteilen war die Verurteilung des englischen Verlegers des in vielen Staaten frei vertriebenen dänischen Buches «Das kleine rote Schülerbuch», das Passagen über den Umgang mit Drogen und Sexualität enthielt.

¹¹¹ *Schabas*, Commentary, S. 81.

¹¹² *Mayer/Wutscher*, Austrian Courts, S. 205.

¹¹³ *Edenbarter*, Auflösung S. 239.

¹¹⁴ Siehe die gemeinsame Dissenting Opinion der Richterin Keller und der Richter Spano und Kjølbro Ziff. 4 und 9 zu EGMR Di Trizio v. Schweiz, Nr. 7186/09, 2. Februar 2016. *Velu/Ergec*, Convention, Fn 132 S. 54, bezeichnen EGMR (Grosse Kammer), Demir and Baykara v. Türkei, Nr. 34503/97, 12. November 2008, siehe v.a. §§ 54-58 und §§ 85 f., als Paradebeispiel. Kritisch zur rechtsvergleichenden Heranziehung völkerrechtlicher Verträge, die nicht alle Mitgliedstaaten unterzeichnet haben: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 5 Rn 13; *Herdegen*, Völkerrecht, § 15 Rn 32 sowie § 49 Rn 5, und *Velu/Ergec*, Convention, Rz 56 S. 54.

¹¹⁵ Siehe z.B. EGMR Rantsev v. Zypern und Russland, Nr. 25965/04, 7. Januar 2010, § 282: Als die Opfer von Menschenhandel gewordene Tochter des russischen Beschwerdeführers verstarb, hatte Russland das Palermo Protokoll noch nicht unterzeichnet.

¹¹⁶ Siehe z.B. EGMR (Grosse Kammer) Konstantin Markin v. Russland, Nr. 30078/06, 22. März 2012, §§ 63 ff.

¹¹⁷ Siehe z.B. den Verweis auf ein Urteil des Inter-American Court of Human Rights in EGMR (Grosse Kammer) Lopes de Sousa Fernandes v. Portugal, Nr. 56080/13, 19. Dezember 2017, §§ 117 f. Oder die Verweise auf ein Urteil des Inter-American Court of Human Rights und die Principles on Freedom of Expression in Africa in EGMR (Grosse Kammer) Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn, Nr. 18030/11, 8. November 2016, §§ 61 und 63.

¹¹⁸ EGMR (Grosse Kammer) Bayatyan v. Armenien, Nr. 23459/03, 7. Juli 2011, § 102, erklärt dies wie folgt; «Furthermore, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, the Court can and must take into account elements of international law other than the Convention and the interpretation of such elements by competent organs.»

¹¹⁹ Siehe aus neuerer Zeit z.B. EGMR (Grosse Kammer) Micallef v. Malta, Nr. 17056/06, 15. Oktober 2009, § 48, und EGMR (Grosse Kammer) Buzadji v. Republik Moldau, Nr. 23755/07, 5. Juli 2016, § 103. Siehe hierzu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 5 Rn 9-13.

¹²⁰ Siehe hierzu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 5 Rn 12, die sich kritisch zur Verschleierung der nicht bindenden Natur äussern. Etwas weniger kritisch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law, S. 10.

¹²¹ *Bjorge*, Bottom-up, S. 211 ff., zeigt auf, dass der EGMR Anleihen bei den britischen Gerichten macht und je länger je mehr nationale Urteile bezieht.

¹²² *Binder*, Concept, S. 59. Illustrativ EGMR (Grosse Kammer) Naït-Liman v. Schweiz, Nr. 51357/07, 15. März 2018, wo der EGMR (§§ 67-90) die Rechtsordnungen von 39 Mitgliedstaaten des Europarates und weiteren Staaten untersuchte und zum Schluss gelangte (§ 203), dass die Schweiz über einen grossen Ermessensspielraum verfügte, als sie ihre Zuständigkeit zur Behandlung von Schadenersatzforderungen ausländischer Folteropfer verneinte. Siehe auch EGMR A.P., Garçon and Nicot v. Frankreich, Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13, 6. April 2017, wo der EGMR die nationalen Regelungen für Transgender Menschen zusammenstellte (§§ 70-72) und trotz Fehlen eines Konsenses in Europa (§ 122) Frankreich bloss einen engen Ermessensspielraum zugestand (§§ 123-125). Kritisch hierzu die Dissenting Opinion des Richters Ranzoni.

vom 29. November 2009¹²³ gingen zwei Beschwerden beim EGMR ein.¹²⁴ Er erklärte sie gemäss Art 35 Abs 3 und 4 EMRK für unzulässig. Dies nicht deshalb, weil die Beschwerdeführer eine Verletzung der Religionsfreiheit durch eine Verfassungsbestimmung geltend machten, sondern weil sie nicht Opfer im Sinne von Art 34 EMRK waren. Die klagenden muslimischen Vereinigungen und der in einer Moschee in Genf aktive Gläubige hatten weder die Absicht, ein Minarett zu erstellen, noch konnten sie sonst eine konkrete Beeinträchtigung vorweisen.

In EGMR *Sejdić und Finci v. Bosnien-Herzegowina*¹²⁵ hatten sich ein Repräsentant der Roma und eine Persönlichkeit jüdischen Glaubens darüber beschwert,¹²⁶ dass sie gemäss der Verfassung nicht in die zweite Kammer und nicht zum Staatsoberhaupt gewählt werden konnten, weil Roma und Juden kein «konstituierendes Volk» Bosnien-Herzegowinas darstellen und sie sich nicht zu einem der konstituierenden Völker (Bosnier, Kroaten und Serben) bekennen konnten und wollten. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art 14 EMRK in Verbindung mit Art 3 1. ZP EMRK¹²⁷ fest. Dass der Ausschluss vom Wahlrecht unmittelbar in der Verfassung angelegt war, stellte für den EGMR kein Hindernis dar.¹²⁸

Auch in EGMR *Baka v. Ungarn* fand die Verletzung von Art 6 Abs 1 und Art 10 EMRK ihre unmittelbare Grundlage in der Verfassung.¹²⁹ András Baka, Präsident des Obersten Gerichtshofes Ungarns, war wegen seiner kritischen Äusserungen über die von der Regierung lancierte Justizreform mittels einer Verfassungsänderung seines Amtes enthoben worden.

Trotz dieser EGMR-Urteile ist die aus dem nationalen Recht fliessende Verpflichtung des Verfassungsgebers auf den Respekt vor der EMRK wichtig. Liechtenstein darf nämlich nicht untätig darauf vertrauen, dass der EGMR Verletzungen beseitigt. Vielmehr ergibt sich aus dem Subsidiaritätsprinzip, dass im Land selber kein Anlass für Gefährdungen der Menschenrechte geschaffen werden darf und bei allenfalls doch erfolgten Verletzungen für Abhilfe gesorgt wird. Zudem würde der Verfassungsgeber ein gefährliches Signal setzen. Würde sich die LV in Widerspruch zur EMRK setzen, wäre es für die übrigen staatlichen Organe schwierig, negative Folgen dieses Aktes abzuwehren. So fiel es zum Beispiel schwer, von den Angestellten des Gefängnisses – um nur eine exponierte Stelle zu nennen – die notwendige Aufmerksamkeit für die Grundrechte der ihnen anver-

trauten Menschen zu verlangen, wenn gleichzeitig der Verfassungsgeber keine Rücksicht auf die von der EMRK gesetzten Standards nimmt.

VII. Die Rolle der EMRK als living instrument ist in Liechtenstein akzeptiert

Der EGMR versteht die EMRK als «living instrument».¹³⁰ Der Schutzbereich und die Intensität des Schutzes können sich im Laufe der Jahre verändern und ein staatliches Handeln problematisch werden lassen, das lange Zeit als angemessen galt.¹³¹ Oder wie es *Jens Meyer-Ladewig* und *Martin Nettesheim* ausdrücken: «Die EMRK ist heute weiter denn je davon entfernt, nur jene Bedingungen zu garantieren, deren Existenz für eine würdige Lebensführung in gleicher Freiheit unabdingbar ist».¹³² Vielmehr lassen sich gestützt auf die Garantien der EMRK und ihrer ZP «die Lebensverhältnisse der Menschen umfassend thematisieren».¹³³

Dies bereitet der Dogmatik in Liechtenstein keine Probleme. Die Regierung hatte diese Dynamik bereits in BuA Nr. 20/1982 vorhergesehen, als sie auf die umfassenden Auslegungsbefugnisse des EGMR hinwies und anmahnte, die Gesetzgebung immer wieder anzupassen.¹³⁴ Der Abgeordnete Josef Biedermann erinnerte denn auch seine Kollegen im Landtag daran, dass die Ratifikation der EMRK eine Herausforderung darstelle und Gesetzesrevisionen unausweichlich sein werden.¹³⁵ Die Respektierung der EMRK stellt keinen einmaligen Vorgang dar, sondern einen dynamischen Prozess.

Herbert Wille und *Marzell Beck* wiesen schon 1984 auf die grosse Bedeutung der Rechtsfortbildung durch die zuständigen Organe des Europarates hin.¹³⁶ *Gerard Ballin* sagte es 1990 treffend: «Liechtenstein heiratet die Rechtssprechung mit. Wenn die EMRK selbst ein living instrument ist, das sich in der Auslegung und Anwendung der Strassburger Organe entfaltet, so folgt ihnen gleichsam die innerstaatliche Anwendung.»¹³⁷

Unlängst erinnerte *Daniel Moeckli* daran, dass internationale Gerichte autoritären und isolationistischen Tendenzen entgegenwirken können.¹³⁸ Entfernen sich die

¹²³ Ergänzung der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) um Art 72 Abs 3 BV: «Der Bau von Minaretten ist verboten.»

¹²⁴ EGMR *Ligue des Musulmans de Suisse et autres v. Schweiz*, Nr. 66274/09, 28. Juni 2011, und EGMR *Hafid Ouardiri v. Schweiz*, Nr. 65840/09, 28. Juni 2011.

¹²⁵ In EGMR (Grosse Kammer) *Sejdić and Finci v. Bosnien-Herzegowina*, Nr. 27996/06 und 34836/06, 22. Dezember 2009.

¹²⁶ Siehe §§ 9 und 26.

¹²⁷ Zusatzprotokoll vom 20. März 1952 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, für Liechtenstein am 14. November 1995 in Kraft getreten, LGBl. 1995 Nr. 208 LR 0.101.01.

¹²⁸ Siehe v.a. §§ 45 f. und 50.

¹²⁹ EGMR (Grosse Kammer) *Baka v. Ungarn*, Nr. 20261/12, 23. Juni 2016, §§ 19 f., 38 und 47-49.

¹³⁰ Eingängig z.B. EGMR (Grosse Kammer) *Bayatyan v. Armenien*, Nr. 23459/03, 7. Juli 2011, § 102: «The Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today (...). Since it is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions in Contracting States and respond, for example, to any emerging consensus as to the standards to be achieved (...).» Erstmals erwähnt in EGMR, *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, Nr. 5856/72, 25. April 1978, § 31, betreffend Körperstrafen auf der Isle of Man.

¹³¹ *Mowbray*, *Between*, S. 20 ff., unterscheidet zwischen den Entwicklungen aufgrund technologischer Neuerungen, veränderten sozialen Beziehungen und der Entwicklung der Menschenrechtsstandards.

¹³² *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 3.

¹³³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, Einleitung, Rz 3.

¹³⁴ BuA Nr. 20/1982, S. 20 und S. 28.

¹³⁵ Landtags-Protokolle 1982 I S. 187 f. (Sitzung vom 30. Juni 1982).

¹³⁶ *Wille Herbert/Beck*, Liechtenstein, S. 246.

¹³⁷ *Ballin Gerard*, Rechtsordnung, S. 147 f. Zustimmend *Höfling*, Liechtenstein, S. 143.

¹³⁸ *Moeckli*, Internationale Gerichte, S. 77.

staatlichen Gewalten in Wort oder Tat von den völkerrechtlichen Normen, sind Reibungen zwischen dem nationalen Recht respektive nationalen Akten und dem Völkerrecht nicht ein lästiges Übel, sondern eine Erinnerung an die Selbstverpflichtung auf internationale Normen.

VIII. Literaturverzeichnis

Batliner, Gerard, Die liechtensteinische Rechtsordnung und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: Geiger/Waschkuhn (Hrsg.), Liechtenstein: Kleinheit und Interdependenz, LPS 14, Vaduz 1990, S. 91-180

Batliner, Gerard/Kley, Andreas/Wille, Herbert, Memorandum zur Frage der Vereinbarkeit des Entwurfes zur Abänderung der Verfassung mit den Regeln und Standards des Europarates und der EMKR zuhanden des Demokratie-Sekretariates, Eschen/Bern/Balzers, 19. August 2002, abrufbar unter: <https://demokratiebewegung.li/de/dokumente/verfassungsdiskussion/Memorandum-EMRKStatut.pdf/view>

Batliner, Martin, Die politischen Volksrechte im Fürstentum Liechtenstein, Diss. Universität Fribourg, Fribourg 1993

Becker, Stefan, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht nach Massgabe der Praxis des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein, Diss. Universität Fribourg, Schaan 2003

Becker, Stefan, Zeitenwende im Verhältnis zum Staatsvertragsrecht? Jus & News 2004/2, S. 143-157

Binder, Christina, The Concept of Margin of Appreciation, Journal für Rechtspolitik JRP 23 (2015), S. 56-66

Bjorge, Eirik, Bottom-up shaping of rights. How the scope of human rights at the national level impacts upon Convention rights, in: Brems/Gerards (Hrsg.), Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights, Cambridge 2013, S. 211-231

Blevin, Pierre-Alexis, Les micro-États européens. Étude historique, juridique et fiscale (Andorre, Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin, Vatican), Diss. Universität Rennes, Paris 2016

Bussjäger, Peter, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.), Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung. Online-Kommentar, BERN 2016, verfassung.li (Stand: 22. Februar 2016)

Bussjäger, Peter, Rechtsfragen des Vorrangs und der Anwendbarkeit von EWR-Recht in Liechtenstein, LJZ 4/2006, S. 140-146

Edenbarter, Andrea, Auflösung von Jurisdiktionskonflikten durch eine Variierung der richterlichen Prüfungsdichte. Übertragung der Spielraumkonzepte des EGMR und des Schweizer Bundesgerichts auf die Rechtsprechung des EuGH, Der Staat 57 (2018), S. 227-265

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München, Basel und Wien 2016

Harris, David/O'Boyle, Michael/Warbrick, Colin, Law of the European Convention on Human Rights, 4. Aufl., Oxford 2018

Herdegen, Matthias, Völkerrecht, 17. Aufl., München 2018

Hilpold, Peter, Präambel, in: Pabel/Schmahl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschen-

rechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten, Köln, (Stand: November 2017) (zitiert: IntKom-EMRK Hilpold, Präambel)

Höfling, Wolfram, Liechtenstein und die Europäische Menschenrechtskonvention, Archiv des Völkerrechts AVR 36 (1998), S. 140-153

Keller, Helen/Weber, Yannick, Folgen für den Grundrechtsschutz und verfassungsrechtliche Gültigkeit der «Selbstbestimmungsinitiative», Aktuelle Juristische Praxis AJP 2016, S. 1007-1023

Kübne, Josef, Zur Struktur des Liechtensteinischen Rechtes. Eine föderative Rechtsordnung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 38 (1989), S. 379-420

Mayer, Claudia/Wutscher, Herwig, Are Austrian Courts Obligated to Consider the Jurisprudence of the European Court of Human Rights when Interpreting the ECHR?, Vienna Journal on International Constitutional Law (ICL Journal) 8 (2014), S. 201-211

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin, Einleitung; in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 23-48

Moeckli, Daniel, Internationale Gerichte: Garanten der Stabilität oder undemokratische politische Akteure?, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht ZBl 119 (2018), S. 74-82

Moeckli, Daniel/Raible, Lea, Die direkte Demokratie in der Rechtsprechung des EGMR, in: Good/Platipodis (Hrsg.), Direkte Demokratie. Herausforderungen zwischen Politik und Recht. Festschrift für Andreas Auer, Bern 2013, S. 469-481

Mowbray, Alastair, Subsidiarity and the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Review 15 (2015), S. 313-341

Mowbray, Alastair, Between the will of the Contracting Parties and the needs of today. Extending the scope of Convention rights and freedoms beyond what could have been foreseen by the drafters of the ECHR, in: Brems/Gerards (Hrsg.), Shaping rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights, Cambridge 2013, S. 17-37

Ranzoni, Carlo, Strassburg – Der Weisheit letzter Schluss oder bloss letzte Instanz?, LJZ 4/2017, S. 92-99

Saul, Matthew, The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Process of National Parliaments, Human Rights Law Review 15 (2015), S. 745-774

Schabas, William A., The European Convention on Human Rights. A Commentary, Oxford 2015

Schädler, Robin, Re-designing the admissibility model of the European Court of Human Rights, Diss. Universität Zürich, Balzers 2017

Schädler, Robin, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte – eine Aussen- und Innensicht, LJZ 2/2015, S. 46-50

Schneider, Esther, Internationalrechtliche Verfahrensgarantien (Art 6 und 7 EMRK sowie Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK), LJZ 4/2014, S. 98-109

Seiler, Hansjörg, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins ZBJV 150 (2014), S. 265-368

Thürer, Daniel, Liechtenstein und die Völkerrechtsordnung. Ein Kleinstaat im völkerrechtlichen Spannungsfeld zwischen Singularität und Modell rechtlicher Integration, Archiv des Völkerrechts AVR 36 (1998), S. 98-127

Velu, Jacques/Ergec, Rusen, Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl., Bruxelles 2014

Villiger, Mark, Die Entwicklung des Europäischen Menschenrechtsschutzes dargestellt am Beispiel des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, LJZ 4/2007, S. 85-99

Wille, Herbert, Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und seine Auswirkungen auf das liechtensteinische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in: Bruha/Pällinger/Quaderer (Hrsg.), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR. Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven, LPS 40, Schaan 2005, S. 108-147

Wille, Herbert/Beck, Marzell, Liechtenstein und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), in: Liechtensteinische Akademische Gesellschaft (Hrsg.), Liechtenstein in Europa, LPS 10, Vaduz 1984, S. 227-250

Wille, Tobias Michael, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht, LPS 43, Diss. Universität Zürich, Schaan 2007

Winkler, Günther, Die Prüfung von Staatsverträgen durch den Staatsgerichtshof (I), Jus & News 2004/2, S. 159-167 (Abdruck eines im Rahmen der Begutachtung des Verfassungsvorschlages des liechtensteinischen Fürstenhauses am 16. Oktober 2002 entstandenen Textes)

Winkler, Günther, Die Prüfung von Staatsverträgen durch den Staatsgerichtshof (II, Antworten auf Fragen des Landtags-Abg. Dr. Sprenger betreffend die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs zur Prüfung von Staatsverträgen), Jus & News 2004/2, S. 169-191

Winkler, Günther, Staatsverträge. Ihre Erzeugung und Geltung in der Rechtsordnung Liechtensteins, LJZ 4/1990, S. 105-138