



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Genf oder Strassburg?

Die Rechtsprechung des UNO- Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Vergleich

Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte
(Themenbereich Polizei und Justiz)

zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD

verfasst von Prof. Walter Kälin

Bern, 9. Januar 2012

Diese Studie gibt nur die Meinung des SKMR bzw. des Autors wieder.

Inhalt

Literaturverzeichnis.....	III
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
Zusammenfassung.....	V
Résumé.....	VIII
1. Einleitung.....	1
1.1. Auftrag.....	1
1.2. Eingrenzung des Themas.....	1
1.3. Aufbau der Studie.....	3
2. Relevante verfahrensrechtliche Aspekte der Praxis des Menschenrechtsausschusses im Individualbeschwerdeverfahren.....	3
2.1. Beschwerdebefugnis (Art. 1 FP Pakt II).....	4
2.1.1. Beschränkung auf natürliche Personen.....	4
2.1.2. Opfereigenschaft.....	4
2.1.3. Beschränkungen auf Verletzungen seit Inkrafttreten des Fakultativprotokolls für den Vertragsstaat.....	4
2.2. Offensichtliche Unbegründetheit (Art. 2 FP Pakt II).....	6
2.3. Unzulässigkeit wegen Anonymität, Missbrauch des Beschwerderechts und Unvereinbarkeit mit den Garantien des Paktes (Art. 3 FP Pakt II).....	7
2.4. Weitere Unzulässigkeitsgründe (Art. 5 FP Pakt II).....	7
2.4.1. Kein anderes internationales Verfahren (Art. 5 Abs. 2 lit. a FP Pakt II).....	7
2.4.2. Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 5 Abs. 2 lit. b FP Pakt II).....	8
2.4.3. Trivialfälle.....	9
2.5. Vorsorgliche Massnahmen.....	9
2.6. Wirkung von Entscheiden.....	10
2.7. Kognition – insbesondere die „margin of appreciation“-Doktrin des EGMR.....	12
2.7.1. Überprüfung von Sachverhaltsfragen und der Auslegung nationalen Rechts.....	12
2.7.2. Auslegung der Paktgarantien.....	13
2.7.3. Berücksichtigung staatlicher Beurteilungsspielräume?.....	13
3. Bestimmungen von Pakt II ohne äquivalente EMRK-Garantien.....	15
3.1. Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 Pakt II).....	15
3.2. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Pakt II).....	15
3.3. Menschliche Haftbedingungen (Art. 10 Pakt II).....	15
3.4. Verbot des Schuldverhafts (Art. 11 Pakt II).....	17

3.5.	Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit (Art. 12 Pakt II).....	18
3.5.1.	Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen (Abs. 1)	18
3.5.2.	Recht, in sein eigenes Land einzureisen (Abs. 4).....	19
3.6.	Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16 Pakt II).....	20
3.7.	Religiöses Erziehungsrecht der Eltern (Art. 18 Abs. 4 Pakt II)	21
3.8.	Verbot von Kriegspropaganda und Rassenhass (Art. 20 Pakt II)	21
3.9.	Schutz der Familie (Art. 23 Abs. 1 Pakt II)	22
3.10.	Kinderrechte (Art. 24 Pakt II).....	22
3.11.	Politische Rechte und Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 25 Pakt II).....	23
3.11.1.	Wahlen	23
3.11.2.	Zugang zu öffentlichen Ämtern	24
3.12.	Diskriminierungsverbot (Art. 26 Pakt II).....	24
3.13.	Rechte der Angehörigen von Minderheiten (Art. 27 Pakt II)	27
4.	Bestimmungen von Pakt II mit äquivalenten EMRK-Garantien	27
4.1.	Recht auf Leben (Art. 6 Pakt II).....	27
4.2.	Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung (Art. 7 Pakt II).....	29
4.3.	Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 8 Pakt II).....	31
4.4.	Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 9 Pakt II).....	31
4.5.	Garantien im Ausweisungsverfahren (Art. 13 Pakt II).....	34
4.6.	Verfahrensgarantien (Art. 14 Pakt II)	34
4.7.	Verbot rückwirkender Strafen (Art. 15 Pakt II)	36
4.8.	Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 17 Pakt II).....	37
4.8.1.	Schutz des Privatlebens und des Schriftverkehrs.....	37
4.8.2.	Schutz des Familienlebens.....	38
4.9.	Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18 Pakt II)	39
4.10.	Ideelle Freiheitsrechte.....	41
4.10.1.	Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 19 Pakt II).....	41
4.10.2.	Versammlungsfreiheit (Art. 21 Pakt II).....	42
4.10.3.	Vereinigungsfreiheit (Art. 22 Pakt II).....	42
4.11.	Recht auf Ehe (Art. 23 Abs. 2 - 4 Pakt II).....	43
5.	Schlussfolgerungen.....	43
5.1.	Verfahrensrechtliche Aspekte	43
5.2.	Paktgarantien ohne Parallelen in der EMRK	44
5.3.	Paktgarantien mit äquivalenten Garantien in der EMRK	45

Literaturverzeichnis

- ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA/KÄLIN WALTER, Die Schweiz und der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 155 – 232.
- HARRIS DAVID/O'BOYLE MICHAEL/BATES ED/BUCKLEY CARLA, Law of the European Convention on Human Rights, 2nd ed., Oxford 2009.
- JACOBS FRANCIS/WHITE ROBIN C.A./OVEY CLARE, The European Convention on Human Rights, 5th ed., Oxford 2010.
- JOSEPH SARAH/SCHULTZ JENNY/CASTAN MELISSA, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary, 2. Aufl., Oxford 2004.
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, The Law of International Human Rights Protection, Oxford 2009.
- KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED, Die Schweiz und die UNO Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel etc. 1997.
- KIENER REGINA / KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007.
- MALINVERNI GIORGIO, La Suisse et la protection des minorités (art. 27 Pacte II), in : Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, S. 233 – 251.
- MEYER-LADEWIG JENS , EMRK Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011.
- MÖLLER JAKOB TH./DE ZAYAS ALFRED, United Nations Human Rights Committee Case Law 1977 – 2008 – A Handbook, Kehl 2009.
- NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl 2005.
- SCHLÜTTER BIRGIT, Aspects of human rights interpretation by the UN treaty bodies, in: Helen Keller and Geir Ulfstein (eds.), The UN Human Rights Treaty Bodies -Law and Legitimacy - Cambridge 2012, S. 261 – 319.
- ULFSTEIN GEIR, Individual complaints, in: Helen Keller and Geir Ulfstein (eds.), The UN Human Rights Treaty Bodies -Law and Legitimacy, Cambridge 2012, S. 73 – 115.

Die ENTSCHEIDE DES MENSCHENRECHTSAUSSCHUSSES werden mit Name, beklagte Vertragspartei, Fallnummer und Datum der Entscheidung /Jahr der Einreichung und in Klammer Jahr der Entscheidung zitiert. Beispiel: C. et al. v. Italy, 163/1984 (1984). Die Entscheide sind in den Jahresberichten des Ausschusses an die Generalversammlung jeweils im Band 2 publiziert: Report of the Human Rights Committee, Volume II, UN Doc A/[Nummer der GV Session]/40 (Vol. II). Sie sind auf der Website des SIM/Netherlands Institute of Human Rights unter <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/CommNo?OpenView> leicht zu erschliessen.

Die ENTSCHEIDE UND URTEILE DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE werden mit Name, beklagte Vertragspartei, Fallnummer und Datum des Entscheids oder Urteils zitiert. Sie sind in der HUDOC Datenbank publiziert: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>.

Abkürzungsverzeichnis

Art.	Artikel
Ausschuss	Ausschuss für Menschenrechte gemäss Art. 28 Pakt II
BGG	Gesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR. 173.110
bzw.	beziehungsweise
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950), SR 0.101.
et al.	et alii / und andere
Fakultativprotokoll	siehe: FP Pakt II
ff	fortfolgende
FP Pakt II	Fakultativprotokoll vom 16. Dezember 1966 zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte
Ibid.	ibidem / am gleichen Ort
Id.	idem / der / die Gleiche
IGH	Internationaler Gerichtshof
i.V.m.	in Verbindung mit
Pakt II	Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte vom 16 .Dezember 1966, SR 0.103.2
para./paras.	Paragraph / Paragraphen
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
v.	versus / gegen
z.B.	zum Beispiel

Zusammenfassung

Das Fakultativprotokoll (FP Pakt II) zum UNO Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte (Pakt II) gewährt Individuen die Möglichkeit, beim Ausschuss für Menschenrechte (Ausschuss) zu rügen, Opfer einer Verletzung einer Paktgarantie zu sein. Im Rahmen dieses Individualbeschwerdeverfahrens kann der Ausschuss prüfen, ob der betreffende Staat Menschenrechte verletzt hat. Die Schweiz hat das Fakultativprotokoll zwar bisher nicht ratifiziert, schliesst eine künftige Ratifikation aber nicht aus.

Diese Studie untersucht, welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen „Strassburg“ und „Genf“ bestehen, die für die Schweiz im Fall einer Ratifikation des Fakultativprotokolls relevant werden könnten. Sie untersucht diese Frage in Hinblick auf (1.) die Verfahren vor dem Ausschuss bzw. dem EGMR; (2.) diejenigen Rechte des Paktes, zu denen es in der EMRK und den von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokollen keine Parallelen gibt; und (3.) Paktgarantien mit äquivalenten Garantien in der EMRK.

Dabei ist vorweg festzuhalten, dass eine Ratifikation des Fakultativprotokolls an den materiellen Verpflichtungen der Schweiz aus Pakt II nichts ändert: Der Pakt bindet die Schweiz bereits heute und seine Garantien sind innerstaatlich voll durchsetzbar. Ändern würde sich nur, dass beschwerdeführende Parteien im Fall eines für sie negativen Entscheides durch das letztinstanzliche schweizerische Gericht eine Überprüfung auf internationaler Ebene durch ein Expertenorgan in einem quasi-justiziellen Verfahren verlangen könnten.

1. Verfahren

Der Hauptunterschied zwischen den Individualbeschwerdeverfahren gemäss dem Fakultativprotokoll und jenem gemäss EMRK liegt darin, dass der Ausschuss im Gegensatz zum EGMR kein Gericht, sondern ein Gremium unabhängiger Experten ist. Als direkte Konsequenz sind die Entscheide des Ausschusses anders als die Urteile des EGMR nicht rechtlich verbindlich. Trotzdem kommt ihnen hohe Autorität in dem Sinne zu, dass sie von den Vertragsstaaten zu berücksichtigen sind und diese gegenüber dem Ausschuss im follow-up Verfahren begründungspflichtig werden, wenn sie einen Entscheid nicht umsetzen. Ein weiterer wichtiger Unterschied liegt in der Tatsache, dass im Gegensatz zur EMRK das Fakultativprotokoll nur natürlichen Personen das Beschwerderecht an den Ausschuss einräumt.

Ähnlichkeiten der beiden Verfahren bestehen insofern, als EGMR und Ausschuss zwischen Zulässigkeitsprüfung und materiellem Entscheid unterscheiden. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind für beide Verfahren sehr ähnlich. Allerdings kennt das Fakultativprotokoll keine Beschwerdefrist, wobei bei mehrjähriger Verspätung eine Beschwerde allenfalls als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden kann. Sofern die Schweiz keinen entsprechenden Vorbehalt anbringt, bedeutet das Fehlen einer Frist, dass nach Abschluss des Verfahrens in Strassburg die gleiche Sache bei negativem Verfahrensausgang dem Ausschuss unterbreitet werden kann. Im Übrigen sind keine Unterschiede zwischen „Strassburg“ und „Genf“ bei der Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen erkennbar, die wesentlich wären und ins Gewicht fallen würden. Zwar werden vom Ausschuss anteilmässig weniger Beschwerden für unzulässig erklärt, dafür ist er bei der Registrierung strenger als der EGMR.

Vorsorgliche Massnahmen, welche für die Schweiz v.a. im Zusammenhang mit der Ausschaffung von Ausländern und Ausländerinnen relevant werden könnten, sind gemäss der Praxis beider Organe bindend. EGMR und Ausschuss folgen bezüglich der Voraussetzungen den gleichen Grundsätzen. Mangels zugänglicher Informationen lässt sich nicht eruieren, welches Organ eher bereit ist, solche Massnahmen zu gewähren.

Beide Organe legen ihr Instrument häufig dynamisch aus, anerkennen aber, dass sie nicht eine vierte Instanz sind, welche Sachverhaltsfragen und die Auslegung nationalen Rechts zu überprüfen hat. Der Ausschuss hat die „margin of appreciation“-Doktrin des EGMR nicht übernommen und in jüngerer Zeit ausdrücklich abgelehnt, er lässt den Vertragsstaaten aber insofern gewisse Spielräume als er bei gewissen Garantien erst eingreift, wenn ein „denial of justice“ vorliegt oder der beklagte Staat keine objektiven und ernsthaften Gründe für den angefochtenen Eingriff oder die angefochtene Unterscheidung vorbringen kann.

2. Bestimmungen von Pakt II ohne Äquivalenzen in der EMRK

Dreizehn Garantien von Pakt II (Artikel 1, 3, 10, 11, 12, 16, 18, Abs. 4, 20, 23, 24, 25, 26 und 27) haben keine Entsprechung in der EMRK oder gelten, soweit sie in Zusatzprotokollen zur EMRK verankert sind, für die Schweiz mangels deren Ratifikation nicht. Die Praxis des Ausschusses zu diesen Garantien hat in vielen Fällen keine Bedeutung für die Schweiz, weil sie Probleme betrifft, die in unserem Land kaum relevant sind.

Im Fall einer allfälligen Ratifikation des Zusatzprotokolls könnten v.a. folgende Themen mit Individualbeschwerde dem Ausschuss unterbreitet werden:

- Die fehlende Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen in Untersuchungshaft (Art. 10 Pakt II);
- Die Wohnsitzpflicht für Staatsangestellte und Behördenmitglieder (Art. 12 Abs. 1 Pakt II);
- Der Schutz von „Secondos“ gegen Aus- und Wegweisungen im Kontext des Anspruchs auf Rückkehr in „sein eigenes Land“ (Art. 12 Abs. 4 Pakt II);
- Die Bedeutung des Kindeswohls im Zusammenhang mit Haftbedingungen, Aus- und Wegweisungen und der Beschränkung bzw. dem Ausschluss von Besuchsrechten (Art. 24 Pakt II);
- Probleme im Zusammenhang mit Wahlen (Art. 25 Abs. 1 Pakt II);
- Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zu staatlichen Stellen und Ämtern und der Beendigung entsprechender Arbeits- und Amtsverhältnisse (Art. 25 lit. c Pakt II);
- Im Fall des Rückzugs des entsprechenden Vorbehalts Fälle direkter und indirekter Diskriminierung in der Rechtsetzung oder Rechtsanwendung (Art. 26 Pakt II); und
- Der Anspruch der Fahrenden auf Schutz ihrer traditionellen Lebensweise (Art. 27 Pakt II).

3. Unterschiede der Rechtsprechung zu gleichartigen Garantien von Pakt II und EMRK

Dreizehn Paktgarantien (Artikel 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 17, 18 Abs. 1 – 3, 19, 21, 22 und 23) haben ihre Parallele in der EMRK und den von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokollen.

Markante Unterschiede zwischen der Praxis des Ausschusses und der Rechtsprechung des EGMR sind im Grossen und Ganzen nicht vorhanden. Das gilt insbesondere für das Recht auf Leben (Art. 6 Pakt II/Art. 2 EMRK), mit einer Ausnahme für das Verbot der Folter und unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe (Art. 7 Pakt II/Art. 3 EMRK), für weite Teile der Verfahrensgarantien

(Art. 14 Pakt II/Art. 6 EMRK) und für das Verbot rückwirkender Strafen (Art. 15 Pakt II/Art. 7 EMRK). Bei anderen Rechten, insbesondere den Garantien im Ausweisungsverfahren (Art. 13 Pakt II/Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK) und der Versammlungsfreiheit (Art. 21 Pakt II/Art. 11 EMRK), gibt es für einen echten Vergleich nicht genügend Entscheide des Ausschusses.

Unterschiede der Rechtsprechung bestehen v.a. in folgenden Punkten:

- Im Gegensatz zum EGMR betrachtet der Ausschuss Folter, unmenschliche Behandlung und erniedrigende Behandlung nicht als unterschiedlich ernsthafte Stufen von Leideszufügung, sondern behandelt sie, ohne im Einzelfall eine Zuordnung vorzunehmen, einheitlich als Verletzungen von Art. 7 Pakt II.
- Der Ausschuss prüft grundsätzlich nach den gleichen Massstäben wie der EGMR ob Auslieferungen, Ausweisungen oder Wegweisungen gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung, das Recht auf Leben und den Schutz des Privat- und Familienlebens verstossen, es fällt aber auf, dass der Ausschuss oft ohne vertiefte Begründung zum Schluss kommt, es bestehe ein relevantes Risiko oder ein solches fehle in einem konkreten Fall.
- Beim Recht auf Freiheit und Sicherheit räumt der Ausschuss dem Recht auf Sicherheit im Gegensatz zum EGMR selbständige Bedeutung im Sinne eines Anspruchs auf Schutz vor Todes- und anderen Drohungen, Verschleppung, Tötung und anderen Gewaltakten durch paramilitärische Gruppen und Kriminelle oder einzelne Beamte ein.
- Die Praxis zu den Verfahrensgarantien von Art. 14 Pakt II und Art. 6 EMRK ist zum grössten Teil identisch, es existieren aber einige Unterschiede. Für die Schweiz praktisch bedeutsam ist die sog. Perterer-Praxis: Danach leitet der Ausschuss aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Pakt II, wonach alle Menschen vor Gericht gleich sind, ab, dass der Anspruch auf faire und öffentliche Behandlung einer Streitsache „durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht“ nicht nur bei strafrechtlichen Anklagen und Streitigkeiten über zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen gilt, sondern darüber hinaus auch überall dort, wo ein Staat den Rechtsweg an ein Gericht öffnet, obwohl er dazu aus Art. 14 nicht verpflichtet ist. Somit besteht in rein verwaltungsrechtlichen Materien zwar kein Anspruch darauf, an ein Gericht gelangen zu können, wo ein Staat aber eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Verfügungen und Entscheiden ermöglicht, haben Betroffene Anspruch auf ein faires Verfahren und die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Legalität des betreffenden Gerichts.
- Beim Anspruch auf Schutz des Privatlebens (Art. 17 Abs. 1 Pakt II) geht der Ausschuss im Bereich des Namensrechts insofern weiter als der EGMR als er ein Recht auf Namenswechsel anerkennt, welches allerdings nach den üblichen Grundsätzen eingeschränkt werden kann.
- Bei der Religionsfreiheit (Art. 18 Pakt II) räumt der Ausschuss den Staaten bezüglich Verboten religiöser Kleidung im Gegensatz zum EGMR keinen Beurteilungsspielraum ein, sondern prüft genau, ob solche Verbote wirklich zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen notwendig sind.
- Im Gegensatz zum EGMR hat der Ausschuss bisher nicht anerkannt, dass das Streikrecht Teilgehalt des Rechts sei, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten (Art. 22 Pakt II).
- Anders als der EGMR hält der Ausschuss daran fest, dass Ehen nur zwischen Mann und Frau möglich sind.

Die hier beschriebene Rechtsprechung des Ausschusses zu den Garantien von Pakt II ist für die Schweiz bereits heute relevant, da sie voll an den Pakt gebunden ist, auch wenn sie das Individualbeschwerdeverfahren bisher nicht akzeptiert hat. Allerdings kennen Anwaltschaft und Gerichte diese Praxis schlecht, weshalb sie bisher in der Schweiz kaum fruchtbar gemacht wurde.

Dies könnte sich mit der Ratifikation des Fakultativprotokolls und der damit einhergehenden Erweiterung des verfahrensmässigen Rechtsschutzes ändern. Vor allem in Bereichen, in welchen der Pakt Garantien verankert, welche die EMRK nicht kennt oder die in Zusatzprotokollen enthalten sind, welche die Schweiz nicht ratifiziert hat, ist zu erwarten, dass trotz fehlender rechtlicher Verbindlichkeit der Ausschussentscheide der Gang nach Genf mitunter gewagt würden und die entsprechenden Entscheide für den Menschenrechtsschutz in der Schweiz neue Impulse geben könnten.

Résumé

Le Protocole facultatif (PF Pacte II) se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) offre aux particuliers la possibilité de porter plainte auprès du Comité des droits de l'homme (le Comité) pour violation d'un des droits garantis dans le Pacte. Dans le cadre de cette procédure de recours individuel, le Comité peut examiner si l'État concerné a violé les droits de l'homme. La Suisse n'a pas encore ratifié le Protocole facultatif, mais n'exclut pas une ratification future.

Cette étude met en perspective les points communs et les divergences entre „Strasbourg“ et „Genève“ qui pourraient gagner de l'importance dans le cas d'une ratification du Protocole facultatif par la Suisse. Elle examine la question au regard (1) des procédures respectives auprès du Comité ou de la CEDH ; (2) des droits énoncés dans le Pacte pour lesquels il n'y a pas de droits identiques dans la CEDH ou dans les protocoles additionnels ratifiés par la Suisse ; et (3) des garanties du Pacte qui ont des équivalents dans la CEDH.

Il convient de noter en amont qu'une ratification du Protocole facultatif n'a aucun impact sur les obligations matérielles du Pacte II pour la Suisse. Le Pacte est déjà contraignant pour la Suisse et ses garanties sont d'ores et déjà pleinement exécutoires au niveau interne. L'unique changement à attendre réside dans le fait que, dans le cas d'une décision négative à leur égard par une cour Suisse de dernière instance, les parties plaignantes pourraient demander un examen au niveau international par un organe d'experts dans une procédure quasi-judiciaire.

1. Procédure

La différence principale entre la procédure de recours individuel du Protocole facultatif et celui de la CEDH réside dans le fait que, contrairement à la CEDH, le Comité n'est pas une cour mais un organe d'experts indépendants. Il en suit que les décisions du Comité, à la différence de celles rendues par la CEDH, ne sont pas légalement contraignantes.

Néanmoins, une grande autorité revient à ces décisions dans le sens où elles sont à prendre en compte par les Etats parties. En outre, si une décision n'est pas appliquée, l'Etat en question doit se justifier devant le Comité dans le cadre de la procédure de suivi.

Une autre différence importante réside dans le fait que contrairement à la CEDH, le Protocole facultatif donne le droit uniquement aux personnes physiques de faire appel au Comité.

Les deux procédures se ressemblent dans la mesure où, tant la CEDH que le Comité, font une distinction entre la recevabilité du recours et la décision de fond. Bien que les conditions de recevabilité pour les deux procédures soient fortement similaires, le Protocole facultatif ne connaît pas de délais de requête. Une requête soumise avec plusieurs années de retard peut néanmoins être classifiée comme étant un abus du droit de présenter des communications. Dans la mesure où la Suisse ne formule pas de réserve au sujet de la disposition concernée, l'absence d'un tel délai de requête pourrait signifier qu'au cas où une requête connaîtrait un résultat négatif à Strasbourg, il pourrait être présenté une nouvelle fois au Comité. D'autres différences relatives au régime des conditions de recevabilité entre « Strasbourg » et « Genève » et qui seraient de nature essentielle ne sont pas perceptibles. Il est vrai que, proportionnellement, le Comité déclare moins de requêtes irrecevables. En revanche, ce dernier est plus strict que la CEDH en ce qui concerne l'enregistrement de ces dernières.

Les mesures provisoires qui pourraient constituer un enjeu important pour la Suisse dans la question du renvoi des étrangers sont contraignantes selon la pratique des deux organes. La CEDH et le Comité suivent les mêmes principes en matière de conditions. Faute d'accès aux informations, il n'est pas possible de déterminer quel organe est le plus disposé à accorder de telles mesures.

Les deux organes interprètent leurs instruments de manière dynamique mais reconnaissent qu'ils ne constituent pas une quatrième instance responsable de l'examen des faits ou de l'interprétation du droit national. Le Comité n'a pas adopté la « doctrine de la marge d'appréciation » formulé par la CEDH et a récemment même expressément rejeté cette dernière. Il accorde cependant aux Etats parties une marge de manœuvre dans la mesure où pour certaines garanties il intervient uniquement s'il s'agit d'un cas de « déni de justice » ou si l'Etat accusé ne peut pas présenter de raisons objectives et sérieuses pour l'intervention ou la différenciation contestée.

2. Dispositions du Pacte II sans équivalence dans la CEDH

Treize garanties du Pacte II (les articles 1, 3, 10, 11, 12, 16, 18, alinéa 4, 20, 23, 24, 25, 26 et 27) n'ont pas d'équivalent dans la CEDH ou ne s'appliquent pas à la Suisse faute de ratification des protocoles additionnels dans lesquels elles sont ancrées. La pratique du Comité pour ces garanties est peu significative pour la Suisse parce qu'elle concerne des problèmes qui ne sont guère en jeu dans notre pays.

Dans le cas d'une ratification éventuelle du Protocole facultatif, ce sont principalement les thèmes suivants - importants pour la Suisse – qui pourraient être soumis au Comité par la voie d'un recours individuel :

- Faute de séparation des jeunes et des adultes pendant la détention préventive (art. 10 Pacte II)
- Obligation de résidence pour les fonctionnaires et les membres des d'autorités (art. 12 alinéa 1 Pacte II)
- La protection des « secondos » contre le renvoi et l'expulsion dans le contexte du droit d'entrer « dans son propre pays » (art. 12 alinéa 4 Pacte II)
- Signification du bien de l'enfant en relation avec les conditions de détention, les renvois, les expulsions et la limitation, voire le retrait, du droit de visite (art. 24 Pacte II)

- Problèmes en rapport avec les élections (art. 25 alinéa 1 Pacte II)
- Problèmes en lien avec l'accès aux fonctions publiques et leur cessation (art. 25 lit. c Pacte II)
- Dans le cas d'un retrait de la réserve en la matière : les cas de discrimination directe et indirecte dans la législation et l'application du droit (art. 26 Pacte II)
- Revendication par les gens du voyage de la protection de leur mode de vie traditionnelle (art. 27 Pacte II)

3. Différences de jurisprudence pour les garanties similaires du Pacte II et de la CEDH

Treize garanties accordées dans le Pacte (les articles 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 17, 18 alinéa 1 – 3, 19, 21, 22 et 23) ont leurs équivalents dans la CEDH et dans les protocoles additionnels ratifiés par la Suisse.

Globalement, il n'existe pas de différences significatives entre la pratique du Comité et la jurisprudence de la CEDH. Ceci vaut surtout pour le droit à la vie (art. 6 Pacte II / art. 2 CEDH), avec une exception pour l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7 Pacte II / art. 3 CEDH), pour une grande partie des garanties de procédure (art. 14 Pacte II / art. 6 CEDH) et pour l'interdiction de peines rétroactives (art. 15 Pacte II / art. 7 CEDH).

En ce qui concerne d'autres droits, notamment les garanties de procédure d'expulsion (art. 13 Pacte II / art. 1 du protocole additionnelle n°7 à la CEDH) et la liberté de réunion (art. 21 Pacte II / art. 11 CEDH), les décisions rendues par le Comité sont trop peu nombreuses pour permettre une véritable comparaison.

Des différences de jurisprudence existent principalement pour les points suivants:

- Contrairement à la CEDH, le Comité n'accorde pas différents niveaux d'importance à la torture, au traitement inhumain et au traitement dégradant en fonction de la souffrance causée. Il traite ces derniers de manière générique comme constituant des violations de l'art.7 du Pacte II sans procéder à une classification.
- En principe, le Comité et la CEDH examinent selon les mêmes critères si les extraditions, les expulsions ou les renvois sont en violation avec l'interdiction de traitement inhumain, du droit à la vie et du droit au respect de la vie privée et familiale. Force est de constater cependant que le Comité arrive souvent à la conclusion qu'il existe ou n'existe pas un risque de violation sans formuler une justification approfondie.
- Pour ce qui est du droit à la liberté et à la sécurité, le Comité accorde au droit à la sécurité une signification propre, dans le sens d'un droit à la protection contre les menaces de mort ou autres menaces, contre l'enlèvement, l'homicide ainsi que d'autres actes de violence par des groupes paramilitaires et des criminels ou des fonctionnaires individuels.
- La pratique concernant les garanties de procédure selon l'art. 14 du Pacte II et l'art.6 de la CEDH sont pour la plupart identiques. Il y a cependant quelques différences. La dite « Pratique-Perterer » est d'une grande importance pour la Suisse : d'après cette dernière, le Comité déduit de l'art. 14 alinéa 1 du Pacte II (selon lequel toutes les personnes sont égales devant le tribunal) que le droit à un traitement équitable et public du contentieux «par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi » ne vaut pas seulement pour les accusations en matière pénale et les contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, mais aussi au-delà, partout où un Etat ouvre la voie de recours à un tribunal, même s'il y n'est pas obligé par l'art. 14. Ainsi, même s'il n'existe pas de droit général d'accès à un

tribunal en matière de droit administratif, là où un Etat rend possible l'examen de décisions par le tribunal administratif, les personnes concernées ont droit à un procès équitable et l'indépendance, l'impartialité et la légalité de ce tribunal.

- Quant à la protection de la vie privée (art. 17 alinéa 1 Pacte II), le Comité va au-delà de la juridiction de la CEDH en matière de droit du nom, dans la mesure où il reconnaît un droit de changement de nom. Celui-ci peut cependant être limité selon les principes courants.
- En ce qui concerne la liberté de religion (art. 18 Pacte II), contrairement à la CEDH, le Comité n'accorde pas de marge d'appréciation aux Etats par rapport à l'interdiction de vêtements religieux, mais examine si de telles interdictions sont nécessaires pour la protection des intérêts publics prépondérants.
- Contrairement à la CEDH, le Comité n'a jusqu'à présent pas reconnu que le droit de grève fait partie intégrante de la liberté de réunion et d'association (Art. 22 Pacte II)
- A la différence de la CEDH, le Comité maintient l'idée que les mariages sont seulement possibles entre hommes et femmes.

La jurisprudence du Comité décrite ici par rapport aux garanties du Pacte II est déjà significative pour la Suisse à ce jour parce qu'elle est d'ores et déjà liée au Pacte même si elle n'a pas encore accepté la procédure de recours individuel. Toutefois, les barreaux et les tribunaux connaissent mal cette pratique. C'est la raison pour laquelle elle n'a guère porté de fruits jusqu'à présent.

Cet état de fait pourrait changer avec la ratification du Protocole facultatif et l'élargissement du champ de la protection juridique procédurale qui l'accompagne.

Selon toutes prévisions, la démarche à Genève sera tentée et les décisions qui y sont rendues mèneront à de nouvelles impulsions pour la protection des droits humains en Suisse ; notamment en ce qui concerne les dispositions du Pacte qui ne connaissent pas d'équivalent dans la CEDH ou qui sont ancrées dans les Protocoles additionnels non-ratifiés par la Suisse.

1. Einleitung

1.1. Auftrag

Der UNO Pakt über bürgerliche und politische Rechte¹ trat nach der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft. Auf die gleichzeitige Ratifikation des Fakultativprotokolls zum Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte² (im Folgenden Fakultativprotokoll bzw. FP Pakt II), welches eine Individualbeschwerdemöglichkeit an den Ausschuss für Menschenrechte (im Folgenden: Ausschuss) vorsieht, wurde damals verzichtet. Der Bundesrat führte 1991 aus, an sich sollte aus „Gründen der Kohärenz und Glaubwürdigkeit [...] unser Land die Zuständigkeit des Ausschusses für Menschenrechte anerkennen, Mitteilungen von [...] Einzelpersonen (Fakultativprotokoll zu Pakt II) über die behauptete Verletzung eines durch diesen Pakt gewährleisteten Rechts zu prüfen.“³ Er ziehe es allerdings „vor, zuerst aufmerksam die Probleme zu klären, die ein Beitritt der Schweiz stellen könnte“ bevor er die Ratifikation des FP Pakt II vorschlage; dabei werde „[i]nsbesonde-re [...] die Praxis des Ausschusses in Bezug auf die Mitteilungen von Einzelpersonen genau zu untersuchen sein“.⁴

Zwanzig Jahre später ist diese Aufgabe immer noch aktuell. Im Rahmen der Überprüfung des dritten Staatenberichtes an den Ausschuss hat die Schweiz zwar betont, auch wenn ein Beitritt zum Fakultativprotokoll nicht aktuell sei, werde eine künftige Ratifikation nicht ausgeschlossen.⁵ In diesem Kontext ist das SKMR mit Leistungsauftrag vom 1. September 2011 vom EDA/EJPD gebeten worden:

[de] « Préparer une ou plusieurs études comparatives sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU et celle de la Cour européenne des droits de l'homme concernant des thèmes identiques, en particulier sur la portée concrète pour la pratique des tribunaux suisses et sur la portée concrète d'une ratification du Protocole facultatif au Pacte international relatifs aux droits civils et politique de l'ONU. »

1.2. Eingrenzung des Themas

Dieser Auftrag wird folgendermassen verstanden:

- Ausgangspunkt ist die Frage der praktischen Auswirkungen einer allfälligen Ratifikation des Fakultativprotokolls für die Schweiz, insbesondere die Frage, ob und allenfalls wo via Praxis des Ausschusses zu Individualbeschwerden der Rechtsschutz für Private verstärkt würde bzw.

¹ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

² Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966; Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966; deutsche Übersetzung: Fakultativprotokoll vom 16. Dezember 1966 zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Deutsches Bundesgesetzblatt BGBl. 1992 II 1246), <http://www.igfm.de/Fakultativprotokoll-zum-Internationalen-Pakt-ueber-buergerliche.271.0.html> (besucht am 19.12.2011).

³ Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966 und zu einer Änderung des Bundesrechtspflegegesetzes vom 30. Januar 1991, Bundesblatt (BBl) 1991 I 1207.

⁴ Ibid.

⁵ Réponses du gouvernement de la Suisse à la liste des points à traiter (CCPR/C/CHE/Q/3) à l'occasion de l'examen du troisième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/Q/3/Add.1, 26 août 2009, para. 7 ; « Si l'adhésion au premier Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'est donc actuellement plus à l'ordre du jour [...] il n'est pas exclu que cette question soit réexaminée ultérieurement. »

zusätzliche Verpflichtungen auf die Schweiz zukommen könnten und inwiefern der Rechtsschutz aus dem Pakt hinter jenen der EMRK zurückfällt.

- Angesichts dieser Fragestellung wird auf einen vollständigen Vergleich der Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechts (im Folgenden: EGMR) verzichtet. Ein solcher Vergleich würde leicht den Umfang eines Kommentars zu EMRK und Pakt II annehmen und ist im Rahmen dieses Auftrags nicht zu leisten. Vielmehr konzentriert sich die Studie auf Bereiche, welche für die Schweiz von praktischer Relevanz sind. Deshalb wird beispielsweise auf die überaus reiche Rechtsprechung des Ausschusses zur Todesstrafe nicht eingegangen; gleiches gilt etwa auch für die differenzierte Praxis des EGMR zur Zulässigkeit von Verboten politischer Parteien.
- Der EGMR erliess zwischen 1959 und 2010 13'697 Urteile mit einem materiellen Entscheid⁶ plus zehntausende Unzulässigkeitsentscheide. Demgegenüber beträgt die Zahl materieller Entscheide des Ausschusses im Zeitraum 1977 – März 2011 bloss 867 Fälle.⁷ Dies bedeutet, dass der Ausschuss zu vielen Fragen, welche der EGMR entschieden hat, nie Stellung nehmen konnte. Da es müssig ist, darüber zu spekulieren, ob der Ausschuss gegebenenfalls gleich wie der EGMR entscheiden würde, geht diese Studie von der vorhandenen Praxis des Ausschusses aus und untersucht, wo die Praxis der beiden Menschenrechtsorgane ähnlich ist und wo sie divergiert.
- Gemäss dem anlässlich der Sitzung vom 14. November 2011 vom Comité de pilotage ausdrücklich geäusserten Wunsch, wird in dieser Studie auch auf jene Garantien von Pakt II eingegangen, welche heute die Schweiz nicht binden, weil sie dazu Vorbehalte erklärt hat.
- Schliesslich beschränkt sich diese Studie auf die Praxis des Ausschusses im Individualbeschwerdeverfahren⁸ und berücksichtigt nicht – oder höchstens punktuell zu Vergleichszwecken – Empfehlungen, die der Ausschuss im Staatenberichtsverfahren⁹ macht. Während das Individualbeschwerdeverfahren sich immer mit der Frage befasst, ob Verpflichtungen aus Pakt II verletzt wurden, macht der Ausschuss im Staatenberichtsverfahren auch Empfehlungen, welche gerichtlich nicht durchsetzbare, d.h. programmatische Schichten der Paktgarantien betreffen. Mit anderen Worten, es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Ausschuss jede Missachtung einer Empfehlung im Staatenberichtsverfahren im Individualbeschwerdeverfahren als Verletzung qualifizieren würde.

Was den Auftrag betrifft, die konkreten Auswirkungen einer allfälligen Ratifikation des Fakultativprotokolls auf die Praxis der schweizerischen Gerichte zu prüfen, ist festzuhalten, dass sich abgesehen von einer verfahrensrechtlichen Konsequenz (hinten Ziff. 2.6) grundsätzlich gegenüber der heutigen Situation nichts ändern wird: materiell-rechtlich ist die Schweiz bereits heute voll an den Pakt gebun-

⁶ Violation by Article and by Country 1959-2010, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/2B783BFF-39C9-455C-B7C7-F821056BF32A/0/Tableau_de_violations_19592010_ENG.pdf (besucht am 20.12.2011).

⁷ Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 6 April 2011, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/procedure.htm> (besucht am 31.12.2011).

⁸ Diese Praxis ist bis Juli 2011 erfasst. Die anlässlich der Herbstsession 2011 gefällten Entscheide sind noch nicht zugänglich.

⁹ Gemäss Art. 40 Pakt II prüft der Ausschuss in regelmässigen Abständen Berichte der Vertragsstaaten „über die Massnahmen, die sie zur Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte getroffen haben, und über die dabei erzielten Fortschritte.“ Zum Staatenberichtsverfahren ausführlich Walter Kälin, State reports, in: Helen Keller and Geir Ulfstein (eds.), The UN Human Rights Treaty Bodies - Law and Legitimacy, Cambridge 2012, S. 16 – 72.

den. Das Bundesgericht hat in diesem Sinn bereits 1994 ausgeführt, die materiellen Garantien von Pakt II seien als staatsvertragliche Normen, gleich wie die Garantien der EMRK, „unmittelbar anwendbar (self-executing; [...]). Dass sich die Schweiz für diesen Pakt keinem Individualbeschwerdeverfahren vor den Vertragsorganen unterworfen hat, ändert nichts [...].“ Die im Pakt II enthaltenen Garantien hätten „wie die in der EMRK gewährleisteten Rechte ihrer Natur nach verfassungsrechtlichen Inhalt und [sind] in verfahrensrechtlicher Hinsicht gleich zu behandeln wie die Rüge der Verletzung von Garantien der EMRK.“¹⁰

Dass der Pakt bisher in der Schweiz kaum selbständige praktische Bedeutung erlangt hat, liegt wohl am Umstand, dass er – wenn überhaupt – meist zusammen mit der EMRK angerufen wird – und Anwaltschaft sowie Gerichte seine über die EMRK hinausgehenden Gehalte sowie die Praxis des Ausschusses kaum kennen. Dies würde sich wohl ändern, falls dem Ausschuss nach einer allfälligen Ratifikation des Fakultativprotokolls regelmässig Beschwerden aus der Schweiz unterbreitet und einige von ihnen gutgeheissen würden. In diesem Sinn würden für die Schweiz künftig v.a. jene Bereiche des Paktes praktisch relevant, welche in dieser Studie als Punkte identifiziert werden, in welchen dieses Instrument über die EMRK hinausgeht.

1.3. Aufbau der Studie

Weil Verfahrensrecht stark mitbestimmt, wie weit materielle Rechtsansprüche durchsetzbar sind, befasst sich die Studie zuerst (Ziff. 2) mit den verfahrensrechtlichen Unterschieden zwischen EMRK und FP Pakt II.

In Ziff. 3 werden anschliessend jene Garantien des Paktes besprochen, welche kein Äquivalent in der EMRK haben, d.h. wo Pakt II inhaltlich über die Konvention hinausgeht. Ziff. 4 untersucht für die verbleibenden materiellen Garantien artikelweise, wo relevante Unterschiede der Rechtsprechung von „Genf“ und „Strassburg“ bestehen.

Dies wird erlauben, abschliessend (Ziff. 5) eine Gesamtbewertung vorzunehmen.

2. Relevante verfahrensrechtliche Aspekte der Praxis des Menschenrechtsausschusses im Individualbeschwerdeverfahren

Das Fakultativprotokoll zum Pakt II gewährt Individuen die Möglichkeit, mit einer sog. Mitteilung (communication)¹¹ beim Ausschuss geltend zu machen, „Opfer einer Verletzung eines in dem Pakt niedergelegten Rechts durch diesen Vertragsstaat“ zu sein (Art. 1 FP Pakt II). Der Ausschuss „berät über Mitteilungen aufgrund dieses Protokolls in nicht-öffentlicher Sitzung“ und „teilt seine Auffassungen dem betroffenen Vertragsstaat und der Einzelperson mit“ (Art. 5 Abs. 3 und 4 FP Pakt II). Im Fall einer Ratifikation des Fakultativprotokolls würde dieses sog. Individualbeschwerdeverfahren es Privaten ähnlich wie die EMRK Privaten ermöglichen, bei einem internationalen Organ zu rügen, die Schweiz habe ihre Menschenrechte verletzt.

¹⁰ BGE 120 Ia 247 S. 255. Konkret betraf der Fall Art. 14 Abs. 3 lit. d Pakt II und eine verfahrensrechtliche Problematik, die seit dem Inkrafttreten des BGG nicht mehr besteht, die Grundaussage ist aber auch heute noch gültig.

¹¹ Im deutschsprachigen Raum hat sich hierfür der Begriff Beschwerde eingebürgert, welcher auch in dieser Studie verwendet wird.

EMRK-Beschwerde und Beschwerde an den Ausschuss sind in Vielem vergleichbar, unterscheiden sich aber in anderen Punkten wesentlich. Diese Punkte sind im Folgenden näher darzustellen.

2.1. Beschwerdebefugnis (Art. 1 FP Pakt II)

2.1.1. Beschränkung auf natürliche Personen

Gemäss Art. 34 EMRK kann der EGMR „von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet, durch eine der Hohen Vertragsparteien in einem der in dieser Konvention oder den Protokollen dazu anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer Beschwerde befasst werden.“ Gestützt darauf anerkennt der Gerichtshof die Beschwerdebefugnis nicht nur von natürlichen sondern auch juristischen Personen wenigstens soweit an, wie die angerufenen EMRK-Garantien sich für die Anwendung auch auf sie eignen.

Demgegenüber anerkennt gemäss Art. 1 FP Pakt II jeder Vertragsstaat des Protokolls „die Zuständigkeit des Ausschusses für die Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen seiner Herrschaftsgewalt unterstehender *Einzelpersonen* [...], die behaupten, Opfer einer Verletzung eines in dem Pakt niedergelegten Rechts durch diesen Vertragsstaat zu sein.“¹² Die englische Originalfassung spricht von „communications from individuals“, die französische erwähnt „communications émanant de particuliers.“ Dies wird durch Art. 2 FP Pakt II bestätigt, wonach „*Einzelpersonen* [„individuals“/„particuliers“], die behaupten, in einem ihrer im Pakt niedergelegten Rechte verletzt zu sein“, beim Ausschuss schriftlich Beschwerde führen können. In konstanter Praxis leitet der Ausschuss aus diesen Bestimmungen in Einklang mit dem klaren Wortlaut ab, dass juristische Personen keine Beschwerdebefugnis besitzen.¹³ Dies schränkt den Kreis möglicher Beschwerdeführer im Vergleich zur EMRK stark ein.¹⁴

2.1.2. Opfereigenschaft

Keine relevanten Unterschiede zwischen dem Fakultativprotokoll und der EMRK bestehen bezüglich des Erfordernisses, dass beschwerdeführende Parteien selber *Opfer* der geltend gemachten Verletzung durch einen Vertragsstaat sein müssen, d.h. beschwert sind und ein aktuelles Interesse an der Beschwerdeführung haben; nicht beschwerdebefugt ist, wer bloss eine *actio popularis* (z.B. im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle eines innerstaatlichen Gesetzes) führt.¹⁵

2.1.3. Beschränkungen auf Verletzungen seit Inkrafttreten des Fakultativprotokolls für den Vertragsstaat

Die Anerkennung der Zuständigkeit des Ausschusses zur Behandlung von Individualbeschwerden hat keine Rückwirkung, d.h. gilt zeitlich erst ab dem Inkrafttreten des Fakultativprotokolls für den betref-

¹² Hervorhebung durch den Autor.

¹³ Siehe dazu Möller/de Zayas, S. 54; Joseph/Schultz/Castan, S. 151f, Nowak, S. 825, Rz. 2; sowie beispielsweise Ausschuss, *Coordinamento v. Italy*, 163/1984 (1984) para. 5: „According to article 1 of the Optional Protocol, only individuals have the right to submit a communication. To the extent, therefore, that the communication originates from the Coordinamento [a non-governmental organization], it has to be declared inadmissible because of lack of personal standing.“

¹⁴ Im Zusammenhang mit staatlichen Eingriffen gegenüber einer juristischen Person ist die Beschwerde jedoch möglich, soweit gleichzeitig ein Individuum in seinen eigenen Rechten betroffen ist.

¹⁵ Zum Erfordernis der Opfereigenschaft gemäss FP Pakt II s. Möller/de Zayas, S. 60 – 65 mit Hinweisen auf die Praxis. Im Fall *Toonen v. Australia*, 488/1992 (1994) liess der Ausschuss die Beschwerde eines homosexuellen Mannes gegen die gesetzliche Kriminalisierung homosexueller Beziehungen zu, obwohl er selber nie bestraft worden war. Er akzeptierte das Argument, dass die Aussicht auf Strafe den Beschwerdeführer direkt belaste und in seinem Privatleben beeinträchtigte.

fenden Staat.¹⁶ Dies ist selbstverständlich, schafft aber regelmässig Probleme, weil der Pakt anders als die EMRK mit ihrer sechs-monatigen Beschwerdefrist keinerlei Frist für eine Beschwerde gegen einen letztinstanzlichen Hoheitsakt kennt und der Ausschuss deshalb immer wieder Beschwerden im Zusammenhang mit Ereignissen erhält, die vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens liegen.¹⁷

Gemäss ständiger Praxis hält sich der Ausschuss nicht für zuständig, behauptete Verletzungen, welche sich vor Inkrafttreten von Pakt II für den betreffenden Staat ereignet haben, zu prüfen.¹⁸ Gleiches gilt für Verletzungen, die zeitlich zwar nach Inkrafttreten des Paktes, aber vor Inkrafttreten des Fakultativprotokolls für den betreffenden Staat liegen.¹⁹

Von diesem Grundsatz macht der Ausschuss zwei (unechte) Ausnahmen:

- Wird ein vor dem Inkrafttreten des Fakultativprotokolls liegender Verstoss gegen die Menschenrechte nach Inkrafttreten durch einen neuen Hoheitsakt (Gesetz, Verfügung, Urteil) bestätigt und auf die beschwerdeführende Partei angewandt, liegt ein auch in zeitlicher Hinsicht gültiges Anfechtungsobjekt vor. In diesem Sinn behandelt der Ausschuss regelmässig Beschwerden gegen die Tschechische Republik im Zusammenhang mit Enteignungen, die während der Zeit der kommunistischen Herrschaft nach Ratifikation des Paktes aber vor Inkrafttreten des Fakultativprotokolls im Jahre 1993 erfolgten, falls ein tschechisches Gericht nach diesem Datum gestützt auf ein im Jahre 1991 erlassenes, vom Ausschuss als diskriminierend (Art. 16 Pakt II) eingestuftes Gesetz die Rückerstattung verweigert.²⁰ Ausserhalb des Individualbeschwerdeverfahrens hat der Ausschuss gestützt auf das Kriterium der späteren Bestätigung z.B. die Schweiz dafür gerügt, dass gemäss einer Entscheidung des Ständerates von 2004 für zwischen 1960 und 1987 vorgenommene Zwangskastrationen und -sterilisationen keine Wiedergutmachung zu leisten sei.²¹
- Auch ohne solche nachträgliche Bestätigung erklärt der Ausschuss Beschwerden für zulässig, falls es sich um Verletzungen handelt, die ihren Ursprung zwar vor Inkrafttreten von Pakt bzw. Fakultativprotokoll haben, aber nicht abgeschlossen sind, sondern immer noch andauern (Dauerverletzungen). Dies trifft etwa auf Fälle von Personen zu, die vor Inkrafttreten des

¹⁶ Zu dieser Thematik Möller/de Zayas, S. 67 – 74, Joseph/Schultz/Castan, S. 55 - 63, Nowak, S. 854 - 858; je mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁷ Bei der EMRK gibt es auch solche Fälle, von praktischer Relevanz ist das Problem aber nur während einer Übergangszeit nach der Ratifikation, d.h. während den sechs Monaten zwischen dem letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheid, der vor Inkrafttreten gefällt wurde, und der Einreichung der Beschwerde nach dem Inkrafttreten der Konvention für den betroffenen Staat.

¹⁸ Z.B. Ausschuss, *S.E. v. Argentina*, 275/1988 (1990), para. 5.2 : « It observes that the Covenant cannot be applied retroactively and that the Committee is precluded *ratione temporis* from alleged violations that occurred prior to the entry into force of the Covenant for the State party concerned. » Diese Praxis ist seither vielfach bestätigt worden, z.B. im Fall *Josef Bergauer et al. v. Czech Republic*, 1748/2008 (2010), para. 8.3 betreffend die Vertreibung von Sudetendeutschen und ihre entschädigungslose Enteignung in den Jahren 1945/46.

¹⁹ Z.B. Ausschuss, *M.T. v. Spain*, 310/1988 (1991), para. 5.2. Diese Praxis wurde von einzelnen Ausschussmitgliedern mit dem Argument in Frage gestellt, die Vertragsstaaten seien ab Inkrafttreten des Paktes an dessen Garantien gebunden und das spätere Inkrafttreten des Fakultativprotokolls könne auf diese Verpflichtungen keinen Einfluss haben (s. dissenting opinion Pocar im Fall *Aduayom v. Togo*, 422-424/1990 [1996], abgedruckt in Möller/de Zayas, S. 71); diese Minderheitsauffassung konnte sich aber nicht durchsetzen.

²⁰ Z.B. Ausschuss, *Bohuslav Zavrel v. Czech Republic*, 1615/2007 (2010), wo das Bezirksgericht Brno-venkov 2005 eine Klage des Beschwerdeführers gestützt auf das Gesetz von 1991 abwies.

²¹ Concluding observations of the Human Rights Committee, Switzerland, CCPR/C/CHE/CO/3, 3 November 2009, para. 20.

Fakultativprotokolls verhaftet wurden und seither verschwunden sind,²² nicht aber auf Fälle früherer Folter, auch wenn z.B. eine Traumatisierung immer noch besteht. In letzterem Fall ist die Verletzung ungeachtet der Spätfolgen abgeschlossen. Typische Dauerverletzungen sind ältere, paktwidrige Gesetze, die auch nach Inkrafttreten von Pakt und Fakultativprotokoll weiterhin Anwendung finden. Im Fall *Gueye v. France* z.B. betonte der Ausschuss, dass er die behauptete Diskriminierung ehemaliger senegalesischer Soldaten, die vor 1960 in der französischen Armee gedient hatten und tiefere Pensionen als französische Soldaten bekamen, prüfen könne, obwohl die entsprechende Gesetzgebung auf die Zeit vor Inkrafttreten des Fakultativprotokolls zurückgehe, weil sie nach wie vor Anwendung finde und die Beschwerdeführer benachteilige.²³ Die Praxis des Ausschusses zu dieser Thematik ist im Einzelnen sehr differenziert²⁴ und nicht immer widerspruchsfrei.

Verschiedene Staaten haben, um diesen Fällen unechter Rückwirkung entgehen zu können, im Zeitpunkt der Ratifikation des Fakultativprotokolls Vorbehalte erklärt. Besonders deutlich ist jener der Bundesrepublik Deutschland, wonach die Zuständigkeit des Ausschusses nicht anerkannt wird für Beschwerden „by means of which a violation of rights is reprimanded having its origin in events occurring prior to the entry into force of the Optional Protocol for the Federal Republic of Germany.“²⁵ Im Fall *K. und C.V. v. Germany*²⁶ schien der Ausschuss von der Gültigkeit dieses Vorbehaltes auszugehen,²⁷ allerdings handelte es sich um einen Sachverhalt, der vor Inkrafttreten des Fakultativprotokolls für Deutschland abgeschlossen war.²⁸

2.2. Offensichtliche Unbegründetheit (Art. 2 FP Pakt II)

Gemäss Art. 35 Abs. 3 lit. a EMRK erklärt der EGMR Beschwerden für unzulässig, wenn er sie „für offensichtlich unbegründet“ hält. Eine analoge Bestimmung fehlt im Fakultativprotokoll, nicht aber in der Praxis des Menschenrechtsausschusses. Er leitet dieses Kriterium in einer allerdings nicht ganz einheitlichen Praxis²⁹ aus Art. 2 FP Pakt II ab, wonach Beschwerde von Einzelpersonen geführt werden kann, „die behaupten, in einem ihrer im Pakt niedergelegten Rechte verletzt zu sein“. Dabei verlangt er, dass solche Behauptungen substantiiert werden.

Die Praxis des Ausschusses zu diesem Punkt ist nicht so differenziert wie jene des EGMR,³⁰ wie bei der EMRK aber sehr einzelfallabhängig.³¹ Der Hauptunterschied zwischen „Genf“ und „Strassburg“

²² Z.B. Ausschuss, *Sarma v. Sri Lanka*, 950/2000 (2003), para. 6.3.

²³ Ausschuss, *Gueye et al v. France*, 196/1985 (1989), para. 5.3.

²⁴ Siehe die Beispiele bei Möller/de Zayas, S. 67-72, Joseph/Schultz/Castan, S. 57 - 63.

²⁵ Text der Vorbehalte unter http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (besucht am 31.12. 2011).

²⁶ Ausschuss, *K. und C.V. v. Germany*, 568/1993 (1994), para. 4.2.

²⁷ So Möller/de Zayas, S. 74.

²⁸ Insofern bleibt offen, ob der Ausschuss die Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts bejahen würde, falls sie in einem Verfahren bestritten würde.

²⁹ Oft erwähnt der Ausschuss nicht, woraus sich dieses Kriterium ergibt.

³⁰ S. die Liste der Kriterien bei Kälin/Künzli, S. 229.

³¹ Eine typische und illustrative Formulierung findet sich z.B. in Ausschuss, *L.G.M. v. Spain*, 1617/2007 (2011), para. 6.5: “With regard to the author's complaint that the review of his case was not conducted in accordance with article 14, paragraph 5, of the Covenant, the Committee takes note of the State party's argument that the Supreme Court examined all the grounds for appeal in cassation very carefully. The Committee considers that the author has formulated his complaint in general terms, without specifying the exact matters which he considers were not reviewed by the Supreme Court. Moreover, it appears from the ruling of the Supreme Court that the latter examined all the grounds for cassation put forward by the author, many of which refer to the

liegt darin, dass die Zahl der Fälle, die wegen offensichtlicher Unbegründetheit scheitern, beim Ausschuss prozentual sehr viel tiefer liegt als beim EGMR. Dies bedeutet allerdings nicht notwendigerweise, dass die Praxis des Ausschusses weniger streng ist: In der Praxis werden Beschwerden an den Ausschuss, die schon bei ihrem Eintreffen erkennbar keine Aussicht auf Erfolg haben, gar nicht registriert.³²

2.3. Unzulässigkeit wegen Anonymität, Missbrauch des Beschwerderechts und Unvereinbarkeit mit den Garantien des Paktes (Art. 3 FP Pakt II)

Gemäss Art. 3 FP Pakt II wird jede Beschwerde für unzulässig erklärt, „die anonym ist oder die [der Ausschuss] für einen Missbrauch des Rechts auf Einreichung solcher Mitteilungen oder für unvereinbar mit den Bestimmungen des Paktes hält.“ Diese Bestimmung entspricht Art. 35 Abs. 2(a) und 3(a) EMRK. Keine Probleme wirft das Verbot anonymer Beschwerden auf, wobei solche gemäss der Praxis des Sekretariates des Ausschusses gar nicht registriert werden. Das Erfordernis der Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des Paktes bedeutet wie bei der EMRK in erster Linie, dass nur Verletzungen von Paktrechten gerügt werden können, d.h. Themen wie Asyl, Eigentumsschutz, Sozialversicherungsrecht nur thematisiert werden können, soweit sie sich in die Rüge einer Paktverletzung „packen“ lassen.³³

Unterschiede zur Praxis des EGMR bestehen demgegenüber beim Kriterium des Missbrauchs des Beschwerderechts. Wie bereits erwähnt, kennt das Fakultativprotokoll keine Beschwerdefrist, der Ausschuss nimmt aber in Fällen, in welchen mit der Beschwerdeerhebung während *vielen* Jahren ohne ersichtliche Gründe zugewartet wurde, mitunter einen solchen Missbrauch an und stuft entsprechende Beschwerden als missbräuchlich ein.³⁴

2.4. Weitere Unzulässigkeitsgründe (Art. 5 FP Pakt II)

2.4.1. Kein anderes internationales Verfahren (Art. 5 Abs. 2 lit. a FP Pakt II)

Laut Art. 5 Abs. 2 lit. a FP Pakt II hat der Ausschuss im Zulässigkeitsstadium zu prüfen, ob „dieselbe Sache nicht bereits in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren geprüft wird“ (« La même question n'est pas déjà en cours d'examen devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement » / „The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement“).

assessment of some pieces of evidence made by the lower court. In the light of the explanations given by the author regarding the cassation ruling, the Committee considers that the complaint relating to article 14, paragraph 5, has not been sufficiently substantiated for purposes of admissibility and concludes that it is therefore inadmissible under article 2 of the Optional Protocol.”

³² Eigene Beobachtung des Autors, der 2006 – 2008 als Mitglied des Ausschusses in seiner Funktion als „Rapporteur on new communications“ für den Entscheid über die Registrierung zuständig war. Möglich ist dies u.a. dort, wo Beschwerden sich generell an die UN und nicht explizit an den Menschenrechtsausschuss wenden oder von einer Art sind, die sich eher für das sog. „Beschwerdeverfahren“ des Menschenrechtsrates (dazu Kälin/Künzli, S. 252) eignen.

³³ Beispielsweise als Verletzung des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 26 Pakt II (dazu unten Ziff. 3.12).

³⁴ Z.B. Ausschuss, *Gobin v. Mauritius*, 787/1997 (2001), para. 6.3 (5 Jahre seit dem angefochtenen Hoheitsakt); *Josef and Vlasta Jahelka v. Czech Republic*, 1583/2007 (2010), para. 6.4 (mehr als 9 Jahre); *Gordon Brown v. Namibia*, 1591/2007 (2008), para. 6.2 (13 Jahre). Verspätungen von weniger als 5 Jahren werden normalerweise nicht als missbräuchlich eingestuft, bei längeren Fristen besteht für die beschwerdeführende Partei die Möglichkeit, dass es gute Gründe gab, die Beschwerde nicht früher einzureichen. Siehe dazu Möller/de Zayas, S. 94 – 96.

Das bedeutet praktisch, dass der Ausschuss einen Fall nicht behandeln darf, solange beim EGMR oder einem anderen Vertragsorgan der UNO (z.B. dem Ausschuss gegen die Folter) eine Beschwerde der gleichen beschwerdeführenden Partei betreffend den gleichen Hoheitsakt hängig ist.³⁵

Wie aus den offiziellen Sprachfassungen noch deutlicher als aus der deutschen Übersetzung hervorgeht, besteht das Hindernis nur solange, als die Prüfung bei einem anderen internationalen Organ noch nicht abgeschlossen ist. Wegen des Fehlens einer Beschwerdefrist im Fakultativprotokoll ist es deshalb möglich, nach einem Unzulässigkeitsentscheid oder einem negativen Urteil des EGMR den Fall an den Ausschuss „weiterzuziehen“.³⁶ Dies geschieht recht oft.

Um dies zu verhindern, haben viele europäische Staaten Vorbehalte angebracht, wonach der Ausschuss nicht für die Behandlung von Beschwerden zuständig sein soll, „if the matter *has already been considered [examined]* under other procedures of international investigation.“³⁷

Der Ausschuss interpretiert diese Vorbehalte streng grammatikalisch und erklärt Beschwerden, die der Sache nach bereits dem EGMR unterbreitet worden waren, nur für unzulässig, wenn sich der Gerichtshof im Rahmen eines Sachurteils oder einer Unzulässigkeitsentscheidung wegen offensichtlicher Unbegründetheit zumindest in rudimentärer Form materiell mit ihnen auseinandergesetzt hat.

El Salvador hat in Hinblick auf die Verfahren des inter-amerikanischen Menschenrechtssystems eine andere Formulierung gewählt. Gemäss seinem Vorbehalt soll der Ausschuss nicht für die Beurteilung von Beschwerden zuständig sein, „which have been *submitted* to other procedures of international investigation or settlement.“³⁸ Diese Formulierung schliesst wohl³⁹ jede Möglichkeit zur Überprüfung einer Sache aus, sofern diese einem anderen internationalen Organ (einem regionalen Gerichtshof oder einem anderen UNO-Vertragsorgan) unterbreitet, d.h. dort eingereicht und registriert⁴⁰ wurde.

2.4.2. Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 5 Abs. 2 lit. b FP Pakt II)

Keine besonderen Probleme schafft das Erfordernis der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. b FP Pakt II. Wie die Praxis zu Art. 31 Abs. 1 EMRK⁴¹ verlangt jene des Ausschusses nicht die Ergreifung von Rechtsmitteln, die unwirksam sind oder offensichtlich keine Erfolgsaussichten haben.⁴² Art. 5 Pakt II erlaubt überdies ausdrücklich, ohne letztinstanzliches innerstaatliches Verfahren direkt an den Ausschuss zu gelangen, „wenn das Verfahren bei der Anwendung

³⁵ Z.B. Ausschuss, D. *Fanali v. Italy*, 75/1980 (1983), para. 7.2: „... the concept of the ‚same matter‘ within the meaning of article 5(2)(a) of the Optional Protocol must be understood as including the same claim concerning the same individual submitted by him [...] before the other international body.“ Bestätigt u.a. in: *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, 1472/2006 (2008), para. 7.3.

³⁶ Hervorhebungen durch den Autor. Umgekehrt ist das praktisch schon deshalb nicht möglich, weil der Ausschuss ein Verfahren nie innerhalb der sechs-monatigen Beschwerdefrist gemäss EMRK abschliessen kann.

³⁷ So oder ähnlich die Vorbehalte von Bundesrepublik Deutschland, Dänemark, Frankreich, Irland, Island, Italien, Kroatien, Luxemburg, Norwegen, Polen, Malta, Moldawien, Norwegen, Österreich, Rumänien, Schweden, Slowenien, Spanien, Türkei.

³⁸ http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (besucht am 31.12. 2011). Hervorhebung durch den Autor.

³⁹ Eine Entscheidung zu dieser Frage ist bisher nicht ergangen.

⁴⁰ Wurde die Beschwerde nicht registriert, handelte es sich m.E. bloss um den (missglückten) Versuch einer Unterbreitung.

⁴¹ Siehe dazu beispielsweise Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, S. 774 – 776.

⁴² S. die zahlreichen Nachweise bei Möller/de Zayas, S. 111 – 116; Joseph/Schultz/Castan, S. 116 – 126; Nowak, S. 884 – 890.

der Rechtsbehelfe unangemessen lange gedauert hat“, wobei es sich hier gemäss der spärlichen Praxis des Ausschusses um Fälle klarer Rechtsverzögerung handelt.⁴³

Für die Schweiz sollten sich seit dem Inkrafttreten der Justizreform (Art. 188 - 191c BV) und des Bundesgerichtsgesetzes⁴⁴ am 1. Januar 2007 mit der Klärung und Vereinfachung der Rechtswege wie bei der EMRK auch im Fall einer Ratifikation des Fakultativprotokolls keinerlei Probleme ergeben.

2.4.3. Trivialfälle

Das Fakultativprotokoll kennt keine Bestimmung zu Trivialfällen im Sinne von Art. 35 Abs. 3 lit. b EMRK, wonach der EGMR Beschwerden für unzulässig erklären kann, „wenn er der Ansicht ist, dass dem Beschwerdeführer kein erheblicher Nachteil entstanden ist.“ Allerdings kann die vergleichsweise strengere Praxis des Ausschusses bei der Registrierung von Beschwerden verhindern, dass solche Beschwerden vom Ausschuss zu behandeln sind.

2.5. Vorsorgliche Massnahmen

Wie die Beschwerde an den EGMR besitzt auch die Beschwerde an den Ausschuss keine aufschiebende Wirkung. Droht der beschwerdeführenden Partei – wie typischerweise in Fällen von Ausschaffung und Auslieferung bei drohender Folter oder Tötung im Zielstaat – in der Zeitspanne zwischen der Einreichung der Beschwerde und dem Entscheid jedoch ein schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden, hat der Ausschuss in jedem Verfahrenszeitpunkt die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen und den betroffenen Staat zu ersuchen, die geplante Massnahme bis zum Entscheid des Ausschusses aufzuschieben.⁴⁵

Diese Massnahmen sind nach Ansicht des Ausschusses verbindlich, d.h. ein Staat, der sie missachtet, verletzt das Fakultativprotokoll in schwerwiegender Weise.⁴⁶ Begründet wird dies mit dem überzeugenden Argument, dass ungeachtet der fehlenden Verbindlichkeit der Entscheide die Anerkennung der Zuständigkeit des Ausschusses zur Entgegennahme von Individualbeschwerden gemäss Art. 1 FP Pakt II die Pflicht miteinschliesse, dem Ausschuss zu erlauben, das Verfahren in sinnvoller Weise durchzuführen.⁴⁷ Dies entspricht seit dem Entscheid Mamatkulov auch der Auffassung des EGMR,⁴⁸ sodass in diesem Punkt seit 2005 kein Unterschied zwischen „Genf“ und „Strassburg“ mehr besteht.

⁴³ S. Ausschuss, *Orihuela Valenzuela v. Peru*, 309/1988 (1993), para. 4.2, wo in einem einfachen Streit um Pensionsansprüche auch nach mehr als 5 Jahren noch kein Entscheid getroffen worden war.

⁴⁴ Gesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR. 173.110.

⁴⁵ Art. 92 der Verfahrensordnung des Ausschusses (Rules of Procedure of the Human Rights Committee, CCPR/C/3/Rev.9, 13 January 2011) lautet: “ The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication.”

⁴⁶ Siehe z.B. Ausschuss, *Piandiong and Others v. the Philippines*, 869/1999 (2000), para. 5, und *Saidova v. Tajikistan*, 964/2001 (2004), para. 4.2.

⁴⁷ *Piandiong and Others v. the Philippines*, 869/1999 (2000), para 5.1: “ By adhering to the Optional Protocol, a State party to the Covenant recognizes the competence of the Human Rights Committee to receive and consider communications from individuals claiming to be victims of violations of any of the rights set forth in the Covenant (Preamble and article 1). Implicit in a State's adherence to the Protocol is an undertaking to cooperate with the Committee in good faith so as to permit and enable it to consider such communications, and after examination to forward its views to the State party and to the individual (Article 5 (1), (4)). It is incompatible with these obligations for a State party to take any action that would prevent or frustrate the Committee in its consideration and examination of the communication, and in the expression of its Views.”

Zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen ist der/die Berichtersteller/in für neue Beschwerden. Im Fall von Ausschaffungen werden vorsorgliche Massnahmen v.a. in Fällen angeordnet, in welchen seit dem Zeitpunkt des Wegweisungsentscheides und seinem Vollzug viel Zeit vergangen ist und neue Vorbringen gemacht werden oder in welchen die Beschwerde an den Ausschuss mit Argumenten begründet wird, die innerstaatlich nicht überprüft worden sind. Weil weder die entsprechenden Anordnungen noch relevante Statistiken zugänglich sind, sind Aussagen darüber, ob in Wegweisungs- und Ausschaffungsfällen der Ausschuss oder der EGMR häufiger vorsorgliche Massnahmen anordnet, nicht möglich.

2.6. Wirkung von Entscheiden

Der wesentlichste Unterschied zwischen den Verfahren in „Genf“ und in „Strassburg“ besteht in der Tatsache, dass es sich bei den Entscheiden des Ausschusses nicht um Urteile handelt, sondern gemäss Art. 5 Abs. 4 FP Pakt II um „Auffassungen“ / „views“ / „constatations“, d.h. Feststellungen des Ausschusses.

In seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 33⁴⁹ hat der Ausschuss zum Charakter seiner Entscheide ausgeführt, es handle sich dabei um eine autoritative Festlegung („authoritative determination“ / „une décision qui fait autorité“) durch das Organ, welches gemäss dem Pakt mit der Auslegung dieses Instruments betraut worden sei. Der Charakter der Auffassungen und ihre Bedeutung leite sich somit aus der Gesamtrolle des Ausschusses gemäss Pakt und Fakultativprotokoll ab.⁵⁰ Der Ausschuss betont im Weiteren, die Verpflichtung der Vertragsparteien des Fakultativprotokolls, sowohl als Verfahrensbeteiligte als auch in Bezug auf den Pakt nach Treu und Glauben zu handeln und mit dem Ausschuss zu kooperieren, sei für den Charakter der Entscheide ebenfalls relevant.⁵¹

Damit behauptet der Ausschuss nicht, dass seine Entscheide rechtlich bindend sind. Er weist gleichzeitig aber auch die Auffassung zurück, sie seien völlig unverbindlich. Vielmehr erwartet er zumindest, dass die Vertragsparteien versuchen, die gegen sie gerichteten Entscheide umzusetzen und mit dem Ausschuss die Schwierigkeiten zu identifizieren, die einer Umsetzung im Weg stehen. Zu diesem Zweck hat der Ausschuss 1997 ein follow-up Verfahren mit einem damit betrauten Berichtersteller geschaffen.⁵² Zudem wird in den Jahresberichten des Ausschusses an die UNO-Generalversammlung jeweils berichtet, welche Staaten Entscheide nicht umgesetzt haben.⁵³

All dies zeigt, dass trotz des Fehlens der Rechtsverbindlichkeit die Entscheide des Ausschusses mehr als unverbindliche Empfehlungen sind. Vielmehr besteht angesichts des follow-up Verfahrens für Vertragsstaaten des Fakultativprotokolls zumindest die Verpflichtung zu prüfen, ob sie den Entscheid umsetzen wollen und, falls sie zum Schluss kommen, dies nicht zu tun, gegenüber dem Ausschuss die

⁴⁸ EGMR (Grand Chamber), *Mamatkulov and Askarov*, 46827/99 and 46951/99, Urteil vom 4. Februar 2005.

⁴⁹ Human Rights Committee, General Comment No 33, The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/GC/33, 5 November 2008.

⁵⁰ Id., para. 13: „The views of the Committee under the Optional Protocol represent an authoritative determination by the organ established under the Covenant itself charged with the interpretation of that instrument. These views derive their character, and the importance which attaches to them, from the integral role of the Committee under both the Covenant and the Optional Protocol.“ / „Les constatations du Comité au titre du Protocole facultatif constituent une décision qui fait autorité, rendue par l’organe institué en vertu du Pacte lui-même et chargé d’interpréter cet instrument. Ces constatations tiennent leur caractère, et l’importance qui s’y attache, du fait que le rôle conféré au Comité en vertu du Pacte et du Protocole forme un tout. »

⁵¹ Id., para. 15.

⁵² Id., para. 16.

⁵³ Id., para. 17.

Gründe darzulegen. Dabei genügt es nicht, einfach auf die Rechtskraft des überprüften nationalen Hoheitsaktes zu verweisen. Es kann offenkundig nicht angehen, dass ein Staat Privaten zwar eine Beschwerdemöglichkeit an den Ausschuss einräumt, gleichzeitig aber davon ausgeht, dass er das Ergebnis dieses Verfahren im Fall des Obsiegens der beschwerdeführenden Partei prinzipiell nicht beachtet.

Diese Auffassung wird von der herrschenden Lehre geteilt. Ulfstein⁵⁴ fasst sie so zusammen:

Martin Scheinin claims: "However, it would be wrong to categorize the Committee's views as mere 'recommendations'. They are the end result of a quasi-judicial adversarial international body established and elected by the States Parties for the purpose of interpreting the provisions of the Covenant and monitoring compliance with them. It would be incompatible with these preconditions of the procedure if a state that voluntarily has subjected itself to such a procedure would, after first being one of the two parties in a case, then after receiving the Committee's views, simply replace the Committee's position with its own interpretation as to whether there has been a violation of the Covenant or not. [...] the presumption should be that the Committee's views in Optional protocol cases are treated as the authoritative interpretation of the Covenant under international law'.⁵⁵

This position, that Views are 'in effect' binding, has also been taken by Steiner, Goodman and Alston.⁵⁶ It has also been supported by Nowak, Buchinger and McArthur in relation to decisions by the CAT Committee.⁵⁷ Joseph, Schultz and Castan argue that HRC Views are 'strong indicators of legal obligations, so rejection of those decisions is good evidence of a State's bad faith attitude towards its ICCPR obligations'.⁵⁸ Tomuschat says that there can be no doubt that the Views are non-binding, but states have an obligation to examine them carefully, that there is presumption in favour of their correctness, and that a state, if it disagrees, must present detailed observations specifying its counter-arguments.⁵⁹

Der Internationale Gerichtshof (IGH) betonte im Fall Diallo, dass er bei der Auslegung des Paktes zwar nicht an die Auffassung des Ausschusses gebunden sei, aber der Auslegung dieses unabhängigen Organs, das speziell geschaffen wurde um die Anwendung dieses Vertrags zu überwachen, grosses Gewicht („great weight“) beizumessen habe.⁶⁰ Dieser Auffassung des IGH, der beispielsweise im Gut-

⁵⁴ Ulfstein, S. 92-93.

⁵⁵ R. Hanski and M. Scheinin, *Leading Cases of the Human Rights Committee* (2nd, rev. ed. edn Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku 2007) , at 23. See also Nowak, *CPPR Commentary*, [...] at XXVII.

⁵⁶ H.J. Steiner, R. Goodman and P. Alston, *International Human Rights in Context : Law, Politics and Morals* (3rd edn Oxford University Press, Oxford 2008) , S. 915.

⁵⁷ M. Nowak, K. Buchinger and E. McArthur, *The United Nations Convention against Torture* (Oxford University Press, Oxford 2008) , S. 777.

⁵⁸ Joseph/Schultz/Castan , S. 24.

⁵⁹ C. Tomuschat, *Human Rights : between Idealism and Realism* (2nd edn The Collected Courses of the Academy of European Law, Oxford University Press, Oxford 2008) , S. 220. Siehe auch Kälin/KünzliS. 225.

⁶⁰ International Court of Justice, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* (2010), para. 66: "Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential

achten zur israelischen Sicherheitsmauer die Auslegung des Ausschusses zur extraterritorialen Geltung von Pakt II übernommen hat,⁶¹ schliesst sich Ulfstein selber an.⁶²

Mit der Berücksichtigungs- und Rechtfertigungspflicht kommt den Entscheiden des Ausschusses somit eine Art soft law-Charakter zu. Dies bedeutet für die Schweiz, dass sie im Fall der Ratifikation des Fakultativprotokolls die Möglichkeit haben bzw. schaffen müsste, auf Feststellungen der Paktwidrigkeit reagieren zu können. Dabei ist nach geltendem Recht die Revision ausgeschlossen, da diese im Bereich internationaler Verfahren nur bei einem für die Schweiz negativen Entscheid des EGMR möglich ist.⁶³ In gewissen Fällen kann eine Umsetzung auf dem Weg der Wiedererwägung erreicht werden, nämlich dann, wenn im Verfahren vor dem Ausschuss neue Tatsachen bekannt werden: Das ist der heute beschrittene Weg um Entscheiden des UNO-Ausschusses gegen die Folter in Wegweisungsfällen gerecht werden zu können.⁶⁴ Dies wird aber in verschiedenen Sachbereichen kein gangbarer Weg sein. In Frage kommt in gewissen Fällen eine finanzielle Wiedergutmachung,⁶⁵ wobei sich hier allenfalls die Frage der gesetzlichen Grundlage stellt. So oder so müsste die Frage der Umsetzungsmöglichkeiten vor eine allfälligen Ratifikation des Fakultativprotokolls geklärt und soweit nötig geregelt werden.

2.7. Kognition – insbesondere die „margin of appreciation“-Doktrin des EGMR

2.7.1. Überprüfung von Sachverhaltsfragen und der Auslegung nationalen Rechts

Was Sachverhaltsfragen oder die Anwendung nationalen Rechts betrifft, betont der Ausschuss ähnlich wie der EGMR⁶⁶, dass er nicht eine Art vierter Instanz ist. Vielmehr sei es Sache der nationalen Gerichte, den Sachverhalt zu evaluieren, die Beweise zu würdigen und das nationale Recht auszulegen; diesbezügliche Entscheide könne er nur in Fällen von Willkür, manifesten Fehlern oder Rechtsverweigerung kritisieren.⁶⁷

Diese Zurückhaltung bedeutet mitunter, dass der Ausschuss den Staaten im Ergebnis einen erheblichen Beurteilungsspielraum einräumt.⁶⁸ So hat er etwa betont, Staaten hätten ein weites Ermessen bei der Beurteilung, ob in einem Ausweisungsfall Überlegungen der nationalen Sicherheit vorlägen,

consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled.”

⁶¹ International Court of Justice, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Palestinian Territories, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004) 136.

⁶² Ulfstein, S. 100 und 113.

⁶³ Art. 122 BGG, Art. 45 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005, SR. 173.32.

⁶⁴ Bundesamt für Migration, Handbuch Asylverfahren, Kapitel H-§1, Rechtsschutz im Asylverfahren, S. 43, http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/asyl_schutz_vor_verfolgung/asylverfahren/handbuch_asylverfahren/handbuch_deutsch/kap_h_1-0108.pdf (besucht am 22.12.2011).

⁶⁵ Der Ausschuss empfiehlt den Vertragsstaaten bei Gutheissung der Beschwerde regelmässig eine finanzielle Wiedergutmachung zu leisten.

⁶⁶ Nachweise z.B. bei Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, S. 14 – 15.

⁶⁷ Z.B. Ausschuss, *L.D.L.P. v. Spain*, 1622/2007 (2011), para. 6.3: “The Committee observes that these complaints relate to the evaluation of facts and evidence by the State party’s courts. The Committee recalls its jurisprudence according to which it is incumbent upon the courts of States parties to evaluate the facts and evidence in each case, or the application of domestic legislation, unless it can be shown that such evaluation or application was clearly arbitrary or amounted to a manifest error or denial of justice.* [*Die Fussnote lautet: “No. 1616/2007, Manzano v. Colombia, decision of inadmissibility adopted on 19 March 2010, para. 6.4.”]

⁶⁸ Zum Thema Beurteilungsspielräume siehe auch unten Ziff. 2.7.3 (margin of appreciation).

welche gemäss Art. 13 Pakt II eine Beschneidung der Verfahrensrechte der Betroffenen rechtfertigen.⁶⁹

2.7.2. Auslegung der Paktgarantien

Internationale Menschenrechtsorgane prüfen mit freier Kognition, was der Inhalt von Menschenrechtsgarantien ist. In diesem Zusammenhang betont der EGMR in konstanter Praxis, dass die EMRK ein „living instrument“ sei, welches unter dem Gesichtspunkt seiner Effektivität dynamisch auszulegen sei.⁷⁰ Auch der Ausschuss neigt einer dynamischen Auslegung zu.⁷¹ In Anlehnung an die Ausdrucksweise des EGMR hat er festgehalten: „The Committee considers that the Covenant should be interpreted as a living instrument and the rights protected under it should be applied in context and in the light of present-day conditions.“⁷² In diesem Sinn hat der Ausschuss beispielsweise anerkannt, dass das Recht auf Leben - obwohl der Pakt selbst die Todesstrafe nicht verbietet - einem Staat, der die Todesstrafe selber abgeschafft hat, verbiete, eine Person einem Staat auszuhändigen, wo ihr die Todesstrafe droht.⁷³ In einem anderen Fall hat er in ausdehnender Interpretation aus der Religionsfreiheit ein Verbot der Bestrafung von Dienstverweigerern aus Gewissensgründen abgeleitet.⁷⁴ Schliesslich hat er aus dem Gebot der rückwirkenden Anwendung milderer Strafen gemäss Art. 15 Pakt II über den Wortlaut hinaus einen Anspruch darauf abgeleitet, nicht auf der Basis einer Strafnorm verurteilt zu werden, die inzwischen aufgehoben wurde.⁷⁵

Wie in diesen Fällen⁷⁶ geht der Ausschuss aber in aller Regel nicht über die Rechtsprechung des EGMR hinaus: Auf punktuelle Ausnahmen ist unten Ziff. 4 zurück zu kommen.

2.7.3. Berücksichtigung staatlicher Beurteilungsspielräume?

Der Hauptunterschied zwischen Ausschuss und EGMR besteht im Bereich der sog. „margin of appreciation“-Rechtsprechung des Strassburger Gerichts. Mit dieser Praxis wird den Vertragsstaaten vom EGMR v.a. bei den ideellen Freiheitsrechten ein Beurteilungsspielraum bezüglich der Gewichtung öffentlicher Interessen und der Bewertung der Verhältnismässigkeit des Eingriffs mit dem Argument eingeräumt, der Staat könne diese Fragen besser als das Gericht beurteilen. Einen Beurteilungsspiel-

⁶⁹ Ausschuss, *Alzery v. Sweden*, 1416/2005 (2006), para. 11.10: „The Committee notes that in the assessment of whether a case presents national security considerations bringing the exception contained in article 13 into play allows the State party very wide discretion.“

⁷⁰ Z.B. EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russian Federation*, 25965/04, Urteil vom 7. Januar 2010, para. 277: „However, in assessing the scope of Article 4 of the Convention, sight should not be lost of the Convention’s special features or of the fact that it is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions. The increasingly high standards required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably require greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies (see, among many other authorities, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 101, ECHR 1999 V; *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], no. 28957/95, § 71, ECHR 2002 VI; and *Siliadin*, cited above, § 121).“

⁷¹ Zur Auslegungspraxis des Ausschusses detailliert Schlütter, S. 273-311.

⁷² Ausschuss, *Judge v. Canada*, 829/1998 (2003) para. 10.3.

⁷³ *Ibid.*, para. 10.7.

⁷⁴ Dazu hinten Ziff. 4.9.

⁷⁵ Ausschuss, *Cochet v. France*, 1760/2008 (2010), para. 7.3: „As regards the scope of the application of article 15, paragraph 1, of the Covenant, the Committee finds that the article should not be interpreted narrowly: since the article refers to the principle of the retroactive effect of a lighter penalty, it should be understood to refer a fortiori to a law abolishing a penalty for an act that no longer constitutes an offence.“

⁷⁶ Gleich EGMR, *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, 61498/08, Urteil vom 2. März 2002, paras. 123 and 144 (Auslieferung bei drohender Todesstrafe) und EGMR (Grand Chamber), *Bayatyan v. Armenia*, 23459/03, judgment of 7 July 2011, paras. 98 – 128 (Dienstverweigerung aus Gewissensgründen)

raum anerkennt der EGMR aber auch dort, wo kein europäischer Konsens zur Frage erkennbar ist, ob ein bestimmtes privates Interesse den Schutz der EMRK genießen soll.⁷⁷ Mit dieser Rechtsprechung betont er den subsidiären Charakter der überstaatlichen Kontrollmechanismen.

Obwohl der Ausschuss in einigen Fällen Argumente verwendet hat, die der „margin of appreciation“-Doktrin nahe kommen,⁷⁸ hat er sie wiederholt ausdrücklich abgelehnt,⁷⁹ u.a. erst kürzlich in seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 34 zur Meinungsäußerungsfreiheit:

“The Committee reserves to itself an assessment of whether, in a given situation, there may have been circumstances which made a restriction of freedom of expression necessary. In this regard, the Committee recalls that the scope of this freedom is not to be assessed by reference to a “margin of appreciation” and in order for the Committee to carry out this function, a State party, in any given case, must demonstrate in specific fashion the precise nature of the threat to any of the enumerated grounds listed in paragraph 3 that has caused it to restrict freedom of expression.”⁸⁰

Dies bedeutet aber, wie SCHLÜTTER kürzlich gezeigt hat, keineswegs, dass der Ausschuss überhaupt nie gegenüber staatlichen Entscheiden Zurückhaltung übt. Solche Zurückhaltung zeigt sich v.a. dort, wo er betont, dass er nicht eingreifen werde, sofern das staatliche Vorgehen nicht willkürlich sei oder eine Weigerung, den Betroffenen den Schutz von Rechten aus dem Pakt zu gewähren („denial of justice“), darstelle.⁸¹ In diesem Sinn hat der Ausschuss im Fall *Länsman v. Finland* zwar die „margin of appreciation“-Doktrin ausdrücklich verworfen, gleichzeitig aber auch deutlich gemacht, dass er nur eingreifen würde, falls die ergriffenen Massnahmen einen „denial of justice“ bedeuten würde, nicht aber schon dort, wo die Beeinträchtigungen für die Betroffenen begrenzt seien.⁸² Ein ähnlicher Ansatz findet sich in jenen Fällen, in welchen der Ausschuss verlangt, dass der Staat einen Eingriff oder eine Unterscheidung mit objektiven und ernsthaften Gründen rechtfertigen können müsse,⁸³ indem er dem betroffenen Staat Gelegenheit gibt, zu zeigen, warum nach seinem Ermessen der Eingriff notwendig ist.

⁷⁷ Einen guten Überblick über diese Rechtsprechung gibt Jan Kratochvíl, *The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume 29 (2011), S. 326-335.

⁷⁸ Z.B. Ausschuss, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius*, 35/1978 (1981), para. 9.2; *Hertzberg et al. v. Finland*, 61/79 (1982), para. 10.3; Ausschuss, *Marijan Radosevic v. Germany*, 1292/2004 (2005), para. 7.3. Siehe dazu Schlütter, S. 304f.

⁷⁹ Z.B. Ausschuss, *Länsman v. Finland*, 511/1992 (1994), para. 9.4.

⁸⁰ Ausschuss, General comment No 34 - Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 21 July 2011, para. 36 (Fussnoten weggelassen).

⁸¹ Schlütter, S. 304-308

⁸² Ausschuss, *Länsman v. Finland*, 511/1992 (1994), para. 9.4: „A State may understandably wish to encourage development or allow economic activity by enterprises. The scope of its freedom to do so is not to be assessed by reference to a margin of appreciation, but by reference to the obligations it has undertaken in article 27. Article 27 requires that a member of a minority shall not be denied his right to enjoy his culture. Thus, measures whose impact amount to a denial of the right will not be compatible with the obligations under article 27. However, measures that have a certain limited impact on the way of life of persons belonging to a minority will not necessarily amount to a denial of the right under article 27.“ Ähnlich *Poma Poma v. Peru*, 1457/2006 (2009), para. 7.4.

⁸³ Dies ist v.a. beim Diskriminierungsverbot relevant. Siehe dazu hinten Ziff. 3.12.

3. Bestimmungen von Pakt II ohne äquivalente EMRK-Garantien

3.1. Selbstbestimmungsrecht der Völker (Art. 1 Pakt II)

Art. 1 Pakt II garantiert allen Völkern das Recht auf Selbstbestimmung, kraft dessen „sie frei über ihren politischen Status“ entscheiden und „in Freiheit ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Entwicklung“ gestalten können.

Für das Individualbeschwerdeverfahren ist diese Bestimmung irrelevant: Seine Verletzung kann in diesem Verfahren nicht gerügt werden, da nur Individuen beschwerdebefugt sind, Art. 1 aber mit dem Verweis auf „Völker“ ein Kollektivrecht begründet.⁸⁴ Allerdings kann der Ausschuss die Bestimmung, welche für die Schweiz kaum von Relevanz ist, für die Auslegung individueller Garantien heranziehen.⁸⁵

3.2. Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 3 Pakt II)

Gemäss Art. 3 Pakt II verpflichten sich die Vertragsstaaten, „die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.“

Während das Konzept der Gleichberechtigung mit jenem der Geschlechterdiskriminierung nicht identisch ist, behandelt der Ausschuss diese Bestimmung in Einklang mit dem Wortlaut nicht als selbständiges Menschenrecht, sondern akzessorisch jeweils zusammen mit dem betroffenen Recht oder kumulativ mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 26 Pakt II, indem er gegebenenfalls eine gleichzeitige Verletzung beider Bestimmungen feststellt.⁸⁶ Art. 3 Pakt II kommt mit anderen Worten keine selbständige Bedeutung zu.

3.3. Menschliche Haftbedingungen (Art. 10 Pakt II)

Art. 10 Pakt II verlangt, dass Personen, denen die Freiheit entzogen wird, „menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde behandelt werden“ (Abs. 1). Beschuldigte sind von Verurteilten zu trennen (Abs. 2 lit. a), und Jugendliche von Erwachsenen, wobei dies sowohl in Untersuchungshaft (Abs. 2 lit. b) als auch im Strafvollzug (Abs. 3 Satz 2) gilt. Diese Bestimmungen enthalten nicht nur Unterlassungspflichten sondern verlangen von den Vertragsstaaten auch positive Leistungen.⁸⁷

Eine Art. 10 Abs. 1 Pakt II analoge Bestimmung fehlt in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen. Allerdings hat der EGMR verschiedene Aspekte von Art. 10 Pakt II aus Art. 3 EMRK (Verbot der unmenschlichen Behandlung) abgeleitet.

⁸⁴ Z.B. Ausschuss, *J.G.A. Diergaardt et al. v. Namibia*, 760/1996 (2000), para. 10.3; und besonders deutlich *Marie-Hélène Gillot et al. v. France*, 932/2000 (2002), para. 13.4.

⁸⁵ Ausschuss, *Marie-Hélène Gillot et al. v. France*, 932/2000 (2002), para. 13.4 : “Although the Committee does not have the competence under the Optional Protocol to consider a communication alleging violation of the right to self-determination protected in article 1 of the Covenant, it may interpret article 1, when this is relevant, in determining whether rights protected in parts II and III of the Covenant have been violated. The Committee is of the view, therefore, that, in this case, it may take article 1 into account in interpretation of article 25 of the Covenant.”

⁸⁶ Siehe Möller/de Zayas, S.129-130 mit Hinweis auf *Sandra Lovelace v. Canada*, 24/1977 (1981), para. 18; *Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius*, 35/1978 (1981), para. 9.2, *Ato del Avelanal v. Peru*, 202/1986 (1989), para. 10.2.

⁸⁷ Möller/de Zayas, S. 203.

Quantitativ betreffen die meisten Fälle des Ausschusses zum Gebot der Behandlung Gefangener mit Menschlichkeit gemäss Abs. 1 zwei Situationen: Politische Gefangene in Uruguay zur Zeit der Militärdiktatur und zum Tode verurteilte Täter in Jamaica.⁸⁸ Neuere Fälle befassen sich oft mit Beschwerden aus Ländern mit notorisch schlechten Haftbedingungen.⁸⁹ Demgegenüber ist die Rechtsprechung zu Ländern mit Bedingungen, die mit der Schweiz vergleichbar sind, sehr beschränkt. In einem australischen Fall kam der Ausschuss zum Schluss, das nur kurzfristige Einschliessen von zwei Gefangenen in einer käfigartigen Zelle, die so klein war, dass nur einer von ihnen sitzen konnte, sei mit dem Gebot menschlicher Haftbedingungen nicht vereinbar.⁹⁰ Ein ernsthafterer Fall betraf den vom Ausschuss angesichts der konkreten Umstände als unverhältnismässig eingestuften Entscheid, einen mit einer Australierin verheirateten und seit Jahrzehnten in Australien lebenden Ausländer entgegen dem Rat beigezogener Ärzte und Psychiatern in Ausschaffungshaft zu belassen, was zu einer notfallmässigen psychiatrischen Hospitalisierung führte.⁹¹

Allgemeiner sind zwei Punkte von Bedeutung:

- Der Ausschuss richtet sich in seiner neueren Praxis für die Bestimmung des Inhalts von Art. 10 Abs. 1 an den UN Standard-Minimal-Regeln für die Behandlung von Gefangenen⁹² und ähnlicher soft-law Instrumente der UNO aus.⁹³ Dies bedeutet allerdings keinen grundsätzlichen Unterschied zur heutigen Praxis des EGMR, welcher bei der Beurteilung von Haftbedingungen im Licht von Art. 3 EMRK häufig untersucht, ob eine bestimmte Behandlung den Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006⁹⁴ widerspricht⁹⁵ und im Fall einer Missachtung auf eine Verletzung schliesst.⁹⁶
- Diese Garantie kann tendenziell bereits verletzt sein, wo der EGMR noch nicht eine unmenschliche Behandlung gemäss Art. 3 EMRK annehmen würde.⁹⁷

⁸⁸ Möller/de Zayas, S. 206 – 217 spricht von den „Uruguay years“ und „Jamaica years“ und unterscheidet diese Rechtsprechungsphasen von der „Post-Jamaica jurisprudence“ (S. 217 – 220).

⁸⁹ Z.B. Weissrussland *Bandajevsky v. Belarus*, 1100/2002([2006]), Kamerun *Gorji-Dinka v. Cameroon*, 1134/2002 (2005)) oder Usbekistan *Arutyunyan v. Uzbekistan*, 917/2000 (200); siehe dazu Möller/de Zayas, S. 217 und 219.

⁹⁰ Ausschuss, *Cabal and Pasini v. Australia*, 1020/2001 (2003), para. 8.3.

⁹¹ Ausschuss, *Madafferi et al. v. Australia*, 1011/2001, (2004), para. 9.3.

⁹² United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.

⁹³ Ausschuss, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, 1134/2002 (2005), para. 5.2 und *Minogue v. Australia*, 954/2000 (2004), para. 6.8

⁹⁴ Ministerkomitee des Europarates, Empfehlung (2006)2: Europäische Strafvollzugsgrundsätze: http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/straf_und_massnahmen/documentation/empfehlung-europarat-d.pdf (besucht am 4. Januar 2012).

⁹⁵ Z.B. EGMR (Grand Chamber), *Case of Ramirez Sanchez v. France*, 59450/00, Urteil vom 4. Juli 2006, para. 130.

⁹⁶ Z.B. EGMR, *Case of Nevmerzhitsky v. Ukraine*, 54825/00, Urteil vom 5. April 2005, paras. 97-98.

⁹⁷ Der Ausschuss trennt klar zwischen dem Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung gemäss Art. 7 Pakt II und Art. 10 Abs. 1 Pakt II: „Thus, not only may persons deprived of their liberty not be subjected to treatment that is contrary to article 7, including medical or scientific experimentation, but neither may they be subjected to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty; respect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons“ (General Comment No. 21 - Article 10: Humane treatment of persons deprived of their liberty, HRI/GEN/1/Rev.9 [Vol. I], 27 May 2008, S. 202, para. 3

- Was das Verhältnis zwischen dieser Bestimmung und dem Verbot grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung gemäss Art. 7 Pakt II betrifft, ist die Praxis des Ausschusses zwar nicht ganz einheitlich, in neuerer Zeit zeigt sich aber ein deutlicher Trend, Art. 7 nicht mehr zu prüfen, wo eine Verletzung von Art. 10 festgestellt wurde.⁹⁸ Damit trennt der Ausschuss Fragen der Haftbedingungen Art. 10, wo der Staat seine Leistungspflichten (Schaffung akzeptabler Haftbedingungen) verletzt, deutlich von aktiven Übergriffen, die infolge der Missachtung von Unterlassungspflichten gemäss Art. 7 Leiden oder Erniedrigung bewirken.⁹⁹

Die Verpflichtung von Art. 10 Abs. 2 lit. a Pakt II, Angeschuldigte von verurteilten Personen zu trennen, dürfte der Schweiz kaum Probleme schaffen. Sie ist klarerweise verletzt, wo Untersuchungshäftlinge und verurteilte Gefangene miteinander in den gleichen Zellen festgehalten werden. Andererseits wird diese Regel nicht verletzt, wo Untersuchungsgefangene und Personen im Strafvollzug im gleichen Gebäude untergebracht sind, solange eine räumliche Trennung besteht, oder wo Strafgefangene in einem Untersuchungsgefängnis für Reinigungsarbeiten und Essensverteilung eingesetzt werden, darüber hinaus aber keine Kontakte zu den Untersuchungshäftlingen haben.¹⁰⁰

Bedeutsamer für die Schweiz ist das klare Gebot der Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen sowohl in Untersuchungshaft als auch im Strafvollzug gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b und Abs. 3, Satz 2 Pakt II. Die Schweiz konnte zwar 2007 einen diesbezüglichen Vorbehalt zurückziehen,¹⁰¹ doch scheinen Fälle fehlender Trennung immer noch vorzukommen. Abs. 3 verlangt zudem, dass Jugendliche ihrem Alter und ihrer Rechtsstellung entsprechend zu behandeln sind. Die Praxis hierzu ist spärlich, ein australischer Fall macht aber deutlich, dass auf psychische Störungen, Aggressivität und Selbstmordtendenzen eines leicht behinderten jugendlichen Straftäters nicht mit Zwangsmassnahmen wie Einzelhaft statt therapeutischer Massnahmen reagiert werden darf.¹⁰²

Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Pakt II verlangt einen Strafvollzug, der die „Besserung und gesellschaftliche Wiedereingliederung“ von Gefangenen zum Ziel hat. Der Ausschuss kam bisher erst einmal zum Schluss, diese Bestimmung sei verletzt, wobei es um den Extremfall einer 13-jährigen Einzelhaft eines politischen Gefangenen ging.¹⁰³ In einem neuseeländischen Fall hielt der Ausschuss die Rüge, eine Strafe von 4 Jahren und 8 Monaten für ein Tötungsdelikt sei zu lang, um die Rehabilitierung der minderjährigen Täterin sicherzustellen, für offensichtlich unbegründet.¹⁰⁴ Somit bleibt vorderhand offen, ob diese Bestimmung ausser in krassen Fällen praktische Bedeutung erlangen wird.¹⁰⁵

3.4. Verbot des Schuldverhafts (Art. 11 Pakt II)

Art. 11 Pakt II verbietet, jemanden nur deswegen zu inhaftieren, „weil er nicht in der Lage ist, eine vertragliche Verpflichtung zu erfüllen.“ Diese Garantie ist zwar auch im 4. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 16. September 1963 enthalten, die Schweiz hat dieses Protokoll aber nicht ratifiziert. Insofern geht der Pakt für sie über ihre Verpflichtungen aus der EMRK hinaus.

⁹⁸ So deutlich Ausschuss, *Madafferi et al. v. Australia*, 1011/2001, (2004), para. 9.3.

⁹⁹ Möller/de Zayas, S. 220.

¹⁰⁰ Ausschuss, *L. Pinkney v. Canada*, 27/1978 (1982), para. 30.

¹⁰¹ Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 2007, S. 3837.

¹⁰² Ausschuss, *Brough v. Australia*, 1184/2003 (2006), para. 9.2 – 9.4.

¹⁰³ Ausschuss, *Kang v. The Republic of Korea*, 878/1999 (2003), para. 7.3.

¹⁰⁴ Ausschuss, *Emelysifa Jessop v. New Zealand* 1758/2008 (2011), para. 7.13.

¹⁰⁵ So auch Möller/de Zayas, S. 227.

Allerdings dürfte Art. 11 Pakt II für unser Land kaum praktische Relevanz haben. Der Ausschuss hat es in den wenigen Fällen, die diese Bestimmung betrafen, abgelehnt, sie ausdehnend zu interpretieren.¹⁰⁶ So entschied er, dass eine Freiheitsstrafe wegen Nichtbezahlen von Alimenten keine Inhaftierung wegen Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen sei, sondern eine zulässige Sanktion für strafbares Verhalten darstelle.¹⁰⁷

3.5. Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit (Art. 12 Pakt II)

Laut Art. 12 Pakt II hat „[j]edermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, [...] das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen“ (Abs. 1). Zudem steht es jedermann „frei, jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen“ (Abs. 2) und niemandem „darf willkürlich das Recht entzogen werden, in sein eigenes Land einzureisen“ (Abs. 4).

Das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK vom 16. September 1963 enthält analoge Garantien; weil die Schweiz dieses Protokoll nicht ratifiziert hat, geht hier der Pakt über ihre Verpflichtungen aus der EMRK hinaus.

Während die Garantie von Absatz 2 (das Recht, ein Land zu verlassen) für die Schweiz bedeutungslos ist, sind die Absätze 1 und 4 hier näher zu betrachten.

3.5.1. Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen (Abs. 1)

Die Praxis des Ausschusses zu Absatz 1 befasst sich mit Fällen interner Verbannung,¹⁰⁸ Hausarrest¹⁰⁹ oder dem Verbot für eigene Staatsangehörige, an einem bestimmten Ort zu wohnen,¹¹⁰ d.h. mit Problemen, die in der Schweiz nicht existieren.

Relevant kann die Bestimmung im Zusammenhang mit der Wohnsitzpflicht für Beamte, öffentlich-rechtlich Angestellte und Behördenmitglieder werden. Soweit ersichtlich hat sich der Ausschuss dazu aber bisher nie geäussert. Das Recht, seinen Wohnsitz frei zu wählen, kann gemäss Abs. 3 auf der Basis einer gesetzlichen Grundlage eingeschränkt werden, wo dies im Lichte eines der aufgezählten öffentlichen Interessen notwendig erscheint. Die Prüfung solcher Fälle dürfte somit ähnlich wie die heutige bundesgerichtliche Praxis zu Art. 24 i.V.m. Art. 36 BV ausfallen, welche nicht mehr von der Vermutung einer Wohnsitzpflicht ausgeht, sondern im Einzelfall eine sorgfältige Güterabwägung vornimmt.¹¹¹

Die Niederlassungsfreiheit von Abs. 1 gilt im Gegensatz zu Art. 24 BV nicht nur für schweizerische Staatsangehörige, sondern auch für Ausländerinnen und Ausländer, sobald – aber nur solange - sich diese rechtmässig in der Schweiz aufhalten.¹¹² In diesem Zusammenhang hat die Schweiz erklärt, die

¹⁰⁶ Siehe die Hinweise bei Möller/de Zayas, S. 228.

¹⁰⁷ Ausschuss, *Calvet v. Spain*, 1333/2004 (2005).

¹⁰⁸ z.B. Ausschuss, *Nglula v. Zaire*, 138/1983 (1986), para. 10.

¹⁰⁹ Ausschuss, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, 1134/2002 (2005), para. 5.5.

¹¹⁰ Ausschuss, *Maral Yklymova v. Turkmenistan*, 1460/2006 (2009), para. 7.5.

¹¹¹ Dazu beispielsweise Kiener / Kälin, S. 173f.

¹¹² So ausdrücklich Ausschuss, General Comment No. 27 - Article 12: Freedom of movement, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 May 2008, S.223f, para. 4: „he question whether an alien is "lawfully" within the territory of a State is a matter governed by domestic law, which may subject the entry of an alien to the territory of a State to restrictions, provided they are in compliance with the State's international obligations. In that connection, the Committee has held that an alien who entered the State illegally, but whose status has been regularized, must be considered to be lawfully within the territory for the purposes of article 12.* [*Fussnote: Communication No. 456/1991, Celepli v. Sweden, para. 9.2.] Once a person is lawfully within a State, any restrictions on his or

darin enthaltene Garantie stehe „unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat.“ Personen, deren Aufenthalt auf einer anderen Bewilligungsgrundlage rechtmässig ist (z.B. Personen im Asylverfahren), werden vom Vorbehalt nicht erfasst und können sich somit auf Art. 12 Abs. 1 berufen, es sei denn, der Begriff „Aufenthaltsbewilligung“ sei nicht wörtlich im Sinne von Art. 33 Ausländergesetz,¹¹³ sondern teleologisch im Sinne jeder Bewilligung zu verstehen, die erlaubt, sich in der Schweiz aufzuhalten. Würde der Ausschuss den Vorbehalt nicht so weit auslegen, liessen sich Einschränkungen allenfalls auf die Schrankenbestimmung von Abs. 3 stützen. In diesem Sinn hat der Ausschuss bezüglich abgewiesener Asylbewerber, deren Aufenthalt aus humanitären Gründen weiterhin akzeptiert wird, entschieden, dass in solchen Fällen Beschränkungen durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig seien.¹¹⁴

Sollte die Schweiz den Vorbehalt zurückziehen, würde der Ausschuss im Einzelfall prüfen können, ob Beschränkungen des Kantonswechsels für Personen mit Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen mit öffentlichen Interessen im Sinne von Art. 12 Abs. 3 Pakt II gerechtfertigt werden können und verhältnismässig sind. Eine solche internationale Überprüfung ist bereits heute wenigstens insofern möglich als der EGMR bereit ist zu prüfen, ob die Verweigerung eines Kantonswechsels mit negativen Folgen auf das Familienleben Art. 8 EMRK verletzt.¹¹⁵

3.5.2. Recht, in sein eigenes Land einzureisen (Abs. 4)

Für die Schweiz besonders relevant ist die Garantie gemäss Art. 12 Abs. 4, in sein eigenes Land einreisen, d.h. dort verbleiben zu können. Im Fall *Stewart* hat der Ausschuss bereits 1997 erklärt, der Begriff „eigenes Land“ sei weiter als „Heimatland“: Er finde auch Anwendung auf ein Land, dessen Nationalität der Beschwerdeführer nicht besitze, zu welchem er aber eine so tiefe Beziehung besitze, dass er nicht einfach als reiner Ausländer betrachtet werden könne.¹¹⁶ In konkreten Fall wurde dies für einen Briten, der seit seinem 7. Lebensjahr in Kanada lebte, nur deshalb verneint, weil er nie um die kanadische Staatsbürgerschaft nachgesucht hatte¹¹⁷ und damit selber zum Ausdruck brachte, dass er Kanada nicht als seine Heimat betrachtete. In späteren Fällen betonte der Ausschuss, Immig-

her rights guaranteed by article 12, paragraphs 1 and 2, as well as any treatment different from that accorded to nationals, have to be justified under the rules provided for by article 12, paragraph 3.”

¹¹³ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Stand am 11. Oktober 2011), (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

¹¹⁴ Ausschuss, *Ismet Celepli v. Sweden*, 456/1991 (1994), para. 9.2.

¹¹⁵ EGMR, *Affaire Agraw c. Suisse*, 3295/06, Urteil vom 29. Juli 2010, paras. 47 – 55.

¹¹⁶ Ausschuss, *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), para. 12.4: “Since the concept “his own country” is not limited to nationality in a formal sense, that is, nationality acquired on birth or by conferral, it embraces, at the very least, an individual who, because of his special ties to or claims in relation to a given country cannot there be considered to be a mere alien. This would be the case, for example, of nationals of a country who have there been stripped of their nationality in violation of international law and of individuals whose country of nationality has been incorporated into or transferred to another national entity whose nationality is being denied them. In short, while these individuals may not be nationals in the formal sense, neither are they aliens within the meaning of article 13. The language of article 12, paragraph 4, permits a broader interpretation, moreover, that might embrace other categories of long-term residents, particularly stateless persons arbitrarily deprived of the right to acquire the nationality of the country of such residence.”

¹¹⁷ *Id.*, paras. 12.4 – 12.6.

ranten könnten ihr Aufenthaltsland höchstens ausnahmsweise, z.B. wenn der Erwerb der Staatsbürgerschaft besonders schwierig wäre, als ihr „eigenes Land“ betrachten.¹¹⁸

In neueren Entscheiden scheint der Ausschuss diese Praxis etwas zu lockern. So anerkannte er im Fall *Nystrom*, dass Australien die faktische Heimat eines 33-jährigen Schweden war, der im Alter von 27 Tagen ankam, dort sein ganzes Leben verbracht hatte und keinerlei Schwedisch sprach.¹¹⁹ Die Verhältnisse waren allerdings insofern speziell als sein Vormund es unterlassen hatte, einen möglichen Antrag auf die australische Staatsbürgerschaft zu stellen, als er noch ein Kind war und Gerichte und Behörden ihn in verschiedenen Aspekten als Australier behandelten.¹²⁰ Im Fall *Warsame* ging es um einen somalischen Staatsangehörigen, der in Saudi-Arabien geboren wurde, im Alter von vier Jahren nach Kanada kam und Somalia nie besucht hatte, und nach der Verbüssung von Strafen für mehrere Delikte nach Somalia deportiert werden sollte. Der Ausschuss kam zum Schluss, Kanada sei sein „eigenes Land, weil er dort fast sein ganzes Leben verbrachte habe, keinerlei Verbindungen zu Somalia habe, nie dort lebte, die dortige Sprache kaum spreche und keinen formellen Beweis besitze, dass er somalischer Staatsbürger sei.“¹²¹

Während diese Rechtsprechung mangels einer entsprechenden Garantie in der EMRK in der Praxis des EGMR keine eigentliche Parallelen findet, hat sie im Ergebnis und teilweise auch in der Argumentation in jenen Fällen zu Art. 8 EMRK eine Entsprechung, in welchen der EGMR bei der Ausschaffung von Personen, die als „Secondos“ praktisch ihr ganzes Leben im Aufenthaltsland verbracht haben und kaum Bezüge zum Heimatland besitzen, auch bei wiederholter Straffälligkeit eine Verletzung feststellt.¹²²

3.6. Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16 Pakt II)

Gemäss Art. 16 Pakt II ist jedermann berechtigt, „überall als rechtsfähig anerkannt zu werden.“ Eine entsprechende Bestimmung fehlt in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen.

¹¹⁸ Ausschuss, *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1994), para. 11.3 ; *Madafferi v. Australia*, 1011/2001 (2004), para. 9.6.

¹¹⁹ Ausschuss, *Stefan Lars Nystrom v. Australia*, 1557/2007 (2011), para. 7.5 Fünf Mitglieder des Ausschusses wandten sich mit dissenting opinion gegen die Mehrheit und argumentierten, diese sei mit ihrem Entscheid über den Sinn von Art. 12 Abs. 4 hinausgegangen.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ausschuss, *Jama Warsame v. Canada*, 1959/2010 (2011), para. 8.5. Fünf Mitglieder des Ausschusses erklärten in dissenting opinions, warum sie mit dem Entscheid der Mehrheit nicht einverstanden waren.

¹²² Exemplarisch EGMR, *Emre v. Suisse*, 42034/04, Urteil vom 22. Mai 2008 (Emre 1), paras. 68 – 70 mit einer Argumentation, die an jene des Ausschusses erinnert : « 69. [...] le motif sous-jacent à la décision de faire de la durée du séjour d'une personne dans le pays hôte l'un des éléments à prendre en considération réside dans supposition que plus longtemps une personne réside dans un pays particulier, plus forts sont ses liens avec ce pays et plus faibles sont ses liens avec son pays d'origine. A la lumière de ces considérations, il est apparu évident à la Cour qu'il lui faudrait tenir compte de la situation particulière des étrangers qui ont passé la majeure partie, sinon l'intégralité, de leur enfance dans le pays hôte, qui y ont été élevés et qui y ont reçu leur éducation (...).

70. La Cour a souligné l'importance de ce dernier point s'agissant des immigrants ayant passé l'essentiel de leur existence dans leur pays d'accueil. En pareil cas, il convient de relever, en effet, qu'ils y ont reçus leur éducation, y ont noué la plupart de leurs attaches sociales et y ont donc développé leur identité propre. Nés ou arrivés dans le pays d'accueil du fait de l'émigration de leurs parents, ils y ont le plus souvent leurs principales attaches familiales. Certains de ces immigrants n'ont même conservé avec leurs pays natal que le seul lien de la nationalité (...). »

Der Ausschuss anerkennt seit einer Praxisänderung im Jahre 2007, dass Art. 16 des Paktes im Fall des Verschwindenlassens von Personen verletzt ist, weil ein Wesensmerkmal dieser Art von Menschenrechtsverletzung darin besteht, dass weder Betroffenen noch ihre Angehörigen jede Chance genommen werden darf, Rechtsschutz zu erhalten.¹²³

Dies ist der einzige Kontext, in welchem der Ausschuss im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens Art. 16 für relevant erklärt hat, sodass die Bestimmung für die Schweiz nicht relevant sein dürfte. Allerdings wird teilweise postuliert, Art. 16 sei auch verletzt, wenn die Behörde sich weigere, die Geburt einer Person zu registrieren oder ihr für die Ausübung von Rechten wesentliche persönliche Dokumente (Geburtsurkunde, Identitätskarte, etc.) auszustellen.¹²⁴ In diesem Sinn hat der Ausschuss im Staatenberichtsverfahren Art. 16 wiederholt im Zusammenhang mit Rügen betr. Nichtregistrierung von Geburten¹²⁵ angerufen. Ob er hierin einen justiziablen oder bloss programmatischen Teilgehalt von Art. 16 erblickt bleibt vorderhand offen, es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass diese Bestimmung im Fall der Ratifikation des Fakultativprotokolls im Zusammenhang mit der sans-papier Problematik angerufen würde, wobei sich daraus allerdings keinerlei Ansprüche auf Aufenthalt ableiten liessen.

3.7. Religiöses Erziehungsrecht der Eltern (Art. 18 Abs. 4 Pakt II)

Art. 18 Abs. 4 Pakt II verankert das Erziehungsrecht der Eltern in religiösen Fragen. Diese Garantie ist nicht in Art. 9 EMRK, sondern in Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK verankert, das die Schweiz nicht ratifiziert hat. Sie wird zusammen mit anderen Aspekten der Religionsfreiheit hinten (Ziff. 4.9) diskutiert.

3.8. Verbot von Kriegspropaganda und Rassenhass (Art. 20 Pakt II)

Art. 20 Pakt II verlangt von den Staaten ein gesetzliches Verbot von Kriegspropaganda sowie von „Eintreten für nationalen, rassistischen oder religiösen Hass, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird.“ Zu dieser Bestimmung hat die Schweiz den Vorbehalt erklärt, dass sie „keine neuen Vorkehren zum Verbot der Kriegspropaganda“ ergreifen werde.

Da sich Art. 20 an den Gesetzgeber wendet, ist fraglich, ob es sich dabei überhaupt um ein Menschenrecht handelt, dessen Verletzung mit Individualbeschwerde gerügt werden kann.¹²⁶ Mangels entsprechender Beschwerden konnte der Ausschuss dazu bisher nie Stellung nehmen.¹²⁷

¹²³ Ausschuss, *Messaouda Kimouche, née Cheraitia, and Mokhtar Kimouche v. Algeria*, 1328/2004 (2007), paras. 7.8 und 7.9.

¹²⁴ Siehe z.B. Walter Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, revised edition, Washington D.C., 2008, S. 92 – 94.

¹²⁵ Z.B. Ausschuss, *Concluding Observations Belgium*, CCPR/C/BIH/CO/1 22 November 2006, para. 22 (Roma Kinder); *Concluding Observations Chad*, CCPR/C/TCD/CO/1, 11 August 2009, para. 27 (Kinder in ländlichen Regionen).

¹²⁶ Nowak, S. 477, Rz. 19 geht davon aus, dass eine Schrankenbestimmung zu Art. 19 (d.h. kein Recht) darstellt. Als solche wäre sie m.E. allerdings insofern justiziabel als Betroffene geltend machen könnten, dass in ihrem Fall ein Eingriff zu Unrecht gestützt auf Art. 20 erfolgte. In diesem Sinn kann Ausschuss, *J.R.T and the W.G. Party v. Canada*, 104/81 (1983), para. 8(b) verstanden werden, wo der Ausschuss die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 19 Pakt II mit dem Argument für unzulässig erklärte, dass die antisemitischen Inhalte, deren Verbreitung verhindert wurden, klar unter den Begriff des Eintretens für rassistischen und religiösen Hass gemäss Art. 20 fallen.

¹²⁷ Möller/de Zayas, S. 371 und Joseph/Schultz/Castan, S. 567, Rz 18.65.

3.9. Schutz der Familie (Art. 23 Abs. 1 Pakt II)

Art. 23 Abs. 1 Pakt II garantiert den Anspruch der Familie „auf Schutz durch Gesellschaft und Staat“. Als solches hat dieses Recht keine explizite Entsprechung in der EMRK und ihren Zusatzprotokollen, sein Inhalt wird aber weitgehend durch Art. 8 EMRK abgedeckt. Die Thematik wird deshalb hinten bei der Behandlung von Art. 17 Pakt II, dem Äquivalent von Art. 8 EMRK im Pakt, behandelt (hinten Ziff. 4.8).

3.10. Kinderrechte (Art. 24 Pakt II)

Gemäss Art. 24 Pakt II hat jedes Kind Anspruch auf diskriminierungsfreie „Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert“ (Abs. 1), auf Eintragung seiner Geburt und seines Namens in ein Register (Abs. 2), und den Erwerb einer Staatsbürgerschaft (Abs. 3).

Während Absätze 2 und 3 für die Schweiz kaum eine Rolle spielen,¹²⁸ können Ansprüche aus Abs. 1 relevant werden, da sie potentiell sehr weit gehen und verschiedenste Rechtsbereiche betreffen. In der Praxis des Ausschusses hat diese Bestimmung neben Fällen im Zusammenhang mit dem Verschwindenlassen von Personen¹²⁹ und Abtreibungsverboten¹³⁰ bis heute v.a. in folgenden Bereichen eine Rolle gespielt:

- *Inhaftierung von Kindern und Jugendlichen:* In einem australischen Fall kam der Ausschuss zum Schluss, langandauernde Ausschaffungshaft mit negativen psychischen Folgen für Minderjährige habe das Prinzip des Kindeswohl verletzt.¹³¹ In einem holländischen Fall kam der Ausschuss zum Schluss, angesichts des Verhaltens eines 17-jährigen abgewiesenen Asylsuchenden sei die kritisierte ausländerrechtliche Inhaftierung mit Art. 24 vereinbar gewesen.¹³² In strafrechtlichen Fällen prüft der Ausschuss allfällige Verletzungen von Art. 24 Abs. 1 zusammen mit Art. 10 Pakt II (oben Ziff. 3.3).¹³³
- *Wegweisungen:* In Aus- und Wegweisungsfällen untersucht der Ausschuss bei minderjährigen Betroffenen zusammen mit anderen relevanten Garantien, ob dadurch gegen das Kindeswohl verstossen wird. Dies wurde etwa im Fall einer Familie bejaht, die nach Ablauf des Visums 14 Jahre in Australien blieb und ausgeschafft werden sollte als der Sohn, der die australische Staatsbürgerschaft erlangt hatte, 13 Jahre alt war.¹³⁴ Eine Verletzung wurde auch im Fall eines Familienvaters, der 14 Jahre in Australien ein Familienleben geführt hatte, angenommen, als dieser wegen einer Vorstrafe in Italien vor der Einreise nach Australien ausgewiesen werden sollte und sich die Frage stellte, ob den Kindern mit australischer Staatsbürgerschaft zugemutet werden könne, dem Vater nach Italien zu folgen.¹³⁵ In einem weiteren Fall rügte der Ausschuss, dass die holländischen Behörden es unterlassen hatten, zu untersu-

¹²⁸ Gemäss Ausschuss, *Gorji-Dinka v. Cameroon*, 1134/2002 (2005), para. 4.10 soll Art. 24 Abs. 3 vor Staatenlosigkeit schützen und nicht Anspruch auf eine bestimmte Staatsbürgerschaft geben. Abs. 2 betreffend Registrierung von Geburten könnte allenfalls im Kontext der sans-papiers-Problematik relevant werden.

¹²⁹ Zu diesen Fällen Möller/de Zayas, S. 392-393.

¹³⁰ Ausschuss, *K.N.L.H. v. Peru*, 1153/2003 (2006), para. 6.5 (Abtreibungsverbot trotz erkannter fehlender Überlebensfähigkeit des Kindes und Lebensgefahr für die minderjährige Mutter).

¹³¹ Ausschuss, *Bakhtiyari et al. v. Australia*, 1069/2002 (2004), para. 9.7.

¹³² Ausschuss, *Lalloh v. The Netherlands*, 794/1998 (2002), para. 8.3.

¹³³ Z.B. Ausschuss, *Brough v. Australia*, 1184/2003 (2006), para. 9.2 – 9.4; *Emelysifa Jessop v. New Zealand* 1758/2008 (2011), para. 7.13.; *Damian Thomas v. Jamaica*, 800/1998 (1999), para. 6.6.

¹³⁴ Ausschuss, *Winata et al. v. Australia*, 930/2000 (2001), para. 7.3

¹³⁵ Ausschuss, *Madafferi et al. v. Australia*, 1011/2001, (2004), para. 9.8.

chen, ob eine Wegweisung nach China mit dem Kindeswohl der Tochter einer abgewiesenen Asylsuchenden vereinbar sei.¹³⁶ Diese Verpflichtung zur Prüfung des Kindeswohls ist neuartig und hat – sollte der Ausschuss künftig daran festhalten¹³⁷ – potentiell weitreichende Konsequenzen.

- *Kindsentführungen*: Bisher hat der Ausschuss es abgelehnt, bei der Rückführung entführter Kinder gemäss der Haager Konvention über Kindsentführungen¹³⁸ zu prüfen, ob Art. 24 Pakt II einer konventionskonformen Rückführung entgegenstehen könne.¹³⁹
- *Besuchsrechte*: In einem kanadischen Fall kam der Ausschuss zum Schluss, der völlige Ausschluss jeglicher Kontakte zwischen einer Mutter mit psychischen Problemen und ihrer vierjährigen Tochter verletzte wegen fehlender Verhältnismässigkeit nicht nur das Recht auf Familie (Art. 23 Pakt II), sondern auch Art. 24 Abs. 1 Pakt II.¹⁴⁰

3.11. Politische Rechte und Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 25 Pakt II)

Art. 25 Pakt II berechtigt Staatsbürger, „an der Gestaltung der öffentlichen Angelegenheiten unmittelbar oder durch frei gewählte Vertreter teilzunehmen lit. a), (bei echten, wiederkehrenden, allgemeinen, gleichen und geheimen Wahlen, bei denen die freie Äusserung des Wählerwillens gewährleistet ist, zu wählen und gewählt zu werden (lit. b), und unter allgemeinen Gesichtspunkten der Gleichheit zu öffentlichen Ämtern seines Landes Zugang zu haben (lit. c).“

Praktische Bedeutung für die Schweiz haben lit. b) betreffend Wahlen und lit. c) betreffend Zugang zu öffentlichen Ämtern.

3.11.1. Wahlen

Zu Art. 25 lit. b Pakt II hat die Schweiz folgenden Vorbehalt erklärt: „Die Bestimmungen des kantonalen und kommunalen Rechts, welche vorsehen oder zulassen, dass Wahlen an Versammlungen nicht geheim durchgeführt werden, bleiben vorbehalten.“ Dies betrifft Wahlen an Landsgemeinden¹⁴¹ sowie Gemeindeversammlungen. Da offene Wahlen wohl ohne weiteres den Pakt verletzen, ist nicht davon auszugehen, dass die Schweiz diesen Vorbehalt zurückziehen wird.

In anderen Fällen könnten im Fall einer Ratifikation des Fakultativprotokolls Beschwerden in Wahlangelegenheiten – und nach der Meinung des Ausschusses auch bei Referendumsabstimmungen¹⁴² – geführt werden. Die bisherige Praxis des Ausschusses betrifft Fälle des Ausschlusses von der aktiven oder passiven Wahlberechtigung ohne praktische Bedeutung für die Schweiz.¹⁴³

¹³⁶ Ausschuss, *X.H.L. v. The Netherlands*, 1564/2007 (2011), para. 10.3.

¹³⁷ Die Bedeutung, die der Ausschuss in diesem Fall dem Kindeswohl als Wegweisungsschranke beimass, wurde von vier Ausschussmitgliedern in dissenting opinions kritisiert.

¹³⁸ Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25. Oktober 1980, SR 0.211.230.02.

¹³⁹ Ausschuss, *Laing et al. v. Australia*, 901/1999 (2004), para. 7.3 mit dissenting opinion Prafullachandra Natwarlal Bhagwati/Walter Kälin.

¹⁴⁰ Ausschuss, *Tcholatch et. al. v. Canada*, 1052/2002 (2007), para. 8.8.

¹⁴¹ S. zu diesem Vorbehalt BGE 121 I 138, 145f.

¹⁴² Ausschuss, General Comment No. 25 - Article 25: Participation in public affairs and the right to vote, HRI/GEN/1/Rev.9 [Vol. I], 27 May 2008, S. 220, para. 19: „... Persons entitled to vote must be free to vote for any candidate for election and for or against any proposal submitted to referendum or plebiscite“

¹⁴³ Zu diesen Fällen aus Litauen, Uruguay, Mauritius und Kamerun Möller/de Zayas S. 398 – 401. Jüngste Fälle betreffen v.a. politisch motivierte Ausschlüsse in Weissrussland: Ausschuss, *Sudalenko v. Belarus*, 1354/2005 (2010), paras. 6.2 – 6.7; *Lukyanchik v. Belarus*, 1392/2005 (2009), para. 8.2 – 8.5. Kürzlich entschied der Aus-

3.11.2. Zugang zu öffentlichen Ämtern

Die Garantie auf einen gleichberechtigten Zugang zu öffentlichen Ämtern und zum öffentlichen Dienst innerhalb der Exekutive, Judikative und Legislative gemäss Art. 25 lit. c Pakt II ist potentiell von grosser Bedeutung für die Schweiz: Weil Art. 83 lit. g BGG den Weg vom letztinstanzlichen kantonalen Gericht bzw. dem Bundesverwaltungsgericht an das Bundesgericht gegen „Entscheide auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse, wenn sie eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, nicht aber die Gleichstellung der Geschlechter betreffen“, ausschliesst, ist realistischerweise damit zu rechnen, dass im Fall der Ratifikation des Fakultativprotokolls unterlegene Parteien eine Überprüfung durch den Ausschuss anstreben würden. Unter diese Ausschlussklausel fallen insbesondere Streitigkeiten über die Nichtanstellung oder Entlassung von öffentlich-rechtlichen Angestellten, Beamten und Magistratspersonen.

Gemäss der Praxis des Ausschusses garantiert Art. 25 lit. c keinen individuellen Anspruch, ein bestimmtes Amt oder eine bestimmte Arbeitsstelle zu erhalten, vielmehr hat einzig der Zugang, d.h. die Auswahl der Bewerber und Bewerberinnen, rechtsgleich und insbesondere diskriminierungsfrei zu erfolgen.¹⁴⁴ Dabei sind Bedingungen zulässig, welche – wie etwa Anforderungen an die für die Position notwendige Ausbildung und Erfahrung – sachlich begründet sind.¹⁴⁵ Keine Verletzung der Garantie stellen temporäre positive Massnahmen zugunsten tatsächlich benachteiligter Bevölkerungsgruppen dar.¹⁴⁶ So charakterisierte der Ausschuss eine Quotenregelung, wonach eine elf-köpfige Behörde, welche Vorschläge für die Besetzung von Richterstellen macht, aus mindestens vier Personen jedes Geschlechts zusammengesetzt sein muss, angesichts der in concreto klaren Untervertretung von Frauen im Richterberuf als mit dieser Garantie vereinbar.¹⁴⁷

Die Grundsätze von Art. 25 lit. c Pakt II finden auch auf Entlassungen von Staatspersonal und Amtspersonen, inklusive Richtern und Richterinnen, Anwendung.¹⁴⁸ Zudem verlangt der Ausschuss von den Vertragsparteien, dass die zulässigen Gründe für die Entlassung einer Person im öffentlichen Dienst in abstrakter Manier gesetzlich festgehalten werden.¹⁴⁹

3.12. Diskriminierungsverbot (Art. 26 Pakt II)

Art. 26 Pakt II bestimmt, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind und Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung „insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status“ haben.

Zu Art. 26 hat die Schweiz folgenden Vorbehalt erklärt: „Die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und ihr Anspruch ohne Diskriminierung auf gleichen Schutz durch das Gesetz werden nur in Ver-

schuss, dass der automatische Ausschluss *aller* Strafgefangenen vom Recht zu wählen den Pakt verletze: *Denis Yevdokimov and Artiom Rezanov v. Russian Federation*, 1410/2005 (2011), para. 7.5.

¹⁴⁴ Siehe z.B. Ausschuss, *Hinostroza Solís v. Peru*, 1016/2001 (2006), para. 6.2; *Guillaume Kibale v. Canada*, 1562/2007 (2008), para. 6.4 (fehlende Begründung, warum die Nichtaufnahme in den öffentlichen Dienst diskriminierend sei).

¹⁴⁵ Ausschuss, General Comment No. 25 - Article 25: Participation in public affairs and the right to vote, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 May 2008, S. 217f, para. 4.

¹⁴⁶ Id., para. 23.

¹⁴⁷ Ausschuss, *Jacobs v. Belgium*, 943/2000 (2004), para. 9.3 ff.

¹⁴⁸ Vgl. etwa Ausschuss, *Kall v. Poland*, 552/1993 (1997), para. 13.1 – 13.6 (Polizist); und *Busyo and Others v. Democratic Republic of the Congo*, 933/2000 (2003), para. 5.2 (Richter).

¹⁴⁹ Ausschuss, General Comment No. 25 - Article 25: Participation in public affairs and the right to vote, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 May 2008, S. 219f und 221, paras. 16 und 23.

bindung mit anderen in diesem Pakt enthaltenen Rechten gewährleistet.“ Damit hat die Schweiz die Bedeutung des selbständigen Diskriminierungsverbotes des Paktes auf jene eines akzessorischen Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 14 EMRK reduziert. In dieser Bedeutung sind keine Unterschiede zwischen EMRK und Pakt erkennbar.

Sollte die Schweiz zusammen mit einer allfälligen Ratifikation des Fakultativprotokolls den Vorbehalt zu Art. 26 allerdings zurückziehen und nicht gleichzeitig Protokoll Nr. 12 zur EMRK vom 4. November 2000 mit seinem selbständigen Diskriminierungsverbot ratifizieren, würde dieser Bestimmung voraussichtlich grosse praktische Bedeutung zukommen.

Als selbständiges Diskriminierungsverbot verpflichtet Art. 26 die Staaten, Diskriminierungen auch in jenen Bereichen der Rechtsetzung und Rechtsanwendung zu unterlassen, die nicht in den Schutzbereich einer Paktgarantie fallen. Dies bedeutet, dass über das Diskriminierungsverbot praktisch alle Bereiche staatlichen Handelns einer menschenrechtlichen Kontrolle zugänglich werden, inklusive solcher, die – wie sozialversicherungsrechtliche Fragen oder Fragen im Zusammenhang mit Enteignungen – an sich nicht durch die Rechte von Pakt II, sondern durch wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte geschützt werden, oder überhaupt nicht in den Schutzbereich der Menschenrechte fallen.¹⁵⁰

Die Prüfungsprogramme des Ausschusses zur direkten und zur indirekten Diskriminierung stimmen weitgehend mit jenen des Bundesgerichts¹⁵¹ überein. Direkte Diskriminierung liegt im Fall einer benachteiligenden Ungleichbehandlung vor, die an einem verpönten Merkmal anknüpft und sich nicht mit objektiven und ernsthaften Gründen rechtfertigen lässt.¹⁵² Laut einer Standardformulierung des Menschenrechtsausschusses ist nicht jede Unterscheidung, die an ein verpöntes Merkmal anknüpft, diskriminierend, sondern liegt eine Verletzung des Paktes erst vor, wenn diese sich nicht mit vernünftigen und objektiven Gründen, die ein im Rahmen des Paktes legitimes Ziel verfolgen, rechtfertigen lässt.¹⁵³ Im Kern läuft dies auf eine Prüfung der Frage hinaus, ob die Unterscheidung legitime Ziele verfolgt und verhältnismässig, d.h. geeignet, notwendig und zumutbar ist, um dieses Ziel zu erreichen. Ist dies zu bejahen, erfolgt die Unterscheidung trotz eines gegenteiligen Anscheins in Wirklichkeit nicht wegen eines verpönten Anknüpfungsmerkmals, sondern aus anderen, legitimen Gründen. In Anwendung dieser Grundsätze entwickelte der Ausschuss in den letzten Jahren eine reiche Praxis.¹⁵⁴

- In einem österreichischen Fall entschied der Ausschuss, eine unterschiedliche Behandlung von Ausländerinnen und Ausländern aus der EU und Drittstaaten sei nicht verboten, soweit die Privilegierung eine Folge der Personenfreizügigkeit sei und sich damit rechtfertigen lasse. Eine solche Rechtfertigung dürfe allerdings nicht automatisch angenommen werden, sondern sei in Hinblick auf die konkrete Fragestellung zu prüfen. Weil zwischen der Personenfreizügigkeit und der Frage, wer die Interessen der Arbeitnehmer am besten vertreten könne, keine direkte Beziehung existiere, gäbe es keine genügenden Gründe, bei der Wahl in den Be-

¹⁵⁰ So Ausschuss, *Zwaan-De Vries v. the Netherlands*, 182/1984 (1987) betr. Geschlechterdiskriminierung in der Arbeitslosenversicherung; *Simunek v. the Czech Republic*, 516/1992 (1995), para. 11.6 und viele andere betr. Rückerstattung enteigneter Immobilien in der Tschechischen Republik.

¹⁵¹ Dazu Kiener / Kälin, S. 364-369.

¹⁵² Dazu ausführlich Kälin/Künzli, S. 349 -355 mit Hinweisen.

¹⁵³ Z.B. Ausschuss, *Love et al. v. Australia*, 983/2001 (2003), para. 8.2.

¹⁵⁴ Diese folgende Kasuistik ist weitgehend aus Kälin/Künzli S. 353f übernommen.

triebsrat von Firmen das passive Wahlrecht nur eigenen Staatsangehörigen und solchen aus EU-Staaten zu gewähren, Drittstaatenangehörige aber auszuschliessen.¹⁵⁵

- Der Ausschuss anerkennt, dass ein unterschiedliches Pensionierungsalter an sich eine Diskriminierung auf der Basis des Alters bewirken kann: Art. 26 erwähne zwar dieses Merkmal nicht, es stelle aber einen «sonstigen Status» im Sinne dieser Bestimmung dar. Im Fall von Pilotinnen und Piloten lägen allerdings gewichtige Gründe (v.a. Erwägungen der Flugsicherheit) vor, welche ein früheres Ausscheiden aus dem Beruf rechtfertigen.¹⁵⁶
- Weiter hatte sich der Ausschuss verschiedentlich mit der unterschiedlichen Behandlung von Paaren zu befassen. Er betonte, Konkubinatspaare müssten nicht gleich wie verheiratete Paare behandelt werden, da der Verzicht auf eine Eheschliessung eine freie Wahl der betroffenen Partner darstelle; falls aber ein Staat Partnern im Konkubinatsverhältnis gewisse Rechte (im konkreten Fall: Pensionsansprüche des überlebenden Partners) zugestehe, müsse er diese auch im Fall gleichgeschlechtlicher Paare gewähren, um eine Diskriminierung auf der Basis der sexuellen Orientierung zu vermeiden.¹⁵⁷
- In zwei Fällen stellte der Ausschuss fest, dass Arbeitsentschädigungen für Strafgefangene unterhalb der Minimallöhne für sich keine Diskriminierung darstellen.¹⁵⁸ Keine Diskriminierung erblickte der Ausschuss angesichts relevanter faktischer Unterschiede im Weiteren in der Tatsache, dass in Portugal Croupiers in Kasinos im Gegensatz zu anderen Berufen ihre Trinkgelder versteuern müssen.¹⁵⁹
- In einem deutschen Fall stellte die Verweigerung diplomatischen Schutzes für einen Sudenteutschen nicht automatisch eine Diskriminierung dar.¹⁶⁰
- Schliesslich betonte der Ausschuss, dass jede Kontingentierung des Zugangs zu beschränkten natürlichen Ressourcen in einem gewissen Ausmass die Inhaber dieser Vorrechte bevorteile und andere benachteilige, ohne damit notwendigerweise diskriminierend zu sein. Ein isländisches Kontingentssystem für Fischfang, das den Eigentümern von 1980 unentgeltlich erhaltenen Kontingenten erlaubt, diese zu Marktpreisen an Neueinsteiger zu verkaufen, stelle jedoch eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung basierend auf dem verpönten Unterscheidungsmerkmal des Eigentums dar.¹⁶¹

Eine indirekte Diskriminierung liegt gemäss dem Ausschuss vor, wenn eine “neutral” gefasste Massnahme in ihren tatsächlichen Auswirkungen ausschliesslich oder klar überwiegend eine Personengruppe mit Merkmalen benachteiligt, welche die Diskriminierungsverbote als verpönt einstufen, und sich diese Benachteiligungen nicht mit objektiven und ernsthaften Gründen rechtfertigen lassen.¹⁶²

¹⁵⁵ Ausschuss, *Karakurt v. Austria*, 965/2000 (2002), para. 8.4: “(...) no general rule can be drawn therefrom to the effect that such an agreement in itself constitutes a sufficient ground with regard to the requirements of article 26 of the Covenant. Rather, it is necessary to judge every case on its own facts.”

¹⁵⁶ Ausschuss, *Love et al. v. Australia*, 983/2001 (2003), Ziff. 8.2 ff.

¹⁵⁷ Ausschuss, *Young v. Australia*, 941/2000 (2003), para. 10.4, und *X. v. Colombia*, 1361/2005 (2007), para. 7.2.

¹⁵⁸ Ausschuss, *Radosevic v. Germany*, 1292/2004 [2005], para. 7.2; *Novotny v. Czech Republic*, 1778/2008 (2010), para. 6.3.

¹⁵⁹ Ausschuss, *Gonçalves et al. v. Portugal*, 1565/2007 (2010), paras. 7.2 – 7.5.

¹⁶⁰ Ausschuss, *Herbert Schmidl v. Germany*, 1516/2006 (2007), para. 6.2.

¹⁶¹ Ausschuss, *Haraldson v. Iceland*, 1307/2004 (2007), para. 12.4.

¹⁶² Ausschuss, *Althammer et al. v. Austria*, 998/2001 (2003), para. 10.2; *Prince v. South Africa*, 1474/2006 (2007), para. 7.5 (Bestrafung wegen Cannabis-Konsum stellt auch im Fall von Anhängern der Rastafari Religion keine Diskriminierung dar).

3.13. Rechte der Angehörigen von Minderheiten (Art. 27 Pakt II)

Gemäss Art. 27 Pakt II darf Angehörigen von „Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.“

Diese Bestimmung hat in erster Linie Bedeutung im Zusammenhang mit indigenen Völkern erhalten.¹⁶³ Darüber hinaus ist die Praxis im Individualbeschwerdeverfahren spärlich¹⁶⁴ und die konkrete Bedeutung der Bestimmung für die Schweiz ist schwierig abzuschätzen.¹⁶⁵ Es darf jedoch angenommen werden, dass der Ausschuss Fahrende, deren traditionelle Lebensweise durch behördliche Massnahmen eingeschränkt wird, im Fall einer Beschwerde vom Ausschuss als Minderheit im Sinn von Art. 27 Pakt II einstufen würde.¹⁶⁶ Offen bleibt, ob sich Angehörige eingewanderter Gruppen auf Art. 27 Pakt II berufen können. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 23 zum Schutz der Minderheiten von 1994¹⁶⁷ legt dies nahe, in der Praxis des Ausschusses zu Individualbeschwerden und im Staatenberichtsverfahren findet diese Auffassung jedoch keinen Widerhall.¹⁶⁸

Unklar ist, wieweit sich Sprachgruppen in der Schweiz auf Art. 27 berufen könnten. Im Fall englischsprachiger Kanadier im französischsprachigen Quebec entschied der Ausschuss, sie seien keine Minderheit weil sie in Kanada insgesamt die Mehrheit bilden.¹⁶⁹ Dies würde bedeuten, dass Angehörige der französischen, italienischen und rätoromanischen Sprachgruppen dem Schutz dieser Bestimmungen unterstehen würden. In diesem Sinn hat MALINVERNI die Frage aufgeworfen, ob sich eine harte Anwendung des sprachlichen Territorialitätsprinzips mit dem Pakt noch vereinbaren lasse,¹⁷⁰ wie der Ausschuss in einem Individualbeschwerdeverfahren entscheiden würde, lässt sich aber kaum voraussagen.

4. Bestimmungen von Pakt II mit äquivalenten EMRK-Garantien

4.1. Recht auf Leben (Art. 6 Pakt II)

Gemäss Art. 6 Abs. 1 Pakt II hat jeder Mensch „ein angeborenes Recht auf Leben. Dieses Recht ist gesetzlich zu schützen. Niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden.“ Absätze 2 bis 6 regeln die Todesstrafe.

Die weitaus meisten Fälle des Ausschusses zum Recht auf Leben betreffen die Todesstrafe, politische Morde und willkürliche Tötungen in Staaten mit autoritären Regimes und Fälle von Verschwindenlassen, sind also für die Schweiz nicht relevant. Für unser Land allenfalls von Bedeutung sind folgende Bereiche:

¹⁶³ Dazu ausführlich Möller/de Zayas, S. 443 – 452; Joseph/Schultz/Castan, 757 – 768, 772 – 788.

¹⁶⁴ Im Staatenberichtsverfahren wurden der Schweiz bisher nie Empfehlungen im Zusammenhang mit Art. 27 Pakt II gemacht.

¹⁶⁵ Siehe zu dieser Frage Malinverni, S. 233ff.

¹⁶⁶ So Malinverni, S. 244.

¹⁶⁷ Ausschuss, General Comment No. 23 – Art. 27: Rights of Minorities, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 May 2008, S. 208, para. 5.2

¹⁶⁸ Ausländerrechtliche Probleme werden in der Regel unter Art. 26 Pakt II behandelt.

¹⁶⁹ Ausschuss, *Ballantyne et al. v. Canada*, 359/1989 and 385/1989 (1993), para. 11.2.

¹⁷⁰ Malinverni, S. 247.

- *Verbot unverhältnismässigen Gewalteinsatzes mit Todesfolgen durch die Polizei:* Im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 EMRK zählt der Pakt die Fälle zulässiger Tötungen durch den Staat nicht auf, sondern toleriert in allgemeinerer Art Tötungen, die nicht „willkürlich“ sind. Während der Ausschuss diesen Begriff soweit ersichtlich nie allgemein definiert hat, lässt sich aus der Praxis des Ausschusses ableiten, dass ausserhalb des Kampfes im bewaffneten Konflikt Gewaltanwendung staatlicher Sicherheitskräfte mit Todesfolge nur dann keine Verletzung des Rechts auf Leben darstellt, wenn sie legitimen Zielen dient und zur Erreichung eines zulässigen Ziels notwendig ist,¹⁷¹ wobei an diese Elemente angesichts der besonderen Bedeutung des Schutzgutes Leben sehr hohe Anforderungen zu stellen sind. Als legitime Gründe hat der Ausschuss die Selbstverteidigung, die Verteidigung des Lebens anderer sowie die Festnahme oder die Verhinderung des Ausbruchs von Häftlingen genannt.¹⁷² Bezüglich des Schusswaffengebrauchs durch die Polizei hat der Ausschuss in einem Fall betont, dass eine willkürliche Tötung auch dann verboten ist, wenn sie nicht gegen innerstaatliche Gesetzgebung verstösst, weil in diesem Fall das Gesetz nicht, wie von Abs. 1 ausdrücklich verlangt, das Recht auf Leben angemessen schützt.¹⁷³ Daraus lässt sich ableiten, dass der Schusswaffengebrauch der Polizei eine gesetzliche Grundlage braucht, die inhaltlich den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 Pakt II entspricht.¹⁷⁴ Dies entspricht grundsätzlich den Anforderungen gemäss Art. 2 EMRK, wonach laut EGMR „[d]er Schusswaffengebrauch [...] durch rechtliche oder verwaltungsmässige Vorschriften angemessen geregelt sein“ muss.¹⁷⁵ Allerdings ist unklar, ob der Ausschuss eine formell-gesetzliche Grundlage verlangen würde, falls eine solche in einem konkreten Fall fehlen und die Schweiz sich auf die polizeiliche Generalklausel berufen würde.
- *Verbot der Auslieferung bei drohender Todesstrafe:* Seit dem Entscheid *Kindler v. Canada* gilt, dass Staaten, die wie die Schweiz die Todesstrafe für sich abgeschafft haben, Personen nicht in Staaten ausliefern dürfen, in welchen ihnen die Todesstrafe droht. Dies gilt auch, falls der ersuchende Staat die Todesstrafe paktkonform, d.h. in Einklang mit Art. 6 Abs. 2 bis 5 Pakt II verhängt und vollzieht, da jeder Staat das Recht auf Leben in jenem Umfang schützen muss, in welchem es in seiner eigenen Rechtsordnung gilt.¹⁷⁶ Diese Praxis stimmt mit der neueren Rechtsprechung des EGMR überein.¹⁷⁷
- *Verbot der Ausschaffung in einen Staat bei drohender Tötung:* Der Anspruch auf Schutz des Lebens umfasst auch das Recht, nicht in einen Staat ausgeschafft zu werden, in welchem eine echte Gefahr besteht, getötet zu werden.¹⁷⁸ Auch der EGMR verbietet Ausschaffungen in sol-

¹⁷¹ Ausschuss, *Suárez de Guerrero v. Colombia*, 45/1979 (1982), para. 13.2 und 13.3. Zu diesem Fall Nowak, S. 129, Rz. 15.

¹⁷² *Id.*, para. 13.2.

¹⁷³ *Id.* Para. 13.3.

¹⁷⁴ Dazu bereits Achermann/Caroni/Kälin, S. 163 – 165.

¹⁷⁵ So Meyer-Ladewig, S. 62, Rz. 46.

¹⁷⁶ Ausschuss, *Judge v. Canada*, 829/1998 (2003), paras. 10.3 – 10.6.

¹⁷⁷ Meyer-Ladewig, S. 53, Rz 19 (“Nach Inkrafttreten der Prt. 6 und 13 ist die Überstellung bei drohender Todesstrafe generell verboten”) mit zahlreichen Hinweisen auf Praxis seit 2005 (z.B. EGMR, *Case of Al-Shari and others v. Italy*, 57/03, Urteil vom 5. Juli 2005).

¹⁷⁸ Z.B. Ausschuss, *Jama Warsame v. Canada*, 1959/2010 (2011), para. 8.3; *Ernest Sigman Pillai et al. v. Canada*, 1763/2008 (2011), para. 10.3.

chen Fällen (allerdings unter dem Gesichtspunkt von Art. 3 EMRK),¹⁷⁹ untersucht aber sehr viel sorgfältiger als der Ausschuss, ob eine solche Gefahr im konkreten Fall vorliegt.¹⁸⁰

- *Untersuchungspflichten bei Todesfällen:* Gemäss gefestigter Praxis des Ausschusses und des EGMR muss bei Todesfällen in Haft von Amtes wegen eine Untersuchung und bei allfälligem Verhalten von Behörden eine Strafverfolgung durchgeführt werden, wobei hier eine Umkehr der Beweislast gilt, d.h. der Staat nachweisen muss, dass seine Organe nicht für den Todesfall verantwortlich sind.¹⁸¹ Eine Verletzung des Rechts auf Leben kann auch vorliegen, wo der Staat es unterlässt, bei durch Verletzungen der ärztlichen Sorgfaltspflicht verursachten Todesfällen in einer staatlichen Klinik rechtzeitig eine adäquate Untersuchung durchzuführen.¹⁸² Auch diese Praxis entspricht jener des EGMR.¹⁸³

4.2. Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung (Art. 7 Pakt II)

Gemäss Art. 7 Pakt II darf niemand „der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.“ Gemäss Satz 2 der gleichen Bestimmung „darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden.“

Während zu Satz 2 keine Praxis des Ausschusses besteht, hat das Verbot der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe in der Praxis des Ausschusses grosse Bedeutung erlangt. Angesichts der Tatsache, dass auch viele Staaten ohne oder mit bloss schwachen rechtsstaatlichen Strukturen den Pakt ratifiziert haben, stehen Fälle klassischer Folter und das Zufügen von Leiden im Zusammenhang mit der Todesstrafe im Vordergrund der Rechtsprechung.¹⁸⁴ Diese Rechtsprechung unterscheidet sich in der Sache nicht in erkennbarer Weise von jener des EGMR.¹⁸⁵ Dogmatisch bestehen aber zwei bemerkenswerte Unterschiede:

- Während der EGMR jeweils versucht, zwischen erniedrigender bzw. unmenschlicher Behandlung oder Strafe und Folter zu unterscheiden, wobei Folter die ernsthafteste Form von Misshandlung darstellt,¹⁸⁶ weigert sich der Ausschuss angesichts der Tatsache, dass das Verbot von Art. 7 Pakt II absolut gilt und damit eine Unterscheidung zwischen schweren und weniger ernsthafte Verletzung keinen Sinn macht, zwischen diesen drei Formen von Misshandlungen zu unterscheiden.¹⁸⁷ Dies erklärt, warum der Ausschuss zum Begriff der „grausamen“ Be-

¹⁷⁹ Z.B. EGMR, *Case of Sufi and Elmi v. United Kingdom*, 8319/07 and 11449/07, Urteil vom 28. Juni 2011, paras. 284 und 250.

¹⁸⁰ Vgl. z.B. die detaillierten Darlegungen und vielen Verweise des EGMR in id., paras. 241 – 250 mit der kursorischen Begründung in *Jama Warsame v. Canada*, 1959/2010 (2011), para. 8.3; *Ernest Sigman Pillai et al. v. Canada*, 1763/2008 (2011), para. 10.3.

¹⁸¹ Z.B. Ausschuss, *Telitsina v. Russian Federation*, 888/1999 (2004), paras. 7.5 und 7.6. EGMR, *Case of Anguelova v. Bulgaria*, 38361/97, Urteil vom 13. Juni 2002, paras. 110 – 111.

¹⁸² Ausschuss, *Novakovic v. Serbia*, 1556/2007 (2010), paras. 7.2 – 7.3.

¹⁸³ Z.B. EGMR (Grand Chamber), *Case of Šilih v. Slovenia*, 71463/01, Urteil vom 9. April 2009, paras. 192 – 211.

¹⁸⁴ Dazu ausführlich Möller/de Zayas, S. 165 – 175; Joseph/Schultz/Castan, S. 213 – 216, 223 – 230.

¹⁸⁵ Siehe die Beschreibung der Praxis der beiden Organe bei Kälin/Künzli, S. 325 – 328.

¹⁸⁶ Leading case für diese sog. Stufentheorie ist EGMR, *Ireland v. United Kingdom*, A/25 (1978), Urteil vom 18. Januar 1978, para. 167.

¹⁸⁷ In diesem Sinn z.B. Ausschuss, *Njaru v. Cameroon*, 1353/2005 (2007), para. 6.1. Siehe dazu Walter Kälin, *Filling the Gaps – Contributions by the Human Rights Committee to the Fight against Torture*, in: Walter Kälin/Robert Kolb/Christoph Spénlé/Maurice D. Voyame (eds.), *International Law, Conflict and Development*, Liber amicorum Joseph Voyame, Leiden/Boston 2010, S. 177-179.

handlung, der in der EMRK nicht zu finden ist, keine besondere Rechtsprechung entwickelt hat.

- Wie bereits erwähnt (oben Ziff. 3.3) subsumiert der EGMR unmenschliche Haftbedingungen unter die Begriffe der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gemäss Art. 3 EMRK, während der Ausschuss sie als Problem von Art. 10 Pakt II behandelt.

Für die Schweiz relevant ist die reiche Rechtsprechung des Ausschusses zum Verbot der Auslieferung und Wegweisung bzw. Ausschaffung in Staaten, in welchen der betroffenen Person Folter oder unmenschliche und erniedrigende Behandlung oder Strafe droht, auch wenn nicht absehbar ist, ob im Falle einer Ratifikation des Fakultativprotokolls Beschwerdeführer sich eher an den Menschenrechtsausschuss statt wie heute auf der Basis von Art. 3 Folterkonvention¹⁸⁸ an den Ausschuss gegen die Folter wenden würden.

In konstanter Praxis betont der Ausschuss, dass Art. 7 Pakt II verletzt wird, falls eine Auslieferung oder Aus- bzw. Wegweisung eine Person im Zielstaat nichtwiedergutzumachendem Schaden im Sinne von Folter oder unmenschlicher und erniedrigender Behandlung aussetzen würde. Die Auslieferungs-, Ausweisungs- und Wegweisungsschranke von Art. 7 greift, wenn substantielle Gründe für die Annahme bestehen, dass ein echtes Risiko nichtwiedergutzumachenden Schadens existiert.¹⁸⁹ Diese Voraussetzungen wurden im Fall einer drohenden Abschiebung nach Puntland in Somalia mit dem Argument bejaht, der Betroffene habe dort keine Familie und keinen Klan-Schutz, riskiere von Piraten oder islamistischen Milizen rekrutiert zu werden und sei zudem den Risiken der allgemeinen Gewalt-situation in Somalia ausgesetzt.¹⁹⁰ In einem anderen Fall bejahte der Ausschuss eine Verletzung, weil die Behörden es unterlassen hatten, zu prüfen, ob eine erwiesene posttraumatische Belastungsstörung ihren Grund in der behaupteten Folterung vor der Ausreise aus dem Zielland hatte, obwohl dort Folter immer noch systematisch ist.¹⁹¹ Der Ausschuss anerkennt im Weiteren, dass Genitalverstümmelung bei Mädchen und Frauen unter den Begriff der unmenschlichen Behandlung gemäss Art. 7 Pakt II fällt. Diese Bestimmung schützte deshalb ein 15-jähriges Mädchen vor der Rückschiebung in ein afrikanisches Land, in welchem diese Praxis sehr verbreitet ist, weil sich in der Familie mit Ausnahme der Mutter niemand dagegen wandte und deshalb zu befürchten war, dass diese nicht in der Lage sein werde, ihre Tochter zu schützen.¹⁹² Insgesamt folgt diese Praxis jener des EGMR, der den gleichen Massstab verwendet,¹⁹³ auch wenn jeder Fall anders gelagert ist und direkte Vergleiche deshalb kaum möglich sind. Allerdings fällt auf, dass der Ausschuss oft ohne vertiefte Prüfung zum Schluss kommt, es bestehe ein relevantes Risiko bzw. ein solches fehle.

Diplomatische Zusicherungen des Zielstaates, er werde die beschwerdeführende Person im Fall der Auslieferung oder Ausschaffung nicht foltern, können eine solche Massnahme rechtmässig machen, obwohl im Zielstaat Folter häufig oder gar systematisch ist. Ähnlich wie der EGMR prüft der Aus-

¹⁸⁸ Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, SR 0.105.

¹⁸⁹ General Comment No. 31, the Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, 29 March 2004, para. 12 umschreibt dies mit: „substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm“. Gleich Ausschuss, *Jama Warsame v. Canada*, 1959/2010 (2011), para. 8.3 und viele andere.

¹⁹⁰ Ausschuss, *Jama Warsame v. Canada*, 1959/2010 (2011), para. 8.3.

¹⁹¹ Ausschuss, *Ernest Sigman Pillai et al. v. Canada*, 1763/2008 (2011), para. 11.4.

¹⁹² Ausschuss, *Kaba v. Canada*, 1465/2006 (2011), paras. 10.1 – 10.2.

¹⁹³ Statt vieler, EGMR, *Chahal v. United Kingdom*, 22414/93, Urteil vom 15. November 1996, para. 74.

schuss, ob solche Zusicherungen im konkreten Fall ausreichende Garantien (z.B. Überwachungsmöglichkeiten) dafür bieten, dass nicht gefoltert wird.¹⁹⁴

4.3. Verbot der Sklaverei und Zwangsarbeit (Art. 8 Pakt II)

Art. 8 Pakt II verbietet nicht nur jede Form der Sklaverei und der Leibeigenschaft sondern gemäss Abs. 3 auch Zwangs- oder Pflichtarbeit. Zu letzteren gehören gemäss Abs. 3 lit. a – c nicht strafrechtliche Verurteilungen zu Arbeitsleistungen, Arbeiten, die üblicherweise im Strafvollzug zu leisten sind, Militär- und Zivildienst, Dienstleistungen im Fall von Katastrophen und Arbeiten oder Dienstleistungen, die zu den normalen Bürgerpflichten gehören.

Viele an den Ausschuss gerichtete Beschwerden wurden für unzulässig erklärt, weil es um Arten obligatorischer Arbeit ging, die klar zu einer dieser Ausnahmen gehören.¹⁹⁵ Von Interesse ist ein australischer Fall, wonach die Verpflichtung, unter Androhung einer Kürzung der Arbeitslosengelder an einem auf die Integration in den Arbeitsmarkt ausgerichteten Beschäftigungsprogramm teilzunehmen, keine Zwangsarbeit darstellt.¹⁹⁶ In einem deutschen Fall hielt der Ausschuss fest, dass Arbeitsleistungen im Strafvollzug auf Resozialisierung ausgerichtet sind und deshalb kein Anspruch auf eine bestimmte Entlohnung besteht, d.h. auch bei einem Entgelt unterhalb der Minimallöhne keine Verletzung von Art. 8 vorliegt.¹⁹⁷

4.4. Recht auf Freiheit und Sicherheit (Art. 9 Pakt II)

Art. 9 Pakt II regelt in weitgehender Übereinstimmung mit Art. 5 EMRK die Garantien im Zusammenhang mit Freiheitsentzug, inklusive die Ansprüche auf Information über die Gründe der Festnahme, auf unverzügliche hafrichterliche Überprüfung des Freiheitsentzugs, auf jederzeitige und unverzügliche richterliche Überprüfung der Rechtmässigkeit anderer Arten von Freiheitsentzug, und auf Haftentschädigung im Fall unrechtmässiger Inhaftierung. In zwei Punkten unterscheidet sich Art. 9 Pakt II von Art. 5 EMRK:

- Wie die EMRK garantiert der Pakt in Satz 1 von Art. 9 Abs. 1 das „Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit.“¹⁹⁸ In beiden Konventionen meint der Begriff „Freiheit“ Schutz vor Freiheitsentzug durch Verhaftung und Inhaftierung. Während der EGMR dem Begriff „Sicherheit“ keine selbständige Bedeutung zuschreibt und ihn – wenn überhaupt – im Zusammenhang mit Freiheitsentzug verwendet,¹⁹⁹ versteht der Ausschuss das Recht auf Sicherheit als eigenständige Garantie im Sinne eines Anspruchs sowohl auf Schutz gegen Verschwindenlassen in Fällen, in welchen eine staatliche Beteiligung nicht nachweisbar ist,²⁰⁰ als auch auf Schutz vor Todes- und anderen Drohungen, Verschleppung, Tötung und anderen Gewaltakten z.B. durch

¹⁹⁴ Ausschuss, *Alzery v. Sweden*, 1416/2005 (2006), paras. 11.3 – 11.5; EGMR, *Case of Saadi v. Italy*, 37201/06, Urteil vom 28. February 2008, paras. 147 - 148.

¹⁹⁵ Beispielsweise Ausschuss, *Järvinen v. Finland*, 295/1988 (1990) (Zivildienst für Dienstverweigerer); *I.S. v. Belarus*, 1994/2010 (2011) betr. der Verpflichtung, entweder die Kosten einer staatlichen Ausbildung zurückzahlen oder zwei Jahre für den Staat zu arbeiten.

¹⁹⁶ Ausschuss, *Faure v. Australia*, 1036/2001 (2006), para. 7.5.

¹⁹⁷ Ausschuss, *Marijan Radosevic v. Germany*, 1292/2004 (2005), para. 7.3.

¹⁹⁸ Art. 5 Abs. 1 EMRK spricht nur von „Freiheit“, nicht „persönlicher Freiheit“.

¹⁹⁹ Meyer-Ladewig, S. 91, Rz 5 und S. 95, Rz 21 (mit Hinweis).

²⁰⁰ Z.B. Ausschuss, *Tshishimbi v. Zaire*, 542/1993 (1996), para. 5.4.

paramilitärische Gruppen oder Kriminelle oder einzelne Beamte.²⁰¹ In diesem Punkt geht der Schutz des Paktes über jenen der EMRK hinaus,²⁰² die praktische Bedeutung dieses Anspruchs dürfte für die Schweiz aber begrenzt sein.²⁰³

- Anders als Art. 5 Abs. 1 lit. a – f EMRK mit seiner abschliessenden Liste zulässiger Haftgründe erlaubt Art. 9 Abs. 1 Pakt II alle Motive für Freiheitsentzug, die nicht „willkürlich“ sind. Der Ausschuss hat zwar den Begriff nie definiert, aber dennoch klar gemacht, dass Freiheitsentzug nicht nur rechtmässig, d.h. in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht, erfolgen muss, sondern darüber hinaus den Kriterien der Vernunft, Gerechtigkeit und Verhältnismässigkeit zu entsprechen hat.²⁰⁴ Dies stimmt weitgehend mit dem Erfordernis des EGMR überein, wonach ein nach innerstaatlichem Recht an sich erlaubter und im Lichte der Haftgründe der EMRK zulässiger Freiheitsentzug zusätzlich notwendig sein muss²⁰⁵ bzw. nicht missbräuchlich und willkürlich sein darf.²⁰⁶

Aus der Praxis des Ausschusses zu Art. 9 sind in Hinblick auf die Schweiz folgende Fälle erwähnenswert:

- *Ausländerrechtliche Haft*: Willkürlich im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Pakt II ist im Bereich ausländerrechtlicher Haft ein Freiheitsentzug, der länger dauert als nötig. Der Ausschuss hat in Anwendung dieses Grundsatzes wiederholt entschieden, die automatische Inhaftierung von Asylsuchenden in Australien bis zur Asylgewährung oder – im Fall eines negativen Entscheides – bis zur Ausschaffung gehe über das notwendige Mass hinaus und sei deshalb paktwidrig.²⁰⁷ Demgegenüber ist es zulässig, einen Asylsuchenden, der unterzutauchen versuchte, solange in Haft zu nehmen, bis klar wird, dass er nicht ausgeschafft werden kann.²⁰⁸ Auch der EGMR betont in konstanter Rechtsprechung, dass ausländerrechtliche Haft nicht länger dau-

²⁰¹ Beispielsweise Ausschuss, *Lalith Rajapakse v. Sri Lanka*, 1250/2004 (2006), para. 9.7 (Drohung eines Polizeibeamten nach Einreichung einer gegen ihn gerichteten Beschwerde); *Jayawardena v. Sri Lanka*, 916/2000 (2002), paras. 7.2 – 7.3 (Todesdrohungen und Weigerung der Polizei, sie zu untersuchen).

²⁰² So auch Möller/de Zayas, S. 183.

²⁰³ Denkbar sind Fälle, in welchen die Polizei in Fällen von schweren Drohungen (z.B. im Kontext häuslicher Gewalt) nicht ermittelt oder sonst Schutz gewährt.

²⁰⁴ Z.B. Ausschuss, *Marques de Morais v. Angola*, 1128/2002 (2005), para. 5.1 : « ... the notion of "arbitrariness" is not to be equated with 'against the law, but must be interpreted more broadly to include elements of inappropriateness, injustice, lack of predictability and due process of law. This means that remand in custody must not only be lawful but reasonable and necessary in all the circumstances ...' ».

²⁰⁵ Dazu Meyer-Ladewig, S. 94f, Rz 19.

²⁰⁶ *Id.*, S. 94, Rz 13 – 18. Siehe z.B. EGMR, *Case of A. and Others v. the United Kingdom*, 3455/05, Urteil vom 19. Februar 2009, para.164: „Compliance with national law is not, however, sufficient: Article 5 § 1 requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of protecting the individual from arbitrariness. It is a fundamental principle that no detention which is arbitrary can be compatible with Article 5 § 1 and the notion of "arbitrariness" in Article 5 § 1 extends beyond lack of conformity with national law, so that a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention (Saadi v. the United Kingdom, cited above, § 67). To avoid being branded as arbitrary, detention under Article 5 § 1(f) must be carried out in good faith; it must be closely connected to the ground of detention relied on by the Government; the place and conditions of detention should be appropriate; and the length of the detention should not exceed that reasonably required for the purpose pursued (see, mutatis mutandis, Saadi v. the United Kingdom, cited above, § 74).”

²⁰⁷ Beispielsweise Ausschuss, *A. v. Australia*, 560/1993 (1997), para. 9.2–9.4; *C. v. Australia*, 900/1999 (2002), para. 8.2; *Baban v. Australia*, 1014/2001 (2003), para. 7.2.

²⁰⁸ Ausschuss, *Jalloh v. the Netherlands*, 794/1998 (2002), para. 8.2.

ern darf als Wegweisungsverfahren und Versuche, den Ausländer auszuschaffen, beförderlich betrieben werden müssen.²⁰⁹

Der Anspruch auf jederzeitige richterliche Überprüfung ohne Verzug gemäss Art. 9 Abs. 4 Pakt II ist verletzt, wenn das Gericht erst am 8. Tag angerufen werden kann, um eine ausländerrechtliche Inhaftierung überprüfen zu lassen.²¹⁰

- *Recht auf unverzügliche Mitteilung der Gründe für den Freiheitsentzug*: „Unverzüglich“ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Pakt II bedeutet nicht notwendigerweise sofort, sondern meint ohne Verzug, d.h. ohne unentschuldbare Verzögerung. Der Menschenrechtsausschuss erkannte auf eine Verletzung des Anspruchs in Fällen, wo der Beschuldigte erst sieben²¹¹ oder mehr²¹² Tage nach seiner Verhaftung über den Tatvorwurf informiert wurde, verneinte eine solche aber im Falle eines Ausländers, der spät abends nach der Entdeckung von Drogen verhaftet wurde, die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen aber erst erfuhr, als am nächsten Morgen ein Übersetzer verfügbar wurde.²¹³ Auch der EGMR akzeptiert eine Information erst einige Stunden nach der Verhaftung.²¹⁴
- *Verwahrung*: Der Ausschuss hat verschiedene Entscheide zur Verwahrung gefährlicher Straftäter gefällt. In einem neuseeländischen Fall entschied der Ausschuss, die Verwahrung von Straftätern über die Periode der verhängten unbedingten Strafe hinaus sei nur zulässig, wenn es dafür zwingende Gründe gäbe und wenn diese Gründe periodisch von einer unabhängigen Instanz überprüft würden. Er fand eine Verletzung von Art. 9 Abs. 4 Pakt, weil im konkreten Fall das Strafmass 7 1/2 Jahre betrug, eine erste Überprüfung der auf unbeschränkte Zeit angeordneten Verwahrung aber erst nach zehn Jahren, d.h. 30 Monate nach Ablauf der eigentlichen Strafdauer möglich war.²¹⁵ Erst recht paktwidrig wäre damit eine Verwahrung ohne irgendeine Möglichkeit zur periodischen Überprüfung der Verwahrungsgründe. In zwei australischen Fällen betonte der Ausschuss, die Verwahrung müsse im Zeitpunkt der strafrechtlichen Verurteilung vorgesehen werden und könne nicht erst nachträglich angeordnet werden, wenn die Freiheitsstrafe verbüsst sei.²¹⁶ In ähnlicher Weise anerkennt der EGMR, dass Anspruch auf periodische Überprüfung der Gründe für den Freiheitsentzug hat, wer wegen Aggressivität, Gefährlichkeit und anderen psychischen Gründen langfristig oder für unbeschränkte Zeit zwangsweise eingesperrt bleibt.²¹⁷
- *Fürsorgerischer Freiheitsentzug*: Fürsorgerischer Freiheitsentzug fällt (analog zu Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK) in den Schutzbereich von Art. 9 Pakt II. In einem polnischen Fall verpasste die Beschwerdeführerin die Frist für die Anfechtung der zwangsweisen Einweisung in eine psychiatrische Klinik. Der Ausschuss kam zum Schluss, Art. 9 Abs. 4 sei verletzt, weil sie angesichts ih-

²⁰⁹ So schon EGMR, *Chahal v. United Kingdom*, 22414/93, Urteil vom 15. November 1996, para. 113: “The Court recalls, however, that any deprivation of liberty under Article 5 para. 1 (f) will be justified only for as long as deportation proceedings are in progress. If such proceedings are not prosecuted with due diligence, the detention will cease to be permissible under Article 5 para. 1 (f).”

²¹⁰ Ausschuss, *M.I. Torres v. Finland*, 291/1988 (1990), para. 7.2.

²¹¹ Ausschuss, *Grant v. Jamaica*, 597/1994 (1996), para. 8.1.

²¹² Z.B. Ausschuss, *Kelly v. Jamaica*, 253/1987 (1991), para. 5.8 (26 Tage nach der Verhaftung).

²¹³ Ausschuss, *Griffin v. Spain*, 493/92 (1995), para. 9.2.

²¹⁴ EGMR, *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, A/182 (1990), Urteil vom 30. August 1990, paras. 41–43.

²¹⁵ Ausschuss, *Rameka et al. v. New Zealand*, 1090/2002 (2003), para. 7.3.

²¹⁶ Ausschuss, *Fardon v. Australia*, 1629/2007 (2010), para. 7.4; *Tillman v. Australia*, 1635/2007(2010), para. 7.4.

²¹⁷ Z.B. EGMR, *Rutten v. the Netherlands*, 32605/96, judgment of 24 July 2001, para. 50; *X. v. United Kingdom*, A/46 (1981), para. 52, *Homann v Germany*, 12788/04, decision of 9 May 2007.

res Gesundheitszustandes unfähig gewesen sei, die Einweisung rechtzeitig selbständig anzufechten, und ihr dafür keinerlei Hilfe (Beratung, unentgeltliche Rechtsvertretung) angeboten wurde.²¹⁸

4.5. Garantien im Ausweisungsverfahren (Art. 13 Pakt II)

Gemäss Art. 13 Pakt II hat „[e]in Ausländer, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhält,“ das Recht, „nur auf Grund einer rechtmässig ergangenen Entscheidung“ ausgewiesen zu werden „und es ist ihm, sofern nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit entgegenstehen, Gelegenheit zu geben, die gegen seine Ausweisung sprechenden Gründe vorzubringen und diese Entscheidung durch die zuständige Behörde oder durch eine oder mehrere von dieser Behörde besonders bestimmte Personen nachprüfen und sich dabei vertreten zu lassen.“ Diese Bestimmung deckt sich inhaltlich mit Art. 1 des von der Schweiz ratifizierten 7. Zusatzprotokolls zur EMRK.²¹⁹

Der Ausschuss hielt die meisten Beschwerden, die ihm bisher unterbreitet wurden, für unzulässig oder entschied, dass keine Verletzung vorlag.²²⁰ In einem kanadischen Fall kam der Ausschuss zum Schluss, Artikel 13 sei verletzt, weil der Beschwerdeführer, der nach Iran abgeschoben werden sollte, im Verfahren keine volle Akteneinsicht hatte und auf nationaler Ebene in den zulässigen Beschwerdegünden beschränkt war.²²¹ Wie bereits erwähnt (oben Ziff. 2.7.1) hat der Ausschuss im weiteren betont, dass Staaten bei der Beurteilung, ob in einem Ausweisungsfall Überlegungen der nationalen Sicherheit vorlägen, welche eine Beschneidung der Verfahrensrechte der Betroffenen rechtfertigen, ein weites Ermessen besitzen.²²²

4.6. Verfahrensgarantien (Art. 14 Pakt II)

Art. 14 Abs. 1 Pakt II bestimmt: „Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird.“ Abs. 2 – 7 regeln im Detail die Rechte von Personen im Strafverfahren. Mit Ausnahme des ersten Satzes von Abs. 1 und Abs. 4, wonach „[g]egen Jugendliche [...] das Verfahren in einer Weise zu führen [ist], die ihrem Alter entspricht und ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaft fördert“, stimmt der Inhalt dieser Bestimmung mit jenem von Art. 6 und Art. 2 und 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK²²³ überein.

Im Allgemeinen stimmt die überaus reiche Rechtsprechung des Ausschusses²²⁴ mit der kaum mehr überblickbaren Praxis des EGMR zu Art. 6 EMRK und Art. 2 – 4 des 7. Zusatzprotokolls überein.²²⁵ Es

²¹⁸ Ausschuss, *Bozena Fijalkowska v. Poland*, 1061/2002 (2005), paras. 8.2 – 8.5.

²¹⁹ Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984, SR 0.101.07.

²²⁰ Siehe den Überblick bei Möller/de Zayas, S. 239 – 243.

²²¹ Ausschuss, *Ahani v. Canada*, 1051/2002 (2004), paras. 10.5 – 10.8. Verletzungen fand der Ausschuss auch in Fällen, in welchen Personen mit rechtmässigem Aufenthalt formlos ausländischen Behörden übergeben wurden (Ausschuss, *Pierre Giry v. The Dominican Republic*, 193/1985 [1990], para. 5.5; *Edgar Cañón García v. Ecuador*, 319/1988 [1992], para. 4.1).

²²² Ausschuss, *Alzery v. Sweden*, 1416/2005 (2006), para. 11.10.

²²³ Art. 14 Abs. 5 - 7 Pakt zum Anspruch auf Überprüfung eines Strafurteils durch eine höhere Gerichtsinstanz, zur Entschädigungspflicht im Fall eines Fehlurteils und zum Grundsatz „ne bis in idem“ haben in Art. 6 EMRK keine Entsprechung, sind aber in Art. 2 – 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK vom 22. November 1984 (SR 0.101.07) verankert worden.

²²⁴ General Comment No. 32- Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007 und Möller/de Zayas, S. 245 – 319 geben einen guten und aktuellen Überblick.

existieren allerdings vier wichtige Divergenzen, von denen vor allem die erste für die Schweiz bedeutsam ist:

- Aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Pakt II („Alle Menschen sind vor Gericht gleich“) hat der Ausschuss in einem österreichischen Fall abgeleitet, dass der Anspruch von Satz 2 auf Behandlung einer Streitsache „durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise“ und in öffentlicher Verhandlung, über Fälle strafrechtlicher Anklagen oder zivilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen hinaus überall dort gelten muss, wo ein Staat den Rechtsweg an ein Gericht geöffnet hat, obwohl er dazu aus Art. 14 nicht verpflichtet ist. Dies bedeutet, dass in rein verwaltungsrechtlichen Materien (in concreto: disziplinarische Entlassung eines Beamten) Art. 14 zwar keinen Anspruch darauf schafft, an ein Gericht zu gelangen, dass aber dort, wo ein solcher Zugang besteht, der gleiche Anspruch wie in straf- und zivilrechtlichen Verfahren auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Legalität des Gerichts und auf ein faires und öffentliches Verfahren besteht.²²⁶ Gleichzeitig hat der Ausschuss anerkannt, dass in einem Verwaltungsverfahren auf ein öffentliches Verfahren verzichtet werden kann und Verzicht anzunehmen ist, wenn eine öffentliche Verhandlung nicht ausdrücklich verlangt wird.²²⁷ Im Weiteren erstreckt sich die Geltung der Verfahrensgarantien von Art. 14 Abs. 1 Pakt II z.B. auch auf die gerichtliche Beurteilung von Auslieferungsgesuchen, obwohl es sich dabei nicht um Fälle strafrechtlicher Anklagen handelt.²²⁸ Weil in der Schweiz heute wegen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV fast ausnahmslos ein Gericht Rechtsstreitigkeiten entscheidet, könnten unterlegene Parteien im Fall einer Ratifikation des Fakultativprotokolls praktisch alle Entscheide ungeachtet der Rechtsmaterie vor dem Ausschuss wegen Verletzung der Verfahrensgarantien von Art. 14 Abs. 1 kritisieren.
- Zum Recht, sich selbst zu verteidigen (Art. 14 Abs. 3 lit. d Pakt II), hat der Ausschuss entschieden, dass es unzulässig sei, automatisch und ungeachtet der Person und der Schwere der Straftat dem Angeschuldigten einen Anwalt zuzuordnen.²²⁹ Im gleichen Fall²³⁰ hatte der EGMR vorher entschieden, die portugiesische Regelung, dass alle Angeklagten, d.h. auch der

²²⁵ Der Autor dieser Studie war Berichterstatter des Menschenrechtsausschusses für den General Comment No. 32 - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23. August 2007 und hatte im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten jeweils abgeklärt, ob Divergenzen der Rechtsprechung des Ausschusses zu jener des EGMR bestanden.

²²⁶ Ausschuss, *Perterer v. Austria*, 1015/2001 (2004), para. 9.2: „In the present case, the State party has conceded that the trial senate of the Disciplinary Commission was a tribunal within the meaning of article 14, paragraph 1, of the Covenant. While the decision on a disciplinary dismissal does not need to be determined by a court or tribunal, the Committee considers that whenever, as in the present case, a judicial body is entrusted with the task of deciding on the imposition of disciplinary measures, it must respect the guarantee of equality of all persons before the courts and tribunals as enshrined in article 14, paragraph 1, and the principles of impartiality, fairness and equality of arms implicit in this guarantee.“

²²⁷ Id., para. 9.3.

²²⁸ Ausschuss, *Ronald Everett v. Spain*, 961/2000 (2004), para. 6.4: „...in cases where, as in the current one, the judiciary is involved in deciding about extradition, it must respect the principles of impartiality, fairness and equality, as enshrined in article 14, paragraph 1, and also reflected in article 13 of the Covenant. Nevertheless, the Committee considers that even when decided by a court the consideration of an extradition request does not amount to the determination of a criminal charge in the meaning of article 14. Consequently, those of the author's claims that relate to specific provisions in paragraphs 2 and 3 of article 14, are incompatible *ratione materiae* with the provisions in question ...“

²²⁹ Ausschuss, *Correia de Matos v. Portugal*, 1123/2002 (2006), para. 7.4 – 7.5.

²³⁰ Zur Möglichkeit des „Weiterzugs“ eines Falles von „Strassburg“ nach „Genf“ oben Ziff. 2.4.1.

selber als Anwalt tätige Beschwerdeführer, sich in allen strafrechtlichen Verfahren obligatorisch verbeiständen lassen müssen, sei mit der EMRK vereinbar.²³¹

- Zu Art. 14 Abs. 4 betreffend strafrechtlichen Verfahren gegen Jugendliche – eine Bestimmung, die in der EMRK fehlt – gibt es keinen einzigen Beschwerdefall. Die Allgemeine Bemerkung Nr. 32 gibt einige allgemeine Hinweise.²³² Praktisch relevanter als diese Bestimmung dürfte Art. 40 Kinderrechtskonvention²³³ sein.
- Art. 2 Abs. 2 des 7. Fakultativprotokolls zur EMRK sieht vor, dass Ausnahmen vom Recht auf ein Rechtsmittel gegen ein Strafurteil „für Straftaten geringfügiger Art, wie sie durch Gesetz näher bestimmt sind, oder in Fällen möglich [sind], in denen das Verfahren gegen eine Person in erster Instanz vor dem obersten Gericht stattgefunden hat oder in denen eine Person nach einem gegen ihren Freispruch eingelegten Rechtsmittel verurteilt worden ist.“ Zu diesen drei Ausnahmen lässt sich in Hinblick auf den Pakt, dessen Art. 14 Abs. 5 das Recht auf eine Überprüfung einer Verurteilung ausnahmslos gewährt, Folgendes festhalten: (1) Zum Fall der geringfügigen Straftaten hatte sich der Ausschuss im Individualbeschwerdeverfahren bisher nie zu äussern,²³⁴ in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 32 hat er aber betont, dass die Garantie nicht bloss für die schwersten Verbrechen gelte.²³⁵ (2) Der Ausschuss akzeptiert bei Fehlen eines entsprechenden Vorbehalts den Ausschluss eines Rechtsmittels in Fällen, in denen das Verfahren gegen eine Person in erster Instanz vor dem obersten Gericht stattgefunden hat, nicht.²³⁶ (3) Der Ausschuss verlangt bei Fehlen eines entsprechenden Vorbehalts, dass in Fällen einer Verurteilung erst durch die letzte Instanz nach Freispruch durch untere Instanzen eine Beschwerdemöglichkeit gewährt werden muss,²³⁷ was praktisch bedeutet, dass diese Instanz einen Freispruch aufheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückweisen muss.

4.7. Verbot rückwirkender Strafen (Art. 15 Pakt II)

Gemäss Art. 15 Pakt II darf „[n]iemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder nach internationalem Recht nicht strafbar war“; dabei liegt im Fall von Völkerrechtsverbrechen keine Rückwirkung vor, falls diese innerstaatlich erst später unter Strafe gestellt werden. Mildere Strafen müssen gemäss dieser Garantie rückwirkend Anwendung finden.

Der Ausschuss hat betont, dass sich aus dieser Bestimmung kein allgemeines, alle Rechtsgebiete erfassendes Verbot rückwirkender Gesetzgebung ableiten lässt.²³⁸ Vom Verbot ebenfalls nicht erfasst sind nachträgliche verfahrensrechtliche Änderungen, insbesondere im Bereich des Beweisrechts, sofern diese nicht faktisch negative Auswirkungen auf die Tatbestandselemente eines Deliktes haben.²³⁹ Andererseits verlangt der Ausschuss über den Wortlaut der Bestimmung hinaus, dass Strafnor-

²³¹ EGMR, *Correia de Matos c. Portugal*, 48188/99, Urteil vom 15. November 2001.

²³² General Comment No. 32 - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, paras. 42 – 44.

²³³ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

²³⁴ So Möller/de Zayas, S. 309.

²³⁵ Ausschuss, General Comment No. 32 - Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial, CCPR/C/GC/32, 23 August 2007, para. 45.

²³⁶ Id., para. 47 und Ausschuss, *Terrón v Spain*, 1073/2002 (2004), para. 7.4.

²³⁷ Ausschuss, *Gomariz Valera v. Spain*, 1095/2002 (2005), para. 7.1.

²³⁸ Ausschuss, *I.S. v. Belarus*, 1994/2010 (2011), para. 4.4.

²³⁹ Ausschuss, *Nicholas v. Australia*, No. 1080/2002 (2004), paras. 7.4 – 7.7.

men, die inzwischen aufgehoben wurden, nicht mehr Anwendung finden dürfen, auch wenn sie im Zeitpunkt der Tat noch in Kraft standen.²⁴⁰

Der Rechtsprechung zu Art. 7 EMRK²⁴¹ ist nichts zu entnehmen, was im Widerspruch zur Praxis des Ausschusses stehen würde, auch wenn sich der EGMR – soweit ersichtlich - bisher nie zum Fall der nachträglichen Aufhebung einer Strafnorm geäussert hat. Insbesondere hat der Gerichtshof 2009 trotz Fehlens eines entsprechenden Hinweises im Text von Art. 7 EMRK in einer Praxisänderung entschieden, dass Strafmilderungen rückwirkend Anwendung finden müssen.²⁴²

4.8. Schutz des Privat- und Familienlebens (Art. 17 Pakt II)

Gemäss Art. 17 Abs. 1 Pakt II darf niemand „willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.“ Laut Abs. 2 haben alle Menschen „Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe.“ Diese Bestimmung, welche weitgehend mit Art. 8 EMRK übereinstimmt, muss bezüglich des Privatlebens und Familienschutzes im Zusammenhang mit Art. 23 Pakt II gelesen werden, welcher der Familie einen „Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat“ garantiert und das Recht auf Ehe sowie das Verbot von Zwangsheiraten verankert.

Während es zum Anspruch auf Schutz der Wohnung soweit ersichtlich keine Fälle gibt, und zum Anspruch auf Schutz der Ehre und des Rufes nur zweimal eine Verletzung festgestellt wurde,²⁴³ ist die Praxis zu den beiden übrigen Teilansprüchen reich.

4.8.1. Schutz des Privatlebens und des Schriftverkehrs

Zum Schutz auf Privatleben erklärte der Ausschuss in Übereinstimmung mit der Praxis des EGMR,²⁴⁴ dass Telefonüberwachung in den Schutzbereich dieser Garantie fällt.²⁴⁵ Gleiches gilt – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 - für die Überwachung des Briefverkehrs von Gefangenen.²⁴⁶

Erfasst vom Schutz des Privatlebens werden gleichgeschlechtliche Beziehungen. Die Bestrafung einvernehmlichen Geschlechtsverkehrs zwischen Erwachsenen lässt sich nicht mit öffentlichen Interessen rechtfertigen, weshalb ein entsprechendes Gesetz Art. 17 Abs. 1 Pakt II verletzt.²⁴⁷ Dies gilt auch gemäss der Praxis des EGMR.²⁴⁸ Demgegenüber verletzt das Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen diese

²⁴⁰ Ausschuss, *Cochet v. France*, 1760/2008 (2010), para. 7.3.

²⁴¹ Hierzu Meyer-Ladewig, S. 186 – 190; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, S. 331 – 339.

²⁴² EGMR, *Scoppola v. Italy*, 10249/03, Urteil vom 19. September 2009, paras. 103 – 109.

²⁴³ Ausschuss, *Birindwa and Tschisekedi v. Zaire*, 241 and 142/1987 (1990), para. 12.7 and 13(b). Der Fall betraf einen Oppositionsführer, der vom Mobutu-Regime in einer Medienkampagne als geisteskrank gebrandmarkt wurde, obwohl medizinische Zeugnisse seine Gesundheit belegten.

Die Verpflichtung zu einer psychiatrischen Begutachtung einer Frau, welche regelmässig Klage gegen nahe Verwandte führte, stufte der Ausschuss als Missachtung von Ehre und Ruf in Verletzung von Art. 17 in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 ein, weil der Entscheid ohne vorgängige Anhörung erging: Ausschuss, *M.G. v. Germany*, 1482/2006 (2008), para. 10.2.

²⁴⁴ Meyer-Ladewig, S. 202, Rz 33 mit Hinweisen.

²⁴⁵ Ausschuss, *Van Hulst v. The Netherlands*, 903/2000 (2004), para. 7.3. Der Ausschuss kam zum Schluss, die Überwachung sei gesetzesgemäss und verhältnismässig gewesen (paras. 7.4 – 7.11).

²⁴⁶ Z.B. Ausschuss, *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, 74/1980 (1983), para. 9.2.

²⁴⁷ Ausschuss, *Toonen v. Australia*, 488/1992 (1994), paras. 8.1 – 8.6.

²⁴⁸ Meyer-Ladewig, S. 197f, Rz 19 mit Hinweisen.

Bestimmung nicht.²⁴⁹ Zu Problemen im Zusammenhang mit Transsexualität konnte sich der Ausschuss im Individualbeschwerdeverfahren bisher nicht äussern.

In einem peruanischen Fall betonte der Ausschuss, dass die Weigerung, dem medizinisch indizierten Abtreibungswunsch einer Minderjährigen Folge zu leisten, u.a. auch Art. 17 Pakt II verletzt.²⁵⁰

Der Anspruch auf Schutz des Privatlebens erfasst schliesslich das Namensrecht. In einem holländischen Fall anerkannte der Ausschuss, dass aus dem Recht auf Schutz des Privatlebens ein Anspruch auf Wahl und Wechsel des Namens als wesentlichem Identitätsmerkmal fliesst und das Verbot der Annahme hinduistischer Namen für zwei Holländer, die sich zu hinduistischen Priestern ausbilden liessen, nicht auf ernsthaften Gründen beruhte.²⁵¹ Hier geht der Schutz des Paktes weiter als jener der EMRK: Der EGMR hat zwar anerkannt, dass Art. 8 EMRK den Namen schützt und ein diskriminierendes Namenrecht verbietet,²⁵² ein Recht auf Wechsel des Namens besteht aber nach der immer noch geltenden Rechtsprechung nicht.²⁵³ Den Zwang, einen Namen an die Schreibweise der Landessprache anzupassen, stufte der Ausschuss als Verletzung von Art. 17 ein.²⁵⁴ Die fehlende Möglichkeit für einen verheirateten Mann, den Namen der Gattin anzunehmen, stufte der Ausschuss als Verletzung des Diskriminierungsverbotes ein, weshalb er auf eine Prüfung von Art. 17 verzichtete.²⁵⁵

4.8.2. Schutz des Familienlebens

Die meisten Fälle unter Art. 17 Pakt II betreffen den Schutz des Familienlebens. Der Begriff der Familie ist dabei auch im Lichte von Art. 23 zu bestimmen wobei der Ausschuss - wie der EGMR²⁵⁶ - von einem weiten Familienbegriff ausgeht, welcher auch die Beziehung zwischen einem Elternteil und einem nicht bei ihm lebenden Kind abdeckt; allerdings muss ein Mindestmass an sozialen oder ökonomischen Beziehungen vorhanden sein, um als Familie gelten zu können.²⁵⁷

Für die Schweiz stehen drei relevante Konstellationen im Vordergrund:

- *Kontakt zwischen Familienmitgliedern / Besuchsrechte*: Gemäss dem Ausschuss schützt Art. 17 Pakt II das Recht der Eltern auf regelmässigen Kontakt mit ihren Kindern.²⁵⁸ Dieses Recht beinhaltet nicht nur eine Unterlassungs-, sondern gemäss Abs. 2 auch eine Schutzpflicht. Diese wurde in einem Fall verletzt, in welchem die Gerichte gegen die Weigerung der Mutter, dem Vater den gerichtlich erlaubten Kontakt mit dem gemeinsamen Sohn zu ermöglichen, nicht genügend wirksame Massnahmen ergriffen.²⁵⁹

²⁴⁹ Ausschuss, *Joslin et al. v. New Zealand*, 902/1999 (2002), para. 8.3. Vgl. dazu auch hinten Ziff. 4.11.

²⁵⁰ Ausschuss, *K.N.L.H. v. Peru*, 1153/2003 (2006), para. 6.4. Ähnlich *L.M.R. v. Argentina*, 1608/2007 (2011), para. 9.3.

²⁵¹ Ausschuss, *A.R. Coeriel and M.A.R. Aurik v. The Netherlands*, 453/1991(1994), paras. 10.2 – 10.5

²⁵² EGMR, *Burghartz c. Suisse*, Série A/ 280 (1994).

²⁵³ EGMR, *Stjerna v. Finland*, 18131/91, Urteil vom 25. November 1994, paras.38 – 39.

²⁵⁴ Ausschuss, *Leonid Raihman (also known as Leonids Raihmans) v. Latvia*, 1621/2007 (2011), para. 6.2.

²⁵⁵ Ausschuss, *Michael Andreas Müller and Imke Engelhard v. Namibia*, 919/2000 (2002), para. 6.8 – 6.9.

²⁵⁶ Hierzu Meyer-Ladewig, S, 207ff, Rz 49 – 51 mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis.

²⁵⁷ Ausschuss, *Balaguer Santacán v. Spain*, 417/1990 (1994), para. 10.2: "The Committee begins by noting that the term "family" must be understood broadly; it reaffirms that the concept refers not solely to the family home during marriage or cohabitation, but also to the relations in general between parents and child [Footnote: See Views on communication No. 201/1985 (Hendriks v. The Netherlands), adopted on 27 July 1988, paragraph 10.3.]. Some minimal requirements for the existence of a family are however necessary, such as life together, economic ties, a regular and intense relationship, etc."

²⁵⁸ Ausschuss, *L.P. v. The Czech Republic*, 946/2000 (2002), para. 7.3.

²⁵⁹ *Id.*, para. 7.4.

- *Aus- und Wegweisungsfälle*: Gemäss dem Ausschuss stellt der Entscheid, einen Familienvater mit kleinen Kindern zu deportieren, einen Eingriff in Art. 17 dar, wenn der Rest der Familie entscheiden muss, ob sie ihm folgen oder eine Trennung in Kauf nehmen will. In solchen und ähnlichen Fällen von Familientrennung ist zwischen dem öffentlichen Interesse am Vollzug der Aus- und Wegweisung und dem Ausmass der Härte für die Familie abzuwägen.²⁶⁰ Eine Verletzung liegt erst vor, wenn der Eingriff „willkürlich“, d.h. nicht auf ernsthaften Gründen beruht oder unverhältnismässig ist.²⁶¹ In diesem Sinn wird Artikel 17 nicht verletzt, wenn es der Familie möglich und zumutbar ist, sich in einem Drittstaat zu vereinigen.²⁶² Andererseits nahm der Ausschuss wegen Unverhältnismässigkeit eine Verletzung im Fall eines jungen Haitianers an, der nur in Kanada Verwandte hatte, über keinerlei Beziehungen zu seinem Heimatland verfügte, und nur einmalig wegen Raub verurteilt worden war.²⁶³ Insgesamt bewegt sich diese Rechtsprechung in den gleichen Bahnen wie jene des EGMR zu Art. 8 EMRK,²⁶⁴ und markante Unterschiede sind nicht erkennbar.

4.9. Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18 Pakt II)

Gemäss Art. 18 Abs. 1 Pakt II hat jedermann „das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit“ und das Recht, seinen Glauben auszuüben. Absatz 2 garantiert die negative Religionsfreiheit und Absatz 4 das religiöse Erziehungsrecht der Kinder. Absatz 3 erlaubt gesetzlich vorgesehene Einschränkungen, „die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer erforderlich sind.“²⁶⁵

Verschiedene Entscheide des Ausschusses betreffen das für die Schweiz wenig relevante Problem der Registrierung von religiösen Gruppen als Vereine oder nicht-staatliche Organisationen, wo der Ausschuss betont, diese könne nicht verweigert werden, es sei denn, dies sei zum Schutz öffentlicher Interessen notwendig.²⁶⁶ Keine praktische Relevanz für die Schweiz hat auch die Praxis, wonach die automatische Bestrafung für Dienstverweigerung aus Gewissensgründen ohne Zivildienstalternative mit Art. 18 Pakt II nicht vereinbar sei²⁶⁷ – eine Rechtsprechung, die bis vor kurzem²⁶⁸ über jene des EGMR hinausging.

Demgegenüber könnten zwei Themenbereiche für die Schweiz von Bedeutung werden, falls sie das Fakultativprotokoll ratifizieren würde:

- *Religiös motivierte Kleidung*: Dies ist ein Bereich, in welchem sich die „Strassburger“ und die „Genfer“ Praxis markant voneinander unterscheiden. Während der EGMR basierend auf sei-

²⁶⁰ Ausschuss, *Byahuranga v. Denmark*, 1222/2003 (2004), paras. 11.6 – 11.7; *Madafferi v. Australia*, 1011/2001 (2004), para. 9.8.

²⁶¹ Ausschuss, *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), paras. 11.4 – 11.5.

²⁶² Ausschuss, *Nakrash et al. v. Sweden*, 1540/2007 (2008), para. 7.4. Siehe auch *Fernandes et al. v. The Netherlands*, 1513/2006 (2008), para. 6.3.

²⁶³ Ausschuss, *Dauphin v. Canada*, 1792/2008 (2009), paras. 8.3 - 8.4

²⁶⁴ Dazu Meyer-Ladewig, S. 212 – 214 mit zahlreichen Hinweisen.

²⁶⁵ Für ein Anwendungsbeispiel für Art. 18 Abs. 3 Pakt II siehe Ausschuss, *Prince v. South Africa*, 1474/2006 (2007), para. 7.3, wonach überwiegende öffentliche Interessen es rechtfertigen, auch im Fall von Anhängern der Rastafari Religion Cannabis-Konsum zu bestrafen.

²⁶⁶ Ausschuss, *Joseph et al. v. Sri Lanka*, 1249/2004 (2006), (2005) para. 7.2 – 7.3; *Malakhovsky et al. v. Belarus*, (2005), 1207/2003 7.2 – 7.6.

²⁶⁷ Ausschuss, *Myung-Jin Choi and Yeo-Bum Yoon v. Republic of Korea*, 1321-1322/2004 (2006), paras. 8.2 – 8.4. Bestätigt in *Min-Kyu Jeong et al. v. Republic of Korea*, 1642-1741/2007 (2011), paras. 7.2 – 7.4.

²⁶⁸ EGMR (Grand Chamber), *Case of Bayatyan v. Armenia*, 23459/03, Urteil vom 7. Juli 2011, paras. 98 – 128.

ner „margin of appreciation“-Doktrin (dazu vorne Ziff. 2.7) den Staaten grosse Freiheit beim Entscheid lässt, religiös motivierte Kleidung zu verbieten, prüft der Ausschuss genau, ob solche Verbote zum Schutz öffentlicher Interessen wirklich notwendig sind. In diesem Sinn hat er bejaht, dass von einem Sikh verlangt werden könne, zum Schutz von Arbeitsunfällen als Bahnarbeiter anstelle seines Turbans einen Helm zu verlangen,²⁶⁹ aber festgehalten, dass Usbekistan keine ernsthaften Gründe nachweisen konnte, warum der Ausschluss einer Studentin von der islamischen theologischen Fakultät wegen Tragens eines Kopftuches gerechtfertigt war.²⁷⁰ Besonders interessant ist der Fall eines Sikh, der von den französischen Behörden gezwungen wurde, sich für den Führerausweis ohne Turban fotografieren zu lassen, was der Ausschuss als Verletzung von Art. 18 Abs. 1 Pakt II einstuft.²⁷¹ Der Ausschuss kam zum Schluss, es sei nicht ersichtlich, warum eine Fotografie mit einer Kopfbekleidung, welche das Gesicht nicht verdecke und zudem immer getragen werde, die Identifizierung des Trägers erschwere oder die Gefahr der Fälschung offizieller Dokumente erhöhe.²⁷² Der EGMR hat demgegenüber entschieden, die Pflicht, sich für offizielle Ausweise ohne Kopfbedeckung fotografieren zu lassen, berühre die Religionsfreiheit nicht und sei ein Entscheid im Beurteilungsspielraum der Staaten.²⁷³ Der markante Unterschied zwischen EGMR und Ausschuss in dieser Frage lässt sich wohl mit der universellen Zusammensetzung des Paktorgans erklären, die hier relevant ist, weil ausserhalb Kontinentaleuropas das Tragen religiöser Kleidung kaum in einer Region als Problem gesehen wird.

- *Religionskunde*: In einem finnischen Fall zum religiösen Erziehungsrecht der Eltern (Art. 18 Abs. 4 Pakt II) hielt der Ausschuss es für unbedenklich, dass Kinder, die nicht einen kirchlichen Religionsunterricht besuchen, obligatorisch eine von der Schule angebotene Religionskunde besuchen müssen, solange diese neutral, objektiv und mit Respekt für die Überzeugung nichtgläubiger Eltern ausgestaltet ist.²⁷⁴ Diese Voraussetzung war in einem späteren norwegischen Fall nicht gegeben, wo die Religionskunde so ausgestaltet war, dass auch nichtchristliche Schüler christliche Gebete und Lieder lernen mussten und die Hürden für

²⁶⁹ Ausschuss, *Bhinder v. Canada*, 208/1986 (1989), para. 6.2.

²⁷⁰ Ausschuss, *Hudoyberganova v. Uzbekistan*, 931/2000 (2004), para. 6.2.

²⁷¹ Ausschuss, *Singh v. France*, 1876/2009 (2011), paras. 8.2 – 8.4.

²⁷² Id., para. 8.4: „...The Committee recognizes the State party’s need to ensure and verify, for the purposes of public safety and order, that the person appearing in the photograph on a residence permit is in fact the rightful holder of that document. It observes, however, that the State party has not explained why the wearing of a Sikh turban covering the top of the head and a portion of the forehead but leaving the rest of the face clearly visible would make it more difficult to identify the author than if he were to appear bareheaded, since he wears his turban at all times. Nor has the State party explained how, specifically, identity photographs in which people appear bareheaded help to avert the risk of fraud or falsification of residence permits. ...“

²⁷³ EGMR, Décision partielle sur la recevabilité de la requête no 9907/02 présentée par Emine Araç contre la Turquie, 19 septembre 2006, Ziff. 1 : « ... D’une part, rien ne donne à penser que l’obligation imposée à la requérante de présenter une photo d’identité sur laquelle elle apparaît la tête nue constitue une entrave à une quelconque forme habituelle de manifestation de sa religion. D’autre part, une photo d’identité constitue un simple moyen d’identification. Par ailleurs, dans sa jurisprudence constante relative à l’article 9 de la Convention et à la première phrase de l’article 2 du Protocole no 1, la Cour a toujours dit que les modalités de la mise en œuvre de telles réglementations entrent dans la marge d’appréciation de l’État défendeur ... ».

²⁷⁴ Ausschuss, *Hartikainen v. Finland*, 40/1978 (1981), para. 10.4

Dispensationen sehr hoch und wenig praktikabel waren.²⁷⁵ Der EGMR kam im Fall der norwegischen Religionskunde drei Jahre später zum gleichen Resultat wie der Ausschuss.²⁷⁶

4.10. Ideelle Freiheitsrechte

Art. 19 Pakt II schützt die Meinungs- und Meinungsäusserungsfreiheit, Art. 21 die Versammlungsfreiheit und Art. 22 die Vereinigungsfreiheit.

4.10.1. Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 19 Pakt II)

Die zahlreichen Fälle des Ausschusses zur Meinungsäusserungsfreiheit befassen sich fast ausschliesslich mit politischer Repression in autoritären Staaten wie Weissrussland, Usbekistan, Sri Lanka oder Zaire bzw. Massnahmen gegen Aktivitäten, die von Süd-Korea als unzulässige Unterstützung von Nord-Korea eingestuft werden, oder Beschwerden wurden, soweit sie sich gegen demokratische Rechtsstaaten wandten, ohne weiteres für unzulässig erklärt. Für die Schweiz relevant²⁷⁷ sind nur wenige Fälle:

Keinen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit sah der Ausschuss im Entscheid, dem Beschwerdeführer für eine Pressekonferenz keinen Raum im Parlamentsgebäude zur Verfügung zu stellen, da ihm nicht verboten wurde, diese anderswo zu halten.²⁷⁸ Die disziplinarische Versetzung eines kanadischen Lehrers, der ausserhalb der Schule regelmässig vor der negativen Rolle der Juden für das Christentum warnte und damit zu einer anti-jüdischen Stimmung unter den Schülern beitrug, stellte angesichts der beeinträchtigten öffentlichen Interessen und der Verhältnismässigkeit der Massnahme keine Verletzung dar.²⁷⁹ Ebenfalls keine Verletzung der Religionsfreiheit ist – wie auch der EGMR entschieden hat²⁸⁰ – die Bestrafung notorischer Holocaust-Leugner.²⁸¹

Besonders interessant ist ein kanadischer Fall zur Sprachenfreiheit, welche der Ausschuss unter die Meinungsäusserungsfreiheit subsumiert. Danach wurde diese Freiheit eines englischsprachigen Geschäftsmanns, der sich mit seiner Geschäftstätigkeit v.a. an ein englischsprachiges Publikum richtete, durch eine Regelung in Quebec verletzt, welche nur französischsprachige Reklametafeln erlaubte. Der Ausschuss verneinte die Verhältnismässigkeit des Verbots und betonte, es gäbe mildere Mittel für den Schutz legitimer Interessen der französischsprachigen Minderheit in Kanada wie beispielsweise der Pflicht, in solchen Fällen beide Sprachen zu benutzen.²⁸²

²⁷⁵ Ausschuss, *Leirvåg et al. v. Norway*, 1155/2003 (2004), paras. 14.2. – 14.7.

²⁷⁶ EGMR (Grand Chamber), *Case of Folgerø and Others v. Norway*, 15472/02, Urteil vom 29. Juni 2007, paras. 85 – 102. Das Urteil stützt sich ebenfalls auf das religiöse Erziehungsrecht der Eltern, das in der EMRK allerdings nicht in Art. 9, sondern in Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 20. März 1952 verankert ist.

²⁷⁷ Keine Rolle für die Schweiz spielt die Praxis zu Beschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit im Rahmen der angelsächsischen „contempt of court“-Doktrin. Siehe dazu Ausschuss, *Lovell v. Australia*, 920/2000 (2003), para. 9.4.

²⁷⁸ Ausschuss, *Ernst Zündel v. Canada*, 953/2000 (2003), para. 8.5.

²⁷⁹ Ausschuss, *Ross v. Canada*, 736/1997 (2000), paras. 11.1 – 11.6.

²⁸⁰ EGMR, *Décision contre la recevabilité de la requête no 65831/01 présentée par Roger Garaudy contre la France*, 24 juin 2003.

²⁸¹ Ausschuss, *Faurisson v. France*, 550/1993 (1996), paras. 9.4 – 9.7

²⁸² Ausschuss, *Ballantyne et al. v. Canada*, 359/1989 and 385/1989 (1993), paras. 11.3 – 11.4. Malinverni, S. 247 hat angesichts dieses Entscheids die Frage aufgeworfen, ob sich eine harte Anwendung des sprachlichen Territorialitätsprinzips in der Schweiz sich mit dem Pakt noch vereinbaren lasse.

4.10.2. Versammlungsfreiheit (Art. 21 Pakt II)

Art. 21 Pakt II ist zusammen mit Art. 19 betroffen, wo Demonstrationen und politischen Versammlungen verboten werden. Die Praxis des Ausschusses zu dieser Bestimmung ist spärlich.

Die vorhandenen drei Entscheide des Ausschusses befassen sich mit der Frage, was eine „Versammlung im Sinn von Art. 21 ist. In einem finnischen Fall kam der Ausschuss 1994 zum Schluss, eine Gruppe von 26 Personen, die bei einem Staatsempfang, zu welchem sich eine grössere Menschenmenge versammelt hatte, Flugblätter verteilten und ein Banner hochhielten, könne nicht wegen Missachtung der gesetzlichen Pflicht zur Voranmeldung von „Demonstrationen“ bestraft werden, weil es sich dabei nicht um eine Demonstration im Sinn des Gesetzes gehandelt habe, weshalb die Versammlungsfreiheit verletzt sei.²⁸³ Kürzlich bejahte er (m.E. zu Recht) eine Verletzung von Art. 21, weil eine Gruppe von drei Personen für das Verteilen einer registrierten Zeitung auf öffentlichem Grund wegen Verletzung der Demonstrationsgesetzgebung ohne erkennbare öffentliche Interessen bestraft wurde.²⁸⁴ In einem australischen Fall befand der Ausschuss, für eine Versammlung brauche es mehr als eine Person, weshalb ein öffentlicher Protest einer Einzelperson nicht in den Schutzbereich dieser Bestimmung falle, sondern nur von der Meinungsäusserungsfreiheit erfasst werde.²⁸⁵

4.10.3. Vereinigungsfreiheit (Art. 22 Pakt II)

Die meisten Fälle des Ausschusses zur Vereinigungsfreiheit betreffen repressive Massnahmen gegen politische Organisationen in Weissrussland und Korea²⁸⁶ und sind ohne Relevanz für die Schweiz.

Interessant ist demgegenüber die Aussage des Ausschusses in einem österreichischen Fall, dass die Zwangsmitgliedschaft in einer auf Gesetz beruhenden öffentlich-rechtlichen Vereinigung – konkret: in einer Handelskammer – vom Geltungsbereich der Vereinigungsfreiheit nicht erfasst sei, ausser wenn diese gegründet worden sei, um das Verbot der Zwangsmitgliedschaft in privaten Vereinigungen zu umgehen.²⁸⁷ Dass die Vereinigungsfreiheit öffentlich-rechtliche Vereinigungen nicht erfasst, wird auch vom EGMR vertreten.²⁸⁸

In einem älteren Entscheid kam der Ausschuss zum Schluss, dass sich aus dem Recht „Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten“ (Art. 22 Abs. 1, zweite Satzhälfte Pakt II), kein Recht auf Streik

²⁸³ Ausschuss, *Auli Kivenmaa v. Finland*, 412/1990 (1994), para. 9.2 “The Committee finds that a requirement to notify the police of an intended demonstration in a public place six hours before its commencement may be compatible with the permitted limitations laid down in article 21 of the Covenant. In the circumstances of this specific case, it is evident from the information provided by the parties that the gathering of several individuals at the site of the welcoming ceremonies for a foreign head of State on an official visit, publicly announced in advance by the State party authorities, cannot be regarded as a demonstration. Insofar as the State party contends that displaying a banner turns their presence into a demonstration, the Committee notes that any restrictions upon the right to assemble must fall within the limitation provisions of article 21. A requirement to pre-notify a demonstration would normally be for reasons of national security or public safety, public order, the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others. Consequently, the application of Finnish legislation on demonstrations to such a gathering cannot be considered as an application of a restriction permitted by article 21 of the Covenant.”

²⁸⁴ Ausschuss, *Zalenskaya v. Belarus*, 1604/2007 (2011), para. 10.6. Der Ausschuss entscheidet, Art. 21 sei verletzt worden, weil keine öffentlichen Interessen für die Beschränkung der Versammlungsfreiheit erkennbar waren.

²⁸⁵ Ausschuss, *Coleman v. Australia*, 1157/2003 (2006), para. 6.4.

²⁸⁶ Statt vieler Ausschuss, *Katsora et al. v. Belarus*, 1383/2005 (2010) und *Jeong-Eun Lee v. Republic of Korea*, 1119/2002 (2005).

²⁸⁷ Ausschuss, *Josef Wallmann et al. v. Austria*, 1002/2001 (2004), paras. 9.2 – 9.5. Eine Umgehungsabsicht wurde im konkreten Fall verneint und die Beschwerde in diesem Punkt abgewiesen.

²⁸⁸ Meyer-Ladewig, S. 259, Rz 13.

ableiten lasse.²⁸⁹ Der EGMR anerkennt demgegenüber seit 2009 eine entsprechende Garantie als Teilgehalt von Art. 11 EMRK.²⁹⁰ Es muss offen bleiben, ob der Ausschuss an seiner früheren Praxis festhalten würde, bekäme er heute Gelegenheit, sich erneut zur Frage zu äussern.

4.11. Recht auf Ehe (Art. 23 Abs. 2 - 4 Pakt II)

Art. 23 Pakt verankert das Recht von Mann und Frau, eine Ehe zu schliessen (Abs. 2), schützt vor Zwangsehen (Abs. 3) und verankert den Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau in der Ehe (Abs. 4). Die äquivalenten Garantien der EMRK finden sich in Art. 12 EMRK und Art. 5 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK.

Während der EGMR neuerdings betont, eine Ehe müsse nicht notwendigerweise zwischen Mann und Frau geschlossen werden, allerdings ohne daraus den Schluss zu ziehen, die Staaten müssten gleichgeschlechtliche Ehen zulassen,²⁹¹ hat der Ausschuss entschieden, dass entsprechend dem klaren Wortlaut nur Mann und Frau eine Ehe eingehen können.²⁹² Weitere Entscheide des Ausschusses zu Art. 23 Abs. 2 – 4 existieren nicht.

5. Schlussfolgerungen

Was sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen dem Beschwerdeverfahren an den Menschenrechtsausschuss gemäss dem Fakultativprotokoll zum Pakt über die bürgerlichen und politischen Rechte und jenem an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gemäss Art. 34 EMRK?

Diese Frage hat diese Studie unter drei Gesichtspunkten untersucht, nämlich in Hinblick auf (1.) die Verfahren vor dem Ausschuss bzw. dem EGMR; (2.) diejenigen Rechte des Paktes, zu denen es in der EMRK und den von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokollen keine Parallelen gibt; und (3.) diejenigen Paktgarantien, die in der EMRK äquivalente Bestimmungen haben.

5.1. Verfahrensrechtliche Aspekte

Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verfahren an den EGMR bzw. den Ausschuss lassen sich wie folgt zusammenfassen:

²⁸⁹ Ausschuss, *J.B. et al. v. Canada* 118/1982 (1986), paras. 6.2 - 6.4.

²⁹⁰ EGMR, *Affaire Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, Urteil vom 21. April 2009, para. 24 : » La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts». Der EGMR kam zum Schluss, dass ein staatliches Verbot für die Mitglieder einer türkischen Gewerkschaft, an einer bestimmten Streik teilzunehmen, im konkreten Fall nicht notwendig für den Schutz legitimer öffentlicher Interessen war (para. 33).

²⁹¹ EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, 30141/04, Urteil vom 24. Juni 2010, para. 61 - 63: "61. ... the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State. 62. In that connection the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society (see *B. and L. v. the United Kingdom*, cited above, § 36). 63. In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage."

²⁹² Ausschuss, *Joslin et al. v. New Zealand*, 902/1999 (2002), para. 8.2.

- Der Hauptunterschied zwischen den Individualbeschwerdeverfahren gemäss dem Fakultativprotokoll und jenem gemäss EMRK liegt darin, dass der Ausschuss im Gegensatz zum EGMR kein Gericht sondern ein Gremium unabhängiger Experten ist. Als direkte Konsequenz sind die Entscheide des Ausschusses anders als die Urteile des EGMR nicht rechtlich verbindlich. Trotzdem kommt ihnen hohe Autorität in dem Sinne zu, als dass sie von den Vertragsstaaten zu berücksichtigen sind und diese gegenüber dem Ausschuss im follow-up Verfahren begründungspflichtig werden, wenn sie einen Entscheid nicht umsetzen.
- Im Gegensatz zur EMRK können nur natürliche Personen Beschwerde an den Ausschuss führen.
- Bezüglich der Zweigliedrigkeit des Verfahrens mit einer Zulässigkeitsprüfung und einer materiellen Entscheidung sowie der Zulässigkeitsvoraussetzungen sind die beiden Verfahren sehr ähnlich. Der Hauptunterschied liegt im Fehlen einer Beschwerdefrist beim Fakultativprotokoll, wobei bei mehrjähriger Verspätung eine Beschwerde allenfalls als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden kann. Sofern die Schweiz keinen entsprechenden Vorbehalt anbringt, bedeutet das Fehlen einer Frist, dass nach Abschluss des Verfahrens in Strassburg die gleiche Sache bei negativem Verfahrensausgang dem Ausschuss unterbreitet werden kann. Im Übrigen sind keine Unterschiede zwischen „Strassburg“ und „Genf“ bei der Handhabung der Zulässigkeitsvoraussetzungen erkennbar, die wesentlich wären und ins Gewicht fallen würden. Zwar werden vom Ausschuss anteilmässig weniger Beschwerden für unzulässig erklärt, dafür ist er bei der Registrierung strenger als der EGMR.
- Vorsorgliche Massnahmen, welche für die Schweiz v.a. im Zusammenhang mit der Ausschaffung von Ausländern und Ausländerinnen relevant werden könnten, sind gemäss der Praxis beider Organe bindend. EGMR und Ausschuss folgen bezüglich Voraussetzungen den gleichen Grundsätzen. Mangels zugänglicher Informationen lässt sich nicht eruieren, welches Organ eher bereit ist, solche Massnahmen zu gewähren.
- Beide Organe legen ihr Instrument häufig dynamisch aus, anerkennen aber, dass sie nicht eine vierte Instanz sind, welche Sachverhaltsfragen und die Auslegung nationalen Rechts zu überprüfen hat. Der Ausschuss hat die „margin of appreciation“-Doktrin des EGMR nicht übernommen und in jüngerer Zeit ausdrücklich abgelehnt, er lässt den Vertragsstaaten aber insofern gewisse Spielräume als er bei gewissen Garantien erst eingreift, wenn ein „denial of justice“ vorliegt oder der beklagte Staat keine objektiven und ernsthaften Gründe für den angefochtenen Eingriff oder Unterscheidung vorbringen kann.

5.2. Paktgarantien ohne Parallelen in der EMRK

Dreizehn Garantien von Pakt II (Artikel 1, 3, 10, 11, 12, 16, 18, Abs. 4, 20, 23, 24, 25, 26 und 27) haben keine Entsprechung in der EMRK oder gelten, soweit sie in Zusatzprotokollen zur EMRK verankert sind, für die Schweiz mangels deren Ratifikation nicht. Die Praxis des Ausschusses zu diesen Garantien hat in vielen Fällen keine Bedeutung für die Schweiz, weil sie Probleme betrifft, die in unserem Land kaum relevant sind.

Bedeutsam können im Fall einer allfälligen Ratifikation des Zusatzprotokolls vor allem folgende Themen werden:

- Die fehlende Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen in Untersuchungshaft (Art. 10 Pakt II);
- Die Wohnsitzpflicht für Staatsangestellte und Behördenmitglieder (Art. 10 Abs. 1 Pakt II);

- Der Schutz von „Secondos“ gegen Aus- und Wegweisungen im Kontext des Anspruchs auf Rückkehr in „sein eigenes Land“ (Art. 12 Abs. 4 Pakt II);
- Die Bedeutung des Kindeswohls im Zusammenhang mit Haftbedingungen, Aus- und Wegweisungen und der Beschränkung bzw. dem Ausschluss von Besuchsrechten (Art. 24 Pakt II);
- Probleme im Zusammenhang mit Wahlen (Art. 25 Abs. 1 Pakt II);
- Probleme im Zusammenhang mit dem Zugang zu staatlichen Stellen und Ämtern und der Beendigung entsprechender Arbeits- und Amtsverhältnisse (Art. 25 lit. c Pakt II);
- Im Fall des Rückzugs des entsprechenden Vorbehalts Fälle direkter und indirekter Diskriminierung in der Rechtsetzung oder Rechtsanwendung (Art. 26 Pakt II); und
- Der Anspruch der Fahrenden auf Schutz ihrer traditionellen Lebensweise (Art. 27 Pakt II).

5.3. Paktgarantien mit äquivalenten Garantien in der EMRK

Dreizehn Paktgarantien (Artikel 6, 7, 8, 9, 13, 14, 15, 17, 18 Abs. 1 – 3, 19, 21, 22 und 23) existieren in gleicher oder ähnlicher Weise auch in der EMRK und den von der Schweiz ratifizierten Zusatzprotokollen.

Hier sind im Grossen und Ganzen keine markanten Unterschiede zwischen der Praxis des Ausschusses und des EGMR festzustellen. Das gilt insbesondere für das Recht auf Leben (Art. 6 Pakt II/Art. 2 EMRK), mit einer Ausnahme für das Verbot der Folter und unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe (Art. 7 Pakt II/Art. 3 EMRK), für weite Teile der Verfahrensgarantien (Art. 14 Pakt II/Art. 6 EMRK) und für das Verbot rückwirkender Strafen (Art. 15 Pakt II/Art. 7 EMRK). Bei anderen Rechten, insbesondere den Garantien im Ausweisungsverfahren (Art. 13 Pakt II/Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK) und der Versammlungsfreiheit (Art. 21 Pakt II/Art. 11 EMRK), gibt es für einen echten Vergleich nicht genügend Entscheide des Ausschusses.

Unterschiede der Rechtsprechung bestehen v.a. in folgenden Punkten:

- Im Gegensatz zum EGMR betrachtet der Ausschuss Folter, unmenschliche Behandlung und erniedrigende Behandlung nicht als unterschiedlich ernsthafte Stufen von Leideszufügung, sondern behandelt sie, ohne im Einzelfall eine Zuordnung vorzunehmen, einheitlich als Verletzungen von Art. 7 EMRK.
- Der Ausschuss prüft grundsätzlich nach den gleichen Massstäben wie der EGMR ob Auslieferungen, Ausweisungen oder Wegweisungen gegen das Verbot unmenschlicher Behandlung, das Recht auf Leben und den Schutz des Privat- und Familienlebens verstossen, es fällt aber auf, dass der Ausschuss oft ohne vertiefte Begründung zum Schluss kommt, es bestehe ein relevantes Risiko oder ein solches fehle in einem konkreten Fall.
- Beim Recht auf Freiheit und Sicherheit räumt der Ausschuss dem Recht auf Sicherheit im Gegensatz zum EGMR selbständige Bedeutung im Sinne eines Anspruchs auf Schutz vor Todes- und anderen Drohungen, Verschleppung, Tötung und anderen Gewaltakten durch paramilitärische Gruppen und Kriminelle oder einzelne Beamte ein.
- Während die Praxis zu den Verfahrensgarantien von Art. 14 Pakt II und Art. 6 EMRK grössten Teils identisch ist, sind vor allem folgende Unterschiede bemerkenswert:
 - Der Ausschuss leitet aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Pakt II, wonach alle Menschen vor Gericht gleich sind, ab, dass der Anspruch auf faire und öffentliche Behandlung einer Streitsache „durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht“ nicht nur bei strafrechtlichen Anklagen und Streitigkeiten über zi-

vilrechtlicher Ansprüche und Verpflichtungen gilt, sondern darüber hinaus auch überall dort, wo ein Staat den Rechtsweg an ein Gericht öffnet, obwohl er dazu aus Art. 14 nicht verpflichtet ist. Somit besteht in rein verwaltungsrechtlichen Materien zwar kein Anspruch darauf, an ein Gericht gelangen zu können, wo ein Staat aber eine verwaltungsgerichtliche Überprüfung von Verfügungen und Entscheiden ermöglicht, haben Betroffene Anspruch auf ein faires Verfahren und die Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Legalität des betreffenden Gerichts.

- Im Gegensatz zur Praxis des EGMR hat der Ausschuss entschieden, dass es mit dem Recht, sich selbst zu verteidigen (Art. 14 Abs. 3 lit. d Pakt II), nicht vereinbar ist, automatisch und ungeachtet der Person und der Schwere der Straftat die Verbeiständung durch einen Anwalt zu verlangen.
- Der Anspruch auf Beschwerde an eine übergeordnete Instanz (Art. 14 Abs. 5 Pakt II) in Strafsachen lässt im Gegensatz zu Art. 2 Abs. 2 des 7. Fakultativprotokolls zur EMRK keine Ausnahmen zu.
- Beim Anspruch auf Schutz des Privatlebens (Art. 17 Abs. 1 Pakt II) geht der Ausschuss im Bereich des Namensrechts insofern weiter als der EGMR als er ein Recht auf Namenswechsel anerkennt, welches allerdings nach den üblichen Grundsätzen eingeschränkt werden kann.
- Bei der Religionsfreiheit (Art. 18 Pakt II) räumt der Ausschuss den Staaten bezüglich Verboten religiöser Kleidung im Gegensatz zum EGMR keinen Beurteilungsspielraum ein, sondern prüft genau, ob solche Verbote wirklich zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen notwendig sind.
- Im Gegensatz zum EGMR hat der Ausschuss bisher nicht anerkannt, dass das Streikrecht Teilgehalt des Rechts sei, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten (Art. 22 Pakt II).
- Anders als der EGMR hält der Ausschuss daran fest, dass Ehen nur zwischen Mann und Frau möglich sind.

Die hier beschriebene Rechtsprechung des Ausschusses zu den Garantien von Pakt II ist für die Schweiz bereits heute relevant, da sie voll an den Pakt gebunden ist, auch wenn sie das Individualbeschwerdeverfahren bisher nicht akzeptiert hat. Allerdings kennen Anwaltschaft und Gerichte diese Praxis schlecht, weshalb sie bisher in der Schweiz kaum fruchtbar gemacht wurde.

Dies könnte sich mit der Ratifikation des Fakultativprotokolls und der damit einhergehenden Erweiterung des verfahrensmässigen Rechtsschutzes ändern. Vor allem in Bereichen, in welchen der Pakt Garantien verankert, welche die EMRK nicht kennt oder die in Zusatzprotokollen enthalten sind, welche die Schweiz nicht ratifiziert hat, ist zu erwarten, dass trotz der fehlenden rechtlichen Verbindlichkeit der Ausschussentscheide der Gang nach Genf mitunter gewagt und die entsprechenden Entscheide für den Menschenrechtsschutz in der Schweiz neue Impulse geben würden.