

ständig, sie vermag aber nicht wirklich zu überzeugen (vgl. auch *Matthias Oesch*, in diesem Heft S. 209 ff.), dies u.a. deshalb nicht, weil der in E. 3.2 als Präzedenzfall für eine Absage an «Schubert» vorgestellte BGE 133 V 367 (*Seco contro C.*) von der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung überinterpretiert wird. Analysiert man die Genese des einschlägigen Art. 14 Abs. 1 Bst. b AVIG, so bleibt nämlich von gegenüber dem FZA «bewusst abweichendem Gesetzesrecht» (so aber E. 3.2) nicht viel übrig (wie hier *Stefan Schürer*, ZBl 116/2015, S. 115, 124 ff.; *Yvo Hangartner/Martin E. Looser*, St. Galler Kommentar, N 34 zu Art. 190 BV).

Die Urteilspassagen mit Bezug zur «Schubert»-Rechtsprechung (E. 3.2 und 3.3) sind deshalb von Interesse, weil sie etwas über den Charakter des *obiter dictum* verraten: Dessen Adressat dürfte nicht in erster Linie das Justizsystem gewesen sein (wie bei *obiter dicta* zu erwarten); der Passus richtet sich vielmehr auch, wenn nicht gar zuerst, an die *politischen Behörden*. Bundesrat und Bundesversammlung werden durch die Rechtsausführungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung zwar nicht gebunden, jedoch *gewarnt*. Ganz egal, mit wie viel «*consapevolezza*» (BGE 99 Ib 39, 43 E. 3) der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 121a BV einen Widerspruch zum FZA in Kauf nehmen wird: Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung wird im Konfliktfall dem völkerrechtlichen Abkommen den Vorrang geben, d.h. der Umsetzungsgesetzgebung die Anwendung versagen. Ist ein solches ohne jeden Fallbezug formuliertes Warn-*dictum* zulässig? Diese Frage – zugegebenermassen selbst gestellt (Wissenschaft darf, ja muss) – kann hier offen bleiben. Wie ist es um die Opportunität bestellt? Wer sich anschickt, Warnhinweise zu formulieren, sollte (zumindest) bedenken, ob die Position durchgehalten werden kann, wenn es später hart auf hart gehen sollte. Wie steht es hier? Man stelle sich vor: Die Räte, und in einer allfälligen Referendumsabstimmung das Volk, beschliessen eine nicht FZA-kompatible Gesetzgebung und nehmen die Völkerrechtsverletzung bewusst in Kauf; dies vielleicht mit stillschweigender oder sogar ausdrücklicher Billigung seitens der Vertragspartner. Wer kann heute wissen, wie in einer derartigen Konstellation ein Streitfall am besten zu entscheiden ist? Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung scheint die Lösung jetzt schon zu kennen. Das ist höch gepokert. Glücksspiele fallen zwar in die Zuständigkeit dieser Abteilung (Art. 30 BGerR). Hier jedoch geht es darum, komplexe juristische Fragen zu beantworten. Die Antwort wird nur überzeugen können, wenn sie in Kenntnis aller *dannzumal* waltenden Umstände gegeben wird. Es ist zu hoffen, dass sich die II. öffentlich-rechtliche Abteilung mit ihrem dezidierten, aber problematischen «Schubert/FZA»-*obiter dictum* nicht vorschnell und unnötig in ein Dilemma hineinmanövriert hat.

Aus etwas Distanz betrachtet, zeigt sich einmal mehr, dass Rechtsfragen wie jene betreffend das Verhältnis Völkerrecht-Landesrecht auch eine kompetenzielle Dimension haben und eng mit institutionell-prozeduralen Gegebenheiten verwoben sind: Wer sagt/entscheidet was wann wie und mit welchem Verbindlichkeitsanspruch? Dabei geht es um grundlegende Fragen des Rechts- und Verfassungsverständnisses. Diese Zusammenhänge wurden im hier interessierenden Urteil – und werden leider manchmal auch in der Rechtslehre – zu wenig beachtet.

*Giovanni Biaggini*

## Die punktuelle Neutralisierung der EMRK in der Praxis des Bundesgerichts Zur verkürzten Grundrechtsprüfung bei der Anwendung von Bundesgesetzen

Von Rechtsanwalt Dr. *Stefan Schürer*, Zürich

### Inhaltsverzeichnis

I.	Eine Konventionsgerichtsbarkeit ohne Verhältnismässigkeitsprüfung .....	171
1.	Eine verkürzte Grundrechtsprüfung .....	171
2.	... als punktuelle Neutralisierung der EMRK .....	173
II.	Der Fall VgT: Trügerische Übereinstimmung mit der EMRK .....	174
1.	Offene und verdeckte Neutralisierung der EMRK .....	174
2.	Umstände des Einzelfalls .....	176
III.	Der Fall «Kassensturz»: Das Bundesgericht als Letztinstanz und Verfassungsgericht ...	177
1.	Die Doppelrolle des Bundesgerichts .....	177
2.	Interessenabwägung und Beurteilungsspielraum der nationalen Gerichte .....	178
IV.	Die Fälle Perinçek und Monnat: Fehlende Interessenabwägung des Bundesgerichts ...	179
1.	Gesetzes- und Grundrechtsperspektive .....	179
2.	Die Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs .....	180
3.	Ein beschränkter Kontrollmassstab des Bundesgerichts .....	181
V.	Der Fall Rhino: Die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen .....	181
1.	Bindung an den Vorentscheid des Gesetzgebers .....	181
2.	Traditionslinien in der Praxis des Bundesgerichts .....	183
VI.	Die Neutralisierung der EMRK im Dialog der Gerichte .....	184
1.	Zurückhaltung des Bundesgerichts .....	184
2.	Signale aus Strassburg .....	185

### I. Eine Konventionsgerichtsbarkeit ohne Verhältnismässigkeitsprüfung

#### 1. Eine verkürzte Grundrechtsprüfung ...

Das Bundesgericht soll gegenüber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte keine Durchlaufinstanz sein. So hat es der Bundesrat in seiner Botschaft zur Totalrevision der Bundesverfassung formuliert,<sup>1</sup> und so versteht das Bundesgericht seine Rolle gegenüber dem EGMR in der Regel auch selber.<sup>2</sup> Trotz des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV prüft das Bundesgericht deshalb seit

1 Botschaft des Bundesrats vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BB1 1997 I 1 ff., 508.

2 Vgl. BGE 139 I 16 E. 5; so schon BGE 117 Ib 367 E. 2e.

längerem auch Anordnungen, die sich auf ein Bundesgesetz stützen, auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK hin.<sup>3</sup> Das Bundesgericht hat auf diesem Weg bei der Anwendung von Bundesgesetzen eine Verfassungs-, Menschenrechts- oder Konventionsgerichtsbarkeit etabliert.<sup>4</sup>

Diese Gerichtsbarkeit ist partiell. Sie beschränkt sich auf jene Grundrechte, die von der EMRK geschützt werden.<sup>5</sup> Darüber hinaus erweist sich die Konventionsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen bei näherem Hinsehen als brüchig – zumindest bei jenen Garantien, für welche die EMRK eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorschreibt. Um sie geht es im Folgenden.<sup>6</sup> Denn bei ihnen kommt es in der Praxis des Bundesgerichts zuweilen zu einer verkürzten Grundrechtsprüfung:<sup>7</sup> Das Bundesgericht beschränkt sich auf Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage und zu den rechtfertigenden Interessen. Eine Kontrolle am Massstab der Verhältnismässigkeit unterbleibt hingegen.<sup>8</sup> Gelangen die Betroffenen in solchen Fällen nach Strassburg, holt der EGMR unter dem Titel der Notwendigkeit nach, was das Bundesgericht unterlassen hat: eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen.

Beispielhaft hierfür ist der Fall *Perinçek*. Die Waadtländer Justiz hatte den türkischen Politiker wegen Leugnung des Völkermords an den Armeniern zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt. Das Bundesgericht prüfte die Verurteilung auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK hin, belies es aber bei Ausführungen zur

- 3 Dazu *Rainer J. Schweizer*, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*. St. Galler Kommentar, Zürich etc. 2014, Vorbemerkungen zur Justizverfassung N. 38.
- 4 *Helen Keller/Alec Stone Sweet*, *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems*, in: dies. (Hrsg.), *A Europe of Rights*, Oxford/New York 2008, S. 677 ff., 686. «[T]he ECHR constitutes a kind of surrogate, or shadow, Constitution.»
- 5 Dazu *Giovanni Biaggini*, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*. Kommentar, Zürich 2007, Art. 190 N. 16.
- 6 Vorliegend geht es um Grundrechtsgarantien, deren Einschränkung gemäss den Vorgaben der EMRK nur zulässig ist, sofern der Eingriff «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig» ist. Dazu zählen namentlich die Kommunikationsgrundrechte (Art. 10 Ziff. 2 und Art. 11 Ziff. 2 EMRK). Vgl. zur weitgehenden Kongruenz zwischen der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 36 Abs. 3 BV und der Notwendigkeit gemäss Art. 10 Ziff. 2 und Art. 11 Ziff. 2 EMRK *Regina Kiener/Walter Kälin*, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013, S. 118; *René Rhinow/Markus Schefer*, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, S. 246. Siehe auch BGE 132 I 181 E. 2.1.
- 7 Ausser Betracht bleiben Fälle, in denen EMRK-Garantien betroffen sind, die nicht mit einer Verhältnismässigkeitsprüfung verknüpft sind. Dies trifft insbesondere auf die Verfahrensgrundrechte zu. Das Bundesgericht hat bei den Verfahrensgrundrechten den Vorrang der EMRK gegenüber Bundesgesetzen nicht nur früh anerkannt (BGE 106 Ib 16), sondern auch wiederholt praktiziert (BGE 125 II 417; 133 II 450).
- 8 Das Bundesgericht vertieft in den hier besprochenen Fällen weder die Verhältnismässigkeit der Anordnung noch die Verhältnismässigkeit der bundesgesetzlichen Regelung. Die Konventionsgerichtsbarkeit – ob in der Form der Einzelaktkontrolle oder als akzessorische Normenkontrolle – bleibt deshalb unvollständig. Denn die Verhältnismässigkeit bildet als Schranke bei beiden Ansätzen den zentralen Kontrollmassstab. Der EGMR führt seinerseits eine Einzelaktkontrolle durch; vgl. zu dieser *Jens Meyer-Ladewig*, *EMRK Handkommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Art. 10 N. 43 und 60. Der EGMR berücksichtigt dabei sämtliche Umstände des Einzelfalles.

Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage und zu den die Verurteilung rechtfertigenden Interessen.<sup>9</sup> Auf eine Interessenabwägung verzichtete das Bundesgericht. Dies ist dem EGMR nicht entgangen. Die Grosse Kammer des EGMR bemängelte in ihrem Urteil aus dem Jahr 2015, das Bundesgericht habe sich gar nicht zur Notwendigkeit des Eingriffs in die Meinungsfreiheit geäussert. Der EGMR müsse daher selber eine Interessenabwägung vornehmen.<sup>10</sup>

## 2. ... als punktuelle Neutralisierung der EMRK

In vergleichbarer Weise geht das Vorgehen von Bundesgericht und EGMR auch in anderen Fällen auseinander. Während auf Seiten des Bundesgerichts bei der Anwendung von Bundesgesetzen unter dem Strich eine Konventionsgerichtsbarkeit ohne Verhältnismässigkeitsprüfung resultiert, nimmt die Verhältnismässigkeitsprüfung auf Seiten des EGMR eine zentrale Rolle ein. Es kann nur bedingt überraschen, dass der EGMR unter derartigen Vorzeichen teilweise anders als das Bundesgericht entscheidet.

Nachfolgend soll dieser oftmals vernachlässigte Aspekt in der Beziehung zwischen Bundesgericht und EGMR anhand einer Reihe von Fällen aus dem Bereich der Kommunikationsgrundrechte dargestellt werden. Gemeinsam ist den Fällen, dass sie allesamt zu einer Verurteilung der Schweiz vor dem EGMR geführt haben.

Im Kern, so zeigen die untersuchten Fälle, lässt sich das Phänomen einer verkürzten Grundrechtsprüfung auf die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen gemäss Art. 190 BV zurückführen. Statt unter dem Titel der Verhältnismässigkeit eine eigene Interessenabwägung vorzunehmen, zieht es das Bundesgericht in den untersuchten Fällen vor, auf die Interessenabwägung des Gesetzgebers abzustellen. Die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen erweist sich so über zwei Jahrzehnte, nachdem das Bundesgericht sie für den Anwendungsbereich der EMRK relativiert hat,<sup>11</sup> immer wieder als Grund dafür, dass die Schweiz in Strassburg verurteilt wird.

Die verkürzte Grundrechtsprüfung des Bundesgerichts lässt sich als Neutralisierung der EMRK begreifen. Mit dem Begriff der Neutralisierung werden in der Literatur vergleichbare Vorgehensweisen nationaler Gerichte umschrieben, mit denen die Vorgaben des übergeordneten Rechts nur vordergründig gewahrt werden, während in Tat und Wahrheit das interne Recht gegenüber den Vorgaben des Völkerrechts abgeschirmt wird.<sup>12</sup> Das Abweichen von den völkerrechtlichen Vor-

9 BGER, 12. September 2007, 6B\_398/2007, E. 6.

10 EGMR (GC), 15. Oktober 2015, 27510/08 (*Perinçek c. Suisse*), Ziff. 278 und 279.

11 BGE 117 Ib 367 E. 2e. Vgl. zur früheren Praxis *Mark E. Villiger*, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 57.

12 *Frédéric Sudre*, À propos du «dialogue des juges» et du contrôle de conventionalité, *Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris 2004, S. 207 ff.; *Julien Dubois*, *La neutralisation. Dialogue des juges et interprétation neutralisante*, in: *Frédéric Sudre* (Hrsg.), *Le dialogue des juges*, *Cahiers de l'IDEDH* 11, 2007, S. 72 ff., abrufbar unter <http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p-3631.pdf> (15. Februar 2016).

gaben erscheint dabei nicht zwangsläufig als Produkt eines gezielten Vorgehens der nationalen Gerichte. Die fehlerhafte Anwendung des Völkerrechts kann vielmehr besten Gewissens erfolgen, sei dies mangels Klarheit der völkerrechtlichen Vorgaben oder mangels Problembewusstseins auf Seiten der Gerichte.<sup>13</sup> Mit dem Befund, dass die EMRK in der Praxis teilweise neutralisiert wird, geht deshalb keine Aussage über die Motive der einzelnen Richterinnen und Richter einher. Genauso wenig haben die Ausführungen den Anspruch, die Vielfalt der bundesgerichtlichen Praxis zu den Konventionsgarantien umfassend darzustellen. Es wird lediglich *eine* Facette der bundesgerichtlichen Praxis beschrieben. Während das Bundesgericht in den hier geschilderten Fällen aus dem Bereich der Kommunikationsgrundrechte entgegen den Vorgaben der EMRK auf eine Interessenabwägung verzichtet, trägt es in anderen Entscheiden den Voraussetzungen, welche die EMRK für eine Grundrechtseinschränkung aufstellt, umfassend Rechnung.<sup>14</sup> Es ist deshalb von einer *punktuellen* Neutralisierung der EMRK die Rede.

## II. Der Fall **Vgt**: Trügerische Übereinstimmung mit der EMRK

### 1. Offene und verdeckte Neutralisierung der EMRK

Der EGMR ist nicht an die Massgeblichkeit der Bundesgesetze gebunden.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hat deshalb 1991 ausdrücklich signalisiert, dass es Bundesgesetze bei einem Konflikt mit den Konventionsrechten im Einzelfall nicht anzuwenden gedenkt.<sup>16</sup> Dieses Vorgehen drängt sich auf.<sup>17</sup> Die EMRK etabliert einen überstaatlichen Kontroll- und Durchsetzungsmechanismus, der gepaart mit den Regelungen des innerstaatlichen Rechts über eine Verurteilung der Schweiz hinaus zur Revision bundesgerichtlicher Entscheide führen kann. Die EMRK sieht vor, dass die Schweiz in Verfahren, in denen sie Partei ist, die Urteile des Gerichtshofs zu akzeptieren hat.<sup>18</sup> Das Bundesgerichtsgesetz macht seinerseits Urteile des EGMR, mit denen ein Verstoß gegen die EMRK festgestellt worden ist, zum Revisionsgrund.<sup>19</sup> Unter diesen rechtlichen Rahmenbedingungen leuchtet es ein, dass das Bundesgericht eine Verurteilung der Schweiz in Strassburg nicht sehenden Auges in Kauf nehmen will.<sup>20</sup> Das Bundesgericht sieht es deshalb als seine Aufgabe an,

Verletzungen der EMRK nicht lediglich nachträglich zu beheben, sondern prospektiv zu verhindern.<sup>21</sup> Diesem Anspruch wird es in der Praxis allerdings nicht immer gerecht. Stattdessen wird die EMRK durch das Bundesgericht teilweise neutralisiert.

Bei einer Neutralisierung wird die vermeintliche Konformität mit der EMRK nur erreicht, indem konventionswidrig auf eine Prüfung der Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs verzichtet wird.<sup>22</sup> Die Anwendung der EMRK bleibt dadurch unvollständig. Die Übereinstimmung zwischen nationalem Recht und EMRK erweist sich als trügerisch.<sup>23</sup>

Angesiedelt zwischen einer offenen Opposition gegen die EGMR-Rechtsprechung und deren strikter Befolgung, stellt die Neutralisierung einer Konventionsnorm im Verhältnis zwischen Bundesgericht und EGMR einen Mittelweg dar. Sie erfolgt auf zwei Arten: Offen neutralisiert das Bundesgericht die EMRK in Fällen, in denen es ausdrücklich auf die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen rekurriert.<sup>24</sup> Das Bundesgericht nimmt in solchen Fällen wohl auf die Vorgaben der EMRK Bezug. Ungeachtet der konventionsrechtlichen Vorgaben stellt es aber auf die Interessenabwägung des Bundesgesetzgebers ab. Verdeckt neutralisiert das Bundesgericht die EMRK dort, wo der explizite Hinweis auf die Massgeblichkeit des Bundesgesetzes ausbleibt. Das Bundesgericht überprüft die bundesgesetzliche Lösung in solchen Fällen scheinbar vollständig auf ihre EMRK-Konformität hin. Tatsächlich aber verzichtet es wiederum darauf, die Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs zu hinterfragen. Das erlaubt es dem Bundesgericht, die Konventionskonformität einer bundesgesetzlichen Regelung respektive der auf dieser basierenden Anordnung zu erörtern, ohne sich gleichzeitig von der Interessenabwägung des Gesetzgebers zu entfernen. Der Vorrang der Konvention wird nur scheinbar anerkannt. Tatsächlich aber wird die Bedeutung der EMRK neutralisiert. Helvetia wird vor Strassburg geschützt.<sup>25</sup>

13 Dazu *Dubois* (Anm. 12), S. 73 ff.

14 Siehe etwa BGE 128 III 113. Vgl. auch die grundlegenden Ausführungen in BGE 139 I 16.

15 Vgl. Botschaft BV (Anm. 1), BBl 1997 I 508.

16 BGE 117 Ib 367 E. 2e.

17 *Giovanni Biaggini*, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114 (2013), S. 316 ff., 331; *Andreas Zünd*, Grundrechtsverwirklichung ohne Verfassungsgerichtsbarkeit, AJP 24 (2013), S. 1349 ff., 1352.

18 Art. 46 Abs. 1 EMRK.

19 Art. 122 BGG; vgl. auch Art. 45 VGG und Art. 66 Abs. 2 lit. d VwVG.

20 Für *Zünd* (Anm. 17, S. 1352) wäre es «absurd», wenn das Bundesgericht die Verurteilung der Schweiz abzuwarten hätte, um den Konventionsgarantien zum Durchbruch zu verhelfen.

21 BGE 139 I 16 E. 5; *Biaggini* (Anm. 17), S. 332.

22 Vgl. zur «interprétation neutralisante» aus französischer Sicht *Dubois* (Anm. 12), S. 72 f. Vgl. dazu und zum Folgenden *Maya Hertig Randall*, Le dialogue entre le juge suisse et le juge européen, in: François Bellanger/Jacques de Werra (Hrsg.), *Mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Genève à la Société Suisse des Juristes à l'occasion du Congrès 2012*, Zürich 2012, S. 19 ff., 36.

23 Vgl. *Sudre* (Anm. 12), S. 210.

24 In diese Kategorie fällt auch das Vorgehen des Bundesgerichts im Fall *Stoll* (BGE 126 IV 236). Das Bundesgericht verweist dort auf die Massgeblichkeit des Bundesgesetzes (E. 4b), während es die von Art. 10 Ziff. 2 EMRK geforderte Interessenabwägung nur in der Form eines obiter dictum vornimmt (E. 9: «Der Vollständigkeit halber sei immerhin festgehalten [...]»). Der Gerichtshof hat das Urteil des Bundesgerichts im Ergebnis geschützt; EGMR (GC), 10. Dezember 2007, 69698/01 (*Stoll c. Suisse*).

25 In Anlehnung an *Christine Kaufmann*, Helvetia schützt (vor) Strassburg?, in: Markus Rüssli et al. (Hrsg.), *Festschrift für Tobias Jaag*, Zürich etc. 2012, S. 623 ff.

## 2. Umstände des Einzelfalls

Exemplarisch für eine offene Neutralisierung steht die Auseinandersetzung zwischen dem Verein gegen Tierfabriken (VgT) und der SRG um die Ausstrahlung eines Tierschutz-Spots. Der VgT wollte mit dem Werbespot auf die in seinen Augen «tierquälerische Nutztierhaltung» aufmerksam machen. Die SRG respektive ihre für die Werbung zuständige Tochterfirma weigerten sich jedoch, den Werbespot auszustrahlen. Die SRG-Tochter stützte sich bei ihrem Vorgehen auf das generelle Verbot politischer Werbung im Fernsehen, wie es seinerzeit in Art. 18 Abs. 5 RTVG verankert war. Das Bundesgericht beurteilte den Fall ein erstes Mal im Jahr 1997.<sup>26</sup> Ihr (vorläufiges) Ende nahm die Auseinandersetzung mit einem Entscheid des Bundesgerichts vom 4. November 2009.<sup>27</sup> Dazwischen liegen zwei Entscheide des EGMR sowie ein weiteres Urteil des Bundesgerichts.<sup>28</sup>

Im Urteil aus dem Jahr 1997 prüft das Bundesgericht, ob die Weigerung, den Werbespot auszustrahlen, im Einklang mit Art. 10 EMRK steht. Dazu hält es zunächst fest, dass Werbeverbote im Rahmen der Voraussetzungen von Art. 10 Ziff. 2 EMRK zulässig seien. Daran schliessen ausführliche Erläuterungen zu den mit dem Verbot verfolgten Zwecken an. Gemäss Bundesgericht will der Gesetzgeber mit dem Verbot verhindern, dass sich finanzstarke Gruppierungen politischen Einfluss erkaufen können, und er möchte die Unabhängigkeit der SRG gegenüber mächtigen politischen Werbekunden absichern. Zudem soll mit dem Verbot die Pressevielfalt gestärkt werden.<sup>29</sup> Ob diese Zwecke den Eingriff in die Meinungsfreiheit zu rechtfertigen vermögen, erörtert das Bundesgericht jedoch nicht. Die Prüfung der Grundrechtseinschränkung bleibt lückenhaft. Weshalb dem so ist, tönt das Bundesgericht in einem Satz an. «Das Verbot politischer Werbung ist in Art. 18 Abs. 5 RTVG ausdrücklich und für das Bundesgericht an sich verbindlich (vgl. Art. 114<sup>bis</sup> Abs. 3 BV) vorgesehen.»<sup>30</sup> Es ist demnach die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen, die das Bundesgericht von einer eingehenden Prüfung der Verhältnismässigkeit abhält.

Erst der EGMR nimmt eine Prüfung der Verhältnismässigkeit vor.<sup>31</sup> Und diese fällt zuungunsten der Schweiz aus. Denn beim VgT handelt es sich gemäss dem Urteil nicht um eine finanzstarke Gruppierung. Die für das Verbot politischer

26 BGE 123 II 402.

27 BGE 136 I 158 (Revisionsgesuch II).

28 EGMR, 28. Juni 2001, 24699/94 (VgT c. Suisse I); EGMR (GC), 30. Juni 2009, 32772/02 (VgT c. Suisse II); BGer, 29. April 2002, 2A.526/2001 (Revisionsgesuch I). Abgerundet wurde die Auseinandersetzung mit BGE 139 I 306; letzterem Entscheid ging voraus, dass der VgT den Tierschutz-Spot um einen SRG-kritischen Vorspann («was das Schweizer Fernsehen totschweigt») ergänzt hatte.

29 BGE 123 II 402 E. 5a.

30 Ebd.

31 EGMR, 28. Juni 2001, 24699/94 (VgT c. Suisse I), Ziff. 66–79. Vgl. zum Entscheid *Andreas Kley*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, ZBJV 138 (2002), S. 605 ff., 642 f.

Werbung vorgebrachten Argumente zielen deshalb im konkreten Fall ins Leere.<sup>32</sup> Daneben fällt gemäss Gerichtshof ins Gewicht, dass dem VgT keine Alternative zu den Kanälen der SRG zur Verfügung steht, um ein nationales Publikum zu erreichen.<sup>33</sup>

## III. Der Fall «Kassensturz»: Das Bundesgericht als Letztinstanz und Verfassungsgericht

### 1. Die Doppelrolle des Bundesgerichts

Das Bundesgericht ist nicht nur Verfassungsgericht. Es ist auch Letztinstanz für die Gesetzesanwendung.<sup>34</sup> Als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes ist es letztinstanzlich für die autoritative Auslegung des Bundesrechts verantwortlich.

Mitunter erscheint es für das Bundesgericht nicht einfach, seine Rollen als Verfassungsgericht und Letztinstanz miteinander in Einklang zu bringen. Weshalb dem so ist, machen die hier besprochenen Fälle deutlich. Das Bundesgericht müsste in seiner Eigenschaft als Verfassungsgericht unter Umständen eine Lösung verwerfen, die es zuvor mittels akribischer Interpretation der gesetzlichen Grundlagen erarbeitet hat. Das Bundesgericht erscheint deshalb zuweilen mehr als Letztinstanz denn als Verfassungsgericht.<sup>35</sup> Der EGMR seinerseits beurteilt einen Fall ausschliesslich aus einer Grundrechtsoptik. Die Auslegung der Eingriffsgrundlage überlässt er grundsätzlich den innerstaatlichen Instanzen und greift nur in Ausnahmefällen korrigierend ein.<sup>36</sup>

Die unterschiedlichen Funktionen von Bundesgericht und EGMR sowie ihr divergierender Zugang zur Streitsache spiegeln sich im Verfahren um den Einsatz versteckter Kameras durch die Sendung Kassensturz. Der Kassensturz hatte ein Beratungsgespräch mit einem Versicherungsvertreter heimlich aufgenommen und anschliessend ausgestrahlt. Das Gesicht des Versicherungsvertreters wurde bei der Ausstrahlung verpixelt, seine Stimme verfremdet. Ziel des Beitrags war es, Missstände im Versicherungswesen aufzuzeigen.

Das Bundesgericht beurteilte das Vorgehen der verantwortlichen Kassensturz-Journalisten 2008, der EGMR entschied 2015. Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch gegen die vier Journalisten weitgehend. Die Vereinbarkeit der

32 EGMR, VgT c. Suisse I (Anm. 31), Ziff. 75.

33 Ebd., Ziff. 77.

34 Vgl. zur Doppelrolle des Bundesgerichts *Pascal Mahon*, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich etc. 2003, *Remarques liminaires* Art. 188 ff. BV N. 9 ff.

35 Siehe dazu auch *Axel Tschenischer*, *Supreme Court und Schweizerisches Bundesgericht als Modelle integrierter Verfassungsgerichtsbarkeit*, Beiheft 22 *Der Staat*, Berlin 2014, S. 187 ff., 206.

36 EGMR, 8. Oktober 2009, 12675/05 (Gsell c. Suisse), Ziff. 59; EGMR, 25. März 1998, 13/1997/797/1000 (Kopp c. Suisse), Ziff. 59.

Verurteilung mit der Medienfreiheit gemäss Art. 10 EMRK prüfte das Bundesgericht nur cursorisch.<sup>37</sup> Statt eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen, fokussierte das Bundesgericht auf das Vorliegen eines aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrunds: die Wahrung berechtigter Interessen. Die beiden Figuren sind trotz gewisser Überschneidungen nicht deckungsgleich.<sup>38</sup> Nur weil kein aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt, der die begangene Straftat zu rechtfertigen vermag, heisst dies nicht, dass der Grundrechtseingriff verhältnismässig ist. Die Prüfung, ob ein aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt, kann aus grundrechtlicher Sicht die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht ersetzen.<sup>39</sup>

## 2. Interessenabwägung und Beurteilungsspielraum der nationalen Gerichte

Im Fall «Kassensturz» ist der Verzicht auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung bereits im Nachgang zur Publikation des Urteils kritisiert worden. «Das Urteil befremdet, weil es sich [um] eine Güterabwägung zwischen Persönlichkeitsschutz und Medienauftrag drückt», schrieb Peter Studer damals.<sup>40</sup> Dem EGMR kann derartiges nicht vorgeworfen werden. Ausführlich prüft der Gerichtshof nach, ob die nationalen Instanzen ein *juste équilibre* zwischen Meinungsfreiheit einerseits und Persönlichkeitsrechten des betroffenen Versicherungsvertreters andererseits hergestellt haben – und verneint dies.<sup>41</sup> Für den Gerichtshof ist entscheidend, dass der Kassensturz mit der Reportage einen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse geleistet und so die Wächterrolle der Medien wahrgenommen hat.<sup>42</sup>

Im Kassensturz-Fall zeigt sich exemplarisch, dass es nicht genügt, wenn sich das Bundesgericht auf die Auslegung des Bundesrechts beschränkt. Als Verfassungsgericht hat es auch eine Interessenabwägung aus grundrechtlicher Optik vorzunehmen. Vom EGMR kann das Bundesgericht beim Fehlen einer eigenen

Interessenabwägung regelmässig keine Zurückhaltung erwarten.<sup>43</sup> Der EGMR respektiert den Beurteilungsspielraum der nationalen Instanzen nur solange, wie diese eine Interessenabwägung gemäss den Kriterien des Gerichtshofs vorgenommen haben.<sup>44</sup>

## IV. Die Fälle Perinçek und Monnat: Fehlende Interessenabwägung des Bundesgerichts

### 1. Gesetzes- und Grundrechtsperspektive

Die Doppelrolle als Letztinstanz für die Gesetzesanwendung einerseits und Verfassungsgericht andererseits zwingt das Bundesgericht, sowohl eine Gesetzes- wie auch eine Grundrechtsperspektive einzunehmen. Vergleichbar zum Fall «Kassensturz» dominiert allerdings auch in den weiteren Fällen, in denen das Bundesgericht die EMRK neutralisiert, die Gesetzesperspektive. Dies gilt auch für das Urteil im Fall Perinçek.

Der türkische Politiker Doğu Perinçek hatte in der Schweiz den Völkermord an den Armeniern geleugnet und war hierfür im Kanton Waadt gestützt auf Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB verurteilt worden. Das Bundesgericht beurteilte Perinçeks Beschwerde im Jahr 2007. Im Urteil widmet es sich hauptsächlich der Auslegung der Revisionsnorm.<sup>45</sup> Bei der Prüfung, ob die Verurteilung Perinçeks mit Art. 10 EMRK vereinbar ist, belässt es das Gericht bei Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage und zu den die Verurteilung rechtfertigenden Interessen.<sup>46</sup> Vom Bundesgericht nicht erörtert wird die aus einer Grundrechtsperspektive entscheidende Frage: Vermögen die geltend gemachten Interessen die Einschränkung der Meinungsfreiheit aufzuwiegen?

Der EGMR behandelt diesen Aspekt in seiner Urteilsbegründung ausführlich. Um zu klären, ob die Verurteilung Perinçeks konventionskonform ist, wägt die Grosse Kammer den Schutz von Würde und Identität der armenischen Gemeinschaft einerseits und die Meinungsfreiheit Perinçeks andererseits gegeneinander ab.<sup>47</sup> Dabei macht es sich die Grosse Kammer zur Vorgabe, den Eingriff im Lichte sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Zu diesen zählt sie namentlich

37 BGer, 7. Oktober 2008, 6B\_225/2008, E. 3.1 und 3.8.2.

38 Die fehlende Übereinstimmung erhellt bereits der Umstand, dass die Wahrung berechtigter Interessen nur dort zu bejahen ist, wo die Tat zur Erreichung des berechtigten Ziels «den einzig möglichen Weg darstellt». Darüber hinaus werden beim aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund Tat und verfolgter Zweck gegeneinander abgewogen; vgl. BGer, 7. Oktober 2008, 6B\_225/2008, E. 3.2. Bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sind dagegen der verfolgte Zweck und die Intensität der Grundrechtsbeschränkung gegenüberzustellen; vgl. etwa BGE 128 III 113 E. 5.

39 Das zeigt sich auch im Fall Dammann: siehe einerseits BGE 127 IV 122 E. 5c und andererseits EGMR, 25. April 2006, 77551/01 (Dammann c. Suisse), Ziff. 49–58.

40 Peter Studer, «Formalistisch und realitätsfremd». Das jüngste Bundesgerichtsurteil gegen die versteckte Kamera, NZZ 24. Oktober 2008, S. 61.

41 EGMR, 24. Februar 2015, 21830/09 (Haldimann et autres c. Suisse), Ziff. 44–68.

42 Ebd., Ziff. 57 und 58. Was die Persönlichkeitsrechte des Brokers anbelangt, unterstreicht der EGMR, dass Gesicht und Stimme unkenntlich gemacht worden seien und das Beratungsgespräch nicht in den Geschäftsräumen aufgenommen worden sei; ebd., Ziff. 65.

43 Zustimmend Andreas Zünd, Das Schweizerische Bundesgericht im Dialog mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 41 (2014), S. 21 ff., 25: «Wo [...] eine lediglich formelhafte Prüfung vorgenommen wird oder sich das Gericht gar den Wertungen der politischen Behörden unterwirft, wäre Zurückhaltung des EGMR fehl am Platz.»

44 EGMR (GC), 7. Februar 2012, 40660/08 und 60641/08 (von Hannover c. Allemagne Nr. 2), Ziff. 107; EGMR (GC), 29. März 2016, 56925/08 (Bédat c. Suisse), Ziff. 54.

45 BGer, 12. September 2007, 6B\_398/2007, E. 3 und 4.

46 Ebd., E. 6.

47 EGMR (GC), Perinçek c. Suisse (Anm. 10), Ziff. 228. Vergleichbar war schon die zweite Kammer des Gerichtshofs vorgegangen; EGMR, 17. Dezember 2013, 27510/08, Ziff. 111.

den Kontext, in dem Perinçek seine Aussagen getätigt hat.<sup>48</sup> Die Grosse Kammer holt so die Prüfung der Verhältnismässigkeit nach, die das Bundesgericht weglassen hatte. Die Mehrheit kommt zum Schluss, die Verurteilung sei nicht notwendig gewesen, um die Rechte der armenischen Gemeinschaft zu schützen.<sup>49</sup> Diese Schlussfolgerung verbindet der EGMR mit einer ausdrücklichen Kritik an der verkürzten Grundrechtsprüfung des Bundesgerichts. Das Bundesgericht, so der Vorwurf des EGMR, habe es unterlassen, zur Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs Stellung zu beziehen. Der EGMR habe deshalb die Interessenabwägung selber vorzunehmen.<sup>50</sup>

## 2. Die Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs

Auf eine Überprüfung des Grundrechtseingriffs am Massstab der Verhältnismässigkeit verzichtete das Bundesgericht auch in einem zweiten Entscheid, in dem es um kontroverse Äusserungen zu einem historischen Thema ging. Die Rede ist vom Fall Monnat.

Der Journalist Daniel Monnat hatte eine im Westschweizer Fernsehen ausgestrahlte Reportage mit dem Titel «L'honneur perdu de la Suisse» verantwortet. Die Reportage setzte sich kritisch mit der Rolle der Schweiz im Zweiten Weltkrieg auseinander. Einem älteren, meritorischen Geschichtsbild stellte Monnat ausführlich neuere Forschungsergebnisse gegenüber, welche die dunklen Aspekte der Schweizer Politik in den Kriegsjahren beleuchten. Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts beurteilte den Fall im Jahr 2000, der EGMR entschied 2006.

Das Bundesgericht taxierte die Reportage als einseitig und stellte eine Verletzung der programmrechtlichen Vorgaben fest. Im Zentrum des bundesgerichtlichen Entscheids steht die Frage, ob die Machart der Sendung den gesetzlichen Kriterien der Sachgerechtigkeit und Transparenz genügt.<sup>51</sup> Weniger Platz nehmen die Ausführungen zur Grundrechtskonformität ein. So verweist das Bundesgericht wohl auf die Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK und erwähnt dabei auch das Erfordernis der Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs.<sup>52</sup> In der Folge unterlässt es das Bundesgericht jedoch, die Notwendigkeit des Eingriffs zu überprüfen. Stattdessen beschränkt es sich auf die Feststellung, dem Eingriff liege ein legitimes Interesse im Sinne von Art. 10 Ziff. 2 EMRK zugrunde. Es gehe darum, den Anspruch der Fernsehzuschauer auf objektive und transparente Information zu schützen.<sup>53</sup>

Der EGMR gibt sich mit einer derart verkürzten Grundrechtsprüfung nicht zufrieden. In seiner Urteilsbegründung nimmt die Frage, ob der Eingriff in einer

demokratischen Gesellschaft notwendig war, eine zentrale Stellung ein.<sup>54</sup> Der EGMR zieht zum einen das von den internen Instanzen vorgebrachte Interesse an einer objektiven Information in Zweifel. Zum anderen erachtet der Gerichtshof den Eingriff unter Verweis auf dessen abschreckende Wirkung auf andere Medienschaffende als nicht verhältnismässig.<sup>55</sup>

## 3. Ein beschränkter Kontrollmassstab des Bundesgerichts

Gemeinsam ist den bundesgerichtlichen Entscheiden in den Fällen Monnat und Perinçek, dass das Bundesgericht zu den Gründen für die verkürzte Grundrechtsprüfung keine näheren Angaben macht. Die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen wird vom Bundesgericht – anders als im Fall VgT – nicht explizit bemüht. Auch fehlt der in anderen Urteilen vereinzelt anzutreffende Hinweis, der Bundesgesetzgeber habe die Interessenabwägung bereits vorweggenommen.<sup>56</sup> Stattdessen wird die EMRK verdeckt neutralisiert. Hierfür verkürzt das Bundesgericht den Gehalt von Art. 10 Ziff. 2 EMRK: Es verzichtet darauf, die Notwendigkeit des Grundrechtseingriffs zu vertiefen.

Unter dem Strich begnügt sich das Bundesgericht im Vergleich zum EGMR mit einem reduzierten Kontrollmassstab. Es prüft die Voraussetzungen für eine Grundrechtseinschränkung nicht vollständig, sondern beschränkt sich auf die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage und des rechtfertigenden Interesses. Daraus resultiert die verfahrensrechtliche Anomalie, dass die höhere Instanz – der EGMR – in Rechtsfragen einen weiteren Kontrollmassstab anlegt als die Vorinstanz.<sup>57</sup>

## V. Der Fall Rhino: Die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen

### 1. Bindung an den Vorentscheid des Gesetzgebers

Die zivilrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts haben den Vorrang der EMRK gegenüber bundesgesetzlichen Normen in der Vergangenheit wiederholt

48 EGMR (GC), Perinçek c. Suisse (Anm. 10), Ziff. 242 ff.

49 Ebd., Ziff. 280.

50 Ebd., Ziff. 278 und 279.

51 BGer, 21. November 2000, 2A.12/2000, E. 5–7.

52 Ebd., E. 8b.

53 Ebd., E. 8c.

54 EGMR, 21. September 2006, 73604/01 (Monnat c. Suisse), Ziff. 55 ff. Kritisch zum Urteil *Christoph Beat Graber*, «L'honneur perdu de la Suisse»: l'arrêt du Tribunal fédéral a violé l'article 10 CEDH, *Medialex* 11 (2006), S. 210 ff.

55 EGMR, Monnat c. Suisse (Anm. 54), Ziff. 68 ff.

56 Vgl. BGE 139 II 28 E. 2.7.1.

57 Verstärkt wird dieser prozessrechtliche Sonderfall dadurch, dass der EGMR in Sachverhaltsfragen mit einer weiteren Überprüfungsbefugnis als das Bundesgericht ausgestattet ist. Während das Bundesgericht grundsätzlich an die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz gebunden bleibt (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG), kommt dem EGMR in Tatsachenfragen eine umfassende Prüfungsbefugnis zu; siehe dazu *Stefan Schürer*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Tatsacheninstanz, *EuGRZ* 41 (2014), S. 512 ff.

infrage gestellt.<sup>58</sup> Im Jahr 1994 etwa hielt die II. Zivilabteilung fest, das Gericht könne eine Norm des Zivilgesetzbuches angesichts der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen nicht auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK hin überprüfen.<sup>59</sup> Zwei Jahre später liess die II. Zivilabteilung dann ausdrücklich offen, ob eine Praxis, die der EMRK Vorrang gegenüber Bundesgesetzen einräumt, «in ihrer ganzen Tragweite auf den Bereich des Zivilrechts zu übertragen ist».<sup>60</sup> Gleich verfuhr die II. Zivilabteilung in einem Entscheid aus dem Jahr 1999, als sie die Vorrangfrage wiederum offen liess.<sup>61</sup>

Der Entscheid des Bundesgerichts im Fall Rhino lässt sich mit diesen Urteilen in eine Reihe stellen. Das Bundesgericht beurteilte die Angelegenheit im Jahr 2007, der EGMR urteilte 2011. Der Entscheid des Bundesgerichts steht beispielhaft für eine offene Neutralisierung der EMRK. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Verein Rhino hatte es sich seit 1988 zur Aufgabe gemacht, leer stehende Immobilien zu besetzen und diese der Spekulation zu entziehen. Daneben hatte sich der Verein gemäss seinen Statuten der Förderung alternativer Wohnformen verschrieben. 2006 löste die Genfer Justiz den Verein auf. Das Bundesgericht schützte das Vorgehen der Genfer Justiz. In seiner Urteilsbegründung nimmt sich das Bundesgericht in erster Linie der Auslegung und Anwendung von Art. 78 ZGB an.<sup>62</sup> Die Bestimmung sieht die Auflösung von Vereinen mit rechtswidrigem Zweck vor. Weit weniger Platz nimmt in den bundesgerichtlichen Erwägungen der Aspekt der Grundrechtskonformität ein. Als Zweck für den Eingriff in die Vereinigungsfreiheit nennt das Bundesgericht die Interessen der Hauseigentümer und damit die Rechte anderer im Sinne von Art. 11 Ziff. 2 EMRK.<sup>63</sup> Offen bleibt im Entscheid des Bundesgerichts dagegen, ob der Eingriff in die Vereinigungsfreiheit verhältnismässig respektive in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.

Die Antwort auf diese Frage überlässt das Bundesgericht dem EGMR. Und dieser verneint sie. So hält der EGMR zum einen fest, die Auflösung des Vereins trage nicht zum Schutz der Rechte der Hauseigentümer bei, und stellt so die Eignung der Massnahme infrage.<sup>64</sup> Zum anderen geht der Gerichtshof davon aus, dass mildere Massnahmen als die Auflösung möglich gewesen wären, um die Rechte der

58 Vgl. zu diesen Urteilen *Alberto Achermann*, in: Thomas Cottier et al. (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern 2001, S. 33 ff., 53 f., 62 f.

59 BGE 120 II 384 E. 5a.

60 BGE 122 III 414 E. 3a.

61 BGE 125 III 209 E. 6e. Siehe auch BGE 136 III 168 E. 3.3.4, in dem die II. zivilrechtliche Abteilung die sogenannte PKK-Rechtsprechung infrage gestellt hat.

62 BGE 133 III 593 E. 4.

63 Ebd., E. 5.3.

64 EGMR, 11. Oktober 2011, 48848/07 (*Association Rhino et autres c. Suisse*), Ziff. 63. Vgl. zum Urteil *Daniel Rietiker*, *Kommentierte Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2011*, AJP 21 (2012), S. 539 ff., 563 ff.

Hauseigentümer zu schützen.<sup>65</sup> Diese Überlegungen münden in das Ergebnis, die Auflösung sei in Bezug auf den verfolgten Zweck unverhältnismässig gewesen.<sup>66</sup>

Dass die Verhältnismässigkeit im Verfahren vor Bundesgericht kein Thema war, ist Art. 190 BV geschuldet. Das Bundesgericht stellt seinen Erläuterungen zur Grundrechtskonformität der Massnahme die Einschränkung voran, es könne die Anwendung von Art. 78 ZGB aufgrund von Art. 190 BV nicht verweigern.<sup>67</sup> Folgerichtig verzichtet das Gericht auf die Prüfung der Verhältnismässigkeit. Denn diese könnte den Vorentscheid des Gesetzgebers unterminieren. Die Prüfung der Grundrechtskonformität bleibt deshalb unvollendet.

## 2. Traditionslinien in der Praxis des Bundesgerichts

Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Rhino steht nicht nur in der Tradition verschiedener Entscheide der zivilrechtlichen Abteilungen, in denen der Vorrang der EMRK infrage gestellt wird. Es weist darüber hinaus Parallelen zum Entscheid im Fall Emonet auf, mag die Neutralisierung der EMRK dort auch verdeckt erfolgen.

Das Urteil des Bundesgerichts im Fall Emonet erging im Jahr 2003. Zu beurteilen hatte das Gericht die Konsequenzen einer Adoption für das ursprüngliche Mutter-Kind-Verhältnis.<sup>68</sup> Die leibliche Mutter des adoptierten Kindes hatte sich dagegen gewehrt, dass mit der Adoption das ursprüngliche Mutter-Kind-Verhältnis erlischt. Sie lebte mit dem Adoptivvater im Konkubinat. Die Adoption hatte sie angestrebt, nachdem das Kind schwer erkrankt war.

In der Urteilsbegründung des Bundesgerichts dominieren einfachgesetzliche Erwägungen.<sup>69</sup> Die II. Zivilabteilung widmet sich eingehend der Auslegung der einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen und kommt zum Schluss, das Zivilgesetzbuch sehe eine Adoption ohne Aufhebung der bisherigen verwandtschaftlichen Beziehungen nicht vor.<sup>70</sup> Für die leibliche Mutter des adoptierten Kindes bedeutete dies, dass das bisherige Kindesverhältnis als Folge der Adoption endete – und dies obwohl die leibliche Mutter mit dem Adoptivvater seit gut 17 Jahren zusammenlebte, ihr Kind pflegebedürftig war und der leibliche Vater des Kindes bereits verstorben war.

Grundrechtliche Überlegungen spielen in den Urteilsbegründungen des Bundesgerichts eine untergeordnete Rolle. Zur Vereinbarkeit der gefundenen Lösung mit

65 EGMR, *Association Rhino et autres c. Suisse* (Anm. 64), Ziff. 65 f.

66 Ebd., Ziff. 67.

67 BGE 133 III 593 E. 5.2. «En vertu de l'art. 190 Cst. [...], le Tribunal fédéral ne peut refuser d'appliquer la disposition de droit civil précitée».

68 Eingehend zum Fall Emonet *Felix Schöbi*, *Stiefkindadoption und Konkubinat*. Bemerkungen zum Urteil des EGMR vom 13. Dezember 2007 i.S. Emonet et al. gegen die Schweiz (3905/03), recht 26 (2008) S. 99 ff.

69 Kritisch dazu *Hertig Randall* (Anm. 22), S. 37.

70 BGE 129 III 656 E. 4.

der Garantie des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) hält das Bundesgericht im Wesentlichen fest, das Grundrecht vermittele keinen Anspruch, eine Form der Adoption zu verlangen, die gesetzlich nicht vorgesehen sei.<sup>71</sup> Eine eigentliche Interessenabwägung nimmt das Bundesgericht dagegen nicht vor. Im Gegensatz zum Fall Rhino rechtfertigt das Gericht diese verkürzte Grundrechtsprüfung nicht mit der Massgeblichkeit von Bundesgesetzen. Im Gegenteil: Im Urteil in Sachen Emonet führt das Gericht ausdrücklich aus, dass gemäss Praxis der Kontrolle einer eidgenössischen Gesetzesbestimmung auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK hin nichts entgegenstehe.<sup>72</sup> Dennoch bleibt die Prüfung unvollständig.

Erst der EGMR überprüft, ob mit der Verweigerung der Adoption ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen der Beschwerdeführer und den Interessen der Allgemeinheit gewahrt wird.<sup>73</sup> Hierfür stellt der Gerichtshof darauf ab, ob der Eingriff in die Garantie des Familienlebens einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht und im Hinblick auf den angestrebten Zweck verhältnismässig erscheint.<sup>74</sup> Im Ergebnis verneint der EGMR beides und kritisiert, das Bundesgericht habe die gesetzlichen Regelungen mechanisch auf eine höchst spezifische Situation angewendet, für welche die Regelungen offensichtlich nicht gedacht seien. Angesichts der spezifischen Umstände des Falls lässt sich die Auflösung des Mutter-Kind-Verhältnisses für den Gerichtshof nicht rechtfertigen.<sup>75</sup>

## VI. Die Neutralisierung der EMRK im Dialog der Gerichte

### 1. Zurückhaltung des Bundesgerichts

Vor bald zwanzig Jahren schrieb der Bundesrat, die richterliche Kontrolle von Bundesgesetzen sei im Grundrechtsbereich «faktisch bereits zu einem grossen Teil eingeführt.»<sup>76</sup> Mittlerweile äussert sich der Bundesrat wesentlich vorsichtiger. Das Bundesgericht habe von seiner selbst geschaffenen Kompetenz, ein EMRK-widriges Bundesgesetz im konkreten Fall nicht anzuwenden, nur mit grosser Zurückhaltung Gebrauch gemacht, heisst es im Bericht des Bundesrats zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.<sup>77</sup>

71 Ebd., E. 5.3.1.

72 Ebd., E. 5.1.

73 EGMR, 13. Dezember 2007, 39051/03 (Emonet et autres c. Suisse), Ziff. 63. Kritisch zum Urteil Frank Schürmann, Adoption im Konkubinatsverhältnis – Zum Urteil des EGMR in Sachen Emonet u.a. gegen die Schweiz vom 13. Dezember 2007, ZBJV 144 (2008), S. 262 ff.

74 EGMR, Emonet et autres c. Suisse (Anm. 73), Ziff. 68.

75 Ebd., Ziff. 79 ff., 86 und 87.

76 Botschaft BV (Anm. 1), BBl 1997 I 509.

77 Bericht des Bundesrats vom 5. März 2010 über das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2010 2263 ff., 2312. So auch Schweizer, in: Ehrenzeller et al. (Anm. 3), Vorbemerkungen zur Justizverfassung N. 38.

Die hier geschilderten Fälle stützen diese Einschätzung: Zumindest im Bereich der Kommunikationsgrundrechte hat sich eine Verfassungs-, Menschenrechts- oder Konventionsgerichtsbarkeit nicht vollständig verwirklicht. Wohl stellt das Bundesgericht in den untersuchten Urteilen den Vorrang der Konvention nur zum Teil direkt infrage. Im Ergebnis hingegen wahrt das Bundesgericht mit dem Verzicht auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung, ohne diese an den Vorgaben der EMRK zu messen. Die EMRK wird bei einem solchen Vorgehen punktuell neutralisiert.

Hinter diesem Vorgehen steht – ausdrücklich oder implizit – die von der Bundesverfassung statuierte Massgeblichkeit von Bundesgesetzen. In den Urteilen schimmert deshalb der ursprüngliche Zweck des Massgeblichkeitsgebots durch: der Schutz der Legislativfunktion.<sup>78</sup> Der Gesetzgeber soll abschliessend über die Gewichtung und Abwägung der konfligierenden Interessen entscheiden können. Das Bundesgericht hat diesen Vorentscheid zu respektieren. Obschon das Bundesgericht die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen im Anwendungsbereich der Konventionsgarantien bereits 1991 verabschiedet hat, hat das verfassungsrechtliche Anwendungsgebot seither wiederholt dazu beigetragen, dass die Schweiz in Strassburg verurteilt worden ist. Es ist dies eine Facette, die in der Debatte um die Rolle des EGMR nicht immer die notwendige Beachtung findet. Der EGMR holt in den geschilderten Fällen lediglich nach, was das Bundesgericht unterlassen hat: Eine Prüfung der Grundrechtseinschränkung am Massstab der Verhältnismässigkeit. Die Gründe für die Verurteilung der Schweiz sind in solchen Fällen ein Stück weit hausgemacht.

### 2. Signale aus Strassburg

Auf den ersten Blick erscheint das Vorgehen des Bundesgerichts als Leerlauf. Bei näherem Hinsehen ist jedoch zu differenzieren. Zunächst fehlt dem Bundesgericht ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Mandat, die Einhaltung der Grundrechte durch den Bundesgesetzgeber sicherzustellen. Dies bleibt nicht ohne Folgen für das Selbstverständnis des Gerichts. Das Bundesgericht, so hat es mit Andreas Zünd einer seiner Richter formuliert, sieht sich «zu Umsicht und Zurückhaltung im Umgang mit einer doch nur indirekt überantworteten Kompetenz» verpflichtet.<sup>79</sup>

Zudem sind die Vorgaben, die das Konventionsrecht macht, nicht immer offenkundig. Für das Bundesgericht ist deshalb mitunter nur schwer absehbar, wie der EGMR entscheiden wird. Das Ergebnis einer Interessenabwägung ist immer sub-

78 Vgl. dazu Hangartner/Looser, in: Ehrenzeller et al. (Anm. 3), N. 1 und 35 zu Art. 190 BV; Johannes Reich, Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt, ZaöRV 68 (2008), S. 979 ff., 995 ff.; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich etc. 2012, S. 683.

79 Zünd (Anm. 17), S. 1352.

ktiv gefärbt.<sup>80</sup> Der auf Einzelfall-Gerechtigkeit zielende Ansatz des Gerichtshofs ist in besonderem Mass mit Unsicherheiten verbunden.<sup>81</sup> Hinzu kommt, dass es für die nationalen Instanzen schwierig sein kann, vorgängig das Ausmass des Beurteilungsspielraums abzuschätzen, der ihnen vom EGMR in der konkreten Streitsache gewährt werden wird.<sup>82</sup>

Das Bundesgericht scheint es in dieser Situation der Unsicherheit teilweise vorzuziehen, auf die Interessenabwägung des Gesetzgebers abzustellen, statt eine eigene Gewichtung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen. In diesem Vorgehen spiegelt sich die «demokratische Färbung» des schweizerischen Menschenrechtsverständnisses, um eine Formulierung von Daniel Thürer aufzugreifen.<sup>83</sup>

Man kann darin eine Verweigerung des Dialogs mit Strassburg sehen.<sup>84</sup> Im Vorgehen des Bundesgerichts lässt sich im Keim aber auch ein Versuch erkennen, den Dialog zwischen den Gerichten um eine demokratische Perspektive zu ergänzen.<sup>85</sup> Gegenüber anderen nationalen Höchstgerichten ist Strassburg auf einen solchen Dialog eingetreten<sup>86</sup> und hat eine gewisse Bereitschaft signalisiert, dem Vorentscheid des Gesetzgebers verstärkt Rechnung zu tragen.<sup>87</sup> Bedingung hierfür ist, dass der Gesetzgeber die grundrechtlichen Implikationen der strittigen Regelung und insbesondere deren Verhältnismässigkeit vertieft abgeklärt hat.<sup>88</sup>

80 Niels Petersen, How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law, German Law Journal 14 (2013), S. 1387 ff., 1392. Zusätzlich erschwert wird die Ausgangslage für das Bundesgericht durch allfällige Praxisänderungen des EGMR; vgl. für den Bereich der politischen Werbung in Radio und Fernsehen EGMR (GC), 22. April 2013, 48876/08 (Animal Defenders International c. Royaume-Uni), und dazu die Urteilsbesprechung von Franz Zeller, Medialex 18 (2013), S. 135 ff.

81 Mitunter verzichtet allerdings auch der EGMR auf eine Einzelfall-orientierte Betrachtung; siehe etwa EGMR (GC), 16. März 2006, 58278/00 (Zdanoka c. Lettonie), Ziff. 114. Vgl. auch Meyer-Ladewig (Anm. 8), Art. 8 N. 120.

82 Vgl. dazu Helen Keller/Amrei Müller, Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität, Justice-Justiz-Giustizia 8 (2012/1), S. 1 ff., 12 ff.

83 Daniel Thürer, Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2, Heidelberg 2007, § 203 Rn. 6.

84 In diesem Sinn Hertig Randall (Anm. 22), S. 32 ff.

85 Vgl. dazu auch Andreas Glaser, Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen. Kantonales, bundesstaatliches und internationales Recht im Zusammenspiel, AJP 25 (2014), S. 60 ff., 75.

86 Vgl. aus britischer Sicht etwa Brenda Hale, Argenteratum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?, Human Rights Law Review 12 (2012), S. 65 ff.

87 Siehe insbesondere EGMR (GC), Animal Defenders International c. Royaume-Uni (Anm. 80), Ziff. 108, 114 und 116. Vgl. auch Gerichtspräsident Dean Spielmann, Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 13 December 2013, S. 1 ff., 5: «It is clear from the case law that the legislative process can be very relevant to the margin of appreciation.»

88 Robert Spano, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, Human Rights Law Review 14 (2014), S. 487 f., 497 ff. Die Bedeutung, die der EGMR dem demokratischen Vorentscheid einräumt, äussert sich in einem erweiterten Beurteilungsspiel-

raum der nationalen Instanzen. Eingehend zum Ganzen Matthew Saul, The European Court of Human Rights Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments, Human Rights Law Review 15 (2015), S. 745 ff.