

Chronik der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Fällen gegen die Schweiz im Jahr 2009

358

DANIEL RIETIKER

lic. iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Strassburg



I. Einleitung

Wie schon in den vergangenen Jahren haben auch 2009 einige **wichtige Urteile** das Bild der Rechtsprechung in Fällen **gegen die Schweiz** geprägt. Sie betreffen ganz verschiedene Garantien der EMRK. Von den sieben verkündeten Urteilen kommt demjenigen der Grossen Kammer im Fall **Verein gegen Tierfabriken N° 2** besondere Bedeutung zu. Es ist nicht übertrieben zu behaupten, dass dieser Fall wichtige Auswirkungen auf das ganze Vertragswerk der EMRK und insbesondere auf die Umsetzung der Urteile zeitigen wird. Zwei Fälle, die typisch schweizerische Rechtsfiguren betreffen, sind die Urteile *Glor* und *Gsell*. Im ersteren sprach sich der Gerichtshof im Lichte des Diskriminierungsverbots im Sinn des Artikels 14 EMRK dezidiert und einstimmig gegen die Bezahlung der Wehrpflichtersatzsteuer durch eine dienstuntaugliche Person aus, und im letzteren war er der Meinung, dass sich die Bündner Regierung zu Unrecht auf die polizeiliche Generalklausel abstützte, um Personen, darunter auch Journalisten, vom *World Economic Forum* fern zu halten. Auf diese Fälle soll in der vorliegenden Chronik näher eingegangen werden. Aber auch im Bereich des Rechts auf Freiheit (Artikel 5 EMRK) und des Rechts auf ein faires Verfahren (Artikel 6 EMRK) hat der Gerichtshof auch dieses Jahr wieder Urteile gegen die Schweiz erlassen, die nachfolgend ebenso Erwähnung finden sollen. Beginnen wollen wir jedoch unsere Übersicht mit den Fällen zum Recht auf Achtung des Privatlebens.

II. Recht auf Achtung des Privatlebens (Artikel 8 EMRK)

A. *S. gegen Schweiz*: mangelnde Flexibilität bei der Übernahme von Kosten für eine Geschlechtsumwandlung

Am 8. Januar 2009 verkündete die erste Kammer des Gerichtshofs das Urteil im Fall *S. gegen Schweiz*.¹ Er verurteilte dabei die Schweiz nicht weniger als drei Mal: infolge einer Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und zweimal aufgrund von Verfahrensmängeln.

1. Sachverhalt

Es ging in diesem Fall um eine im Jahr 1937 geborene Person, die bei der Geburt als M. (männlicher Vorname) S. im Geburtenregister eingetragen wurde und sich im Jahr 2004 einer Geschlechtsumwandlung unterzog. Gemäss ihrer Angaben litt die Beschwerdeführerin, die sich in der Folge unter dem Namen N. (weiblicher Vorname) S. im Zivilstandsregister eintragen liess, bereits seit Kindheit unter sexuellen Identitätskrisen. Diese verdrängte sie jedoch ihr ganzes Leben, heiratete und hatte Kinder. Erst als diese volljährig waren und nachdem die Ehefrau 2002 an Krebs verstarb, unternahm sie konkrete Schritte zur Geschlechtsumwandlung. Im Jahr 2004 unterzog sie sich einer eingehenden Untersuchung und ein ärztliches Gutachten vom 27. Oktober 2004 sprach deutliche Worte: Die Beschwerdeführerin hätte 2002 den Entscheid gefasst, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen und lebte seither ihren Alltag als Frau. Sie hätte auch eine Hormontherapie begonnen und befände sich in psychotherapeutischer und endokrinologischer Behandlung. Es wurde aus dem Gutachten auch ersichtlich, dass die Diagnose «Transsexualismus Mann-Frau» klar gegeben war, dass die Voraussetzungen zu einem operativen Eingriff vorlägen und dass es bloss die besonderen Lebensumstände der Beschwerdeführerin waren, die diese veranlassten, die Geschlechtsumwandlung so lange hinauszuschieben. Insbesondere angesichts ihres fortgeschrittenen Alters, das medizinische Komplikationen nach der Operation nicht auszuschliessen vermochte, war es klar angezeigt, möglichst bald zu der Operation zu schreiten.²

Die SWICA, die Krankenkasse der Beschwerdeführerin, war jedoch anderer Meinung. Mit Brief vom 29. November 2004 wies sie ein Gesuch um Kostenübernahme ab mit dem Hinweis, dass die Kosten nur übernommen werden könnten, wenn es sich um einen «wahren Fall von Transsexualität» handelte, was jedoch nur geprüft werden könne nach Ablauf der vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG) statuierten zweijährigen Beobachtungsfrist.³ Ungeachtet dieses Schreibens unterzog sich die Beschwerdeführerin der Operation und die Geschlechtsumwandlung wurde am 30. November 2004 mit Erfolg durchgeführt.⁴

Die Ablehnung der Kostenübernahme wurde nach der Operation von der SWICA bestätigt. Einer Klage der Beschwerdeführerin an das kantonale Versicherungsgericht war in der Folge Erfolg beschieden.⁵ Dieses Urteil wurde jedoch auf Beschwerde der SWICA hin vom EVG, das in seinem Urteil vom 5. Dezember 2005 der Überzeugung war, dass die Zweijahres-Regel auch bei eindeutiger Diagnose beachtet werden müsse, letztinstanzlich gekippt.⁶

Daniel Rietiker ist juristischer Mitarbeiter, i.S. des Artikel 25 EMRK, des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Strassburg. Die hier vertretenen Ansichten sind seine rein persönlichen.

¹ Beschwerde N° 29002/06.

² Urteil, §§ 6–8.

³ Urteil, §§ 10–11. Zur relevanten Rechtsprechung des EVG siehe die Paragraphen 34–37 des Urteils.

⁴ Urteil, § 12.

⁵ Urteil, §§ 18–21.

⁶ Urteil, §§ 22–28.

licher Unbegründetheit im Sinn von Artikel 35 §§ 3 und 4 EMRK. Insbesondere die Gesamtdauer des innerstaatlichen Verfahrens von gut dreieinhalb Jahren, während denen vier Instanzen durchlaufen wurden, könne gerade angesichts der Komplexität des Falles nicht als übermässig angesehen werden.⁵⁸

3. Fazit

Aufgrund der Verletzung von Artikel 10 EMRK ist die Schweiz verpflichtet, dem Beschwerdeführer angefallene Kosten in Höhe von 8'026.– EUR zu bezahlen. Hingegen war der Gerichtshof der Meinung, dass die Feststellung der Verletzung der EMRK an sich genügend Genugtuung darstellte und deshalb keine separate Summe für immateriellen Schaden zu entrichten sei. Der Fall *Gsell gegen Schweiz* dürfte abgesehen davon bei der Umsetzung keine ernstern Probleme verursachen, haben die Bündner Behörden doch in der Zwischenzeit die gesetzliche Lücke mit der Verabschiedung des neuen Verordnungsartikels geschlossen.

Methodologisch erscheint der Fall solide und schnörkellos. Er zeigt auf, dass der Ermessensspielraum der innerstaatlichen Behörden und Gerichte im Bereich der Meinungsäusserungsfreiheit sehr eingeschränkt ist. Daher darf es auch nicht überraschen, dass der Gerichtshof die Anwendung der polizeilichen Generalklausel durch die Schweizer Gerichte kritisierte und seine eigene Auslegung an diejenige des Bundesgerichts stellte. Die Haupterrungenschaften des Urteils sind wohl die Erkenntnis, dass die einer Publikation vorgeschobenen journalistischen Recherchearbeiten ohne Weiteres von Artikel 10 erfasst sind und die Tatsache, dass der Gesetzgeber unter gewissen Umständen gehalten ist, gewissermassen im Sinne einer positiven Vertragsverpflichtung, vorausschauend neue Gesetze zu erlassen, um kein juristisches Vakuum entstehen zu lassen. Interessant – und wegweisend für zukünftige Fälle, die sich angesichts der Aktualität der Materie sicher einstellen werden – wäre natürlich zu wissen, ob der Gerichtshof die fragliche Massnahme auch als unverhältnismässig eingestuft hätte. Darüber kann jedoch nur spekuliert werden.

B. **Verein gegen Tierfabriken gegen Schweiz (N° 2) (Grosse Kammer): Das Ende einer 15 Jahre dauernden juristischen Odyssee eines TV-Spots**

Auch im Jahr 2009 fällt die Grosse Kammer des Gerichtshofs ein Urteil gegen die Schweiz, und zwar in der Beschwerdesache *Verein gegen Tierfabriken (N° 2)*.⁵⁹ Es ist nicht übertrieben zu behaupten, dass diesem Urteil ein fast 15 Jahre dauerndes juristisches Gezanke vorausgeht, ausgefochten

sowohl vor den Schweizer Instanzen als auch mehrmals in Strassburg. Dabei findet sich am Ausgangspunkt **ein eigentlich ziemlich harmloser Fernsehspot**. Eine der Hauptfragen, mit denen sich die Grosse Kammer auseinandersetzen musste, war, ob der Gerichtshof zuständig ist, die Umsetzung eines seiner eigenen Urteile durch den fehlbaren Staat – im vorliegenden Fall ein Revisionsurteil des Bundesgerichts – zu überprüfen oder ob diese Funktion dem Ministerkomitee im Rahmen des Artikel 46 EMRK vorbehalten ist. Obwohl der Beschwerdeführer im Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 2* keine formelle Rüge aus letzterem Artikel einbrachte, kam der Gerichtshof nicht darum herum, eingehende Analysen zum Umsetzungsmechanismus anzustellen.

1. Sachverhalt

Wie schon angesprochen gehen die relevanten Sachverhaltsmomente weit zurück. Der Beschwerdeführer ist ein dem Tierschutz verpflichteter Verein des Schweizer Rechts und engagiert sich insbesondere gegen die Batteriehaltung.⁶⁰ In diesem Zusammenhang produzierte er, **als Reaktion auf verschiedene TV-Reklamen der Fleischindustrie, einen Fernsehspot von knapp einer Minute. Die erste Sequenz ist untermalt von leiser, klassischer Musik und zeigt, wie ein glückliches Schwein im Wald sein Nest baut für seine Jungen. Der Kommentar unterstreicht den innigen Familiensinn der Schweine. Die zweite Sequenz veranschaulicht die Batteriehaltung von Schweinen, das heisst verschmutzte Tiere, die sich in ihren winzigen Zellen des lärmigen Hangars nervös an den Eisenstäben wetzen. Der Kommentar vergleicht die Haltung der Schweine mit Verhältnissen in Konzentrationslagern und macht deutlich, dass die Tiere mit Medikamenten vollgestopft sind. Der Spot endet mit der Aufforderung: «Essen Sie weniger Fleisch, für Ihre Gesundheit und den Tieren und der Umwelt zuliebe».**⁶¹

Das Gesuch um Ausstrahlung des Spots im Programm der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) wurde jedoch am 24. Januar 1994 von der damaligen AG für das Werbefernsehen (heute: «Publisuisse SA») abgelehnt. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde letztinstanzlich vom Bundesgericht mit Entscheid vom 20. August 1997 abgewiesen.⁶²

Daraufhin gelangte der Beschwerdeführer an die damalige Europäische Menschenrechtskommission, die die Sache per 1. November 1998 an den Gerichtshof verwies. **Mit Urteil vom 28. Juni 2001 verurteilte der Gerichtshof die Schweiz wegen einer Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit.** Er war insbesondere der Ansicht, dass das Argument des Bundesgerichts, wonach es sich beim Verein gegen Tierfabriken um eine mächtige Finanzgruppierung handle, welche die öffentliche Meinung beeinflussen möchte, nicht belegt sei.

⁵⁸ Urteil, §§ 76–80.

⁵⁹ Urteil vom 30. Juni 2009, Beschwerde N° 32772/02.

⁶⁰ Urteil, § 12.

⁶¹ Urteil, § 13.

⁶² Urteil, § 14.

Ganz im Gegenteil, der Beschwerdeführer wolle bloss an die öffentliche Debatte rund um die Batteriehaltung von Tieren beitragen. Somit sei die Nichtausstrahlung des Spots in einem demokratischen Staat nicht zwingend erforderlich gewesen.⁶³ Aufgrund der Verletzung des Artikels 10 musste die Schweiz dem Beschwerdeführer 20'000.– CHF für Auslagen und Kosten bezahlen.

Gestützt auf dieses Urteil versuchte der Beschwerdeführer sein Glück auf zwei verschiedenen Schienen: Einerseits wandte er sich erneut an Publisuisse SA, um den Spot ausstrahlen zu lassen, der aber zusätzlich mit einem Kommentar ausgestattet war, der auf die Verurteilung der Schweiz aufmerksam machte und das Verhalten der Behörden kritisierte. Publisuisse SA lehnte das Gesuch erneut ab, was später auch vom Bundesamt für Kommunikation bestätigt wurde.⁶⁴ Der Beschwerdeführer zog letzteren Entscheid nicht weiter. Andererseits reichte er beim Bundesgericht ein Revisionsgesuch i.S. des Artikel 139a) des Organisationsgesetzes ein. Auch diesem Vorgehen war kein Erfolg beschieden, denn mit Urteil vom 29. April 2002 lehnte das Bundesgericht die Revision seines Urteils vom 20. August 1997 ab. Es war der Meinung, dass der Beschwerdeführer nicht genügend klar gemacht hätte, worin die gewünschte Abänderung des früheren Entscheides und die verlangte Rückleistung bestünde.⁶⁵ Er hätte auch nicht dargetan, inwiefern die Revision über die durch den Gerichtshof zugesprochene Wiedergutmachung hinaus nötig und diese allein hierdurch «möglich» erschien. Ferner hätte der Verein nicht hinreichend aufgezeigt, dass er noch ein Interesse an der Ausstrahlung des umstrittenen Spots habe, gerade weil dieser heutzutage als überholt erscheine, fast acht Jahre nach der ursprünglich vorgesehenen Ausstrahlung und er inzwischen ja mit einem überarbeiteten Spot an die Publisuisse SA gelangt sei. Schliesslich müsse die Ablehnung durch Publisuisse SA, den mit dem neuen Kommentar versehenen Spot auszustrahlen, vor dem Zivilrichter geltend gemacht werden und nicht revisionsrechtlich.⁶⁶

Wie wenn die Sache nicht schon kompliziert genug gewesen wäre, kam noch ein weiteres Element dazu, das das Gesamtbild noch unübersichtlicher machte. Die Schweizer Regierung unterliess es nämlich, aus welchen Gründen auch immer, das Ministerkomitee vom gescheiterten Revisionsgesuch zu unterrichten, welches dann prompt am 22. Juli 2003 die Schlussresolution im Fall *Verein gegen Tierfabriken (N° 2)* verabschiedete, worin auf die Möglichkeit eines Revisionsgesuchs vor dem Bundesgericht aufmerksam gemacht wurde. Unter anderem letzteres Element genigte dem Minis-

terkomitee um anzunehmen, das Risiko einer Wiederholung der vom Gerichtshof festgestellten Verletzung von Artikel 10 sei ausgeschlossen.⁶⁷

2. Urteilsbegründung

Nachdem die 5. Sektion des Gerichtshofs am 4. Oktober 2007 eine neue Verletzung von Artikel 10 festgestellt hatte, verlangte die Schweizer Regierung mit Erfolg den Verweis des Falles an die Grosse Kammer.⁶⁸ Diese bestätigte jedoch deutlich, mit 11 Stimmen gegen 6, seine Kompetenz, die richtige Umsetzung seines Urteils vom 28. Juni 2001 zu überprüfen und kam inhaltlich zum Schluss, dass sich die Schweiz eine erneute Verletzung von Artikel 10 zuschulden kommen liess.

a. Zulässigkeit

aa. Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtswege

Zuerst jedoch musste der Gerichtshof die Einrede der Schweizer Regierung prüfen, wonach die Beschwerdesache wegen Nichterschöpfung für unzulässig zu erklären sei, weil das Bundesgericht auf das Revisionsbegehren des Vereins wegen ungenügender Begründung nicht eingetreten war. Aus der kompromisslosen Begründung des Gerichtshofs fliesst die erste Erkenntnis, die sich das Bundesgericht in Zukunft zu Herzen nehmen sollte, nämlich *obiter dicta* tunlichst zu vermeiden. Im vorliegenden Fall anerkannte der Gerichtshof zwar ohne Weiteres, dass das Revisionsgesuch sehr knapp gehalten war und hätte die Sache vielleicht auch für unzulässig erklärt, hätte das Bundesgericht nicht den Satz hinzugefügt, wonach der Beschwerdeführer nicht genügend dargetan hätte, inwiefern er noch ein Interesse an der Ausstrahlung des umstrittenen Spots habe. Dadurch haben sich die Richter von *Mon Repos* in der Sache geäussert, wie kurz auch immer, und der Gerichtshof konnte gemäss gefestigter Rechtsprechung nicht mehr auf Nichterschöpfung schliessen.⁶⁹

⁶⁷ Die Beilage zur Resolution enthält den folgenden Paragraphen: «Le Gouvernement de la Suisse considère qu'au vu des informations mentionnées ci-dessus, il n'y a désormais plus de risque de voir se répéter la violation constatée dans la présente affaire et qu'en conséquence, il a satisfait à ses obligations au titre de l'article 46, paragraphe premier, de la Convention.»

⁶⁸ Siehe zu Kritiken des Urteils der 5. Kammer MAYA HERTIG RANDALL/XAVIER-BAPTISTE RUEDIN, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à la lumière de l'arrêt Verein gegen Tierfabriken (VgT) c. Suisse du 4 octobre 2007*, AJP/PJA 2008, 651–664, und HEINZ AEMISEGGER, *Zur Umsetzung der EMRK in der Schweiz*, in: Jusletter 20. Juli 2009, insbesondere 6–8.

⁶⁹ Urteil, § 43 und f., die auf das Urteil der Kammer verweisen, das die Frage wie folgt zusammengefasst hatte: «34. La Cour observe que la demande de révision de l'association requérante était formulée de manière très sommaire et à peine compatible avec les exigences de l'article 140 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire. Néanmoins, dans la mesure où le Tribunal fédéral, après avoir exposé les motifs d'irrecevabilité, a

⁶³ Urteil, § 18.

⁶⁴ Urteil, § 24.

⁶⁵ Der ehemalige Artikel 140 OG besagte: «Im Gesuch ist mit Angabe der Beweismittel das Revisionsgesuch und dessen rechtzeitige Geltendmachung darzulegen und anzugeben, welche Abänderung des früheren Entscheides und welche Rückleistung verlangt wird.»

⁶⁶ Urteil, § 23, mit Zitaten der relevanten Passagen des BGE.

bb. Kompetenz des Gerichtshofs *ratione materiae*

Was die Kompetenz des Gerichtshofs *ratione materiae* angeht, so stellte die Grosse Kammer fest, dass sich das Revisionsurteil des Bundesgerichts auf neue Gründe gestützt hatte, die geeignet seien, eine weitere Verletzung von Artikel 10 EMRK zu begründen. Deshalb sei seine Zuständigkeit gegeben und nicht diejenige des Ministerkomitees. Das Prinzip, dass der Gerichtshof auf eine neue Beschwerde eintreten kann, mit welcher geltend gemacht wird, die Wiedereröffnung eines Verfahrens auf innerstaatlicher Ebene hätte zu einer weiteren Verletzung geführt, ist gar nicht revolutionär,⁷⁰ aber der Gerichtshof war wohl im vorliegenden Fall grosszügiger als in vorhergehenden Fällen bei der Frage, ob die Anschlussbeschwerde wirklich als eine neue Eingabe angesehen werden kann oder ob es sich um eine Beschwerde handelt, die «im Wesentlichen mit einer schon vorher vom Gerichtshof geprüften Beschwerde übereinstimmt», i.S. des Artikel 35 § 2 b) EMRK.⁷¹

Der Gerichtshof liess es jedoch nicht dabei bewenden und entkräftete auf überzeugende Weise das Argument der Regierung, die geltend machte, der Gerichtshof verletzte bei einer Bejahung seiner Kompetenz den Grundsatz der Gewaltenteilung im Sinn des Artikels 46 EMRK. Erstens erinnerte er daran, dass für Fragen der Zuständigkeit er selber zuständig ist; das heisst er hat gemäss Artikel 32 § 2 EMRK die Kompetenzkompetenz inne.⁷² Zweitens stellte der Gerichtshof eher eine «Billigkeitsüberlegung» an, die jedoch in einem Fehlverhalten der Regierung gründet, nämlich der Unterlassung, das Ministerkomitee vom negativen Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens zu unterrichten, bevor das Ministerkomitee seine Schlussresolution verabschiedete. Da das Ministerkomitee nicht bereit war, auf diese zurückzukommen und das Revisionsurteil – wie auch immer – zu berücksichtigen, wäre der Beschwerdeführer, hätte sich der Gerichtshof auch für unzuständig erklärt, geradewegs zwischen Stuhl (missratene Urteilsumsetzung unter der Aufsicht des Ministerkomitees) und Bank (Weigerung des Gerichtshofs, neue Beschwerde entgegenzunehmen) gefallen.⁷³ Mit

conclu que l'association requérante n'avait pas suffisamment démontré qu'elle avait encore un intérêt à la diffusion du spot télévisé dans sa version originale, la Cour est d'avis, à la lumière de sa jurisprudence, que ce grief ne peut pas être rejeté pour non-épuisement des voies de recours internes, étant donné que cette juridiction s'est prononcée, aussi brièvement fût-il, sur le fond de l'affaire en estimant que l'association requérante n'avait probablement plus d'intérêt à la diffusion télévisée du spot dans sa version originale (...).»

⁷⁰ Siehe die in den Paragraphen 62 und f. des Urteils zitierte Rechtsprechung.

⁷¹ Urteil, § 63.

⁷² Urteil, § 66. Artikel 32 § 2: «Besteht Streit über die Zuständigkeit des Gerichtshofs, so entscheidet der Gerichtshof.»

⁷³ Der Gerichtshof formulierte es zutreffend wie folgt: «Si la Cour ne pouvait en connaître, il serait soustrait à tout contrôle au titre de la Convention.» (§ 67).

anderen Worten ist es sicher gerechtfertigt, angesichts der ganz besonderen Umstände des Falls und des Zusammenspiels unglücklicher Elemente, dass sich der Gerichtshof der neuen Beschwerde angenommen hat, auch wenn das aufgrund seiner eher vorsichtigen früheren Rechtsprechung vielleicht überraschen mag.

b. Inhaltlich**aa. Systematische Auslegung der EMRK**

Schliesslich ging der Gerichtshof daran, die Frage zu analysieren, ob das Bundesgericht, durch die Abweisung des Revisionsgesuchs, eine neue Verletzung der Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers beging. Wie eingangs erwähnt, bejahte der Gerichtshof die Frage. Auffallend ist bereits seine Vorgehensweise. Einleitend machte er klar, dass er seine Prüfung, im Gegensatz zur Kammer, nicht anhand der klassischen Eingriffstheorie, sondern im Lichte positiver Vertragspflichten, die sich allenfalls im vorliegenden Fall unter Artikel 10 EMRK aufgedrängt hätten, vorzunehmen gedachte.⁷⁴ Ferner erinnerte der Gerichtshof daran, dass die jeweiligen Konventionsgarantien, im vorliegenden Fall Artikel 10, nicht isoliert, sondern im Sinn einer systematischen Auslegung analysiert werden müssen und dass deshalb hier die Frage, ob es zu einer neuen Verletzung von dieser Garantie gekommen sei, im Lichte der effektiven Umsetzung der Urteile des Gerichtshofs beantwortet werden müsse.⁷⁵ So liegt der vorliegende Fall wohl an der Schnittstelle zwischen Artikel 10 und 46 EMRK.

bb. Prinzipien der Urteilsumsetzung (Artikel 46 EMRK)

Folglich kam der Gerichtshof nicht darum herum, in einem zweiten Schritt die Grundsätze der Umsetzung der Urteile in Erinnerung zu rufen. Hier bloss die allerwichtigsten: Der Gerichtshof machte deutlich, dass sich das System der EMRK von anderen Menschenrechtssystemen unterscheidet, indem es für die Vertragsstaaten verbindliche Rechte vorsieht, deren Einhaltung von einem gerichtlichen Organ überprüft wird.⁷⁶ Das System sieht weiter einen Mechanismus zur Überprüfung der Umsetzung der Urteile durch die Staaten vor, und zwar durch das Ministerkomitee des Europarats.⁷⁷

Daraus folgt auch, dass die Staaten für die fehlerhafte oder ungenügende Vollstreckung der Urteile des Gerichtshofs er-

⁷⁴ Urteil, §§ 78–82.

⁷⁵ Urteil, § 83: «La Cour rappelle qu'il convient de lire la Convention comme un tout. Dans le contexte de la présente affaire, la question de savoir s'il y a eu une nouvelle violation de l'article 10 doit nécessairement être examinée en tenant compte de l'importance, dans le système de la Convention, de l'exécution effective des arrêts de la Cour conformément à l'article 46 de la Convention qui est libellé comme suit (...).»

⁷⁶ Artikel 19 i.V. mit Artikel 46 § 1 EMRK; siehe dazu mehr im Urteil, § 84.

⁷⁷ 46 § 2 EMRK.

neut völkerrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Ferner bestehe auch kein Zweifel daran, dass das Ziel der Vollstreckungsmassnahmen durch die Staaten, wenn möglich, die *restitutio in integrum* sei, das heisst die geschädigte Person in die Lage zu versetzen, in welcher sie sich ohne Verletzung der EMRK befinden würde;⁷⁸ dies sei schliesslich auch im gemeinen Völkerrecht, das heisst in der klassischen Staatenhaftung für unerlaubtes Handeln, der Fall.⁷⁹ Die grundlegendste Pflicht der Staaten sei es, im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens das Ministerkomitee komplett und «à jour» über den Stand der Vollstreckung eines Urteils zu informieren.⁸⁰ In diesem Zusammenhang erinnerte der Gerichtshof an eine andere, eigentlich ganz selbstverständliche völkerrechtliche Regel, an die aber trotzdem nicht genug oft erinnert werden kann, nämlich diejenige, die den Staaten gebietet, internationale Verträge **nach Treu und Glauben** zu erfüllen (*pacta sunt servanda*).⁸¹

Im Weiteren räumte der Gerichtshof aber auch ein, dass die Vertragsstaaten grundsätzlich frei sind in der Wahl der Mittel zur Gewährleistung der *restitutio in integrum*, wenn nicht der Gerichtshof – was im vorliegenden Fall nicht gegeben war – im Urteilsdispositiv verbindlich festhält, was er genau vom fehlbaren Staat erwartet.⁸² Dies hat er insbesondere in Fällen, da er eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren moniert hatte, verschiedentlich gemacht, indem er die fehlbaren Staaten anwies, die zweifelhaften Verfahren neu aufzurollen.⁸³ Gerade zu dieser Situation, der Revision eines innerstaatlichen Verfahrens, wie sie auch dem Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 2* zu Grunde liegt, äusserte sich der Gerichtshof zum Abschluss des Teils über die Grundsätze der Vollstreckung der Urteile eingehend. Zwar seien Mechanismen im innerstaatlichen Recht, die es erlauben, ein Verfahren neu aufzurollen, zu begrüssen und grundsätzlich wünschenswert.⁸⁴ Und trotzdem brachte der Gerichtshof

ganz klar zum Ausdruck, dass die blosse Existenz solcher Revisionsverfahren nicht genügt, sondern dass diese auch geeignet sein müssen, die Urteile korrekt und vollständig umzusetzen, insbesondere im Lichte der Praxis des Ministerkomitees, den Ausgang der Wiederaufnahmeverfahren nicht abzuwarten, sondern bei der Verabschiedung der Schlussresolution zur Beendigung der Urteilsvollstreckung lediglich auf diese Möglichkeit aufmerksam zu machen. Wie wir schon bei der Frage der Zuständigkeit des Gerichtshofs bemerkt haben, wäre es unbillig, einen Beschwerdeführer einem ineffektiven innerstaatlichen Revisionsverfahren auszusetzen und gleichzeitig die Pforte der Strassburger Institutionen für immer zu schliessen. Darin liegt gemäss Gerichtshof, entgegen der Behauptung der Schweizer Regierung, auch keine Ungleichbehandlung derjenigen Staaten, die löblicherweise ein solches Revisionsverfahren eingeführt haben.⁸⁵

cc. Anwendung der Prinzipien auf das Verbot der Ausstrahlung des TV-Spots

Schliesslich ging es darum, die aufgezeigten Prinzipien auf den vorliegenden Sachverhalt und die Rüge aus Artikel 10 EMRK anzuwenden. Sehr wichtig dabei ist die einleitende Bemerkung des Gerichtshofs, dass der Paragraph 2 dieser Bestimmung praktisch keine Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit zulässt, wenn es um Themen von öffentlichem Interesse geht. Im vorliegenden Fall war es denn auch unbestritten, dass die Frage der Nutztierhaltung – relevant für Umwelt-, Tier- und Konsumentenschutz – im öffentlichen Interesse lag.⁸⁶ Ein weiteres Argument gegen die Regierung war auch, dass der Spot nie ausgestrahlt wurde, denn präventive Einschränkungen und Zensuren der Meinungsäusserungsfreiheit sind in einer demokratischen Gesellschaft Gift.⁸⁷

Weiter war der Gerichtshof der Ansicht, das **Bundesgericht** hätte **überspitzt formalistisch** gehandelt, als es das Revisionsgesuch unter Hinweis auf die ungenügende Begründung ablehnte, wurde es doch aus dem Gesamtzusammenhang ersichtlich, dass der Beschwerdeführer nichts anderes als die Ausstrahlung des eingereichten TV-Spots erwirken wollte.⁸⁸ **Auch hätte sich das Bundesgericht in die Rolle des Beschwerdeführers versetzt und – an dessen Stelle – behauptet, es bestehe kein Interesse mehr an der Ausstrahlung des Spots.** Der Gerichtshof kritisierte dabei, dass das Bundesgericht nicht selber dargetan hätte, inwiefern die Debatte um die Nutztierhaltung seit Einreichen des Spots ei-

⁷⁸ Urteil, § 85, mit der zitierten Rechtsprechung.

⁷⁹ Urteil, § 86, mit Verweis auf Artikel 35 des Entwurfs der Völkerrechtskommission über die Verantwortung der Staaten für unerlaubtes Handeln, der anlässlich der 53. Versammlung der Generalversammlung der UNO, im Jahr 2001, verabschiedet wurde (für den Text des Artikels 35 siehe § 36 des Urteils).

⁸⁰ Urteil, § 87. Diese Pflicht ergibt sich aus Regel 6 der «Regeln über die Überwachung der Vollstreckung der Urteile und der gütlichen Einigungen», welche das Ministerkomitee anlässlich der 964. Sitzung der Ministerdelegierten vom 10. Mai 2006 (für teilweise Wiedergabe des Dokuments siehe Urteil, § 35) erliess.

⁸¹ Diese Verpflichtung ergibt sich insbesondere aus der Präambel und aus Artikel 26 der Wiener Vertragskonvention von 1969 (siehe Urteil, § 87, mit Verweis auf § 37).

⁸² Urteil, § 88, mit der zitierten Rechtsprechung.

⁸³ Siehe die Rechtsprechung in Paragraph 89 des Urteils.

⁸⁴ Diese Überzeugung kommt auch deutlich zum Ausdruck in der Empfehlung R(2000)2 des Ministerkomitees vom 19. Januar 2000 über die Revision oder Wiedereröffnung von gewissen Fällen vor den innerstaatlichen Instanzen nach Urteilen des Gerichtshofes (siehe zum Texte das Urteil, § 33).

⁸⁵ Urteil, § 90. Der Meinung der Regierung schloss sich auch der nationale Richter, Giorgio Malinverni, in seinem Sondervotum an, an welches sich drei weitere Richter anschlossen (§ 25 des Sondervotums).

⁸⁶ Urteil, § 92, mit der zitierten Rechtsprechung.

⁸⁷ Urteil, § 93, mit dem relevanten Zitat: «(...) les restrictions préalables à une publication présentent de si grands dangers qu'elles appellent l'examen le plus scrupuleux (...)»

⁸⁸ Urteil, § 94.

nen anderen Lauf genommen oder an ihrer Aktualität eingebüsst hätte. Er verwarf auch das Argument der Regierung, wonach dem Beschwerdeführer andere Wege, zum Beispiel Regional- oder Privatsender, zur Ausstrahlung offen stünden mit der Begründung, dass es nicht angeht, dass Dritte die Verantwortung übernehmen müssen für eine Schuld, die auf den Schultern der Behörden lastet, nämlich die richtige Umsetzung eines verbindlichen Urteils des Gerichtshofs.⁸⁹

Genau so wenig Gnade fanden die Argumente, wonach das Bundesgericht die SRG sowieso nicht hätte anweisen können, den Spot auszustrahlen und dass der Beschwerdeführer ein zivilrechtliches Verfahren hätte anstrengen sollen, und zwar weil es den Staaten obliegt, ihr Rechtssystem so zu gestalten, dass den Anforderungen der EMRK entsprochen werden kann.⁹⁰ Schliesslich fügte der Gerichtshof noch hinzu, obwohl das von der Regierung nicht moniert wurde, dass die Möglichkeit, dass der Spot von den Fernsehzuschauer als unangenehm – oder von der Fleischindustrie als störend – empfunden werden könnte, auch nicht ausreicht, um eine Nicht-Ausstrahlung zu begründen, denn die Meinungsäusserungsfreiheit gelte nicht bloss für Ideen und Informationen, die mit Wohlwollen aufgenommen werden. So wollen es der Pluralismus, die Toleranz und die Offenheit, ohne die es keine «demokratische Gesellschaft» gäbe.⁹¹

3. Fazit

So kam der Gerichtshof zum Schluss, dass die Schweizer Behörden ihren positiven Pflichten nicht nachgekommen waren, dem TV-Spot zur Ausstrahlung zu verhelfen. Er sprach deshalb eine Verletzung von Artikel 10 aus. Das Resultat und seine Deutlichkeit⁹² mögen zwar etwas überraschen, trotzdem erscheint die Kritik des Gerichtshof am Urteil des Bundesgerichts wie auch diejenige – etwas versteckte – an die Adresse der Schweizer Regierung, die es unterlassen hatte, das Ministerkomitee vom Scheitern des Revisionsgesuchs tunlichst zu unterrichten, im Sinne einer Einzelfallgerechtigkeit billig und gerechtfertigt. Es reicht halt nicht, Revisionsverfahren zu schaffen, die sich dann als nicht effizient herausstellen. Deutlich und unmissverständlich ist das Strassburger Verdikt auch bezüglich der Frage der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges und der damit sanktionierten bundesgerichtlichen Praxis der *obiter dicta*.

Kritiker des vorliegenden Urteils werden im sehr detaillierten Sondervotum des nationalen Richters, Giorgio

Malinverni, überzeugende Argumentationsstütze finden.⁹³ Er scheint *a priori* die Notwendigkeit der Wiedergutmachung der fehlgeschlagenen Vollstreckung nicht in Frage zu stellen, siedelt die Verantwortung und Zuständigkeit dafür jedoch eher beim Ministerkomitee und weniger beim Gerichtshof an.⁹⁴ Der Zankapfel besteht also eher darin, wer das fehlbare Urteil des Bundesgerichts hätte korrigieren sollen. Es ist in diesem Zusammenhang interessant anzumerken, dass das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK einen neuen Paragraphen 3 zum Artikel 46 EMRK vorsieht, welcher dem Ministerkomitee die Möglichkeit gibt, mit einer Zweidrittelmehrheit dem Gerichtshof die Frage zu unterbreiten, ob ein bestimmter Staat ein Urteil richtig und genügend umgesetzt hat oder nicht.⁹⁵ In diesem Sinne hat der Gerichtshof im Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 2* nichts anderes gemacht als seine eigene Kompetenz für solche Situationen zu bestätigen, wenn auch im vorliegenden Fall ohne ausdrückliche Ermächtigung durch das Ministerkomitee.

Die Zukunft wird zeigen müssen, ob es sich beim vorliegenden Fall um eine echte Praxisänderung des Gerichtshofs handelt – das Urteil scheint nicht unbedingt davon auszugehen – oder ob die ganz besonderen Umstände des Falles, das heisst die ungeschickte Begründung des bundesgerichtlichen Urteils, die unterlassene Information durch die Schweizer Regierung hinsichtlich des Scheiterns des Revisionsbegehrens und die Weigerung des Ministerkomitees, den Fall daraufhin neu aufzurollen, sowie der Rahmen des Geschehens, das heisst ein unter Artikel 10 EMRK zu subsumierendes Verbot eines TV-Spots, der über Missstände in der Tierhaltung und -zucht informieren will, eher auf einen Anwendungsfall von Einzelfallgerechtigkeit schliessen lassen. Nicht auszuschliessen ist eine Praxisänderung seitens des Ministerkomitees, das zukünftig eher geneigt sein dürfte, mit der Verabschiedung von Schlussresolutionen und dem Abschluss des Umsetzungsprozesses zuzuwarten. Innovativ ist der vorliegende Fall insofern, als er den Vollzug der Urteile durch die Vertragsstaaten unter dem Aspekt positiver Vertragspflichten und im Lichte des Artikels 46 EMRK prüfte.

Das Bundesgericht unterwarf sich denn auch rasch dem Strassburger Verdikt, indem es ein erneutes Revisionsgesuch des Beschwerdeführers vom 29. September 2009 mit Urteil vom 4. November 2009 guthiess. Es nimmt die vom Gerichtshof geäusserte Kritik auf und machte unmissverständlich und überzeugend klar:

«3.2 Die SRG, die sich offenbar nach wie vor gegen die beantragte Ausstrahlung wendet, ist daran zu erinnern, dass nach Artikel 35 Abs. 1 BV die Grundrechte in der ganzen Rechts-

⁸⁹ Urteil, § 95.

⁹⁰ Urteil, § 97, mit Rechtsprechung.

⁹¹ Urteil, § 96, mit Rechtsprechung.

⁹² Das Urteil wurde erstens mit 11 gegen 6 Stimmen gefällt und zweitens befinden sich bei der Mehrheit der Stimmen diejenigen des Präsidenten des Gerichtshofes (Costa) sowie aller drei im Fall sitzenden Kammerpräsidenten (Rozakis, Tulkens und Casadevall).

⁹³ An dieses Votum haben sich die Richter Birsan (Rumänien), Myjer (Niederlande) und Berro-Lefèvre (Monaco) angeschlossen.

⁹⁴ Siehe insbesondere den Paragraphen 7 des Sondervotums.

⁹⁵ Das 14. Protokoll wurde von allen EMRK-Vertragsstaaten ratifiziert. Das 14. Protokoll soll am 1. Juni 2010 in Kraft treten.

ordnung zur Geltung kommen müssen; wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu deren Verwirklichung beizutragen (Abs. 2). Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Abs. 3). (...)

Zwar handelt die SRG im Werdebereich wie dargelegt privatrechtlich, doch ist die Werbung eng mit ihrer Programmkonzession bzw. ihrem Programmauftrag verbunden und von diesem abhängig. Sie ist deshalb gehalten, dem Urteil des Gerichtshofs vom 2. Juli 2001 nunmehr (direkt) Rechnung zu tragen und der von ihm im Urteil vom 30. Juni 2009 geforderten «*restitutio in integrum*» zum Durchbruch zu verhelfen. Zwar vertrat das Bundesgericht im Urteil vom 29. April 2002 die Ansicht, dass dies im konkreten Fall über eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte auf dem Zivilweg zu geschehen habe (...); hieran kann nach dem Entscheid der Grossen Kammer vom 30. Juni 2009 im konkreten Fall indessen nicht festgehalten werden. Die Tatsache, dass der konventionskonforme Zustand auf einem anderen Weg als über die Revision erreicht werden kann (...), darf nach den Feststellungen der Grossen Kammer – im vorliegenden Fall – einer unmittelbaren Umsetzung eines konventionskonformen Zustands im rundfunkrechtlichen Verfahren nicht entgegenstehen (Ziff. 97 des Urteils vom 30. Juni 2009) (...).

Sollte die SRG – nach dem Entscheid der Grossen Kammer vom 30. Juni 2009 – im konkreten Fall nicht innerhalb vernünftiger Frist zu einer Lösung Hand bieten, so wären allenfalls konzessionsrechtliche Massnahmen zu prüfen.»

In der Tat wurde der umstrittene TV-Spot am Schweizer Fernsehen ausgestrahlt, und zwar täglich zwischen 27. und 29. Januar 2010, jeweils nach Meteo, um 20.00 Uhr. Somit konnte ein Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 3* verhindert werden. Eine andere Frage ist, was mit dem Artikel 122 BGG geschehen soll, der Artikel 139a des Organisationsgesetzes abgelöst hat und die Grundlage zu Revisionsgesuchen nach einer Verletzung der EMRK bildet. Angesichts der Tatsache, dass dieser Mechanismus in der jüngeren Praxis immer wieder zu Problemen geführt und zu Diskussionen Anlass gegeben hat, ist wohl weder eine Änderung noch eine Aufhebung ausgeschlossen. Ob letztere Variante die Verpflichtung der Schweizer Behörden, endgültige Urteile des Gerichtshofs im Sinn von Artikel 46 EMRK umzusetzen, erleichtern würde, muss trotz der Odyssee, die der Fall *Verein gegen Tierfabriken* seit 1994 gemacht hat, bezweifelt werden.

V. Recht auf Freiheit (Artikel 5 EMRK): *Shabani gegen Schweiz*: Auch eine Untersuchungshaft von über fünf Jahren kann EMRK-verträglich sein

Auch im Jahr 2009 fällte der Gerichtshof ein Urteil gegen die Schweiz bezüglich des Rechts auf Freiheit im Sinn des Artikel 5 EMRK. Im Fall *Shabani gegen Schweiz* beurteilte er den Fall eines Beschwerdeführers aus dem Kosovo, der insbesondere wegen Verdachts von Drogendelikten in Untersu-

chungshaft gesetzt wurde.⁹⁶ Trotz der langen Haftdauer von fünf Jahren sprach die erste Kammer des Gerichtshofs eine Nicht-Verletzung von Artikel 5 § 3 aus, der besagt, dass entweder das Urteil innerhalb angemessener Frist ergehen oder der Angeklagte entlassen werden muss. Das Urteil erging mit der knappst möglichen Mehrheit von 4 zu 3 Stimmen.⁹⁷

A. Sachverhalt

Am 28. Oktober 2002 eröffnete die Bundesstaatsanwaltschaft Voruntersuchungen gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts auf schwere Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz und wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation. Er wurde verdächtigt, zusammen mit seiner Familie und Drittpersonen internationalen Drogenhandel im grossen Stil betrieben zu haben.⁹⁸ Am 2. August 2003 wurde er in Mazedonien verhaftet und am 29. Oktober 2003 den Schweizer Behörden überstellt, wo er gleichentags in Untersuchungshaft gesetzt wurde.⁹⁹ Verschiedene Entlassungsgesuche wurden in der Folge von der Bundesstaatsanwaltschaft, dem Eidgenössischen Untersuchungsrichter, dem Bundesstrafgericht und dem Bundesgericht abgelehnt.¹⁰⁰ Dabei begründeten die Instanzen die Haft des Beschwerdeführers mit dem dringenden Tatverdacht, der zu erwartenden schweren Strafe sowie der konkreten Kollusions- und Fluchtgefahr, letztere weil der Beschwerdeführer über keine persönlichen Bindungen zur Schweiz verfügte. Die Gerichte fanden auch, dass es sich um ein extrem kompliziertes Verfahren handelte. Am 6. Dezember 2007 schliesslich erhob die Bundesstaatsanwaltschaft Anklage gegen den Beschwerdeführer.¹⁰¹ Am 5. März 2008 informierte der Präsident des Bundesstrafgerichts die Parteien, dass der Prozess zwischen 18. und 28. August 2008 stattfinden soll.¹⁰² Eine frühere Ansetzung sei aus praktischen Gründen nicht möglich, da die öffentliche Verhandlung ein grosses Aufgebot an Sicherheitspersonal notwendig mache und sich früher nicht genügend Leute aufbieten liessen.¹⁰³ Dieser Zeitrahmen wurde eingehalten und der Beschwerdeführer wurde vom Bundesstrafgericht am 30. Oktober 2008 zu 15 Jahren verurteilt.¹⁰⁴

⁹⁶ *Shabani gegen Schweiz*, Beschwerde N° 29044/06, Urteil vom 5. November 2009. Das Urteil wurde am 5. Februar 2010 rechtskräftig.

⁹⁷ Siehe das Sondervotum der Richter Rozakis, Steiner und Hajiyev.

⁹⁸ Urteil, § 7.

⁹⁹ Urteil, § 8.

¹⁰⁰ Urteil, §§ 9–23.

¹⁰¹ Urteil, § 24.

¹⁰² Urteil, § 26.

¹⁰³ Siehe dazu die ausführliche Begründung des Urteils des Bundesgerichts vom 14. Mai 2008 (wiedergegeben im Paragraphen 28 des Urteils).

¹⁰⁴ Urteil, § 30.

B. Urteilsbegründung

Der Gerichtshof machte einleitend klar, dass die für die Rüge aus Artikel 5 § 3 EMRK zu beurteilende Untersuchungshaft am 29. Oktober 2003 begann und am 30. Oktober 2008 beendet war. Sie dauerte also ziemlich genau fünf Jahre.¹⁰⁵ Weiter war der Gerichtshof der Meinung, dass sowohl die Gründe für die Inhaftierung des Beschwerdeführers, das heisst der dringende Tatverdacht, wie auch diejenigen für die Haftverlängerungen, das heisst die Kollusions- und Fluchtgefahr, im vorliegenden Fall gegeben waren. Die innerstaatlichen Behörden hätten auch tunlichst dargetan, dass keine Alternativen zur Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft bestünden, zum Beispiel durch Hinterlegung einer Kaution.¹⁰⁶ Auch diese Frage ist gemäss jüngerer Rechtsprechung Bestandteil der Prüfung der Frage der Übereinstimmung der Haftdauer mit Artikel 5 § 3 EMRK.¹⁰⁷

Die im vorliegenden Fall zentrale Frage war jedoch, ob die Behörden und Gerichte das Beschleunigungsprinzip respektiert haben, insbesondere im Lichte der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofes, der bei einer Haftdauer von mehr als fünf Jahren unseres Wissens immer auf Verletzung von Artikel 5 § 3 geschlossen hat.¹⁰⁸ Im vorliegenden Fall teilte der Gerichtshof die Meinung der innerstaatlichen Gerichte und der Regierung, wonach es sich um ein überaus kompliziertes Ermittlungs- und Strafverfahren gehandelt hatte, während dessen sich der Beschwerdeführer als Kopf einer kriminellen, international tätigen Organisation herausstellte. Das Argument des Beschwerdeführers, wonach die Verfolgungsbehörden bei den Untersuchungen mit Kanonen auf Spatzen geschossen hätten, wurde vom Gerichtshof mit dem Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Bekämpfung des Übels der Drogen und der Bestrafung der Täter dieser schlimmen Verbrechen verworfen. Er verwies dabei *mutatis mutandis* auf seine in Fällen der Abschiebung von straffälligen Ausländern entwickelte, sehr restriktive Rechtsprechung in Bezug auf Artikel 8 EMRK.¹⁰⁹ Er präzisierte ferner zu Recht, dass es grundsätzlich im Ermessen und in der Zuständigkeit der innerstaatlichen Behörden und Gerichte liege abzuschätzen, welche – und bezüglich welcher Straftatbestände – Untersuchungsmaßnahmen als angezeigt erscheinen (*Opportunitätsprinzip*).¹¹⁰ Im Übrigen ergäben

sich aus den Gesamtumständen keine Zeitabschnitte, in welchen die Behörden und Gerichte inaktiv geblieben oder in welchen grössere Verzögerungen zu beklagen gewesen seien.¹¹¹ In diesem Zusammenhang war die Mehrheit der Kammer der Überzeugung, dass die Ansetzung der Verhandlung ganze 8 Monate nach Anklageerhebung an sich kein Problem in Bezug auf Artikel 5 § 3 EMRK darstellte, da diese Verzögerung detailliert und einleuchtend mit Sicherheitsüberlegungen begründet wurde.¹¹²

C. Fazit

So kam die Kammer zum Schluss, dass angesichts der Probleme, die die Bekämpfung des organisierten Verbrechens mit sich bringe und der hohen Komplexität der Sache des Beschwerdeführers als Kopf einer international agierenden kriminellen Organisation, die Haftdauer von 5 Jahren zwar beträchtlich, aber im Lichte der Gesamtumstände im vorliegenden Fall nicht als exzessiv zu betrachten sei. Der Gerichtshof war deshalb der Meinung, dass keine Verletzung von Artikel 5 § 3 EMRK vorlag.¹¹³ Es war schliesslich vor allem das letztgenannte Element, das heisst jenes bezüglich der Ansetzung der Verhandlung zwischen dem 18. und dem 28. August 2008, das die Minderheit der Richter zu einem abweichenden Votum veranlasste. Die drei Richter brachten darin ihre Überzeugung zum Ausdruck, wonach angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Anklageerhebung bereits über 4 Jahre in Haft sass, es nicht mit der EMRK in Einklang zu bringen sei, weitere Zeit zu verlieren bloss mit der Begründung, es hätten sich früher nicht genügend Sicherheitskräfte aufbieten lassen. Die Grundprämisse ist klar und eindeutig und wurde auch im Fall *Shabani* vom Gerichtshof in Erinnerung gerufen: Die Freiheit des Individuums im Sinn von Artikel 5 EMRK ist die Regel und eine Haft, als schwere Einschränkung in die Menschenrechte, muss die Ausnahme bilden und deren Voraussetzungen müssen restriktiv ausgelegt werden.¹¹⁴ Angesichts der strengen Anforderungen an die Beschleunigung der Untersuchungen und des Verfahrens, wenn sich der Verdächtige in Untersuchungshaft befindet, erscheint die vom Beschwerdeführer erlittene Haftdauer wohl in der Tat als Grenzfall.

¹⁰⁵ Urteil, § 58.

¹⁰⁶ Urteil, § 62 f.

¹⁰⁷ Siehe die in Paragraph 63 des Urteils zitierte Rechtsprechung.

¹⁰⁸ Siehe die in Paragraph 64 des Urteils zitierte Rechtsprechung.

¹⁰⁹ Siehe § 66: «Il est incontestable que les infractions dont le requérant était soupçonné constituent des atteintes graves à l'ordre public et à la protection de la santé d'autrui. Au vu des ravages provoqués par la drogue, la Cour a jugé que les autorités doivent faire preuve d'une grande fermeté à l'égard de ceux qui contribuent à la propagation de ce fléau (...).»

¹¹⁰ Siehe den im Paragraphen 66 des Urteils zitierten Verweis auf den Fall *Stoll gegen Schweiz* (Grosse Kammer), Beschwerde N° 69698/01, § 159, CEDH 2007-XIV.

¹¹¹ Urteil, § 67.

¹¹² Urteil, § 68.

¹¹³ Urteil, § 69.

¹¹⁴ Zu den Prinzipien des Artikels 5 § 3 EMRK siehe die Paragraphen 54–57.

VI. Recht auf ein faires Verfahren (Artikel 6)

A. In zivilrechtlichen Angelegenheiten

1. Verweise

Auch mit dem Recht auf ein faires Verfahren musste sich der Gerichtshof in Schweizer Beschwerdesachen im Jahr 2009 befassen. Die bereits beschriebenen Fälle *S.* und *Gsell* beinhalteten beide eine Komponente aus Artikel 6 EMRK. Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann an dieser Stelle verwiesen werden.

2. *Eiffage S.A. und andere gegen Schweiz: Beschwerde betreffend angeblich unfairem Schiedsgerichtsverfahren gegen CERN für unzulässig erklärt*

a. Sachverhalt

Ein weiterer Fall bezüglich der «zivilrechtlichen» Schiene des Artikel 6 betraf ein kompliziertes Schiedsgerichtsverfahren, das die Beschwerdeführerinnen, einen Schweizer und vier ausländische Bauunternehmen, dem CERN (*Organisation européenne pour la recherche nucléaire*) gegenüberstellte (*Eiffage S.A. und andere gegen Schweiz*).¹¹⁵ Ähnlich wie im Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 2* geht dieser Beschwerde ein jahrzehntelanger juristischer Streit vor den innerstaatlichen Behörden und Gerichten voraus.

Die Beschwerdeführerinnen erhielten 1983, nach einer öffentlichen Ausschreibung, den Zuspruch für die Ausführung der Bauarbeiten hinsichtlich der Errichtung des Tunnels von 27 km Länge für einen neuen Teilchenbeschleuniger. Nachdem es bei den Bauarbeiten zu Verspätungen gekommen war, zogen die Beschwerdeführerinnen Subunternehmer bei, die Mehrkosten in Millionenhöhe verursachten. Artikel 33 der Allgemeinen Vertragsbedingungen des CERN, denen sich die Beschwerdeführerinnen bei Vertragsabschluss ohne Weiteres unterwarfen, sah die Regelung von allfälligen Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht vor. Ein erstes Schiedsgericht war der Meinung, die durch die Subunternehmen entstandenen Mehrkosten könnten nicht auf das CERN abgewälzt werden, da keine rechtlichen Bande zwischen dem CERN und den Subunternehmen bestünde. Eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Schiedsspruch wurde vom Bundesgericht am 21. Dezember 1992 wegen der absoluten Immunität des CERN im Sinne des Sitzabkommens mit der Eidgenossenschaft für unzulässig erklärt. Obwohl sich die Beschwerdeführerinnen in der Folge die Forderungen für die Mehrkosten von den Subunternehmen abtreten liessen, wurde ein zweites Schiedsgerichtsverfahren ebenso zu Ungunsten

der Beschwerdeführerinnen entschieden. Das CERN weigerte sich in der Folge, sich auf ein drittes Schiedsgerichtsverfahren einzulassen. Die Beschwerdeführerinnen versuchten dann – ebenso vergebens –, diese Weigerung zuerst vor dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), dann vor dem Bundesrat und schliesslich vor dem Bundesgericht geltend zu machen. Die Rüge, dass das CERN gezwungen werden müsse, zu einem neuen Schiedsgerichtsverfahren Hand zu bieten, fand bei den genannten Instanzen kein Gehör.

b. Entscheidbegründung

aa. Rüge aus dem Recht auf Zugang zu einem Gericht

Vor dem Gerichtshof machten die Beschwerdeführerinnen zuerst geltend, dass ihr Recht auf Zugang zu einem Gericht im Sinn des Artikel 6 § 1 EMRK verletzt sei, da die innerstaatlichen Behörden das CERN nicht angehalten hätten, sich dem von ihnen geforderten Schiedsgerichtsverfahren zu unterwerfen. Der Gerichtshof war diesbezüglich der Ansicht, dass die Beschwerdeführerinnen, indem sie die Allgemeinen Vertragsbedingungen und insbesondere die darin enthaltene Schiedsgerichtsklausel unterzeichneten, gültig auf gewisse Rechte der EMRK verzichtet hätten. Gemäss Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein solcher Verzicht mit Artikel 6 in Einklang, wenn er von gewissen Minimalgarantien begleitet ist. In dieser Hinsicht war der Gerichtshof überzeugt, dass Artikel 33 der Allgemeinen Vertragsbedingungen klar und deutlich formuliert war und von den Beschwerdeführerinnen aus freien Stücken und über die rechtlichen Konsequenzen vollständig aufgeklärt unterzeichnet wurde.

Er war auch der Meinung, dass die Tatsache, dass keines der angerufenen Schiedsgerichte auf die Frage der verursachten Mehrkosten einging, vor allem auf die anfänglich schlechte Verfahrensstrategie («*mauvaise stratégie procédurale*») zurückzuführen sei, die in der Folge auch nicht durch die Anhäufung von verschiedenen Schiedsgerichtsgesuchen geheilt werden konnte. Was das Argument der Beschwerdeführerinnen aus der absoluten Immunität des CERN anbelangt, so war der Gerichtshof der Meinung, dass diese Frage vom Bundesgericht bereits abschliessend in seinem Urteil vom 21. Dezember 1992 beantwortet wurde. Die Frage hätte allenfalls damals Gegenstand einer Beschwerde in Strassburg sein können, sie erwies sich aber jetzt entschieden als zu spät.

bb. Rüge aus dem Recht auf ein beschleunigtes Verfahren

Weiter machten die Beschwerdeführerinnen geltend, die Verfahren vor dem EDA und dem Bundesrat, die über 5 Jahre gedauert hätten, seien übermässig lang gewesen. Der Gerichtshof war der Auffassung, dass Artikel 6 § 1 auf diese Verfahren gar nicht anwendbar war, handelte es sich doch um ein Verfahren vor Verwaltungsinstanzen, in welchem die

¹¹⁵ Beschwerde N° 1742/05, Entscheid zur Zulässigkeit vom 15. September 2009.

Frage der absoluten Immunität des CERN – als internationale Organisation – geprüft wurde, eine Frage des klassischen Völkerrechts also, und dies aufgrund des Sitzabkommens zwischen dem CERN und der Schweiz, aus welchem die Beschwerdeführerinnen keinerlei Rechte für sich ableiten konnten.

So wurde die Beschwerde vom Gerichtshof mit Entscheid vom 15. September 2009 für unzulässig erklärt.¹¹⁶

B. Im Strafverfahren: *Werz gegen Schweiz*

1. Sachverhalt

Das Urteil *Werz gegen Schweiz*¹¹⁷ vom 17. Dezember 2009 betrifft ein Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer, gegen den am 16. November 1999 Anklage erhoben und der einige Tage später in Deutschland verhaftet wurde.¹¹⁸ Am 20. Juni 2001 wurde er vom Kreisgericht VIII Bern-Laupen wegen Mordes zu 15 Jahren Zuchthaus verurteilt.¹¹⁹ Dieses Verdikt wurde vom Obergericht des Kantons Bern mit Urteil vom 9. August 2002 bestätigt.¹²⁰ Letzteres Urteil wurde am angegebenen Tag mündlich verkündet, die schriftlich begründete Fassung erhielt der Vertreter des Beschwerdeführers jedoch erst am 20. November 2003, angeblich wegen Überlastung des Gerichts. Gegen dieses Urteil gelangte der Beschwerdeführer mit Nichtigkeits- und staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht. Während auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingetreten wurde, führte das Bundesgericht im Fall der staatsrechtlichen Beschwerde einen zusätzlichen Schriftenwechsel durch. Dabei wurden die Duplikaten der Staatsanwaltschaft und des Obergerichts dem Beschwerdeführer erst mit ergangenem Bundesgerichtsentcheid vom 5. November 2004 zugestellt.¹²¹

2. Urteilsbegründung

Vor dem Gerichtshof formulierte der Beschwerdeführer drei Rügen unter Artikel 6 EMRK.

a. Rüge aus dem Recht, in angemessener Frist gerichtet zu werden

Die erste Rüge betraf das Recht, in angemessener Frist gerichtet zu werden. Interessanterweise liess der Gerichtshof

die Frage offen, ob die Gesamtdauer des Verfahrens, *in casu* über fünf Jahre, übermässig war und begrenzte seine Prüfung auf die Frist von 15 Monate, welche das Obergericht, gemäss eigenen Worten wegen Arbeitsüberlastung, für die Ausarbeitung der schriftlichen Urteilsfassung, benötigte hatte. Gerade seine Begründung gefiel den Strassburger Richtern nicht, die daran erinnerten, dass Artikel 6 § 1 EMRK die nationalen Gerichte verpflichtete, sich so zu organisieren, dass sie den Ansprüchen dieser Norm entsprächen.¹²² Auch der Hinweis der Schweizer Regierung, dass das Urteil 264 Seiten umfasste, fand beim Gerichtshof keine Gnade. Angesichts der Tatsache, dass sich das Obergericht mehr als sieben Mal mehr Zeit nahm, um das Urteil schriftlich zu begründen, als das in Artikel 314 Abs. 1 StPO des Kantons Bern vorgesehen ist (60 Tage), sprach der Gerichtshof eine erste Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren aus.

b. Das Prinzip der Waffengleichheit (das Recht, gebührend gehört zu werden)

Auch der zweiten Rüge des Beschwerdeführers aus Artikel 6 § 1 EMRK war Erfolg beschieden. Er machte nämlich vor dem Gerichtshof mit Recht geltend, dass die Duplikaten der Staatsanwaltschaft und des Obergerichts dem Beschwerdeführer erst mit dem Urteil des Bundesgerichts zugestellt wurden und er somit nicht die Möglichkeit hatte, zu diesen Ausführungen Stellung zu nehmen. Angesichts seiner gefestigten Praxis bezüglich Verfahren vor dem Bundesgericht und wohl auch der Tatsache, dass sich die Schweizer Regierung zu dieser Rüge gar nicht äusserte, musste der Gerichtshof nicht sehr weit ausholen, um auch hier eine Verletzung des Artikel 6 § 1 auszusprechen.¹²³ Der Grundsatz, den es zu beachten gilt, ist einfach: Die Natur des fairen Verfahrens – und insbesondere das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die Justiz – besagt, dass die Parteien die Gelegenheit haben sollen, zu allen Beweisen und Dokumenten Stellung zu nehmen, auch wenn sich der Inhalt der umstrittenen Schriftstücke als sachlich irrelevant herausstellt («*l'effet réel des observations d'une autorité importe peu*»)¹²⁴ Dieser Grundsatz der Waffengleichheit, der eigentlich im Zivil- und Verwaltungsverfahren entwickelt wurde, gilt gemäss Gerichtshof im Strafverfahren *a fortiori*.¹²⁵

c. Das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen (6 § 3 d) EMRK)

Schliesslich machte der Beschwerdeführer auch geltend, dass ihm im Verfahren vor den innerstaatlichen Gerichten verwehrt wurde, einem Belastungszeugen unmittelbar

¹¹⁶ Aus grundsätzlich denselben Gründen machten die Beschwerdeführerinnen auch eine Verletzung von Artikel 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) geltend. Diese Rüge wurde vom Gerichtshof kurzerhand mit dem Argument verworfen, dass sie ohne weiteres als von derjenigen aus Artikel 6 § 1 absorbiert anzusehen sei.

¹¹⁷ Beschwerde N° 22015/05. Der Fall wird frühestens am 17. März 2010 rechtskräftig.

¹¹⁸ Urteil, § 9 f.

¹¹⁹ Urteil, § 16.

¹²⁰ Urteil, § 19.

¹²¹ Urteil, § 23 f.

¹²² Urteil, § 44, mit der zitierten Rechtsprechung.

¹²³ Siehe insbesondere den Paragraphen 52 des Urteils, mit den sieben dort zitierten Fällen gegen die Schweiz.

¹²⁴ Urteil, § 53.

¹²⁵ Urteil, § 54.

Fragen zu stellen.¹²⁶ Diese Rüge erklärte der Gerichtshof für offensichtlich unbegründet im Sinn von Artikel 35 §§ 3 und 4 EMRK. Erstens machte er darauf aufmerksam, dass der Beschwerdeführer tunlichst eingeladen wurde, dem besagten Zeugen schriftlich Fragen zu unterbreiten, was sein Anwalt jedoch ausdrücklich ablehnte.¹²⁷ Ferner erinnerte er auch an den Grundsatz, dass Artikel 6 EMRK keinesfalls ein absolutes Recht beinhalte, sämtliche Zeugen zu befragen. Im vorliegenden Fall fand der Gerichtshof, dass sich die Verurteilung des Beschwerdeführers auf andere Beweismittel zu stützen vermochte und dass dieser des Weiteren auch nicht geltend machte, er hätte die Glaubwürdigkeit der Aussagen des Zeugen vor den innerstaatlichen Gerichten nicht in Frage stellen können.¹²⁸ Schliesslich hätten die Gerichte auch genügend dargetan, warum eine Konfrontation zwischen dem Beschwerdeführer und dem Zeugen nicht möglich war, nämlich weil der letztere um seine Sicherheit und sein Leben bangte und deshalb anonym bleiben wollte.¹²⁹ Das Verfahren, als Ganzes gesehen, konnte also als ein faires im Sinn von Artikel 6 § 1 EMRK angesehen werden.

VII. Abschliessende Bemerkungen und Ausblick

Wie bereits einleitend gesagt, war die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Schweizer Fällen im Jahr 2009, wie in den Vorjahren, qualitativ wichtiger als quantitativ. Ganz allgemein lässt sich auch wohl behaupten, dass sich der Trend der vergangenen Jahre hin zu Fällen im Bereich von Artikel 8 und 10 EMRK, auf Kosten von Artikel 5- und 6-Fällen, auch im Jahr 2009 fortgesetzt hat.

Das Urteil der Grossen Kammer im Fall *Verein gegen Tierfabriken N° 2* hat – insbesondere im Hinblick auf das Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK – für die Vertragsstaaten in der Frage der Urteilsumsetzung wichtige Leitplanken gesetzt. Der Fall *Glor*, wenn er auch nicht unbedingt das Ende der Wehrpflichtersatzsteuer eingeläutet hat, wird in der Umsetzung des Urteils wichtige Fragen und grosse Probleme stellen. Eine bedeutende Gesetzesänderung ist nicht ausgeschlossen. Der Fall ist auch für die zukünftige Rechtsprechung des Gerichtshofs massgebend, hat er doch ein neues Kriterium im Bereich des Diskriminierungsverbots eingeführt. Das Gleiche lässt sich vom Fall *Gsell* behaupten

angesichts der Aktualität der Materie, d.h. der Massnahmen zur Abwehr von Gefahren und Schäden für Leib und Gut anlässlich von Massenveranstaltungen.

Erwähnenswert sind auch die verschiedenen Fälle, in denen der Gerichtshof Beschwerden im Sinn von Artikel 37 EMRK von seinem Register gestrichen hat. Es handelte sich um Fälle, in denen die Beschwerdeführer entweder ihre Sache nicht weiterverfolgen wollten¹³⁰ oder, in Abschiebungsfällen, nach Anwendung von vorsorglichen Massnahmen im Sinn von Artikel 39 der Verfahrensordnung und der Zustellung der Fälle an die Regierung, einen Aufenthaltstitel erhielten.¹³¹ Darin liegt wohl die ideale Lösung für alle involvierten Parteien.

Aber auch in den Schweizer Fällen gilt das Gleiche wie für die anderen 46 EMRK-Vertragsstaaten: Die überragende Mehrheit der Fälle wurde in Ausschüssen von drei Richtern im Sinn der Artikel 27 § 1 und 28 EMRK für offensichtlich unzulässig erklärt. Das kann nicht im Sinne der Väter der EMRK sein. Diese Tatsache ist einer der Hauptgründe für die chronische Überlastung des Gerichtshofs (über 120'000 anhängige Fälle) und mitverantwortlich, dass sich dieser nicht wie gewollt um die wichtigen Fälle kümmern kann. Die Überlastung ist auch der Grund der Einberufung der internationalen Konferenz von Interlaken im Februar 2010, zu der die Eidgenossenschaft im Rahmen ihres Vorsitzes des Ministerkomitees des Europarats eingeladen hat.

Ein Blick in die Zukunft lässt schliesslich erahnen, dass die Schweiz im Zusammenhang mit der EMRK auch im Jahr 2010 Schlagzeilen machen wird. Abgesehen von der angesprochenen Konferenz zur Zukunft des Gerichtshofs des Gerichtshofs wird der Kindesentführungsfall *Neulinger* der Grossen Kammer mit Spannung erwartet. Zahlreiche andere wichtige Fälle sind anhängig. Ferner darf man gespannt sein, ob sich der Gerichtshof bereits zu der sehr mediatisierten Frage der Minarett-Initiative aussprechen wird.

¹²⁶ Zu einem ähnlich gelagerten Fall siehe EGMR du 29.5.2006 et 22.4.2008, *Portmann c. Suisse*: possibilité d'exploiter des procès-verbaux établis de mémoire et relatant des interrogatoires informels du prévenu, limitations du droit à la confrontation (Bemerkungen: DANIEL RIETIKER), *forum* 3/2009, 130–135, insbesondere die 134 f.

¹²⁷ Urteil, § 58.

¹²⁸ Urteil, § 59 f., inklusive die zitierte Rechtsprechung.

¹²⁹ Urteil, § 61.

¹³⁰ Siehe insbesondere die Fälle *Andreas-Klinik gegen Schweiz*, N° 34928/05, Entscheid vom 5. Februar 2009, und *Perera gegen Schweiz*, N° 18880/09. In letzterem haben sich die Beschwerdeführer, ein singalesisch-tamilisches Paar, bereit erklärt, infolge der Beilegung der Kriegshandlungen, nach Sri Lanka zurückzukehren.

¹³¹ Siehe zum Beispiel die Entscheide vom 12. November 2009 in den Fällen *Polgaseniya gegen Schweiz*, N° 14385/09 und *Bostani und Attari gegen Schweiz*, N° 31530/07.