



Frank Meyer Prof. Dr. , Universität Zürich



Lukas Staffler Dr. iur. , Universität Zürich

Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2017

Inhaltsübersicht:

- I. Kriminalisierung von Bürgerrechten
- II. Rechtshilfe
- III. Haft- und Strafstandards
- IV. Menschenhandel
- V. Recht auf Privatheit
- VI. Recht auf ein faires Verfahren
- VII. Medienberichterstattung in Strafverfahren
- VIII. Fälle mit potenzieller Relevanz für die Schweiz

I. Kriminalisierung von Bürgerrechten [↑]

Das Vollverschleierungsverbot, das gegenwärtig auch hierzulande diskutiert wird,¹ war Gegenstand der EGMR-Entscheidung *«Dakir»*. Die Beschwerde zielte auf die Revision der Entscheidung S.A.S. ab, wo die Strassburger Richter das Zeigen des Gesichts bei der Interaktion mit anderen Bürgern in der Öffentlichkeit als Grundregel zwischenmenschlichen Zusammenlebens eingestuft und deshalb den Vertragsstaaten einen grossen Ermessensspielraum für die Einführung von Verbotsvorschriften eingeräumt hatten.² Konkret rügte die muslimische Beschwerdeführerin das Verbot einer 2008 erlassenen kommunalen Verordnung, im öffentlichen Raum ein Kleidungsstück zu tragen, das auch das Gesicht verbirgt, wodurch ihr das Tragen eines Vollschleiers verboten werde.

Zentrales Prüfungskriterium des EGMR war, inwiefern der Gesetzgeber in einer demokratischen Gesellschaft Regelungen erlassen dürfe, die einen weitreichenden Eingriff in die religiöse Freiheit nach sich ziehen. Der Gerichtshof unterstrich die Bedeutung des Ermessensspielraums, den lokale Behörden in demokratischen Entscheidungen haben, können sie doch vor Ort die Notwendigkeit von Einschränkungen der Religionsfreiheit grundsätzlich besser beurteilen als ein internationales Gericht. Diese Auffassung kam insbesondere dem Normerzeuger im konkreten Sachverhalt zugute. Denn die Besonderheit in «*Dakir*» lag im Umstand, dass das Verbot nicht auf einer nationalen Regelung, sondern auf lokalen Verordnungen dreier belgischer Gemeinden fusste. Da die Beschwerdeführerin dies nicht gerügt hatte, sah der EGMR keinen Anlass zu thematisieren, ob das untergesetzliche Recht eine taugliche Ermächtigungsgrundlage i.S.v. Art. 9 Abs. 2 EMRK bildet. Obwohl das betreffende Verbot gewichtige Auswirkungen für das Tragen von religiös konnotierter Kleidung hat, stellte der EGMR diesbezüglich keine konventionswidrige Verletzung fest. Die betreffende Regelung war nämlich im Zuge eines breit gefächerten demokratischen Verfahrens erlassen worden, dem eine langjährige Debatte im Parlament vorausgegangen war, und sie war auch durch das Verfassungsgericht einer detaillierten und umfänglichen Prüfung in Bezug auf sämtliche Interessen unterworfen worden.³

In «*Belcacemi and Oussar*» ging der EGMR zusätzlich auf das strafrechtliche Sanktionsspektrum für Verstösse gegen das nationale Vollverschleierungsverbots ein, das seit 2011 in Belgien gilt und konkret von Geldbusse bis zu sieben Tagen Freiheitsstrafe (Letztere nur im Fall einer wiederholten Zuwiderhandlung) reicht. Neben dem strafrechtlichen Sanktionsinstrumentarium besteht ausserdem die alternative Möglichkeit eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens.

Nach Ansicht der Strassburger Richter wird mit diesem Spektrum die Verhältnismässigkeit gewahrt, weshalb die konkrete Regelung trotz des evidenten Spannungsfeldes mit der Religionsfreiheit letztlich als notwendig für den Erhalt der Bedingungen des Zusammenlebens in einer pluralistischen Gesellschaft und damit konventionskonform angesehen wurde.⁴

Einen anderen Themenschwerpunkt bei der Kriminalisierung von Bürgerrechten stellte die Bestrafung der unrechtmässigen Teilnahme an Versammlungen dar. Staatliche Akteure zeigten sich hier besonders kreativ, um die

Ausübung der Versammlungsfreiheit sanktionieren zu können. Die Bandbreite reichte von rigiden Vorgaben für Anmeldung und Durchführung der Versammlungen über die Kriminalisierung der Unterstützung des Demonstrationsthemas selbst bis hin zur Einstufung der Versammlungsteilnahme als Beteiligung an einer kriminellen Organisation.

Vor diesem Hintergrund hatte der EGMR in «*Lashmankin and Others*» über staatliche Reaktionen zu verschiedenen Demonstrationen zu entscheiden, welche entweder nicht genehmigt oder wegen formeller Verstösse zum Teil unter Festnahme der Teilnehmer aufgelöst wurden. Zu Letzterem rügten die Richter die rigiden nationalen Regelungen und Praktiken im Lichte von Art. 11 Abs. 2 EMRK, wonach die Behörden die Demonstration selbst bei kleinsten Verstössen beenden und die Teilnehmer wegen dieser Verwaltungsverstösse festnehmen können. Gleichzeitig beanstandete der EGMR, dass

die Behörden ihre Massnahmen treffen, ohne dass die von den Demonstranten ausgehenden Risiken, die Notwendigkeit der Demonstrationauflösung oder der Festnahme konkret geprüft wurden. In diesem Sinne stellte er auch einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 EMRK wegen der willkürlichen, mehrstündigen Anhaltung einiger Demonstranten auf der Polizeistation fest. Denn die Behörden hatten – statt vor Ort notwendige Feststellungen zu der Verwaltungsübertretung zu treffen – ohne Begründung von einer gesetzlich vorgesehenen Ausnahmebefugnis Gebrauch gemacht, um die Übertretung stattdessen im Zuge einer Anhaltung der Beschwerdeführer auf der Polizeistation festzustellen.⁵ Hier zeigt sich exemplarisch die besondere Bedeutung, die der EGMR der Begründungspflicht zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen beimisst. Im Urteil nutzte der EGMR die Gelegenheit, um auf die Rechtmässigkeit behördlicher Entscheidungsmöglichkeiten beim Verbot von Gedenkveranstaltungen ausführlich einzugehen. Lässt demnach der nationale Gesetzgeber den Behörden einen breiten Ermessensspielraum bei der Entscheidung über Ort, Zeit oder Modalitäten der Abhaltung von Versammlungen, so müssen sowohl das gesetzgeberische Ziel des so eingeräumten Ermessens als auch dessen Grenzen hinreichend klar umrissen sein, um den Einzelnen vor Willkür zu schützen. In der aktuellen Entscheidung betonte der Gerichtshof, dass den Vertragsstaaten zwar ein weitreichender, aber nicht unbegrenzter Ermessensspielraum zusteht. Die behördlichen Entscheidungsprozesse über Einschränkungen von Art. 11 EMRK müssen fair gestaltet sein und die Individualrechte gemäss EMRK ausreichend wahren. Obwohl die ausgesprochenen Verbote zwar mit relevanten Begründungen versehen waren, hatten es die nationalen Behörden unterlassen, den Gesichtspunkt der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft zu berücksichtigen. Gerade friedliche Demonstrationen dürfen nicht allein deshalb verboten werden, weil gewalttätige Gegendemonstrationen befürchtet werden. Die Verlegung der Demonstration an alternative Orte ist dann konventionswidrig, wenn sie wegen Entlegenheit oder schlechter öffentlicher Zugänglichkeit die mit der Versammlung intendierte Kommunikation mit der Allgemeinheit erheblich einschränkt. Dasselbe gilt für rigide Fristenregelungen hinsichtlich der Anmeldung öffentlicher Versammlungen, die in gewissen Situationen (z.B. bei legitimen kurzfristig abzuhaltenden Versammlungen) eine gesetzeskonforme Versammlung a priori verbieten. Schliesslich trägt der EGMR den Vertragsstaaten auf, geringen Verstössen gegen Versammlungsgenehmigungen mit entsprechender Toleranz zu begegnen.⁶

Im Fall *«İşikirik»* hatte der Beschwerdeführer an einem Begräbnis von PKK-Kämpfern teilgenommen und einer PKK-nahen Demonstration öffentlich Applaus gespendet. Die türkischen Behörden verurteilten ihn deshalb wegen Mitgliedschaft in einer illegalen Organisation und Terrorpropaganda zu einer mehrjährigen Haftstrafe. Der EGMR betonte, dass der Wortlaut des Organisationsdeliktes und dessen Auslegung durch die nationalen Gerichte letztlich keinen Unterschied zwischen einem friedlichen Demonstranten und einem in eine Terrororganisation eingebundenen Straftäter machten. Eine derart extensive Gesetzesinterpretation stelle die Ausübung einer wesentlichen Grundfreiheit mit der Mitgliedschaft in einer illegalen Organisation gleich. Auf diese Weise werde der Kern der Versammlungsfreiheit und damit die Grundfeste einer demokratischen Gesellschaft in konventionswidriger Weise ausgehöhlt. Letztlich mangle es der Gesetzesvorschrift an der entsprechenden Vorhersehbarkeit. Darüber hinaus übt das hohe Sanktionsniveau, das friedlichen Demonstranten bei einer derartigen Gesetzeslage droht, unzulässigerweise eine abschreckende Wirkung in Bezug auf die Wahrnehmung der Grundrechte nach Art. 10 und 11 EMRK aus.⁷

Der Berichtszeitraum war auch von Tendenzen zur Kriminalisierung der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit geprägt. So drehte sich die Entscheidung *«Dmitriyevskiy»* um die Frage nach der

strafrechtlichen Haftung eines Zeitschriftenherausgebers für die Veröffentlichung von russlandkritischen Artikeln, die angeblich von zwei gesuchten tschetschenischen Separatistenführern stammten. Der EGMR hielt fest, dass allein der Umstand, wonach es sich bei den Artikelautoren um Separatisten handelt, an sich keine rechtmässige Einschränkung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit zulässt. Vielmehr seien die konkreten Inhalte der Veröffentlichungen zu prüfen. Obwohl in einem

forumpoenale 2018 - S. 448

der beiden Texte durchaus markige Textpassagen vorhanden waren, ist bei politischen Äusserungen die Bandbreite für zulässige Kritik gross. Hinsichtlich der Verantwortung des Herausgebers der Zeitschrift betonte der EGMR die Bedeutung der Presse in Zeiten politischer Konflikte. Das gegen den Herausgeber initiierte Strafverfahren und die auf Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe waren nach Ansicht des Gerichtshofs geeignet, die Medien in konventionswidriger Weise davon abzuschrecken, über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu berichten.⁸

In «*Orlovskaya Iskra*» hatte der EGMR die einer NGO auferlegte verwaltungsrechtliche Bestrafung, eine Geldbusse in Höhe von umgerechnet etwa 600 CHF, zu beurteilen. Eine von der NGO herausgegebene Zeitschrift hatte im Vorfeld der Wahl der Staatsduma zwei Artikel ohne Autorennennung veröffentlicht, deren regierungskritische Inhalte von den Behörden als Teil einer politischen Kampagne bewertet wurden. Grundlage für die Verurteilung war ein Wahlgesetz, dessen Ziel unter anderem im Recht des Wählers auf unparteiische, wahre und ausgewogene Informationen über die Wahlmöglichkeiten durch die Massenmedien besteht. Die Strassburger Richter wiesen die Auffassung zurück, wonach Printmedien bei der Wahlberichterstattung strikter Unparteilichkeit, Neutralität und Gleichbehandlung unterworfen sein sollen. Die Rolle der Presse beschränkt sich nämlich nicht auf die Dienstleistung als Kommunikationsmedium. Als «*public watchdog*» stellt sie Informationen und Ideen zur öffentlichen Meinungsbildung zur Verfügung, die der redaktionellen Wahlfreiheit anheimfallen. Dazu gehört auch die kritische Berichterstattung über Kandidaten und Parteiprogramme. Eine gesetzliche Neutralitätspflicht in der Wahlberichterstattung schränkt die Redaktionsfreiheit zu stark und damit in konventionswidriger Weise ein, gerade wenn der Zweck der nationalen Regelung nicht auf den Schutz des Rufs des betreffenden Politikers oder auf den inhaltlichen Wahrheitsgehalt, sondern allein auf die Neutralität der Medien abzielt.⁹

Zu einem ähnlichen Schluss kam der EGMR im Fall «*Ólafsson*», der sich ebenfalls um die Haftung eines Zeitschriftenherausgebers drehte. Dieser hatte einen Artikel über den Kandidaten für die verfassungsgebende Versammlung veröffentlicht, dem zwei Verwandte strafrechtlich relevanten Kindesmissbrauch vorwarfen. Der EGMR attestierte dem Herausgeber, den Artikel im guten Glauben veröffentlicht zu haben, zumal dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt und die Veröffentlichung ausgewogen gestaltet worden war. Die Strassburger Richter massen dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass der betroffene Kandidat nicht gegen seine beiden Verwandten, sondern einzig gegen den Zeitschriftenherausgeber gerichtlich vorging. Obwohl die Strafe gegen den Herausgeber und der Schadensersatz relativ gering ausfielen, machte der EGMR im Vorgehen des innerstaatlichen Höchstgerichts die konventionswidrige Gefahr aus, dass die Pressefreiheit zukünftig

in ähnlich gelagerten Fragen von öffentlichem Interesse unangemessen eingeschränkt werden könnte.¹⁰

Die Entscheidung «*Giesbert and Others*» betraf die Beschwerde eines Herausgebers, eines Journalisten sowie der Betreibergesellschaft einer Zeitschrift gegen eine Verurteilung wegen Veröffentlichung von Zeugenaussagen aus Ermittlungsakten. Der EGMR rügte dabei nicht nur die inhaltliche Berichterstattung über die prominente Zeugin, die aufgrund ihrer Aussagen als schwach und manipulierbar dargestellt worden war, sondern mass insbesondere auch dem Zeitpunkt der Veröffentlichung eine wesentliche Bedeutung zu. Denn die Artikel wurden kurz vor den jeweiligen Verhandlungen des laufenden Verfahrens veröffentlicht und hatten insgesamt das Potenzial, den Verfahrensablauf stark zu beeinflussen und die Objektivität und Fairness des Strafverfahrens zu beeinträchtigen. Der Zweck des Veröffentlichungsverbots, nämlich die Wahrung der Unabhängigkeit des Strafverfahrens, sei den erfahrenen Berufsjournalisten bekannt gewesen. Zwar lag ein Allgemeininteresse an den Informationen vor. Gleichwohl unterliegen Journalisten und Herausgeber beim Berichten über laufende Strafverfahren gewissen Sorgfaltspflichten, damit die Chance auf ein faires Verfahren gewahrt und die Unschuldsvermutung des Betroffenen respektiert werden. Die Medien dürfen das Vertrauen der Öffentlichkeit in die unabhängige Entscheidungsfindung der Justiz nicht untergraben. Für einen entsprechenden Verstoß genügt bereits ein einfaches, aber spürbares Risiko der Beeinflussung des Verfahrensergebnisses.¹¹

Mit den Grenzen zur Einschränkung der Meinungsfreiheit befasste sich der EGMR in der Entscheidung «*Bayev and Others*». Dort ging es um die Bestrafung von Aktivisten, die sich vor einer Sekundarschule bzw. einer Bibliothek mit Transparenten für die Rechte Homosexueller eingesetzt hatten. Dem Hinweis der Regierung auf die mehrheitliche Ablehnung von Homosexualität in Russland, die der betreffenden Vorschrift zugrunde liege, hielt der EGMR entgegen, dass das Recht auf Meinungsfreiheit von Minderheiten nicht von der Bedingung abhängen darf, inwiefern diese Ansicht von der Mehrheit akzeptiert wird; anderenfalls wäre die Meinungsfreiheit als Minderheitenrecht praktisch wirkungslos. Auch die Begründung des Verbots mit dem Risiko für die öffentliche Gesundheit und demografische Entwicklung verwarf der EGMR. Zentrale Bedeutung mass er hingegen dem Schutz der Rechte anderer zu. Hierzu stellte er fest, dass einschlägige Straftatbestände zum Schutz

forumpoenale 2018 - S. 449

Minderjähriger vor unzüchtigen bzw. sexuellen Handlungen im russischen StGB bereits vorgesehen sind. Auch sahen die Strassburger Richter keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Strafvorschriften unzureichend wären. Überdies seien Minderjährige gemeinhin in homosexuellen Beziehungen nicht schutzbedürftiger als in heterosexuellen Beziehungen. Im Ergebnis lehnte der EGMR eine Rechtfertigung des Eingriffs in die Meinungsfreiheit ab. Denn gerade in sensiblen Bereichen wie der öffentlichen Diskussion über die sexuelle Aufklärung sind die Behörden verpflichtet, entsprechende Informationen nach den Kriterien von Objektivität, Pluralismus, wissenschaftlicher Sorgfalt und Nützlichkeit für das junge Zielpublikum zu bewerten.¹²

Die Beschlagnahme des Romanmanuskripts eines Häftlings, das dieser zwecks Veröffentlichung mittels Brief an seinen Anwalt übermitteln wollte, war Gegenstand der Entscheidung «*Sarıgül*».

Die Gefängnisbehörden hatten das Manuskript unter anderem wegen dessen Inhalts, den sie als Verherrlichung einer illegalen Organisation einstufen, eingezogen und sich dabei auf ein Rundschreiben zu den Aussenbeziehungen des Inhaftierten berufen, wonach störende («*gênants*») Inhalte von Briefen unlesbar gemacht und allenfalls zurückgehalten werden müssen. Während es unstrittig war, dass die Beschlagnahme des Romans eine Einschränkung der Meinungsfreiheit darstellte, kam es entscheidend auf deren Rechtfertigung an. Der EGMR löste diese Frage unter Berufung auf die gesetzliche Grundlage der Beschlagnahme. Er stellte fest, dass die Behörden das Manuskript als einfachen Brief klassifiziert hatten, um die Einziehung vorzunehmen, und dass die Beschlagnahmeanordnung auf keiner ausdrücklich genannten Rechtsgrundlage fusste. In Ermangelung einer solchen Grundlage war es dem Beschwerdeführer nicht möglich, etwaige verbotene Handlungen zu erkennen und die damit verbundene Korrespondenzkontrolle vorherzusehen. Ein Rundschreiben, das auf der Grundlage der Verordnungen über die Verwaltung von Justizvollzugsanstalten erlassen worden war und die Beziehungen der inhaftierten Personen zur Aussenwelt definiert, stellt keine konventionskonforme Gesetzesgrundlage im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK dar.¹³

In «*Ali Çetin*» war dem Beschwerdeführer aufgrund einer Meinungsäusserung in einem Steuerprüfungsverfahren eine Strafe wegen Beleidigung eines Staatsbeamten auferlegt worden. Der Beschwerdeführer, der infolge von Unregelmässigkeiten in der Buchführung entlassen worden war, hatte das Verhalten des Inspektors und dessen schriftliche Feststellungen zur mangelhaften Buchführung kritisiert, wobei er ihn mit einer fiktiven, wenig schmeichelhaften Figur aus der türkischen Literatur verglich. Die Kritik war zunächst im Brief an seinen ehemaligen Arbeitgeber enthalten und fand anschliessend als Anhang an das Rechtsmittel gegen den Bericht des Beamten Einzug in das Beschwerdeverfahren. Anders als das nationale Strafgericht, das den Beschwerdeführer auf Anzeige des Inspektors hin wegen Beamtenbeleidigung verurteilt hatte, wies der EGMR darauf hin, dass die schriftlichen Äusserungen des Beschwerdeführer nicht abstrakt, sondern in ihrem konkreten Kontext zu würdigen seien. Die Beleidigungen waren lediglich dem Anhang an das Rechtsmittel zu entnehmen, das nur den internen Behörden, nicht aber der Öffentlichkeit zugänglich war. Für die Verhältnismässigkeit, wie sie von Art. 10 Abs. 2 EMRK zur Rechtfertigung von Einschränkungen der Meinungsfreiheit gefordert wird, ist der mangelnden Publizität besondere Relevanz zuzumessen. Aus diesem Grund war die Bestrafung des Beschwerdeführers konventionswidrig.¹⁴

II. Rechtshilfe

Der EGMR musste sich im Berichtszeitraum erneut intensiv mit Fragen der Rechtshilfe beschäftigen. Zur Verhinderung möglicher Konventionsverletzungen im ersuchenden Staat fordert der EGMR effektiven Rechtsschutz bei der Rechtshilfe in Bezug auf etwaige Auslieferungshindernisse. Wurde von der gesuchten Person hinreichend glaubhaft gemacht, dass im Fall der Auslieferung ein ernst zu nehmendes Risiko («*real risk*») besteht, dass es zu einer Verletzung von Art. 2 oder 3 EMRK kommt, muss zur Überprüfung der Gefahrenlage ein wirksamer Rechtsbehelf mit Suspensiveffekt (vor einer unabhängigen, nicht notwendig justiziellen Instanz) eröffnet sein, wenn die zuständigen (exekutiven) Rechtshilfestellen des ersuchten Staates ihrer Verantwortung nicht nachkommen.¹⁵ Daran fehlte es im Fall «*Allanazarova*», da keines der angerufenen Gerichte das Vorbringen ernsthaft geprüft hatte. Auch die Zusicherungen Turkmenistans konnten das Risiko nicht ausräumen. Der EGMR bestätigte seine «*Othman*»-Kriterien zu den Anforderungen an eine Zusicherung.¹⁶ Aufmerksamkeit verdient dabei die

Wahl seiner Erkenntnisquellen: Um die Entwicklungen und Verhältnisse im Zielstaat nachvollziehen zu können, stützt sich der EGMR auf die Berichte von UN-Menschenrechtsausschuss, Antifolter-Komitee, diversen internationalen Rapporturen und wichtigen Menschenrechts-NGOs.¹⁷

forumpoenale 2018 - S. 450

Bei diversen Rechts- oder Verfahrensfehlern im Rechtshilfeverfahren stellt sich jedoch bereits die Frage, wer für deren Prüfung überhaupt zuständig ist. In der Rechtssache «*Vasiliciuc*» nahm der EGMR für die Prüfung der Rechtmässigkeit der Auslieferungshaft in einem System gespaltenen Rechtsschutzes die jeweiligen Verantwortlichkeiten von ersuchendem und ersuchtem Staat in den Blick.¹⁸ Der Beschwerdeführer war nach Erlass eines inländischen Haftbefehls und Erwirken einer «*red notice*» durch moldawische Behörden in Griechenland in Auslieferungshaft genommen worden. Er rügte die Haftanordnung und Fahndung, da kein Haftgrund bestanden habe. Die moldawischen Behörden seien über seine griechische Kontaktadresse informiert gewesen, hätten die Ladungen zur Vernehmung aber dennoch nur an die nicht mehr aktuelle inländische Adresse zugestellt.¹⁹ Anstatt sich über die Gründe für das Ausbleiben zu vergewissern, ging man direkt zum Auslieferungsverfahren über. Der EGMR hatte daher zu prüfen, wer die Verantwortung für die Konventionsrechtsprüfung im Auslieferungsverfahren trägt. Der Gerichtshof folgte seiner bisherigen Linie, wonach das Auslieferungsersuchen aus griechischer Sicht bei der Feststellung eines Haftgrundes nach Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK nur äusserst begrenzt geprüft werden kann bzw. muss.²⁰ Abseits von Risiken für Art. 2–4 EMRK oder eines «*flagrant denial of justice*» verlangt der EGMR dem ersuchten Staat nicht ab, Rechtsmängel im ersuchenden Staat zu prüfen, insb. was die Haftanordnung betrifft. Kehrseite dieser Einschränkung des Prüfungsumfangs ist die Verantwortung des ersuchenden Staates im nicht kontrollierbaren Bereich. Im vorliegenden Fall blieb Moldawien gem. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK für die Prüfung der Rechtmässigkeit der U-Haft-Anordnung und der internationalen Fahndung verantwortlich.²¹ Mängel in diesem Bereich kann die betroffene Person im gespaltenen Rechtsschutz gegenüber dem ersuchenden Staat und später mit der Individualbeschwerde rügen.

Ferner baute der EGMR seine Rechtssprechungslinie zu Kooperationspflichten aus. In «*Huseynova*» formulierte er, dass der verfahrensführende Staat verpflichtet sein kann, eine Verfahrensübertragung zu prüfen, wenn sein Auslieferungsersuchen an den Aufenthaltsstaat des mutmasslichen Täters keine Erfolgsaussichten hat.²² In «*Güzelyurtlu and Others*» nahm der EGMR sogar einen Staat in die Pflicht, der nicht in die verfolgte Rechtsverletzung involviert war.²³ Aus Art. 2 EMRK ergebe sich eine prozessuale Pflicht, bei grenzüberschreitenden Implikationen eines Tötungsverfahrens zusammenzuarbeiten. Konkret hatten die Türkei und Zypern jeweils Untersuchungen eingeleitet, aber dabei nicht miteinander kooperiert. Diese Inpflichtnahme Dritter lässt sich nur schwer mit der bisherigen Dogmatik zu den Untersuchungspflichten in Einklang bringen. Das Verfahren ist mittlerweile vor die Grosse Kammer gelangt, die hoffentlich auch auf diese offene Frage eine Antwort findet.

III. Haft- und Strafstandards ↑

Interne Regelungen zu Besuchen oder Telefonnutzung während der Untersuchungshaft können zum Gegenstand von Beschwerden nach Art. 8 EMRK gemacht werden.²⁴ Die Vorschriften müssen

für Häftlinge allgemein und in verständlicher Form zugänglich sein, um diesen eine Ausübung der gesetzlich gewährten Rechte zu ermöglichen. Bei Ausländern muss sichergestellt werden, dass sie deren Inhalt sprachlich nachvollziehen können. Andernfalls liegt ein rechtswidriger Eingriff in Privatleben und Korrespondenz vor.

In der Sache «*Polyakova and Others*» befasste sich der EGMR mit den Auswirkungen der Strafvollstreckung auf die Familie.²⁵ Seine Ausführungen leitete er (unter Bezugnahme auf European Prison Rules und die Entwicklung europäischer Sanktionspolitik) mit einem klaren Bekenntnis zur Rehabilitation ein. Die Vertragsstaaten treffe eine Pflicht, zu diesem Zweck Kontakte von Inhaftierten zu ihren Familien zu ermöglichen und nicht zu zerstören.²⁶ Die Vollzugsplanung und die Zuteilung zu einer Haftanstalt müssen auch den Interessen des Betroffenen aus Art. 8 EMRK Rechnung tragen. Ein unbeschränktes staatliches Ermessen in diesen Angelegenheiten wäre unzulässig. Die massgeblichen staatlichen Rechtsgrundlagen müssen klare, berechenbare Vorgaben treffen und dafür Sorge tragen, dass die Interessen des Betroffenen gewahrt werden und auf seine persönliche Situation eingegangen wird. Konkret gestattete das nationale Recht bei besonders schweren Straftaten eine freihändige, kaum prognostizierbare Verteilung von Insassen, bei der nicht sichergestellt ist, dass dem Gebot der

forumpoenale 2018 - S. 451

Verhältnismässigkeit und Interessen aus Art. 8 EMRK Genüge getan werden kann. Vor allem die Konsequenzen der enormen geografischen Distanz zwischen Haftort und Familiendomizil hätten Berücksichtigung finden müssen. Gleiches galt auch für einen späteren Antrag auf Verlegung in eine näher gelegene Anstalt. Allerdings verleiht Art. 8 EMRK verurteilten Straftätern kein Recht auf Auswahl ihrer Haftanstalt, hinter das alle staatlichen Interessen zurückzutreten hätten. Zusätzlich forderte der EGMR, dass gegen die Entscheidungen der Vollstreckungs- und Vollzugsbehörden effektiver Rechtsschutz offensteht. Nehmen die angerufenen nationalen Gerichte die gebotene Abwägung nicht vor, verletzt dies wiederum Art. 8 EMRK.

Im Berichtszeitraum 2017 setzte sich auch die Saga zur lebenslangen Freiheitsstrafe fort. Erneut ergingen Urteile gegen das Vereinigte Königreich und ein osteuropäisches Land. Wieder ging es um die Pflicht der Vertragsstaaten aus Art. 3 EMRK, eine Entlassungsoption für Lebenslängliche zu schaffen und deren Voraussetzungen in zeitlicher, materieller sowie prozeduraler Hinsicht in rechtlich verständlicher und berechenbarer Weise niederzulegen. Hierbei genossen die Vertragsstaaten allerdings einen «*margin of appreciation*». Der Gerichtshof begreift es nicht als seine Aufgabe, den Vertragsstaaten ein bestimmtes Modell vorzuschreiben,²⁷ vorausgesetzt, die nationale Lösung erfüllt die allgemeinen Mindestvoraussetzungen.

Im Fall «*Hutchinson*» äusserte sich der EGMR zur sog. «*whole life order*».²⁸ Danach reiche es nicht hin, wenn (wie es das Lifer Manual vorsieht) eine Aussetzung nur in terminalen Krankheitsfällen (sog. «*compassionate grounds*») eröffnet ist. Allerdings geht der EGMR davon aus, dass die «*whole life order*» nach englischem Strafrecht damit nicht per se illegitim ist. Vielmehr zeigte er sich aufgrund zwischenzeitlich ergangener Entscheide englischer Höchstgerichte überzeugt, dass sich die nationalen Regelungen (der Crime Sentences Act 1997 gestattet eine Entlassung abstrakt-generell in «*exceptional circumstances*») in einer konventionskonformen Weise anwenden liessen.²⁹ Eine

Berücksichtigung von Rehabilitationsfortschritten sei möglich. Die zuständige Behörde sei nicht daran gehindert, eine Freilassung auch dann zu verfügen, wenn keine «*compassionate grounds*» vorliegen.

Zwar sei die Auslegung der massgeblichen Vorschriften dadurch erschwert, dass sie äusserst allgemein formuliert sind und es bislang an einer verlässlichen administrativen oder justiziellen Konkretisierung fehlt. Doch entspreche es der englischen Common-law-Tradition, diesen Prozess den Gerichten zu überantworten.³⁰ Kritisch anzumerken bleibt freilich, dass die Betroffenen bis auf Weiteres keine klaren Vorgaben haben, welche Fortschritte sie (auf welchem Weg) erzielen müssen, um wieder in Freiheit zu gelangen, und unter welchen Bedingungen eine Überprüfung erfolgt. Der EGMR vermochte hingegen kein Vorhersehbarkeitsproblem zu erkennen.³¹ Aus der Vinter-Leitentscheidung liessen sich die wesentlichen Prüfungsfaktoren ableiten.³²

Bis zur «*McLoughlin*»-Entscheidung, auf welche der EGMR Bezug nahm, hatte dagegen schon wegen der Diskrepanz zwischen abstrakter Gesetzeslage und den publizierten engen Exekutivleitlinien keine hinreichende Klarheit bestanden. Die Grosse Kammer ging jedoch aufgrund der Einlassungen der Parteien recht mutig davon aus, dass der konkrete Rechtsstreit sich nur auf den Jetzt-Zustand bezogen hatte; diese Einschätzung ist durch andere Mitglieder des Gerichts in Sondervoten zu Recht in Zweifel gezogen worden.

Die genaue Ausgestaltung der Verfahrensregeln, die eine Verkürzung der Haftstrafe ermöglichen, ist den Vertragsstaaten überlassen. Ob für die Überprüfung eine Verwaltungsbehörde oder Justizorgane zuständig sein sollen, ist gleichfalls von den Staaten festzulegen.³³ Die Durchführung der Prüfung durch eine Verwaltungsinstanz ist laut EGMR konventionskonform, sofern diese durch Rechtsakt eingesetzt wurde und das Entscheidungsverfahren rechtlich reguliert ist; zumal wenn deren Entscheidungen vor einem Gericht anfechtbar und konventionskonformes Vorgehen damit justiziell erzwingbar wäre.³⁴ Ungenügend wäre indessen eine Verweisung auf das allgemeine Gnadenrecht der Gubernative.

In «*Matiošaitis and Others*» nahm der Gerichtshof auf die «*Hutchinson*»-Entscheidung Bezug.³⁵ Er prüfte sorgfältig alle rechtlichen Optionen, die Lebenslänglichen einen Weg in die Freiheit eröffnen können. Dabei kam er zu dem Schluss, dass das präsidentielle Gnadenrecht aufgrund seiner Ausgestaltung mit rechtlich hinreichend erschliessbaren Kriterien de jure eine geeignete Entlassungsmöglichkeit darstellt. Den De-facto-Test besteht sie dagegen nicht.³⁶ Dies folgerte der Gerichtshof zum einen aus offiziellen Verlautbarungen zur Gnadenpraxis, wonach besonders schwere Straftaten rechtspraktisch ausgeschlossen sein sollten, und zum anderen aus der statistischen Analyse der Gnadenpraxis. Danach kamen Begnadigungen nur in absoluten

Ausnahmefällen vor. Zudem war die Ausübung des Gnadenrechts nicht justiziabel und verletzte die Konvention schon aus diesem Grund.³⁷

IV. Menschenhandel ↑

In der Entscheidung «*J. and Others*» ging es um drei philippinische Au-pair-Mädchen, die in Dubai von ihren Arbeitgebern misshandelt und ausgenutzt worden waren. Am dritten Tag eines kurzen Urlaubs der Familien in Österreich, dem die Au-pair-Mädchen beiwohnten, gelang es ihnen zu fliehen. Neun Monate später zeigten sie ihre Arbeitgeber mithilfe einer NGO in Österreich wegen Menschenhandels an. Dem EGMR zufolge treffen die Staaten für derartige Situationen diverse positive Verpflichtungen. Sie haben dafür zu sorgen, dass Menschenhandel verboten und unter Strafe gestellt ist und geeignete Massnahmen zum Schutz von Opfern geschaffen werden, wie sie sich aus dem Palermo-Protokoll und dem Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung von Menschenhandel ergeben. Ausserdem müssen die Polizeibeamten für die Prävention und Bekämpfung von Menschenhandel geschult werden. Der Strafanzeige war im konkreten Fall jedoch kein Erfolg beschert, da das Delikt nach Auffassung der österreichischen Behörden bereits in Dubai vollendet worden war, auf österreichischem Staatsgebiet keine Misshandlungen stattgefunden hatten und die Beschuldigten keine österreichischen Staatsbürger sind. Die dagegen erhobenen Beschwerden der Au-pair-Mädchen, wonach die positiven Schutzpflichten des Staates in Form strafrechtlicher Ermittlungen verletzt worden seien, wurden vom EGMR zurückgewiesen. Denn die nationalen Behörden hatten den Beschwerdeführern entsprechenden Rechtsbeistand sowie Betreuung durch eine von der Regierung finanzierte NGO zukommen lassen und vorläufige Arbeits- und Aufenthaltsgenehmigungen ausgestellt. Hinsichtlich der Ereignisse in Dubai führte der EGMR aus, dass sich aus Art. 4 EMRK, aus dem Palermo-Protokoll sowie aus dem Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels keine Verpflichtung zur Einführung eines Universalitätsprinzips und universaler Strafverfolgung ergibt. Vor diesem völkerrechtlichen Hintergrund sind die staatlichen Opferschutzpflichten aus Art. 4 EMRK dann erfüllt, wenn Betroffene wie potenzielle Opfer von Menschenhandel behandelt sowie durch speziell geschulte Polizisten befragt werden und ihnen ein provisorisches Aufenthaltsrecht mit Arbeitsmöglichkeiten während des Ermittlungsverfahren erteilt wird. Letztlich war den Behörden auch deshalb kein Konventionsverstoss vorzuhalten, weil die Strafanzeige erst Monate nach der Flucht gestellt worden war und eine Verfolgung der Beschuldigten in Dubai aussichtslos geblieben wäre, zumal im Allgemeinen bereits einfache Rechtshilfeersuchen an die VAE erfahrungsgemäss erfolglos geblieben sind.³⁸

Ein besonders erschütternder Fall von Zwangsarbeit beschäftigte den EGMR in «*Chowdury and Others*». Eine Vielzahl von Arbeitern aus Bangladesch verrichtete in Manolada (Griechenland) unter der Aufsicht von Bewaffneten und unter menschenunwürdigen Arbeits- sowie Lebensbedingungen die Erdbeerenernte. Bei einem Fluchtversuch wurden etliche Arbeiter unter Schusswaffengebrauch verletzt. Die mit dem Fall befasste Behörde sprach jedoch Arbeitgeber und Aufseher vom Vorwurf des Menschenhandels frei und verhängte lediglich in Geldstrafe umgewandelte Freiheitsstrafen wegen Körperverletzung und illegalem Waffengebrauch. Die Opfer erhielten äusserst geringe Entschädigungen. Der EGMR unterstrich die positive Schutzpflicht der Mitgliedstaaten, gesetzliche und verwaltungsrechtliche Rahmenbedingungen zum Verbot und zur Bestrafung von Zwangs- und Sklavenarbeit zu erlassen. Dabei betonten die Strassburger Richter, dass die in «*Rantsev*»³⁹ entwickelten Grundsätze nicht allein auf die sexuelle Ausbeutung beschränkt bleiben, sondern sich auch auf die Ausbeutung durch Arbeit als Ausprägung von Menschenhandel erstrecken. Eine restriktive Auslegung von Menschenhandel – der letztlich mit Sklaverei gleichzusetzen ist – entspricht nicht dem Wesensgehalt der EMRK. Der EGMR attestierte den nationalen Behörden hinsichtlich der Prävention von Menschenhandel und unmenschlicher Behandlung schwerwiegende Mängel, da diese sich, obwohl einschlägige Gesetze vorlagen und sie bereits seit Jahren von den missbräuchlichen Zuständen in Manolada Kenntnis hatten, auf vereinzelte Interventionen beschränkten, ohne

allgemeine Massnahmen zur Prävention und Beseitigung der Missstände vorzunehmen. Ausserdem rügten die Strassburger Richter, dass die Staatsanwaltschaft die Einstellungsbescheide gegen die Peiniger auf irrelevante Kriterien gestützt und den Tatbestand des Menschenhandels zu restriktiv ausgelegt hatte. Die zu niedrigen verhängten Sanktionen verletzen die positiven Schutzpflichten der Vertragsstaaten nach [Art. 4 Abs. 2 EMRK](#).⁴⁰

V. Recht auf Privatheit [↑]

Wie schon in den Jahren zuvor hatte sich der EGMR mit geheimen Ermittlungs- und Überwachungsmaßnahmen zu

forumpoenale 2018 - S. 453

befassen. Der Schwerpunkt seiner Rechtsprechung lag hier weiterhin auf den gesetzlichen Rahmenbedingungen staatlicher Überwachungstätigkeit. Als Ausfluss seiner positiven Schutzpflichten hat der Gerichtshof im Berichtszeitraum aber auch für den privatrechtlichen Bereich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine neue Leitentscheidung zur Überwachung der elektronischen Kommunikation am Arbeitsplatz erlassen. Dieses Urteil ist auch strafrechtlich interessant, weil mit den Leitsätzen auch die Grenzen des Datenschutzstrafrechts abgesteckt werden. Was [Art. 8 EMRK](#) zwischen Privaten verbietet, kann möglicherweise auch strafbewehrt werden, während umgekehrt der Bereich des Zulässigen nicht zulasten des Arbeitgebers kriminalisiert werden darf.

Anknüpfend an die in den Rechtssachen «Zakharov» und «Szabó and Vissy» aufgestellten Grundsätze präzisiert der EGMR in «Dudchenko» und «Zubkov and Others» nochmals die Mindestvoraussetzungen an eine qualitativ hinreichende Ermächtigungsgrundlage i.S.v. [Art. 8 Abs. 2 EMRK](#) und deren Anwendung.⁴¹ In «Dudchenko» war der Telefonverkehr des Beschwerdeführers mit Mittätern und seinem Anwalt im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen mitgeschnitten worden. Der Gerichtshof wiederholte, dass die Anordnungsvoraussetzungen so hinreichend spezifisch und bestimmt sein müssen, dass die Gefahr willkürlichen Handelns unterbunden wird. Konkret entdeckte der EGMR einen Mangel darin, dass das massgebliche Gesetz das anordnende Gericht nicht dazu verpflichtete, das Vorliegen eines Tatverdachts und die Notwendigkeit der Massnahme zu verifizieren.⁴² Die Anordnungsvorschriften schlossen Willkür nicht aus. Auch die gerichtliche Anordnung einer Massnahme müsse sich explizit und substantiell zum Vorliegen eines Verdachts äussern und begründen, warum der konkrete Eingriff notwendig war, um ein bestimmtes, legitimes Ziel zu erreichen, was ebenso nicht der Fall war.⁴³

Schliesslich forderte der EGMR besondere Vorkehrungen für die Überwachung der Kommunikation mit Rechtsanwälten.⁴⁴ Zur Sicherung des Privilegs müssen Verfahren für die sichere Speicherung resp. Vernichtung des Materials geschaffen und die Bedingungen festgelegt werden, unter denen das Material weiterhin gespeichert und ggf. in Verfahren verwendet werden darf. Es müssen auch sichernde Massnahmen für die Weitergabe der Informationen an andere Behörden enthalten sein.⁴⁵ Das nationale Recht muss zudem einen Mechanismus einführen, wonach Fälle, in denen privilegiertes Material gesammelt wurde, einer neutralen Aufsichtsbehörde gemeldet und von dieser überprüft

werden müssen.⁴⁶ Rechtspraktisch äusserst bedeutsam ist die Forderung, dass bei der operativen Durchführung Vorkehrungen zu treffen sind, um eine zufällige Aufnahme geschützten Materials zu verhindern.⁴⁷

In der Rechtssache «*Zubkov and Others*» befasste sich der EGMR mit der Gewährleistung von wirksamem Rechtsschutz. Ausgangspunkt war die Videoüberwachung einer vom Beschwerdeführer angemieteten Räumlichkeit.⁴⁸ Gegen etwaige Verstösse gegen die konventionsrechtlichen Vorgaben muss ein wirksamer Rechtsbehelf vor einer unabhängigen Instanz eröffnet sein.⁴⁹ Dazu ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Beschwerdeführer den Inhalt des Anordnungsbeschlusses einsehen kann. Eine Zugangsverweigerung muss sich auf zwingende Gründe stützen, namentlich Geheimhaltung der Operationsweise und -felder der involvierten Behörden sowie Schutz der Identität der Ermittler.⁵⁰ Die zuständige nationale Stelle muss die jeweiligen Interessen unter dieser Prämisse abwägen und die Entscheidung entsprechend begründen, woran es im entschiedenen Fall fehlte.⁵¹

Schliesslich ist hinsichtlich des Privatheitsschutzes im Arbeitsverhältnis auf die wichtige «*Bărbulescu*»-Entscheidung hinzuweisen.⁵² In diesem Fall hatte ein privates Unternehmen die über einen für Arbeitszwecke gestellten Yahoo-Messenger-Account laufende Kommunikation aufgezeichnet und deren Inhalte ausgewertet, was zur Kündigung des Beschwerdeführers führte, weil dieser den Account privat genutzt hatte. Dies war den Mitarbeitern ausdrücklich und unter Androhung von Sanktionen verboten worden. Den Mitarbeitern war auch angekündigt worden, dass ihr Kommunikationsverhalten überwacht (*monitored*) wird. Dennoch hielt der EGMR fest, dass ein Arbeitgeber eine «*reasonable expectation of privacy*» auch am Arbeitsplatz nicht vollständig ausschliessen dürfe⁵³ und dass Schutzvorkehrungen gegen Willkür zu treffen seien. Hierzu zählte der EGMR eine Reihe unerlässlicher Elemente auf, die vom nationalen Gesetzgeber zu berücksichtigen und vom nationalen Gericht bei der Abwägung einbezogen wer-

den müssen.⁵⁴ Den Arbeitgeber trifft eine Informationspflicht; er muss seinen Arbeitnehmern mitteilen, ob und inwiefern die Kommunikation am Arbeitsplatz überwacht wird. Die vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen müssen dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genügen. Es müssen legitime Gründe vorliegen, welche die Massnahme grundsätzlich als angemessen erscheinen lassen. Gleichwohl sind wenn möglich stets die am wenigsten invasiven Überwachungsmassnahmen zu wählen und den möglichen Folgen für den Arbeitnehmer ist Rechnung zu tragen. Dabei muss nach Umfang und Art der Überwachung differenziert werden, also danach, ob «nur» Verbindungsdaten («*flow of communications*») überwacht werden oder auch der Inhalt («*content*»), ob dies ganz oder teilweise und für wie lange geschieht und wer Zugang zu den Daten hat. Zu prüfen ist ferner, ob die Daten wirklich für den angegebenen legitimen Zweck gebraucht werden. Darüber hinaus muss das Transparenzgebot gewahrt werden, indem der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, inwieweit ein Zugriff auf Kommunikationsdaten stattgefunden hat. Über adäquate Schutzvorkehrungen ist zudem sicherzustellen, dass der Betroffene willkürlichen oder übermässigen Eingriffen entgegentreten kann, und zwar bevor auf persönliche Inhaltsdaten zugegriffen wird. Grundsätzlich ist ein Zugriff nur in Anwesenheit des Betroffenen gestattet. Dieser muss schliesslich Zugang zu einem justiziellen Organ haben, das die Einhaltung der Bedingungen kontrolliert.⁵⁵

Gemeinsames Band zwischen staatlichem und privatem Aktionsbereich ist die dogmatische Anknüpfung an positive Schutzpflichten.⁵⁶ Der EGMR nutzt diese Grundrechtsfunktion, um (v.a. osteuropäische) Staaten anzuhalten, ihre hochgradig defizitären rechtlichen Strukturen im Bereich geheimer Ermittlungsmassnahmen zu novellieren. Auffällig ist, dass der EGMR sich dabei nicht direkt mit den materiellen Grenzen der Ausforschung des Privatbereichs auseinandersetzt. Die materielle Legitimitätsprüfung wird durch die Abprüfung der formellen Teilvoraussetzungen und eine holistische Gesamtabwägung ersetzt. Die Grundsatzdiskussion über das konventionsrechtliche Akzeptable wird durch die Schrankenprüfung substituiert.

VI. Recht auf ein faires Verfahren [↑]

Der EGMR hatte 2017 gleich zweimal Gelegenheit, sich zum Anwalt der ersten Stunde zu äussern. Der Gerichtshof hob zwar die Bedeutung des Zugangs zu einem Anwalt bereits bei der ersten Vernehmung hervor, relativierte dessen Schutz jedoch im nächsten Schritt. Auch bei evidenter Verweigerung des Zugangsrechts im Zuge der ersten Vernehmung verneint der EGMR einen Fair-trial-Verstoss und will einen solchen nur dort sehen, wenn sich kein kausaler Zusammenhang (*«causal link»*) zwischen Rechtsverletzung und Verurteilung feststellen lässt.⁵⁷ In den aktuellen Verfahren stellte der EGMR darauf ab, ob der jeweilige Beschwerdeführer seine Verteidigungsrechte später im Verfahren wahrnehmen konnte und dabei Unterstützung von einem Verteidiger erhalten hat. Zentral ist für den EGMR insbesondere, dass die Verurteilung nicht auf einem später widerrufenen Geständnis oder sonstigen Einlassungen aus der Phase der Rechtsverweigerung beruhen darf.⁵⁸ In den entschiedenen Fällen erfolgten Geständnis bzw. Einlassungen erst später und mit anwaltlicher Unterstützung. Die Herangehensweise des EGMR leuchtet intuitiv ein und entspricht auch seinem sonstigen Vorgehen bei den Teilgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK. Selbst klare Rechtsverletzungen können danach später im Rahmen einer Generalbewertung der Gesamtfairness aufgewogen werden. Diese Vorgehensweise ist doppelt problematisch. Zum einen hat sie grosse Schwierigkeiten damit, die Gestaltungspotenziale frühestmöglicher Verteidigung und ihren hypothetischen Einfluss auf das spätere Verfahren im Rahmen der Kausalitätsbetrachtung zu erfassen. Sie hat zudem zur Konsequenz, dass auch offensichtliche Rechtsverweigerungen für den verantwortlichen Vertragsstaat letztlich ohne Konsequenzen bleiben. Einen fundamentalen Eigenwert für die Gewährleistung der Verfahrensgerechtigkeit und der Prozesssubjektstellung des Beschuldigten scheint der EGMR dem Zugangsrecht nicht zuzubilligen. Die Linie des EGMR ist eine Einladung an die Vertragsstaaten, Verfahrensrechte in der elementaren Frühphase des Verfahrens nicht ernst zu nehmen.

Erfreulicher für Beschuldigte fiel eine Entscheidung zum Akteneinsichtsrecht aus. Beschuldigte haben Art. 6 EMRK zufolge ein Recht auf Einsicht in möglicherweise sachdienliche Unterlagen, die sich in Akteilen ausserhalb der Ermittlungsakte befinden, soweit sie *«specific reasons»* für deren Relevanz vorbringen können.⁵⁹ In diesem Fall ist ihnen der Zugang zu gewähren. Dabei darf die Sichtung und Triage des Materials auf ihre Herausgabebedürftigkeit nicht ausschliesslich und ohne weitere Kontrollverfahren den Ermittlungsbehörden überlassen sein.⁶⁰

Auch die Tatprovokation stand wieder auf der Tagesordnung. Der EGMR präziserte ein weiteres Mal die neuralgische Abgrenzung zwischen zulässigem, weitgehend passivem Anreizen und aktiver Provokation. Konkret ging es darum, ob es zulässig ist, wenn die Ermittler gleich eine

ganze Reihe von Transaktionen mit der Zielperson vereinbaren. Ein solches Vorgehen kann nach Auffassung des EGMR mit der Konvention vereinbar sein, wenn es darauf ausgerichtet (und auch erforderlich) ist, über mehrere Geschäfte hinweg das Vertrauen der Zielperson zu gewinnen, um sich Zugang zu einem kriminellen Netzwerk und dessen Hintermännern zu verschaffen.⁶¹ Voraussetzung ist allerdings, dass die vereinbarten Geschäfte (sowohl insgesamt als auch im Einzelnen) quantitativ und qualitativ der vermuteten Operationsweise des Netzwerks entsprechen und nicht darüber hinausgehen.⁶² Auf der Rechtsfolgende erinnert der Gerichtshof daran, dass Taten, die auf eine Tatprovokation zurückgehen, nicht bei der Strafzumessung (wegen anderer Taten) berücksichtigt werden dürfen.

Die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts lag auch der Beschwerde in «M.» zugrunde. Die Beschränkung des Zugangs war durch Schwärzung vertraulicher Geheimdienstunterlagen in den Akten erfolgt.⁶³ Der EGMR verneinte jedoch eine Verletzung des Rechts auf Gehör, weil zum einen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse vorlag und die Beschränkung sich zum anderen nur auf einzelne Aktenteile bezog, deren Informationsgehalt und Relevanz sich der Beschwerdeführer mithilfe der anderen Aktenteile so weit erschliessen konnte, dass sein Recht auf Gehör wirksam ausgeübt werden konnte.⁶⁴

VII. Medienberichterstattung in Strafverfahren

In «Axel Springer SE and RTL Television GmbH» ging es um die Einschränkung der Bildberichterstattung in einem Strafprozess zum Schutz des Angeklagten. Die Beschwerdeführer rügten, dass das Tatgericht die Veröffentlichung des Bildes eines wegen Mordes an seinen Eltern Angeklagten, der unter Schizophrenie litt, nur unter der Bedingung der Unkenntlichmachung des Gesichts gestattet hatte. Der EGMR bewertete diese Einschränkung der Medienfreiheit im Lichte der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft. Da die Tat im Rahmen einer familiären Auseinandersetzung begangen worden und der Angeklagte keine öffentliche Person war, hatte das Tatgericht ein eingeschränktes öffentliches Interesse am Fall attestiert. Einige Fotos des Angeklagten waren zwar bereits vor der Entscheidung des Tatgerichts ohne Unkenntlichmachung veröffentlicht worden. Allerdings waren diese Fotos bereits mehrere Jahre alt, weshalb sie dem EGMR zufolge keine Rückschlüsse auf die Identität des Angeklagten zuließen. Bilder des Angeklagten aus dem Gerichtssaal hingegen, in denen er in Handschellen neben Polizisten oder seinen Strafverteidigern steht, würden ihn in einer grossen psychologischen Stresssituation zeigen und seine Persönlichkeitsrechte verletzen, was sich negativ auf seine spätere Resozialisierung auswirken könnte. Zudem habe das Tatgericht keine besonders strenge Einschränkung der Bildberichterstattung verfügt, sondern nur Massnahmen auferlegt, die keine Identifizierung des Angeklagten zuließen. Insgesamt sei die Auflage der Unkenntlichmachung des Angeklagten konventionskonform.⁶⁵

Die Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Zuge einer Buchpublikation zu Aktivitäten der Mafia in Deutschland, worin ein mutmassliches Mitglied der italienischen Ndrangheta mit vollem Namen genannt wird, beschäftigte den EGMR im Fall «Verlagsgruppe Droemer Knauer GmbH & Co. KG». Die Verlagsgruppe zog gegen eine Verurteilung zu Schadensersatz vor den EGMR. Der Gerichtshof

verwies zur Abwägung von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechten auf seine bisherige Rechtsprechung. Demnach seien folgende Gesichtspunkte zu prüfen: Beitrag zu einer Debatte von öffentlichem Interesse, Bekanntheitsgrad des Betroffenen, Gegenstand der Berichterstattung, Art und Weise des Erhalts und Wahrheitsgehalt der Informationen, vorangegangenes Verhalten der betreffenden Person, Inhalt, Form und Folgen der Veröffentlichung sowie die Härte der verhängten Sanktionen. Gerade mit Blick auf die Quelle der Informationen und den inhaltlichen Wahrheitsgehalt kritisierte der Gerichtshof die Veröffentlichung zur vermeintlichen Mafia-Mitgliedschaft, zumal die offiziellen behördlichen Dokumente, die als Belege dienten, lediglich einen vagen Verdacht enthielten. Die Verwendung behördlicher Dokumente, anhand derer die Informationen nur unzureichend verifizierbar waren, mindere nicht die journalistische Sorgfaltspflicht, einerseits weitere Informationsquellen zur Bestätigung zu suchen und andererseits die Ergebnisse in nicht tendenziöser Art wiederzugeben. Trotz der eingeräumten Befugnis der Presse, in bestimmtem Ausmass mit den Stilmitteln der Übertreibung oder gar Provokation zu arbeiten, sei im konkreten Fall die Grenze überschritten worden, weil die Veröffentlichung faktenwidrig eine sehr starke Verdachtslage bezüglich der illegalen Mitgliedschaft des Betroffenen suggeriert habe. Die vom nationalen Gericht verhängte Strafe sei mit Blick auf die Rechtsverletzung verhältnismässig und könne im Hinblick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers weder als Zensur noch als Entmutigung hinsichtlich künftiger Publikationsaktivitäten angesehen werden.⁶⁶

forumpoenale 2018 - S. 456

In der «*Becker*»-Entscheidung stand der Schutz journalistischer Quellen im Vordergrund. Die beschwerdeführende Journalistin sollte als Zeugin in einem Strafverfahren gegen den wegen Marktmanipulation und Insidertrading angeklagten Informanten aussagen. Dieser hatte der Beschwerdeführerin in einem Interview manipulative Informationen gegeben, welche die Journalistin in einem Artikel veröffentlichte, wodurch es zu entsprechenden Reaktionen am Aktienmarkt kam. Obwohl der Angeklagte gegenüber der Polizei bereits bestätigt hatte, die Quelle der Journalistin gewesen zu sein, verweigerte diese die Aussage im Strafverfahren gegen ihren Informanten unter Berufung auf den Schutz journalistischer Quellen. Die Verurteilung des Informanten erfolgte deshalb ohne diese Aussage. Allerdings wurde die Beschwerdeführerin infolge der Zeugnisverweigerung zu einer Geldstrafe wegen Missachtung der Gerichtsverfahrensordnung verurteilt. Hiergegen rief sie den EGMR an. Der Gerichtshof prüfte den Schutz journalistischer Quellen im Lichte der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft und stellte letztlich eine Verletzung der Pressefreiheit fest. Zunächst wies er das Argument zurück, wonach der Schutz journalistischer Quellen nach Art. 10 EMRK durch das alleinige Verhalten der Quelle entfallen könne. Vielmehr greife der journalistische Quellenschutz auch dann, wenn die Ermittlungsbehörden die Identität der Quelle kennen. Der EGMR bezweifelte die Notwendigkeit der gerichtlichen Aussage der Beschwerdeführerin, zumal der Informant seine Verteidigungsrechte auch ohne ihre Aussage wahrnehmen konnte und die Aussageverweigerung weder für das Ermittlungsverfahren noch für den Strafprozess hinderlich war. Insgesamt hätten die nationalen Gerichte im konkreten Fall die Bedeutung des Schutzes journalistischer Quellen für die Pressefreiheit unzureichend geprüft, weshalb die Verurteilung der Journalistin nicht i.S.d. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft angezeigt war.⁶⁷

VIII. Fälle mit potenzieller Relevanz für die Schweiz [↑]

Vor dem Hintergrund der hiesigen Dauerdiskussion um den Tatbestand der Rassendiskriminierung gem. Art 261^{bis} StGB⁶⁸ ist die Entscheidung im Fall «Škorjanec» von Interesse.

Die Beschwerdeführerin und ihr romastämmiger Partner waren von zwei Männern rassistisch beleidigt und verprügelt worden. Im Strafverfahren gegen die Täter wurde der Beschwerdeführerin jedoch nicht der Status als Opfer, sondern als Zeugin zuteil, obwohl die Täter sie wegen der Beziehung zu einem Roma-Mann beleidigt und bedroht hatten. Die Behörde wies ihr Begehren ab, da die Täter aus rassistischen Motiven gehandelt hatten, die Beschwerdeführerin aber nicht Angehörige der betroffenen Minderheit sei. Der EGMR legte zunächst dar, dass die Vertragsstaaten nach Art. 3 EMRK angemessene strafrechtliche Mechanismen zur Prävention rassistischer Gewalt implementieren müssen. Die konventionsrechtliche Verpflichtung zur Verfolgung rassistisch motivierter Gewalttaten gilt dabei nicht nur zum Schutz von Angehörigen einschlägiger Volksgruppen. Denn rassistische Verbrechen werden auch gegen jene Personen verübt, die in einer Beziehung zu Angehörigen solcher Gruppen stehen. Derartige Fälle müssen bei der Verfolgung rassistisch motivierter Gewalt entsprechend gewürdigt werden. Die mangelnde Zuerkennung des Opferstatus der Beschwerdeführerin verletze daher die positiven Schutzpflichten des Vertragsstaates nach Art. 3 und 14 EMRK, entsprechende Ermittlungen in die Wege zu leiten, um mögliche rassistische Beweggründe im Zuge der Gewalttat aufzuklären.⁶⁹

Die Landesverweisung beschäftigt nicht nur die schweizerische Strafrechtswissenschaft,⁷⁰ sondern war auch Gegenstand der «S.K.»-Entscheidung, in welcher der EGMR die automatische Landesverweisung infolge einer Gesetzesverletzung bewerten musste. Der syrische Beschwerdeführer hatte sich 2011 mit einem Geschäftsvisum in Russland aufgehalten, das Land aber nach dessen Ablauf nicht verlassen. In der Folge wurde er wegen des illegalen Verbleibs in Russland verurteilt. Mit der Verurteilung war sowohl die Zahlung einer Geldbusse als auch die Ausweisung aus Russland verbunden.

Die innerstaatlichen Rechtsmittel blieben ohne Erfolg, ebenso ein 2015 gestellter Antrag auf zeitweiliges Asyl. Diesbezüglich legte der EGMR dar, dass auch bei automatischer Anordnung einer Ausweisung (von Gesetzes wegen) weiterhin die Non-refoulement-Garantie nach Art. 3 EMRK zu beachten und zu prüfen ist. Zur Ausschaffung des Beschwerdeführers nach Syrien führten die nationalen Behörden unter anderem aus, dass das Risiko für Leib und Leben des Beschwerdeführers durch die Rückführung nicht grösser sei als jenes anderer Menschen, die sich in Syrien aufhalten. Dieses Vorbringen überzeugte die Strassburger Richter nicht. Bei unfreiwilligen Rückführungen haben die Vertragsstaaten die vorhersehbaren Konsequenzen für den Betroffenen im Lichte der allgemeinen lokalen Situation und unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände zu bewerten. Das tatsächliche Risiko von Tod oder Misshandlungen muss zum Zeitpunkt der Ausschaffung bewertet

werden. Im konkreten Fall war in Syrien 2015 keine mit Art. 2 und 3 EMRK vereinbare Lage für die Ausschaffung des Beschwerdeführers gegeben. Die Strassburger Richter gingen auch auf das

Vorbringen ein, wonach kein wirksames Rechtsmittel im Asylverfahren vorhanden war, das die automatische Aussetzung der Verweisung zur Folge hat. Der EGMR bestätigte seine bisherige Rechtsprechungslinie,⁷¹ wonach die Wirksamkeit der Beschwerde nach Art. 13 EMRK gerade in Fällen der Landesverweisung, die wegen des Misshandlungsrisikos gemäss Art. 3 EMRK eingelegt werden, wesentlich von der aufschiebenden Wirkung der Ausweisung abhängt. Konkret lag deshalb eine Verletzung von Art. 3 im Lichte von Art. 14 EMRK vor. Im Übrigen sei bei der Entscheidung über die Gewährung zeitweiligen Asyls insbesondere Zweck- und Zielrichtung des Art. 3 EMRK mit einzubeziehen.⁷²

- 1 ... Zur schweizerischen Volksinitiative für ein Verhüllungsverbot vgl. FATEH-MOGHADAM, recht 2017, 225 ff.
- 2 ... EGMR (GK) v. 1. 7. 2014, *S. A. S. v. France*, §§ 135, 137 ff.; vgl. MEYER/WIECKOWSKA, FP 2015, 367 (376 f.).
- 3 ... EGMR v. 11. 7. 2017, *Dakir v. Belgium*, §§ 54, 57, 58, 65; vgl. die Concurring Opinion of Judge SPANO, joined by Judge KARAKAŠ, in der die begrenzte Reichweite der S. A. S.-Entscheidung – insbesondere im Hinblick auf das Kriterium des «gesellschaftlichen Zusammenlebens» – für zukünftige Verfahren näher dargelegt wird.
- 4 ... EGMR v. 11. 7. 2017, *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, §§ 51, 54.
- 5 ... EGMR v. 7. 2. 2017, *Lashmankin and Others v. Russia*, §§ 461, 490.
- 6 ... EGMR, *Lashmankin and Others v. Russia* (Fn. 5), §§ 418, 425 f., 456, 462.
- 7 ... EGMR v. 14. 11. 2017, *Işikirik v. Turkey*, §§ 68 f.; Kritik an der Beanstandung zur Vorhersehbarkeit enthält die Joint Concurring Opinion of Judges LEMMENS and GRITCO.
- 8 ... EGMR v. 3. 10. 2017, *Dmitriyevskiy v. Russia*, §§ 94, 104, 117.
- 9 ... EGMR v. 21. 2. 2017, *Orlovskaya Iskra v. Russia*, §§ 129 ff.
- 10 ... EGMR v. 16. 3. 2017, *Ólafsson v. Iceland*, §§ 54 f., 60 f.
- 11 ... EGMR v. 1. 6. 2017, *Giesbert and Others v. France*, §§ 79, 82, 95.
- 12 ... EGMR v. 20. 6. 2017, *Bayev and Others v. Russia*, §§ 70, 79, 82; vgl. die Dissenting Opinion of Judge DEDOV, wonach keine Abwägung mit dem Recht auf Privatsphäre und Familienleben stattgefunden und die Perspektive der Minderjährigen zu wenig Berücksichtigung gefunden habe.
- 13 ... EGMR v. 23. 5. 2017, *Sarıgül v. Turkey*, §§ 43, 45, 47.
- 14 ... EGMR v. 20. 6. 2017, *Ali Çetin v. Turkey*, §§ 41 f.
- 15 ... EGMR v. 14. 2. 2017, *Allanazarova v. Russia*, §§ 96, 99.
- 16 ... EGMR, *Allanazarova v. Russia* (Fn. 15), § 72; vgl. ferner MEYER/WIECKOWSKA, FP 2013, 241 (242 f.).
- 17 ... EGMR, *Allanazarova v. Russia* (Fn. 15), §§ 74 f.

- 18 EGMR v. 2. 5. 2017, *Vasiliciuc v. the Republic of Moldova*.
- 19 Die Inhaftierung muss notwendig gewesen sein, EGMR, *Vasiliciuc v. the Republic of Moldova* (Fn. 18), § 40. Die Behörden hätten sich vergewissern müssen, ob die Beschwerdeführer die Ladung erhalten hat und ob sie sich dem Verfahren bewusst entzieht. Das formalistische Vorgehen der Behörden war auch konträr zu den Vorschriften des eigenen Strafverfahrensrechts.
- 20 EGMR, *Vasiliciuc v. the Republic of Moldova* (Fn. 18), § 24: «*In the above context, the Court recalls that in the context of an extradition procedure, a requested State should be able to presume the validity of the legal documents issued by the requesting State and on the basis of which a deprivation of liberty is requested.*»
- 21 EGMR, *Vasiliciuc v. the Republic of Moldova* (Fn. 18), § 24.
- 22 EGMR v. 13. 4. 2017, *Huseynova v. Azerbaijan*, § 111.
- 23 EGMR v. 4. 4. 2017, *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*.
- 24 EGMR v. 19. 10. 2017, *Lebois v. Bulgaria*.
- 25 EGMR v. 7. 3. 2017, *Polyakova and Others v. Russia*.
- 26 Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer gerügt, dass ihm durch die Einweisung in eine entlegene Haftanstalt die Möglichkeit verwehrt werde, familiäre und soziale Beziehungen während der Haft aufrechtzuerhalten.
- 27 EGMR v. 23. 5. 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, § 181.
- 28 EGMR (GK) v. 17. 1. 2017, *Hutchinson v. the United Kingdom*.
- 29 EGMR (GK), *Hutchinson v. the United Kingdom* (Fn. 28), §§ 40, 70 unter Hinweise auf die McLoughlin-Entscheidung. Das konventionsrechtlich unzureichende Lifer Manual des Secretary of State schränke weder die rechtlichen Rahmenvorgaben noch die Entscheidungsbefugnisse des Secretary of State rechtlich ein.
- 30 EGMR (GK), *Hutchinson v. the United Kingdom* (Fn. 28), §§ 61, 70. Dies hatte der EGMR z. B. auch schon in EGMR v. 8. 7. 2014, *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria* genügen lassen.
- 31 EGMR (GK), *Hutchinson v. the United Kingdom* (Fn. 28), § 58.
- 32 Vgl. dazu MEYER/WIECKOWSKA, FP 2014, 369 (370).
- 33 EGMR (GK), *Hutchinson v. the United Kingdom* (Fn. 28), § 45.
- 34 Vgl. EGMR (GK), *Hutchinson v. the United Kingdom* (Fn. 28), § 52.
- 35 EGMR, *Matiošaitis and Others v. Lithuania* (Fn. 27).
- 36 EGMR, *Matiošaitis and Others v. Lithuania* (Fn. 27), §§ 172 f.
- 37 EGMR, *Matiošaitis and Others v. Lithuania* (Fn. 27), § 181.

- 38 EGMR v. 17. 1. 2017, *J. and Others v. Austria*, §§ 114 ff.; vgl. aber die Concurring Opinion of Judge PINTO DE ALBUQUERQUE, der Österreich in Sachen Menschenhandel zwar einen hinreichenden Opferschutz, aber einen unzureichenden strafrechtlichen Gesetzesrahmen attestiert.
- 39 Vgl. MEYER/WIECKOWSKA, FP 2012, 116 (125 f.).
- 40 EGMR v. 30. 3. 2017, *Chowdury and Others v. Greece*, §§ 93, 99, 126.
- 41 EGMR v. 7. 11. 2017, *Zubkov and Others v. Russia*; EGMR v. 7. 11. 2017, *Dudchenko v. Russia*; zuvor EGMR (GK) v. 4. 12. 2015, *Zakharov v. Russia*; zu *Szabó and Vissy v. Hungary* s. MEYER, FP 2017, 263 (271).
- 42 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), §§ 96 f.; ebenso EGMR, *Zubkov and Others v. Russia* (Fn. 41), § 127.
- 43 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), § 98.
- 44 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), §§ 105 ff.
- 45 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), § 107.
- 46 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), § 107.
- 47 EGMR, *Dudchenko v. Russia* (Fn. 41), § 109.
- 48 Ein Eingriff liegt bei Aufzeichnungen ausserhalb des öffentlichen Bereichs unabhängig davon vor, ob die Räumlichkeiten als Wohnung zu qualifizieren wären. EGMR, *Zubkov and Others v. Russia* (Fn. 41), § 121.
- 49 EGMR, *Zubkov and Others v. Russia* (Fn. 41), § 129.
- 50 EGMR, *Zubkov and Others v. Russia* (Fn. 41), § 129.
- 51 Daran fehlte es vorliegend, EGMR, *Zubkov and Others v. Russia* (Fn. 41), § 130.
- 52 EGMR (GK) v. 5. 9. 2017, *Bărbulescu v. Romania*.
- 53 Bei der Regelung elektronischer oder anderer Korrespondenz nicht beruflicher Natur am Arbeitsplatz bestünde danach aus Sicht der Grossen Kammer grosser Spielraum, EGMR (GK), *Bărbulescu v. Romania* (Fn. 52), § 119.
- 54 EGMR (GK), *Bărbulescu v. Romania* (Fn. 52), §§ 121 ff.
- 55 EGMR (GK), *Bărbulescu v. Romania* (Fn. 52), § 122.
- 56 Sie ersetzt im Privatbereich funktionell die mittelbare Drittwirkung.
- 57 EGMR v. 5. 10. 2017, *Kalēja v. Latvia*, § 67; EGMR (GK) v. 12. 5. 2017, *Simeonovi v. Bulgaria*, § 140.
- 58 EGMR (GK), *Simeonovi v. Bulgaria* (Fn. 57), §§ 133, 139 ff.; s. a. EGMR, *Kalēja v. Latvia* (Fn. 57), §§ 67 f.
- 59 EGMR v. 4. 4. 2017, *Matanović v. Croatia*, §§ 186 f.

- 60 EGMR, *Matanović v. Croatia* (Fn. 59), § 158.
- 61 EGMR v. 23. 11. 2017, *Grba v. Croatia*, §§ 101, 115.
- 62 EGMR, *Grba v. Croatia* (Fn. 61), §§ 99 f., 111.
- 63 EGMR v. 25. 7. 2017, *M. v. Netherlands*, §§ 69 f.
- 64 EGMR, *M. v. Netherlands* (Fn. 63), §§ 69 f.
- 65 EGMR v. 21. 9. 2017, *Axel Springer SE and RTL Television GmbH v. Germany*, §§ 75 ff.
- 66 EGMR v. 19. 10. 2017, *Verlagsgruppe Droemer Knauer GmbH & Co. KG v. Germany*, §§ 48, 55, 60; vgl. die Dissenting Opinion of Judge TSOTSORIA, der dem Buchautor ein Handeln im guten Glauben und unter Einhaltung der journalistischen Sorgfalt im Sinne von Art. 10 EMRK attestierte.
- 67 EGMR v. 5. 10. 2017, *Becker v. Norway*, §§ 74, 78, 80 f., 83.
- 68 Vgl. zuletzt EHMANN/BERTSCHINGER, FP 2018, 206.
- 69 EGMR v. 28. 3. 2017, *Škorjanec v. Croatia*, §§ 59, 66, 71.
- 70 Instruktiv BRUN/FABBRI, recht 2017, 231 ff.
- 71 Vgl. EGMR (GK) v. 23. 2. 2012, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, § 200.
- 72 EGMR v. 14. 2. 2017, *S. K. v. Russia*, §§ 58, 75, 87, 98.