

Dokument	forumpoenale 2/2008 S. 77
Urteilsdatum	10.04.2008
Autor	Gunhild Godenzi
Publikation	Forumpoenale
Rechtsgebiete	Straf- und Strafprozessrecht
Seiten	77-82

16 EGMR, Third Section, Case of van Vondel v. the Netherlands vom 25. Oktober 2007, Application no. 38258/03

Assessorin iur. Gunhild Godenzi LL.M.

Art. 8 EMRK: Zurechnung privater Handlungen zum Staat, heimliche Tonbandaufnahmen.

Der Ausdruck "Privatleben" darf nicht restriktiv ausgelegt werden. Insbesondere ist es nicht angezeigt, berufliche oder geschäftliche Tätigkeiten von vornherein aus dem Schutzbereich des Art. 8 EMRK auszunehmen. Auch zwischenmenschliche Vorgänge, die in einem öffentlichen Kontext stehen, können daher dem Merkmal "Privatleben" unterfallen (§ 48). Die Zurechnung privater Handlungen zum Staat setzt einen massgeblichen Beitrag des Staates zur Ausführung der Tat voraus (§ 46). Vorliegend ist dem Staat die Herstellung heimlicher technischer Aufzeichnungen durch eine Privatperson zurechenbar mit der Folge, dass ein staatlicher Eingriff in Art. 8 EMRK gegeben ist (§ 49). Solange das nationale Recht keine gesetzliche Eingriffsgrundlage vorsieht, die den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK genügt, ist dieser Eingriff unzulässig (§§ 50-54). Dies gilt auch dann, wenn die staatliche Mitwirkungshandlung im Interesse eines schutzbedürftigen Bürgers liegt (§ 53). (Regeste der Schriftleitung)

Art. 8 CEDH: imputation d'agissements privés à l'Etat, enregistrements audios clandestins.

L'expression "vie privée" ne doit pas être interprétée de manière restrictive. Il n'y a notamment pas lieu d'exclure d'emblée les activités professionnelles ou commerciales du champ d'application de l'art. 8 CEDH. Les relations interpersonnelles qui s'inscrivent dans un contexte public peuvent dès lors relever de la "vie privée" (§ 48). L'imputation d'agissements privés à l'Etat suppose une contribution essentielle de ce dernier à l'exécution de l'acte (§ 46). En l'espèce, la réalisation d'enregistrements techniques clandestins par un particulier est imputable à l'Etat; partant, il y a une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice d'un droit protégé par l'art. 8 CEDH (§ 49). Cette ingérence est inadmissible tant et aussi longtemps que le droit national ne prévoit pas de base légale satisfaisant aux exigences de l'art. 8 al. 2 CEDH (§§ 50-54). Cela vaut quand bien même l'Etat interviendrait dans l'intérêt d'un citoyen nécessitant sa protection (§ 53). (Résumé de la rédaction)

Art. 8 CEDU: imputazione di atti privati allo Stato, registrazioni audio segrete.

L'espressione "vita privata" non dev'essere interpretata restrittivamente. In particolare, l'esclusione a priori delle attività professionali o commerciali dall'ambito protetto dell'art. 8 CEDU non è adeguata. Anche le vicende interpersonali che stanno in un contesto pubblico possono quindi presentare il tratto distintivo

della "vita privata" (§ 48). L'imputazione di atti privati allo Stato presuppone che il contributo dello Stato all'esecuzione dell'atto sia determinante (§ 46). Nel caso in esame, allo Stato è imputabile l'allestimento di registrazioni tecniche segrete da parte di un privato, con la conseguenza che vi è un'ingerenza dello Stato nell'art. 8 CEDU (§ 49). Finché il diritto nazionale non prevede una base legale che ossequia i requisiti dell'art. 8 CEDU, tale ingerenza è inammissibile (§§ 50-54). Ciò vale anche nel caso in cui lo Stato intervenga nell'interesse di un cittadino che necessita di protezione (§ 53). (Regesto a cura della Direzione della rivista)

forumpoenale 2/2008 S. 77, 78

Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer van Vondel war in den Jahren 1989 bis 1994 als Polizist beim "Kennemerland Regional Criminal Intelligence Service" (*Regionale Criminele Inlichtingendienst; "RCID"*) für die Führung und Betreuung ziviler Informanten zuständig. Im Jahre 1994 wurde eine parlamentarische Untersuchungskommission einberufen, welche die polizeilichen Ermittlungsmethoden in den Niederlanden überprüfen sollte (*parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden; "PEC"*). Zudem erhielt ein sog. "Fort-Team" des National Police Internal Investigation Department (*rijksrecherche*) den Auftrag, im Rahmen einer nichtstrafrechtlichen Untersuchung den Ermittlungsmethoden des RCID in der Zeit von 1990 bis 1995 nachzugehen. Das Fort-Team nahm im Verlaufe seiner Abklärungen Kontakt mit Mr. R. auf, einem belgischen Fruchtsaftproduzenten, der von dubiosen Geschäften berichtete, die er als polizeilicher Informant im Auftrag des Beschwerdeführers abgewickelt hatte. Im Rahmen einer öffentlichen Anhörung der PEC sagte der Beschwerdeführer unter Eid zu den Vorfällen aus. Daraufhin wurde gegen den Beschwerdeführer eine strafrechtliche Untersuchung wegen mehrfachen Meineids und Einschüchterung des Zeugen Mr. R. eingeleitet. Die nationalen Gerichte verurteilten den Beschwerdeführer und stützten ihren Entscheid unter anderem auf heimliche Tonbandaufzeichnungen, die Mr. R. - unter staatlicher Mithilfe - von mehreren Gesprächen mit dem Beschwerdeführer angefertigt hatte. Der Beschwerdeführer macht geltend, durch die Herstellung der Aufnahmen in seiner Privatsphäre verletzt worden zu sein. Der EGMR hat einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK bejaht.

Aus den Erwägungen:

(...)

29. The Court of Appeal (...) found it established that, in the course of nine hearing sessions between 2 June 1995 and 7 March 1996, Mr R. had made statements to the Fortteam about the "fruit-juice channel", that four face-to-face conversations (between April and August 1995) and four telephone conversations (between July and August 1995) between the applicant and Mr R. had been recorded by Mr R., that he had done so on a voluntary basis and with the aid of devices provided by the Fort-team at Mr R.'s own request as he was initially disbelieved and as he also wished this for personal safety considerations, that one of the four recorded telephone conversations only consisted of a recording of what Mr R. had said, and that only in respect of one particular conversation had Mr R. received specific instructions as to what information



should be obtained from the applicant, namely an admission of payments by him to Mr R.

30. The Court of Appeal held that, according to domestic case-law, the mere tape-recording of a (telephone) conversation without the permission (or knowledge) of the conversation partner did not, in itself, entail a violation of that conversation partner's right to respect for privacy; for that to be the case, additional circumstances were required. In the instant case, the additional circumstances were that a number of conversations had been recorded, including the applicant's contributions to those conversations. Furthermore, the (telephone) conversations had been conducted by the applicant as the former "runner" of a (former) police informer about matters having occurred during the period in which the applicant "ran" Mr R. as informer and the winding-up of that relationship. As these conversations - in any event on the part of the applicant - were of an exclusively professional nature and content, the Court of Appeal held that, in view of domestic case-law on this point, this allowed no other conclusion than that the applicant's private life did not come into play in respect of the recorded (telephone) conversations at issue. It further held that Mr R.'s recourse to a recording device - and Mr R. had been entirely free to decide whether or not to activate it as well as to make the recordings available to the Fort-team - had mainly been prompted by Mr R.'s need to substantiate his account of the "fruit-juice channel" in order to be believed. The Court of Appeal therefore considered that it could not be said that there had been interference on the part of the authorities in respect of the recording. It only accepted the existence of such interference in breach of Article 8 § 1 in respect of the one recorded conversation for which Mr R. had received explicit instructions, to the extent that this conversation related to matters falling within the applicant's sphere of privacy. It did not use that particular statement in evidence. (...)

45. The applicant maintained that there had been a violation of his right to privacy as guaranteed by Article 8 of the Convention.

46. The Government submitted that the authorities did not themselves record the conversations concerned but that these were recorded by one of the parties to the conversations. In the Government's opinion, such cases give rise to State responsibility under the Convention only if the authorities "made a crucial contribution to the execution of the scheme" and, in the instant case and unlike the cases of *A. v. France* (judgment of 23 November 1993, Series A no. 277-B, p. 49, § 36) and *M.M. v. the Netherlands* ((no. 39339/98, judgment of 8 April 2003), § 40), it could not be said that there was either a "crucial contribution" or a "scheme".

47. In the case at hand, Mr R. recorded various conversations with the applicant but Mr R. himself decided whether he would record a conversation and, if so, whether he

forumpoenale 2/2008 S. 77, 79

would hand the tape over to the National Police Internal Investigation Department. Mr R.'s acts were based on his wish to demonstrate his own credibility in respect of the statements given by him in the Fort-team fact-finding inquiry as well as for personal safety considerations. Against this background, the Government considered the provision of recording equipment as a perfectly responsible move on the part of the National Police Internal Investigation Department. As the recording of the conversations by Mr R. could not be equated with an investigative act by a private citizen, the Government submitted that there had been no interference with the applicant's rights under Article 8 § 1 of the Convention requiring justification under the second paragraph of this provision. The Government further added that, in their view, a strict interpretation of the *M.M. v. the Netherlands* judgment would mean that in future the authorities would be unnecessarily cautious in rendering assistance to members of the public.

48. The Court reiterates that the term "private life" must not be interpreted restrictively. In particular, respect for private life comprises the right to establish and develop relationships with other human beings; furthermore, there is no reason of principle to



justify excluding activities of a professional or business nature from the notion of "private life". There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life" (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29; *Halford v. the United Kingdom*, judgment of 25 June 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-III, p. 1015, § 42; and *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 56, ECHR 2001-IX).

49. The Court is of the opinion that the obtention by the National Police Internal Investigation Department - for the purposes of an officially commissioned fact-finding inquiry - of recordings of (telephone) conversations between the applicant and Mr R. that had been made by the latter with technical equipment made available for this purpose by the National Police Internal Investigation Department constituted an interference with the applicant's private life and/or correspondence (in the sense of telephone communications) which was imputable to a public authority. The Court would note that the recording of private (telephone) conversations by a conversation partner and the private use of such recordings does not *per se* offend against Article 8 if this is done with private means, but that by its very nature this is to be distinguished from the covert monitoring and recording of communications by a private person in the context of and for the benefit of an official inquiry - criminal or otherwise - and with the connivance and technical assistance of public investigation authorities. In that respect, the Court observes that in the present case, although the recordings of the applicant's conversations were made by Mr R. on a voluntary basis and for his own purposes, the equipment was provided by the authorities, who on at least one occasion gave him specific instructions as to what information should be obtained from the applicant. In these circumstances, the Court considers that the authorities "made a crucial contribution to executing the scheme" and it is not persuaded that it was ultimately Mr R. who was in control of events. To hold otherwise would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under the Convention by the use of private agents (see *M.M. v. the Netherlands*, cited above, § 40).

50. It must therefore be determined whether the interference in the present case was justified under Article 8 § 2, notably whether it was "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one or more of the purposes enumerated in that paragraph.

51. As to the question whether the interference was "in accordance with the law", the Court reiterates that this expression requires firstly that the impugned measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and be compatible with the rule of law (see, for instance, *Narinen v. Finland*, no. 45027/98, § 34, 1 June 2004).

52. The Court notes that the Government has not presented any arguments to the effect that the interference at issue was based on and in compliance with any statutory or other legal rule. It further notes that, as the investigation in the context of which the interference occurred was a fact-finding inquiry, the National Police Internal Investigation Department was not allowed to have recourse to any investigative powers such as, for instance, the covert recording of (telephone) conversations.

53. Although the Court understands the practical difficulties for an individual who is or who fears to be disbelieved by investigation authorities to substantiate an account given to such authorities and that - for that reason - such a person may need technical assistance from these authorities, it cannot accept that the provision of that kind of assistance by the authorities is not governed by rules aimed at providing legal guarantees against arbitrary acts. It is therefore of the opinion that, in respect of the interference complained of, the applicant was deprived of the minimum degree of protection to which he was entitled under the rule of law in a democratic society.



54. In the light of the foregoing, the Court finds that the interference in issue was not "in accordance with law". This finding suffices for the Court to hold that there has been a violation of Article 8 of the Convention. It is not therefore necessary to examine whether the interference in question pursued a "legitimate aim" or was "necessary in a democratic society" in pursuit thereof (see *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 75, 1 March 2007).

forumpoenale 2/2008 S. 77, 80

55. There has accordingly been a violation of Article 8 of the Convention.

(...)

Separate opinion of Judge Myjer:

1. In the Observations of the Government, much reference is made to an annotation to the case of *M.M. v. the Netherlands* (judgment of 8 April 2003) which was published in the NJCM-bulletin (Netherlands Human Rights Law Review) 2003, p. 653-658:

"If the present judgment by the ECtHR stands, it would mean - by extension - that in future, if a criminal makes all manner of threats to a victim by telephone, the victim goes to the police, and the police (with the victim's) consent put a tap on his phone, the criminal would win his case in Strasbourg on the ground that his fundamental rights have been violated because his threatening calls had been recorded without a statutory basis; likewise, a kidnapper who rings the family of his victim to make the ransom demand could successfully claim to have been a victim of a violation of Article 8 ECtHR if the police record these telephone calls with the family's consent but without a basis in statute law. In my opinion, it is really going too far to require that recordings of this kind may only be made in accordance with statutory procedures. A perpetrator who phones a victim to prepare for his offence or actually to commit the offence should not be able to pose successfully as a victim on the grounds that the recording of incoming calls at the victim's end violated his right to the peaceful enjoyment of telephone communication. Or does the ECtHR truly mean to suggest that, in a case such as this one, the police should have sought permission under the rules of the Code of Criminal Procedure to place a normal tap on the telephone of none other than the victim, with all the extra infringements of her privacy that would entail? Or would the ECtHR perhaps prefer the lawyer's own telephone to have been tapped in accordance with all the rules, including all the safeguards against violations of his right to refuse to give evidence."

Since it was I - in another capacity and before I was elected to this Court - who wrote the annotation with which the Government apparently agree and which was indeed very critical of the reasoning of the majority in that judgment, and since I voted in the *Van Vondel* case in favour of a violation of Article 8, I feel obliged to write this separate opinion.

2. Yes, as far as the judgment in the case of *M.M.* is concerned, I am still convinced that the reasoning of the majority in that case may lead to bizarre and unwanted consequences. In that particular case the police had helped a woman who had told the police that *M.M.*, the defence counsel of her detained husband, had made sexual advances towards her. She feared that her word (the only available evidence) would be insufficient against that of *M.M.* The police then supplied her with a tape recorder linked to her telephone, so that she could record incoming telephone conversations with that lawyer in order to obtain evidence against him. The majority concluded that Article 8 had been violated. My objections are basically the same as those made in the dissenting opinion of former judge Elisabeth Palm, who was appointed by the Dutch Government to replace the former Dutch judge Wilhelmina Thomassen, who had withdrawn from the case. To me it was crucial that, unlike the *A. v. France* case (judgment of 23 November 1993) - where the police made a crucial contribution by making available for a short time the office of the police superintendent, his telephone



and his tape recorder and where an *outgoing* call was made to collect evidence - in the case of M.M. the woman only recorded *incoming* calls from M.M. Besides, she could decide herself if she wanted to hand these recordings over to the police or not. I am of the opinion that in these circumstances, from the point of view of the Convention, there was no relevant interference with M.M.'s privacy rights.

3. In the present case, however, there is no matter of someone just waiting until the "suspect" might phone and make his self-incriminating remarks. Here, like in the case of *Heglas v. the Czech Republic* (judgment of 1 March 2007) and like in a lot of B-movies, a "walking bug" went himself to the applicant and recorded the conversations. The very fact that the police provided the devices (and in respect of one conversation gave specific instructions as to what information should be obtained) constitutes a crucial contribution to an interference with the privacy rights of the applicant, as was laid down in the reasoning in paragraph 49. Since that interference was not "in accordance with the law", there was also in my opinion a violation of Article 8.

Bemerkungen:

I. Der EGMR hat mit dem vorstehenden Entscheid seine bisherige Praxis fortgeschrieben, wonach ein Eingriff in die Rechte der EMRK auch dann gegeben sein kann, wenn eine vom Schutzbereich der Konventionsgarantien erfasste Handlung zwar durch eine Privatperson ausgeführt wird, der Staat sich diese Handlung aber als eigene zurechnen lassen muss (§ 49; vgl. bereits EGMR v. 23.11.1993, *A.v. France*; EGMR v. 8.4.2003, *M.M. v. the Netherlands*; EGMR v. 1.3.2007, *Heglas v. the Czech Republic*). Die Konsequenz der Zurechnung liegt darin, dass die von der Privatperson ausgeführte Handlung rechtlich betrachtet zu einem staatlichen Eingriff in Rechte des Betroffenen qualifiziert wird, womit genau diejenigen gesetzlichen Massstäbe gelten, nach denen die Zulässigkeit staatlicher Eingriffe auch sonst zu bewerten ist (vgl. §§ 49 ff.; BGE 129 V 323, 324 ff.; Demko, Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen "Hörfalle", HRRS 2004, 382, 384; Gaede, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, 46, 48).

Für die rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes ist die Zurechenbarkeit einer von einer Privatperson vorgenommenen Handlung zum Staat richtungweisend: Sie entscheidet über die Anwendbarkeit *sämtlicher* Rechtssätze, die zwar den Staat, nicht aber Privatpersonen binden und verpflichten.

forumpoenale 2/2008 S. 77, 81

Dies bedeutet für das Verfahren vor den schweizerischen Gerichten, dass eine einmal begründete staatliche Verantwortlichkeit nicht allein den staatsgerichteten Konventionsgarantien Wirkungsmacht verschafft. Vielmehr werden darüber hinaus zwangsläufig auch die Grundrechte des Betroffenen in ihrer abwehrrechtlichen Funktion und die einfachgesetzlichen Bestimmungen des Strafverfahrensrechts aktiviert, da sich die Qualifikation einer bestimmten Handlung als "staatlich" oder "privat" im Verfahren nur einmal und nur einheitlich entscheiden lässt.

II. Die Zurechnungsdogmatik des EGMR dient der effizienten Anwendung der Konventionsgarantien und basiert auf dem Gedanken des Umgehungsschutzes. Der Staat soll sich seiner menschenrechtlichen Verpflichtungen nicht einfach dadurch entledigen können, dass er die unmittelbare Ausübung eines Eingriffs Privatpersonen überlässt (vgl. § 49). Dies impliziert, dass der Staat sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht einen Zurechnungsgrund gesetzt haben muss, damit von einer "Umgehung" konventionsrechtlicher Garantien überhaupt die Rede sein kann. Ausreichend aber auch erforderlich ist nach Auffassung des EGMR, dass der Staat "a crucial contribution to executing the scheme" geleistet hat (§ 49; EGMR, *A.v. France*, § 36; EGMR, *M.M. v. the Netherlands*, § 39).

Gemessen an diesem Kriterium hat der EGMR im vorliegenden Fall die Zurechenbarkeit der privaten Handlung zum Staat und damit einen staatlichen Eingriff in Art. 8 EMRK zu Recht bejaht (§§ 49 ff.). Ausschlaggebend war zum einen, dass die staatlichen Behörden Mr. R. die technische Ausrüstung zur Aufzeichnung der Gespräche zur Verfügung gestellt hatten und dabei ersichtlich auch staatliche Aufklärungsinteressen verfolgten. Zum anderen fiel ins Gewicht, dass zu wenigstens einem der aufgezeichneten Gespräche staatliche Anweisungen zur Informationsbeschaffung ergangen waren, wenngleich gerade diese Aufzeichnung im späteren gerichtlichen Verfahren nicht verwertet wurde (§§ 30, 49). Die kumulative Berücksichtigung dieser Gegebenheiten lässt hervortreten, dass der EGMR die Frage der Zurechnung privater Handlungen zum Staat im Wege einer Gesamtbewertung der festgestellten staatlichen Einflussnahme entscheidet, die *keiner rückwirkenden Relativierung* durch die anschließende Nichtverwertung einzelner Beweise zugänglich ist. Subjektiv war den staatlichen Stellen bei ihrer Mithilfe zudem bewusst, dass sich Mr. R. nicht etwa darauf beschränkte, Anrufe defensiv abzuwarten und aufzuzeichnen, sondern dass er als "wandelnder Abhörer" den Beschwerdeführer aktiv zum Reden herausforderte (vgl. das Sondervotum von Judge Myjer, Ziff. 2 f.). Wenn es dem EGMR aber bereits als "crucial contribution to executing the scheme" genügt, dass der Staat gegenüber einer Privatperson die Aufzeichnung eingehender Anrufe anregt und technisch protegirt (EGMR, *M.M. v. the Netherlands*, § 36 ff.), dann ist eine Zurechnung ebenso geboten, wenn der Staat einen Bürger bei heimlichen offensiven Ausforschungen mit dem notwendigen technischen Equipment ausstattet und sich dabei die Erlangung von Beweisen für ein staatliches Verfahren verspricht.

Nach wie vor unbeantwortet ist freilich die für die Zurechnungsdogmatik entscheidende Frage, wann ein staatlicher Beitrag als so geringfügig zu bewerten ist, dass es sich nicht mehr rechtfertigt, den Staat zur Verantwortung zu ziehen (vgl. dazu Demko, 382 ff.; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskommission, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl 1996, Art. 25 N 49; Gaede, 47 ff.; Tietje, Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei: ein Fall der Art. 10 GG und 8 EMRK, MDR 1994, 1078, 1079 f.; Trechsel, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, 69, 77). Der vage bleibende Hinweis des EGMR "and it is not persuaded that it was ultimately Mr. R. who was in control of events" (§ 49; ebenso bereits EGMR, *M.M. v. the Netherlands*, § 40) deutet zwar an, dass eine Wertentscheidung darüber ausschlaggebend sein soll, wer die Vorgänge letztlich "in den Händen hielt", wobei sich verbleibende Zweifel zulasten des Staates auswirken. Zugleich ist im vorliegenden Fall jedoch unbestritten, dass Mr. R. über das "Ob" der Aufzeichnung und die anschließende Weiterleitung der Beweise an die staatlichen Stellen eigenverantwortlich entscheiden konnte und bei der Beweisbeschaffung primär eigene Interessen verfolgte (§§ 29, 49). Die Umstände dieses Falles lassen daher - auch wenn die Beweise für den Fall ihrer Weiterleitung der staatlichen Untersuchung dienlich sein sollten - insgesamt eine untergeordnete Stellung des Staates im Planungs- und Ausführungsstadium erkennen. Dies sollte als Indiz dafür gewertet werden, dass der EGMR im Interesse eines möglichst weit reichenden abwehrrechtlichen Konventionsschutzes geneigt ist, die Anforderungen an "a crucial contribution to executing the scheme" eher niedrig anzusetzen und jedenfalls keine im strafrechtlichen Sinne "täterschaftliche" Beteiligung des Staates verlangt.

III. Der vorliegende Entscheid bestätigt ausserdem, dass allfällige *Opferinteressen* auf der Prüfungsstufe der Zurechenbarkeit des Übergriffs nicht berücksichtigungsfähig sind (so bereits EGMR, *M.M. v. the Netherlands*, §§ 36 ff.). Der Umstand, dass Mr. R. die Gesprächsaufzeichnungen in Beweisnot angefertigt hat, um die Glaubhaftigkeit seiner eigenen Angaben im Verlaufe der staatlichen Untersuchung belegen zu können, hat den EGMR nicht dazu veranlasst, die Anforderungen an die staatliche Verantwortlichkeit zugunsten des Opferchutzes heraufzusetzen (§ 49). Diese Rechtspraxis verdient, auch wenn sie innerhalb des Gerichtshofes auf Widerstand stösst, uneingeschränkte Zustimmung (abl. Sondervotum von Judge Palm zu EGMR, *M.M. v. the Netherlands*; Sondervotum von Judge Myjer, Ziff. 2; zust. dagegen Gaede,



47 ff.). Sie ist durch die gesetzliche Ausgestaltung des Art. 8 Abs. 2 EMRK vorgegeben, wonach gute

forumpoenale 2/2008 S. 77, 82

Absichten oder Zwecke eines staatlichen Eingriffs erst bei der Beurteilung der Legitimität einer existenten gesetzlichen Eingriffsermächtigung einzubeziehen sind, von deren Schaffung der Staat jedoch nicht dispensiert wird. Diese gesetzliche Konzeption würde unterlaufen, wenn bereits die Anwendbarkeit der Konventionsrechte an eine auf die Rolle von "Täter" und Opfer zugeschnittene Zurechnungsdogmatik gebunden würde, die dem "Täter" den Schutz des Art. 8 EMRK zugunsten allfälliger Opferinteressen systematisch vorenthält. Abgesehen davon, dass diese Rollenverteilung mit der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK unvereinbar ist, würde die Grenze zwischen staatlichem Eingriff und privater Beeinträchtigung nicht mehr nach der Intensität der staatlichen Einflussnahme bestimmt, sondern danach, welchem Zweck die jeweilige Handlung dient. Der Staat wäre von den für hoheitliches Handeln geltenden Bindungen durch die Qualifikation der Massnahme als "privat" a priori freigestellt, solange es "um eine gute Sache geht" und das unmittelbare Geschehen in den Händen einer Privatperson liegt. Ein solcher Zurechnungsansatz widerspricht der Systematik des Art. 8 EMRK - und er steht darüber hinaus einer rechtsstaatswidrigen Aufgabe gesetzlicher Eingriffsvoraussetzungen für ausgewählte Fallgestaltungen gleich.

Klarzustellen bleibt noch, dass der hilfsbedürftige Bürger, anders als es die niederländische Regierung glauben machen will (§ 47; vgl. Sondervotum von Judge Palm zu EGMR, *M.M. v. the Netherlands*; Sondervotum von Judge Myjer, Ziff. 2), durch die Zurechnungsdogmatik des EGMR mitnichten schutzlos gestellt ist. Die Haltung des EGMR zwingt die Konventionsstaaten lediglich dazu, ihre Gesetzgebungsaufgaben im Interesse ihrer Bürger angemessen zu erfüllen. Ein Eingriff in Art. 8 EMRK ist einem Staat nämlich keineswegs per se untersagt, er muss nur durch das erforderliche Medium einer verhältnismässigen gesetzlichen Grundlage vermittelt sein (vgl. §§ 50 ff.). Wenn es also aus staatlicher Sicht geboten erscheint, dem schutzbedürftigen Bürger unter bestimmten Umständen staatliche Hilfe bei der Herstellung technischer Aufzeichnungen zu leisten, so steht der konventionskonformen Umsetzung dieses Anliegens nicht mehr und nicht weniger im Wege als die Untätigkeit der Legislative: Die Vertragsstaaten haben es - auch dies verdeutlicht dieser Entscheid - selbst in der Hand, unerträglich erscheinende Auswirkungen der Strassburger Rechtsprechung durch eine den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK gerecht werdende Erweiterung der innerstaatlichen Eingriffskompetenzen zu beseitigen.