

forum poenale

Herausgeber ·

Editeurs · Editori

Jürg-Beat Ackermann

Roy Garré

Gunhild Godenzi

Yvan Jeanneret

Konrad Jeker

Bernhard Sträuli

Wolfgang Wohlers

Schriftleitung ·

Direction de revue ·

Direzione della rivista

Sandra Hadorn

RECHTSPRECHUNG | JURISPRUDENCE | GIURISPRUDENZA 254

AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 290

Elmar Habermeyer/Andreas Mokros/Andreas Hill/Steffen Lau/

Henning Hachtel/Marc Graf: Möglichkeiten und Grenzen der Forensischen
Psychiatrie 290

Matthias Bourqui: L'injonction de l'art. 292 CP dirigée contre une personne morale 298

Stephan Bernard: Wissens- und Prozessberatung als Pflichten der Verteidigung 306

Frank Meyer/Lukas Staffler: Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen
im Jahr 2018 312

DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 324





Prof. Dr. Frank Meyer, Universität Zürich
Dr. iur. Lukas Staffler, Universität Zürich

Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018

Inhaltsübersicht:

- I. Art. 3 EMRK
- II. Art. 5 EMRK
 1. Nachträglich angeordnete therapeutische Massnahmen
 2. Unterbringung gefährlicher Straftäter
 3. Kurzfristige Präventivhaft
 4. Widerruf der Entlassung auf Bewährung
- III. Art. 6 EMRK
 1. Anwalt der ersten Stunde
 2. Zugang zu einem Gericht
 3. Zwangsverteidiger
- IV. Art. 7 EMRK
- V. Art. 8 EMRK
 1. Dopingbekämpfung
 2. Recht auf Vergessenwerden
 3. Geheime Ermittlungsmassnahmen
 - a) IP-Adressen
 - b) Massnahmenüberwachung, intelligence sharing und Vorratsdatenspeicherung
- VI. Art. 9 EMRK
- VII. Art. 10 EMRK
 1. Verbaler Rassismus
 2. Pressefreiheit
 3. Unzulässige Sanktionierung von Strafverteidiger-Statements

Das Berichtsjahr 2018 hat dem Straf- und Sicherheitsrecht wichtige Rechtsprechungsänderungen und neue Leitentscheidungen beschert. Daneben hat der EGMR in einer substanzialen Zahl von Entscheidungen die Gelegenheit beim Schopf gepackt, um seine Spruchpraxis zu präzisieren und zu konsolidieren; vor allem zum Präventivgewahrsam, dem Anwalt der ersten Stunde und zur geheimen Massenüberwachung des Internets.

I. Art. 3 EMRK

Seit 2012 rügt der EGMR die Beteiligung europäischer Staaten am illegalen Verschleppungs- und Verhörprogramm durch den US-Geheimdienst CIA. Zwischen 2001 und 2009

wurden Terrorverdächtige in Europa illegal gekidnappt, in osteuropäischen CIA-Geheimgefängnissen unter Folter verhört, in Drittstaaten für weitere verschärfte Verhöre ausgeflogen – unter Billigung oder Duldung von Konventionsstaaten. Bei den Bemühungen, die illegale Praxis aufzudecken, kämpft der EGMR gegen unkooperative EMRK-Vertragsstaaten, die sich wiederholt auf das Staatsgeheimnis berufen. Trotzdem gelingt es dem EGMR, die Etappen der geheimen Transfers und Folterungen im Einzelfall detailgenau nachzuzeichnen, sodass die Rendition-Fälle 2018 um zwei Kapitel reicher wurden.

In *Abu Zubaydah* war der terrorverdächtige Beschwerdeführer in einem geheimen, in Litauen betriebenen CIA-Gefängnis über ein Jahr ohne Anklage inhaftiert und dort misshandelt worden. Der EGMR rügte Litauens Duldung zum Unterhalt eines Geheimgefängnisses und die Zusammenarbeit mit der CIA, etwa beim Erwerb einer Reitschule, die zum Geheimgefängnis umgewandelt wurde, oder bei der heimlichen innerstaatlichen Logistik der Gefangenen. Zwar konnte der EGMR nicht feststellen, ob der Beschwerdeführer verschärfte Verhöre unterzogen wurde, doch waren etwa die konkreten Haftbedingungen bekannt geworden. Letztlich wurde Litauen wegen der wissentlichen Duldung schwerwiegender Konventionsverletzungen auf dem Staatsgebiet verurteilt, die durch die CIA-Agenten begangen wurden. Der EGMR rügte nach Art. 3 EMRK die unmenschliche Behandlung als materiellen und die von Litauen nicht durchgeführten effektiven Ermittlungen als prozessualen Verstoss sowie weiters die Verletzung des Rechts auf Freiheit (Art. 5 EMRK), auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und den Verstoss gegen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf (Art. 13 EMRK).¹

In *Al Nashiri* ging es um jenen Teil der geheimen Folterhaft des Beschwerdeführers, der in Rumänien stattfand. Die Aufenthaltsperiode in Polen hatte den EGMR schon 2014 beschäftigt. Wiederum stellte der EGMR diverse Verstösse gegen Art. 3, 5, 8 und 13 EMRK fest. Interessant ist, dass der CIA-Transfer von *Al Nashiri* und die diesbezügliche Unterstützung Rumäniens, den Terrorverdächtigen aus dem Staatsgebiet zu bringen, zusätzliche Konventionsverletzungen verursachten. Die rumänischen Behörden wussten oder

¹ EGMR v. 31.5.2018, *Abu Zubaydah v. Lithuania*.

hätten wissen müssen, dass mit dem CIA-Transfer des Beschwerdeführers für diesen die tatsächliche Gefahr bestand, vor einer US-Militärkommission angeklagt zu werden, was einer eklatanten Rechtsverweigerung gleichkommen würde. Denn es war bekannt, dass Verfahren vor den Militärkommissionen überaus unfair sind, weil sie etwa nicht hinreichend unabhängig und unparteiisch sind, gegen US-Recht verstossen, Beweise unter Folter und Hörensagen zulassen, den Grundsatz der Waffengleichheit nicht einhalten und nicht öffentlich sind. Daher war der Fairnessgrundsatz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt. Schliesslich wurde eine Verletzung von Art. 2 und 3 EMRK i. V. m. Art. 1 ZP VI über das Verbot der Todesstrafe festgestellt, da der Beschwerdeführer der tatsächlichen Gefahr der Todesstrafe ausgesetzt war.²

II. Art. 5 EMRK

1. Nachträglich angeordnete therapeutische Massnahmen

Der Schweizer Fall *Kadusic* betraf die Zulässigkeit der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme. Der Beschwerdeführer wurde 2005 zu einer achtjährigen Haftstrafe rechtskräftig verurteilt. Obwohl sich der Beschwerdeführer im Vollzug einwandfrei verhalten hatte, entschied das Kantonsgericht Basel-Stadt kurz vor seiner Haftentlassung 2013, die Strafe in eine therapeutische Massnahme (Art. 59 StGB) umzuwandeln. Der Beschwerdeführer war 2008 aufgrund eines Hafturlaubsantrags psychiatrisch begutachtet worden, was zur Feststellung einer schwer behandelbaren, mittelschweren paranoid-narzisstischen Persönlichkeitsstörung führte, die bereits zum Tatzeitpunkt bestanden habe. Ferner läge beim Beschwerdeführer keine Tateinsicht und deshalb erhebliche Rückfallgefahr vor. Das Gutachten empfahl primär die Anordnung einer ambulanten Massnahme und allenfalls die Anordnung einer Verwahrung (Art. 64 StGB). Das zwei Jahre später erstellte Ergänzungsgutachten untermauerte das Erstergebnis und fügte hinzu, dass angesichts der Behandlungsverweigerung eine Therapie kaum Erfolg versprechend sei. Angesichts dieser Prognose entschied das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, die Freiheitsstrafe in eine Verwahrung nach Art. 64 StGB umzuwandeln. Das angerufene Bundesgericht verfügte jedoch eine Neuurteilung, zumal Art. 64 StGB nur als ultima ratio angeordnet werden dürfe und die Verwahrung eines jungen Menschen ohne jegliche Therapieerfahrung nur dann gerechtfertigt sei, wenn eine Therapie über fünf Jahre hinweg keine Erfolgsaussicht habe. Daraufhin entschied das Appellationsgericht, eine stationäre therapeutische Massnahme nach Art. 59 StGB anzuordnen. Obwohl die Psychiaterin des Ergänzungsgutachtens im Ver-

fahren angehört wurde und konkrete Vorschläge zur Unterbringung unterbreitet hatte, blieb dieser Expertenrat bei den Vollzugsbehörden gänzlich ausser Acht und der Beschwerdeführer weiterhin in der Strafanstalt Bostadel, wo er nicht angemessen behandelt wurde. Eine erneute Beschwerde vor dem Bundesgericht hatte keinen Erfolg.³

Der EGMR stellte die grundsätzliche Zulässigkeit der nachträglichen Anordnung einer stationären Massnahme fest, sofern ein enger Zusammenhang mit der Straftat im Ausgangsurteil besteht. In der Praxis kann ein erneutes Verfahren in derselben Sache unter engen Voraussetzungen zulässig sein, wobei sogar eine Wiederaufnahme *in malam partem* möglich ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn neue bzw. neu bekannt gewordene Tatsachen aufgedeckt werden,⁴ oder das abgeschlossene Verfahren an gravierenden Mängeln litt, die die Entscheidungsfindung beeinträchtigt hatten. Neu seit *Kadusic* ist, dass diese Ausnahme nicht nur in Bezug auf Strafen oder Freisprüche, sondern auch für Massregeln der Besserung und Sicherung gilt, die bereits im Ausgangsurteil hätten angeordnet werden können.⁵ Eine solche Durchbrechung der Rechtskraft ist allerdings nur zulässig, wenn sie im innerstaatlichen Recht vorgesehen ist.⁶ In casu war der EGMR bedenkllicherweise sogar bereit, eine analoge Anwendung der innerstaatlichen Wiederaufnahmeverordnungen zu akzeptieren.⁷ Letztlich lag dem EGMR zufolge damit kein Konventionsverstoss nach Art. 4 ZP VII vor. Auch Art. 7 EMRK war nicht verletzt, da bereits zum Zeitpunkt des Urteils und noch vor der Revision des Massnahmenrechts (2007) ähnliche Sanktionsformen mit entsprechendem Strafcharakter (insbesondere Art. 43 aStGB) hätten angeordnet werden können.

Wohl aber stellte der EGMR eine Verletzung nach Art. 5 EMRK fest. Denn der zeitliche Zusammenhang zwischen Ausgangsurteil und neuen Tatsachen lag in casu weit auseinander. Auch die beiden psychiatrischen Gutachten, die der Entscheidung des Appellationsgerichts Basel-Stadt zugrunde lagen, waren damals bereits vier bzw. zwei Jahre alt und deshalb kaum hinreichend aktuell, weshalb ein neues Gutachten hätte erstellt werden müssen. Insgesamt war der Beschwerdeführer während der letzten 4,5 Jahre in einer ungeeigneten Vollzugseinrichtung untergebracht gewesen, trotz ausdrücklicher Vorschläge der Psychiaterin zu geeigneten Therapieeinrichtungen. Der mangelnde Therapiewille stelle keinen ausreichenden Grund für eine ungeeignete Unterbringung dar, zumal diese Praxis auch dem Schweizer

³ BGer, Urteil v. 28.5.2013, 6B_597/2012.

⁴ Zu notwendigen Differenzierungen zwischen Anknüpfungstatsachen, Bewertungen und Prognosen, MEYER, in: WOLTER (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, EMRK, Köln 2019, ZP VII Rn. 51.

⁵ EGMR v. 9.1.2018, *Kadusic v. Switzerland*, §§ 82 f.

⁶ EGMR, *Kadusic v. Switzerland*, § 85.

⁷ Kritisch daher MEYER, SK-StPO, ZP VII Rn. 52.

² EGMR v. 31.5.2018, *Al Nashiri v. Romania*.

Strafrecht widerspricht: Nach Art. 62c StGB ist die Aufhebung der Massnahme zu verfügen, wenn keine geeignete therapeutische Einrichtung zur Verfügung steht.

2. Unterbringung gefährlicher Straftäter

In *Ilseher* ging es um die grundsätzliche Zulässigkeit der nachträglichen therapeutischen Unterbringung gefährlicher Straftäter. Die deutschen Regelungen zur nachträglichen Sicherungsverwahrung waren 2009 als Verstösse gegen Art. 5 und 7 EMRK gerügt worden.⁸ Die daraufhin neugeschaffene Rechtsgrundlage für die therapeutische Unterbringung gefährlicher Straftäter – nach deren Entlassung aus der Sicherungsverwahrung oder völlig unabhängig davon – wurde vollständig aus dem Strafvollzug ausgekoppelt.⁹ Die neue Massnahme kann angeordnet werden, wenn beim Betroffenen eine psychische Störung vorliegt und aufgrund konkreter Umstände seiner Persönlichkeit oder seines Verhaltens ein hohes Risiko zur Begehung schwerster Arten von Gewalttaten oder Sexualtaten besteht. Nachdem das dThUG bereits in einer Kammerentscheidung evaluiert worden war,¹⁰ wurde die neue Rechtslage nunmehr einer Grundsatzentscheidung der Grossen Kammer zugeführt.

Im Sachverhalt ging es um einen zum Tatzeitpunkt 19-Jährigen, der wegen eines sexuell motivierten Mordes zu zehn Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Aufgrund psychiatrischer Gutachten, die im Laufe des Strafvollzugs angefertigt worden waren und die dem Beschwerdeführer sexuellen Sadismus und ein hohes Tatbegehrungsrisiko von schweren Gewalt- und Sexualdelikten attestierten, wurde der Beschwerdeführer nach Verbüsung der Strafe in Sicherungsverwahrung genommen. Die Fortsetzung dieser Massnahme wird regelmässig gerichtlich überprüft. Zum Zeitpunkt der Verurteilung von *Ilseher* war die Möglichkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung dem Jugendgerichtsgesetz nicht bekannt, sie wurde erst fünf Tage vor Ende der Strafverbüsung *Ilsehers* eingeführt.

In seiner Begründung erinnerte der EGMR, dass es für die Inhaftierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK entscheidend auf den Begriff des «psychisch Kranken» ankommt. Zwar gibt es dazu innerstaatliches Ermessen, doch gerade die Begründetheit klinischer Diagnosen als konventionsrechtlicher Rechtfertigungsgrund ist eng auszulegen. So muss die psychische Störung von gewisser Schwere sein und die Behandlung in einer geeigneten Einrichtung erfordern. In den Fokus rücken die Anforderungen an das «objektive medizinische Gutachten», das von einem Sachverständigen mit spezifischen Qualifikationen durchzuführen ist, wobei die gerichtliche Begründung die relevanten Tatsachen für die Verwahrung unter Bezug auf das angemessene ärztliche

Gutachten ausreichend darzulegen hat.¹¹ Das Gutachten muss hinreichend aktuell sein, wobei der massgebliche Zeitpunkt der Tag der jeweiligen Annahme respektive Fortsetzung der freiheitsentziehenden Massnahme ist.¹² Auch wenn der Begriff der psychischen Störung nach innerstaatlichem Recht weitreichender als jener der EMRK ist, kommt es entscheidend darauf an, inwiefern innerstaatlich eine echte psychische Störung im obigen Sinne festgestellt wird.¹³

Bei der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs wurde der intrinsische Zusammenhang mit dessen konkreten Ausführungsbedingungen unterstrichen. Liegt die Notwendigkeit einer Unterbringung vor, weil andere mildere Massnahmen für unzureichend befunden wurden, kommt es darauf an, inwiefern der Betreffende in einer für die psychische Störung geeigneten Institution festgehalten wird. Die Geeignetheit misst sich nach dem Angebot einer auf die spezifische psychische Störung zugeschnittenen individuellen Behandlung. Für die Beurteilung der Geeignetheit ist nicht der Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung, sondern der gesamte Zeitraum des Massnahmenvollzugs massgeblich.¹⁴ In casu lag kein Verstoss gegen Art. 5 EMRK vor.

Auch eine Verletzung von Art. 7 EMRK wurde durch den EGMR verneint. Während die Sicherungsverwahrung Charakterzüge einer Strafe i. S. d. EMRK aufweist, hängt die medizinische und therapeutische Unterbringung nach dem neuen dThUG derart eng mit der schweren psychischen Störung zusammen, dass das strafrechtliche Element des Freiheitsentzugs und der Zusammenhang mit der begangenen Straftat so weit aufgehoben wird, um die neue Massnahme nicht als Strafe i. S. v. Art. 7 EMRK zu werten.¹⁵

3. Kurzfristige Präventivhaft

Eine grundlegende Rechtsprechungsänderung wurde für die Zulässigkeit von Präventionsgewahrsam vollzogen. Der Sachverhalt drehte sich um drei Hooligans aus Dänemark, die zu einem Fussballspiel ihrer Nationalmannschaft gegen Schweden nach Kopenhagen gereist waren. Die Polizei hatte erfahren, dass sich Hooligan-Gruppen in der Stadt zu gewaltsamen Auseinandersetzungen treffen wollten. Konkret beobachtete sie die drei Dänen, wie diese sich mit Hooligans vor Ort unterhielten und offenbar die anstehenden Kämpfe planten. Deshalb wurden die Dänen sieben Stunden in Gewahrsam genommen. Sie rügten eine Verletzung nach Art. 5 Abs. 1 EMRK.

Bisher war die Präventivhaft nach Art. 5 EMRK lediglich im Zusammenhang mit einem Strafverfahren (und da-

mit gerade nicht für die reine präventive Gefahrenabwehr) zulässig. Die Bindung des Strafverdachts an die Freiheitsentziehung folge aus dem Wortlaut «zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde» und aus der Systematik von Abs. 1 lit. c mit Abs. 3, der prozessuale Schutzgarantien bereithält. So war die Strafvereitelung (Variante 2 in lit. c) mittels Freiheitsentzug über das Vorführungserfordernis zumindest an einen Straftatverdacht gebunden. Eine bisher angedachte Alternative, nämlich den gefahrenorientierten Präventionsgewahrsam auf die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung nach lit. b zu stützen, ist aufgrund der engen Voraussetzungen nur in geringem Umfang einsetzbar.¹⁶ Aufgrund dieser Engführung entschied sich die Grosse Kammer zu einer Neuausrichtung von lit. c. Bereits aus dem Wortlaut und den *travaux préparatoires* zur EMRK ergebe sich, dass es sich in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK um einen eigenständigen Haftgrund handelt. Die Aufgaben der Polizei zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Öffentlichkeit dürfen nicht unmöglich gemacht werden. Die Präventivhaft ausserhalb des Strafverfahrens sei demnach zulässig, wenn es hinreichend substantiiert und erhöht wahrscheinlich ist, dass es ohne die Massnahme zu einer Straftat kommen würde.¹⁷

Gleichwohl vermied der EGMR eine zu starke Akzentuierung der polizeilichen Effektivität, als er betonte, dass der Schutz des Individuums vor willkürlicher Präventivhaft sicherzustellen ist. Dazu bemüht er Art. 5 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 Satz 1 EMRK zur verpflichtenden Vorführung vor Gericht. Davon kann nur dann abgesehen werden, wenn die Vorführung im Einzelfall dem Zweck von Art. 5 EMRK widerspricht, etwa wenn dadurch der Freiheitsentzug verlängert würde. Um Missbrauch auszuschliessen, ist die «Unverzögerlichkeit» der Vorführung nur eine Frage von Stunden, nicht von Tagen.¹⁸ Letztlich geht mit dieser Neuausrichtung der Rechtsprechung eine Absenkung des Schutzstandards einher.¹⁹

4. Widerruf der Entlassung auf Bewährung

In *Etute* war der Beschwerdeführer wegen Drogenkriminalität zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Nach teilweiser Verbüsung der Strafe wurde eine bedingte Entlassung auf Bewährung gewährt, die an verschiedene Bedingungen geknüpft war. Zwei Jahre später widerrief die Staatsanwaltschaft die Reststrafenaussetzung, nachdem ein neuer Haftbefehl gegen den Beschwerdeführer wegen Drogenvergehen erging. Weil gegen diese Widerrufentscheidung

innerstaatlich kein Rechtsmittel vorgesehen ist, rügte der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 5 EMRK.

Art. 5 Abs. 4 EMRK beinhaltet das Recht von inhaftierten Personen auf gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs. Dabei ist der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe (sowie gegebenenfalls ihrer Überprüfung im Rechtsmittelweg) die Überprüfung der Haft nach Abs. 4 immanent, sodass zeitige Freiheitsstrafen keine erneute gerichtliche Überprüfung nach sich zogen. Bei Aussetzung zur Bewährung der Strafe oder des Strafrests hingegen war nicht vollständig klar, inwiefern ein neuer Anspruch auf gerichtliche Kontrolle besteht. Die Tatsachen, auf denen sich der Bewährungswiderruf gründete, stellten bislang keinen neuen Grund für die Freiheitsentziehung nach Abs. 4 dar.²⁰

Nunmehr rückte der EGMR davon ab. Im Falle eines Widerrufs sind nicht die bereits überprüfte Ausgangsverurteilung, sondern die Widerrufentscheidung und deren Gründe als Basis der Freiheitsentziehung heranzuziehen.²¹ Die dem Widerruf zugrunde liegenden Tatsachen stellen demnach eine neue Frage dar, die einer neuen gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden muss. In casu hatte sich die Widerrufentscheidung konventionswidrig nur auf die Rechtmässigkeit der Haftentscheidung im Ausgangsurteil bezogen.

Diese Auffassung lässt sich prinzipiell auf die Strafaussetzung zur Bewährung übertragen. Selbst wenn die Entscheidung über die Bewährung mit der (Ausgangs-)Verurteilung gefällt wird, sind die möglichen späteren Tatsachen, die zum Wegfall der Bewährungsvoraussetzungen führen, als neue Umstände anzusehen, die zur Haft führen, weshalb dem Betroffenen nach Art. 5 Abs. 4 EMRK das Recht auf gerichtliche Kontrolle zur Rechtmässigkeit dieser Freiheitsentziehung einzuräumen ist.

III. Art. 6 EMRK

1. Anwalt der ersten Stunde

In der Rechtssache *Beuze* nutzt der EGMR einen in der Sache unspektakulären Fall, um einige Klarstellungen in seiner Rechtsprechung zum Anwalt der ersten Stunde vorzunehmen. Dem Beschwerdeführer war aufgrund einer entsprechenden gesetzlichen Beschränkung der Zugang zu einem Anwalt bei einer Vernehmung im unmittelbaren Anschluss an seine Auslieferung verwehrt worden. In Fortführung der Leitentscheide *Salduz* sowie *Ibrahim and Others* bestätigt der Gerichtshof, dass das Recht auf einen Anwalt nicht erst bei Ingewahrsamnahme, sondern mit dem Moment einsetzt, in dem eine Person materiell zum Beschuldigten wird.²² Es sei ab diesem Zeitpunkt v. a. bei Verneh-

¹¹ EGMR (GC) v. 4.12.2018, *Ilseher v. Germany*, §§ 129, 130, 132. Zu diesem Urteil ist ein Besprechungsaufsatz in FP in Planung (*Hinweis der Schriftleitung*).

¹² EGMR (GC), *Ilseher v. Germany*, §§ 131, 134.

¹³ EGMR (GC), *Ilseher v. Germany*, §§ 150 f.

¹⁴ EGMR (GC), *Ilseher v. Germany*, §§ 137, 138, 141, 167 f., 169.

¹⁵ EGMR (GC), *Ilseher v. Germany*, §§ 227 f., 236.

¹⁶ EGMR v. 7.3.2013, *Ostendorf v. Germany*, §§ 85 f.

¹⁷ EGMR (GC) v. 22.10.2018, S., V. and A. v. Denmark, §§ 114, 116, 123.

¹⁸ EGMR (GC), S., V. and A. v. Denmark, §§ 128 f., 134.

¹⁹ Dies wird in den Sondervoten von DE GAETANO und WOJTYCZEK kritisch beleuchtet.

²⁰ Vgl. EGMR v. 26.10.2004, *Brown v. United Kingdom*.

²¹ EGMR v. 20.1.2018, *Etute v. Luxembourg*, § 33.

²² EGMR v. 9.11.2018, *Beuze v. Belgium*, § 124.

⁸ EGMR v. 17.12.2009, *M. v. Germany*.

⁹ Therapieunterbringungsgesetz (ThUG).

¹⁰ EGMR v. 7.6.2016, *Bergmann v. Germany*.

mungen zu gewähren, dürfe aber bei Vorliegen zwingender Gründe eingeschränkt werden. Ferner präzisiert der EGMR, dass das Fehlen solcher Gründe nicht zwingend eine Konventionsverletzung nach sich zieht. Vielmehr sei auf der Basis des allgemein geltenden Gesamtbetrachtungsansatzes zu ermitteln, ob die Verkürzung des Zugangsrechts zu einer Verletzung der Verfahrensfairness geführt hat. Der Anwalt der ersten Stunde sei kein Selbstzweck, sondern elementarer Bestandteil eines fairen Verfahrens, weshalb Beeinträchtigungen auch in diesem Gesamtkontext gewürdigt werden müssen. Spannend und auch für die Gesamtabwägung richtungsweisend sind die Funktionen, die dem Zugangsrecht zugeschrieben werden. Es sei notwendig, um andere Rechte effektiv und wirksam werden zu lassen (Schweigerecht, Selbstbelastungsfreiheit, effektive Verteidigung, rechtliches Gehör),²³ zuvorderst aber, um überhaupt über deren Existenz und sachgerechte Ausübung informiert zu werden. Gegenüber der Polizei soll es unzulässiger Zwangsausübung und Misshandlungen während des Gewahrsams vorbeugen. Ein Beschuldigter ist daher vor der ersten Vernehmung zwingend und unverzüglich über sein Recht auf einen Anwalt zu informieren. Wünscht er einen Anwalt, ist ihm die Möglichkeit zur vertraulichen Unterredung mit diesem zu geben. Der Anwalt darf ferner (auch polizeilichen) Befragungen beiwohnen.

Verkürzungen dieser Rechte sind grundsätzlich nicht zu rechtfertigen.²⁴ Ausnahmen prüft der EGMR in einem Zweistufentest.²⁵ Kann das Vorliegen zwingender Gründe für den Ausschluss im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden, ist die Einschränkung gerechtfertigt.²⁶ Lagen solche Gründe nicht vor, entscheidet eine Gesamtbetrachtung der Fairness über das Vorliegen einer Konventionsverletzung. Wegen der Bedeutung des Rechts und des Fehlens zwingender Gründe habe diese Gesamtbetrachtung aber streng auszufallen.

Es sei grundsätzlich an der Regierung, die hinreichende Fairness nachzuweisen. Die Anforderungen verschieben sich noch weiter zu Lasten der Regierung, wenn auch eine Belehrung über Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit ausblieb.

Allgemein spiele es eine Rolle, ob im Verfahren eine effektive Möglichkeit bestand, den Fall mit dem Verteidiger zu besprechen, eine sachdienliche Verteidigungsstrategie zu entwickeln, sich auf Befragungen vorzubereiten, entlastende Beweise zu sammeln oder die Haftbedingungen prüfen zu

lassen.²⁷ Der EGMR listet dann Abwägungsfaktoren auf, die je nach Lage des Einzelfalles eine Rolle spielen können,²⁸ namentlich: War der Beschwerdeführer z. B. aufgrund seines Alters oder seines Geisteszustandes besonders verletzlich? Wurde der Rechtsrahmen für das Vorverfahren und die Zulassung von Beweisen im Hauptverfahren (insb. Anwendbarkeit von Beweisverwertungsverböten) beachtet? Bestanden Möglichkeiten, gegen die Nutzung der Beweise vorzugehen und deren Authentizität anzuzweifeln? Genüigten die Qualität der Beweismittel und die Umstände ihrer Erlangung (insb. Art und Grad etwaiger Zwangsausübung) den Anforderungen? Gab es Verletzungen anderer Konventionsrechte durch illegale Beweiserhebung? Welcher Art war eine ohne Anwalt gemachte Aussage, und wurde diese umgehend zurückgezogen oder modifiziert? Wurden die erlangten Beweismittel verwendet, und welcher Beweiswert kam ihnen im Kontext anderer vorhandener Beweismittel für eine Verurteilung zu? Erfolgte die Prüfung der Tat durch Berufs- oder Laienrichter oder eine Jury (inkl. etwaiger Instruktionen der Jury durch das Gericht)? Wie gross war das öffentliche Interesse an der Untersuchung und Bestrafung einer Tat? Und schliesslich: Waren sonstige prozessuale Sicherungsmittel zum Schutz der Fairness vorhanden?

Im konkreten Fall erschien besonders gravierend, dass die vom Betroffenen ohne Anwalt und Hinweis auf sein Schweigerecht erlangten Informationen einen wichtigen Beitrag zu Anklage und Verurteilung leisteten und es in keiner späteren Phase des Verfahrens zu einer adäquaten Kompensation des Verstosses (durch Belehrungen, Verwertungsbeschränkungen, Reduktion des Beweiswerts oder besondere Würdigungserfordernisse) durch das Tat- oder das Rechtsmittelgericht gekommen war. Trotz der Bemühungen um Klarstellung bleibt unbefriedigend, dass der EGMR bereit ist, die Gewährung eines elementaren Verteidigungsrechts, das so einfach zu handhaben ist wie wenige sonst, selbst dann abwägbar zu machen, wenn überzeugende Einschränkungsgünde fehlen. Die Vorstrukturierung des Abwägungsvorgangs bietet nur scheinbar Rechtssicherheit. In der Sache ist der Abwägungsprozess alles andere als berechenbar und anfällig für allerlei dubiose und konstruierte Erklärungs- und Kompensationsversuche der staatlichen Behörden.

2. Zugang zu einem Gericht

Der Zugang zu einem Gericht beschäftigte den EGMR in 2018 überraschend häufig in sehr speziell gelagerten Konstellationen mit Schweiz-Bezug. Im Fall der Eisschnellläuferin Claudia Pechstein war gerügt worden, dass ein Verfahren vor dem CAS nicht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt habe.²⁹ Dabei war als Vorfrage zu

klären, ob die Beschwerdeführerin nicht durch eine Schiedsklausel zugunsten der Sportjustiz auf diesen Schutz verzichtet hatte. Der EGMR verneint die Freiwilligkeit des Verzichts jedoch, da sich die Beschwerdeführerin der CAS-Jurisdiktion als Teil einer obligatorischen Vereinbarung mit ihrem Sportverband unterwerfen musste, um ihren Sport überhaupt professionell ausüben zu können. Der Gerichtshof stellt darauf ab, dass privatrechtliche Schiedsklauseln, deren Unterzeichnung von einem Verband verlangt wird, der exklusiv (und staatsvertretend) den Zugang zur Ausübung eines Sports reguliert, genauso wie gesetzlich angeordnete Schiedsklauseln behandelt werden müssen. Jene Klauseln ändern nichts daran, dass das entsprechende Schiedsgericht den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügen muss, namentlich indem es unabhängig und unparteiisch konstituiert sein und eine mündliche Verhandlung durchführen muss.³⁰ Eine solche habe vor dem CAS aber nicht stattgefunden.

In der Sache *Nait-Liman* war einem aus Tunesien stammenden Schweizer Staatsbürger, der Schadensersatzansprüche wegen in Tunesien erlittener Folter gegen den Staat Tunesien und den verantwortlichen (ehemaligen) Innenminister in der Schweiz geltend machen wollte, der Klageweg über Art. 3 IPRG versagt worden. Infolgedessen hatte er weder im Tatortstaat noch im neuen Heimatstaat Zugang zu einem Gericht. Dieses Recht ist jedoch nicht absolut, sondern darf beschränkt werden, wenn dies einem berechtigten Ziel dient und die Einschränkung überdies erforderlich und angemessen ist und nicht den Wesensgehalt (*very essence*) berührt.³¹ Die Vertragsstaaten geniessen dabei erheblichen Gestaltungsspielraum. Das Zugangsrecht kann jedoch von vornherein nur dann berührt sein, wenn der Streitgegenstand der Gerichtsbarkeit des Staates unterfällt. Im obigen Fall hatte sich der Beschwerdeführer darauf berufen, dass die Schweiz als Vertragsstaat des UN-Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe verpflichtet sei, einen Gerichtsstand gestützt auf das Universalitätsprinzip zu begründen. Dieser Standpunkt fand keine Zustimmung beim EGMR. Dieser stellt fest, dass die UN-Antifolterkonvention keine Pflicht für die Staaten begründe, einen auf das Universalitätsprinzip gestützten Gerichtsstand für zivilrechtliche Ansprüche von Folteropfern zu schaffen.³² Soweit ein Vertragsstaat die Eröffnung von Notrechtswegen (*forum of necessity*) für Fälle extraterritorialer Jurisdiktion wie bei Art. 3 IPRG im Interesse einer geordneten Rechts-

pflge ablehnt oder mit Einschränkungen versieht,³³ verstösst er damit nicht gegen Art. 6 EMRK.

3. Zwangsverteidiger

In einer weiteren Entscheidung der Grossen Kammer zur notwendigen Verteidigung bestätigte der EGMR erneut, dass die EMRK dem Beschuldigten ein Recht auf Selbstrepräsentation verleiht. Dieses Recht dürfe aber im Interesse der Rechtspflege durch Beiordnung eines Verteidigers eingeschränkt werden. Entscheidend sind dabei die prozessualen Risiken und Erfordernisse professioneller Beratung, gemessen an Verfahrensarten und -abschnitt.³⁴ Ist die Bestellung eines Verteidigers danach notwendig, um einen fairen, rechtsstaatlichen Verfahrensgang zu sichern, indem zumindest abstrakt alle Möglichkeiten einer effektiven Verteidigung garantiert sind, ist der Beschuldigte anzuhören und die Wahl eines notwendigen Verteidigers zu erörtern. Im Falle einer Weigerung ist es zulässig, dem Beschuldigten einen sog. Zwangsverteidiger beizuordnen.³⁵

IV. Art. 7 EMRK

In *G.I.E.M.* ging es um die Klassifizierung einer italienischen non-conviction-based-confiscation (NCBC) von Vermögenswerten unklarer Herkunft als Strafe i.S.v. Art. 7 EMRK. Die Beschwerdeführer (zwei natürliche Personen sowie mehrere Unternehmen) wollten in Süditalien grössere Bauprojekte durchführen. Nachdem mit den Gemeinden Vereinbarungen zur Planung und Entwicklung geschlossen und Genehmigungen erteilt worden waren, begannen die Baumassnahmen. Wenig später wurden gegen die Beschwerdeführer wegen des Verdachts illegaler Baulanderschliessung und -entwicklung mehrere Strafverfahren eröffnet und das Bauland samt Bebauung wurde beschlagnahmt. Kein Strafverfahren endete jedoch mit einer rechtskräftigen Verurteilung. In einem Verfahren kam es zu einem Freispruch wegen eines unvermeidbaren und entschuldigenden Rechtsirrtums, andere Verfahren wurden wegen Verjährung eingestellt. Gleichwohl lag in diesen Fällen ein (objektiver) Verstoss gegen die Bauregelungen vor und da die nationalen Regelungen keinen richterlichen Ermessensspielraum bei der Verhängung der Konfiskation gewähren, ordneten die Gerichte trotz fehlender Strafverurteilung die (kompensationslose) NCBC der Grundstücke samt Bebauung an. Gegen diese Massnahmen zogen die Beschwerdeführer vor den EGMR.

²³ EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 128.

²⁴ EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 130.

²⁵ EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 139. Unfaire Restriktionen sah der EGMR in der Abwesenheit bei Gegenüberstellungen, Versagung des Zugangs zur Ermittlungsakte oder der Verwendung einer Aussage als Urteilsgrundlage, die in Abwesenheit des Anwalts gemacht wurde.

²⁶ Z. B. durch Nachweis der dringenden Notwendigkeit, schwerwiegende Nachteile für Leib, Leben oder Freiheit Dritter abzuwenden, EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 143.

²⁷ EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 136.

²⁸ EGMR, *Beuze v. Belgium*, § 150.

²⁹ EGMR v. 2. 10. 2018, *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, §§ 111 ff.

³⁰ EGMR, *Mutu and Pechstein v. Switzerland*, §§ 115, 150 ff., 178 ff.

³¹ EGMR (GC) v. 15. 3. 2018, *Nait-Liman v. Switzerland*, § 114; ausführlich PEUKERT, in: FROWEIN/PEUKERT (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009, Art. 6 Rn. 45 ff., 64 ff.

³² EGMR (GC), *Nait-Liman v. Switzerland*, §§ 182 ff., 198.

³³ Vgl. EGMR (GC), *Nait-Liman v. Switzerland*, §§ 173 f., 203, 205 ff.

³⁴ Vgl. EGMR (GC) v. 4. 4. 2018, *Correia de Matos v. Portugal*, § 126.

³⁵ EGMR (GC), *Correia de Matos v. Portugal*, §§ 160 ff.

Der EGMR entwickelte eine für die italienische Rechtsordnung massgeschneiderte Lösung,³⁶ weshalb nur bedingt Parallelen zur Schweizer Rechtslage gezogen werden können. Jedenfalls würdigte er die betreffende NCBC als Strafe i. S. v. Art. 7 EMRK unter Heranziehung seiner *Welch*-Kriterien.³⁷ In den Fokus rückte insb. das dritte *Welch*-Kriterium, nämlich die punitive und abschreckende Natur und Zwecksetzung der Massnahme: Eine solche würde der NCBC sowohl durch die innerstaatlichen Tat- und Höchstgerichte als auch von der Regierung selbst zugeschrieben. Eine NCBC werde im Übrigen automatisch, d. h. unabhängig von konkreten Gefahren oder Risiken für die Umwelt verhängt.³⁸ Dieser Automatismus wurde als Verstoss gegen die Eigentumsrechte nach Art. 1 Abs. 1 ZP I gewertet, da keine notwendige Abwägung zwischen erstrebenswertem Zweck und beeinträchtigten Interessen gewährleistet wird, weshalb die einschlägige Regelung angesichts der Möglichkeit weniger restriktiver Alternativmassnahmen und der unbegrenzten Dauer der Sanktion sowie ihrer von Schuld bzw. Fahrlässigkeit der Täter unabhängigen Verhängung, aber vor allem mangels kontradiktorischer Verfahren unverhältnismässig war.³⁹ Im Lichte von Art. 7 EMRK wurde die NCBC in ihrer Wirkung als sehr schwerwiegend eingestuft, gerade weil die gesamte Projektfläche kompensationslos eingezogen wurde. Die NCBC wird durch ein Strafgericht im Zuge eines Strafverfahrens angeordnet, wobei für die strafrechtliche Einordnung ausschlaggebend war, dass die Prüfungskompetenz der Strafgerichte für die Bauregulierungen weiter als jener der Verwaltungsbehörden reicht.⁴⁰

Ferner zeigte der EGMR auf, dass für die Verhängung einer Strafe ein «mental link» vorausgesetzt wird. Demnach müssen Straftaten und Sanktionen gesetzlich vorgesehen und so klar definiert sein, dass ihre Anwendung vorhersehbar ist: Das Individuum muss am Wortlaut und mit Blick auf die gerichtliche Auslegung erkennen können, welches Verhalten strafrechtliche Verantwortung nach sich zieht. Art. 7 EMRK erfordere für die Strafverhängung eine persönliche Verantwortung des Täters. Gleichwohl erklärte der EGMR objektive (d. h. auf Vermutung basierte) Haftungsmodelle unter bestimmten (nicht näher definierten) Bedingungen für zulässig.⁴¹ Dazu nahm der EGMR Anleihe an Art. 6 Abs. 2 EMRK: Die Grenze der Zulässigkeit von Ver-

mutungsregelungen zu Tat- oder Rechtsfragen sei für Art. 7 EMRK dort zu ziehen, wo es für den Betroffenen unmöglich ist, sich gegen die Vorwürfe zur Wehr zu setzen. Insofern wurden Standards der Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 2 EMRK auf die materiellen Garantien des Art. 7 EMRK ausgedehnt.⁴² Die Verhängung einer NCBC müsse nicht zwingend von einem Strafgericht ausgehen. Vielmehr komme es für die Konfiskation darauf an, dass gerichtlich die förmliche Erklärung zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit festgestellt wurde.⁴³ Für jene Beschwerdeführer, die nicht Partei der innerstaatlichen Strafverfahren waren, war die Verhängung der NCBC demnach konventionswidrig. Keine Verletzung nach Art. 7 EMRK wurde hingegen für jenen Beschwerdeführer gesehen, gegen den das Strafverfahren geführt und eine strafrechtliche Haftung festgestellt worden war.

V. Art. 8 EMRK

1. Dopingbekämpfung

Für die Dopingbekämpfung ist auf eine Entscheidung zum Anti-Doping Administration and Management System (ADAMS) der WADA hinzuweisen. Dessen sanktionsbewehrte Melde- und Anwesenheitspflichten (sog. Whereabouts-System) griffen zwar erheblich in das Recht auf Familienleben der kontrollierten Athleten ein. Doch seien unangekündigte Kontrollen und Sanktionsandrohungen erforderlich und angemessen, um dem Dopingrisiko (als Gefahr für die öffentliche Gesundheit) wirksam zu begegnen.⁴⁴

2. Recht auf Vergessenwerden

Für die Medienberichterstattung über laufende oder vergangene Strafverfahren ist die Rechtsprechung *M. L. u. W. W.* von grundsätzlicher Bedeutung. Der EGMR beschäftigt sich darin mit dem Recht auf Vergessenwerden. Konkret ging es um die Frage, ob die Konvention verurteilten Straftätern einen Anspruch darauf gibt, gewisse Informationen über ihre Straftaten und Persönlichkeit zum Schutz des Rechts auf Privatleben aus öffentlich zugänglichen Medienarchiven löschen oder zumindest anonymisieren zu lassen oder den Zugriff auf diese durch Sperrungen bei Suchmaschinenbetreibern zu unterbinden.

Der EGMR diskutiert den möglichen Lösungsanspruch als eine «Form von informationeller Selbstbestim-

mung». Diese sieht der Gerichtshof als durch Art. 8 EMRK gewährleistet an, ohne sie aber als eigenständiges Recht mit spezifischem Schutzgehalt in der EMRK zu verankern. Dieses Schicksal teilt die informationelle Selbstbestimmung mit dem Recht auf Vergessenwerden. Stattdessen sucht der EGMR eine Abwägungslösung im Einzelfall.

Nach Ansicht des EGMR schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht einerseits die gesellschaftliche Reputation und das Interesse an Resozialisierung. Dieses werde durch fortgesetzte Konfrontation mit früheren Straftaten beeinträchtigt. Vertragsstaaten treffe eine positive Schutzpflicht, um den Schutzgehalten von Art. 8 EMRK auch im Verkehr zwischen Privaten Geltung zu verschaffen. Andererseits schützt die Konvention die Pressefreiheit und das Informationsinteresse der Allgemeinheit. Das Unterhalten digitaler Datenbanken ist sowohl ein Mittel zur Erleichterung der Pressearbeit⁴⁵ als auch ein Instrument, um einer zeitgeschichtlich interessierten Öffentlichkeit Recherchen und Nachforschungen zu erlauben.⁴⁶ Die Verbüssung der verhängten Strafe bewirkt keine zeitliche Zäsur, nach der das Interesse von Presse und Öffentlichkeit zurückzutreten hätte.

Für die Abwägung zwischen diesen Polen spielen Zeitablauf, Schwere und Bekanntheit der Tat, Verhalten der Täter nach der Tat eine zentrale Rolle, ferner die öffentliche Diskussion über die Tat, der konkrete Gehalt und die Aufmachung der gespeicherten Berichte sowie die Umstände, unter denen die Fotos aufgenommen worden waren.⁴⁷

Für den EGMR war im konkreten Fall entscheidend, dass die Beschwerdeführer durch eigene, gezielte Kontaktaufnahme zu Medien zu früheren Zeiten massgeblich dazu beigetragen hatten, die Taten und ihre Personen im allgemeinen Bewusstsein zu halten. Ferner seien die betreffenden Berichte über Lebensumstände der Beschwerdeführer und Tathintergründe nicht verzerrend oder diffamierend, sondern objektiv und in neutralem Ton gehalten.⁴⁸ Demgegenüber sei die Funktion der Presse für öffentliche Meinungsbildung und Information gerade auch im konkreten Fall hoch anzusetzen. Vor allem fürchtet der EGMR aber die Folgewirkungen einer negativen Entscheidung. Die Bereitschaft, digitale Archive zu unterhalten und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, drohte im Falle eines negativen Ausgangs entscheidend zurückzugehen. Bezüglich des milderen Mittels der Anonymisierung will der EGMR keine eigene Entscheidung treffen. Identifizierende Informationen seien ein wichtiges und grundsätzlich zulässiges Element der Berichterstattung. Es sei grundsätzlich Sache der Pres-

seorgane, im Rahmen des geltenden Rechts und der Landesregeln zu entscheiden, welche identifizierenden Angaben unter welchen Voraussetzungen zulässig und wann Anonymisierungen geboten sind.⁴⁹ Die Einschränkungen des Rechts auf Privatleben waren danach gerechtfertigt. Jedoch können sich die konventionsrechtlichen Grenzen nach Lage des Einzelfalls stark verschieben und ggf. auch einen Lösungsanspruch rechtfertigen.

3. Geheime Ermittlungsmassnahmen

Grosse Aufmerksamkeit widmet der EGMR vor dem Hintergrund der wachsenden Bedeutung moderner Kommunikationsmittel und der dabei anfallenden Datenmengen der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff nach der EMRK zulässig ist. Dabei entspricht es seiner traditionellen Linie, den Fokus auf die formell-rechtliche und prozessuale Seite zu richten. Über die Jahre hat der EGMR einen ausdifferenzierten Katalog von Kriterien entwickelt, an denen er nationale Ermächtigungsgrundlagen misst. Diese müssten bestimmte qualitative Anforderungen erfüllen, um nicht nur hinreichend vorhersehbar und berechenbar zu sein, sondern effektiven Willkür- und Missbrauchsschutz durch adäquate und hinreichende Schutzmechanismen zu bieten.⁵⁰ Ein Schwerpunkt der Rechtsprechungstätigkeit im Schutzbereich von Art. 8 EMRK lag daher bei den geheimen Ermittlungsmassnahmen.

a) IP-Adressen

Zunächst präziserte der EGMR den Schutzbereich der personenbezogenen Daten für die Telekommunikationsüberwachung. Im Unterschied zu vielen nationalen Datenschutzrechten kennt die EMRK kein Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sondern schützt nur solche Informationen, die Aufschluss über die physische, physiologische, psychische, ökonomische, kulturelle oder soziale Identität einer Person geben.⁵¹ Wegen ihres Potenzials zur Identifizierung der Kommunikationsteilnehmer unterfallen auch Verkehrs- und Metadaten dem Schutz von Art. 8 EMRK.⁵² Das schliesst (dynamische) IP-Adressen ein, weil über die Abfrage vom Service-Provider eine Identifizierung auch anonymen Internetnutzer möglich wird.⁵³ In der *Benedik*-Entscheidung erläutert der EGMR, dass auch Daten, die nur die äusseren und technischen Abläufe menschlicher Kommunikation festhalten, als (insofern geschützte) persönliche Daten zu qualifizieren sind, wenn aus ihnen auf die persönliche Identität und ggf. sogar Gewohnheiten der Kommunikationsteilnehmer geschlossen werden könne. Andernfalls

³⁶ Kritisch dazu die zahlreichen und umfangreichen Sondervoten zur *G. I. E. M.*-Entscheidung.

³⁷ EGMR v. 9.2.1995, *Welch v. United Kingdom*, § 28.

³⁸ EGMR (GC) v. 28.6.2018, *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, § 223 ff.

³⁹ EGMR (GC), *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, §§ 301 ff.

⁴⁰ EGMR (GC), *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, §§ 227, 228 ff.

⁴¹ EGMR (GC), *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, §§ 242 ff. Es wird hier nicht hinreichend klar, ob der EGMR mit «mental link» den Schuldgrundsatz deutschsprachiger Prägung meint (dafür spricht sich PINTO DE ALBUQUERQUE, Sondervotum, § 24 aus) und wie die men-

tal link-Doktrin gleichzeitig mit der vom EGMR bejahten Zulässigkeit verschuldensunabhängiger Verantwortung in Einklang zu bringen ist.

⁴² Kritisch zu dieser «deeply regrettable confusion between Art 6 procedural guarantees and Art. 7 substantive guarantees» das Sondervotum von PINTO DE ALBUQUERQUE zu EGMR (GC), *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, § 61.

⁴³ EGMR (GC), *G. I. E. M. s. r. l. and Others v. Italy*, § 259.

⁴⁴ EGMR v. 18.1.2018, *Fédération Nationale des Syndicats Sportifs (FNASS) v. France*, §§ 157 f., 171 ff.

⁴⁵ Hier differenziert der EGMR zwischen Medien und Suchmaschinenbetreibern, da Letztere keine Pressefreiheit ausüben und daher weniger schutzwürdig seien, EGMR v. 28.6.2018, *M. L. and W. W. v. Germany*, § 97.

⁴⁶ EGMR, *M. L. and W. W. v. Germany*, § 90.

⁴⁷ EGMR, *M. L. and W. W. v. Germany*, § 95.

⁴⁸ EGMR, *M. L. and W. W. v. Germany*, § 101.

⁴⁹ EGMR, *M. L. and W. W. v. Germany*, § 105.

⁵⁰ MEYER, SK-StPO, Art. 8 Rn. 327 ff.; ferner MEYER/STAFFLER, FP 2018, 446 (452 f.).

⁵¹ MEYER, SK-StPO, Art. 8 Rn. 41.

⁵² EGMR v. 24.4.2018, *Benedik v. Slovenia*, § 109 bzgl. Internetnutzung.

⁵³ EGMR, *Benedik v. Slovenia*, § 108.

drohte der staatliche Zugriff auf vielzählige, vermeintlich anonyme Daten im Internet aus dem Schutzbereich des Privatlebens herauszufallen.⁵⁴

b) Massenüberwachung, intelligence sharing und Vorratsdatenspeicherung

2018 stand im Zeichen nachrichtendienstlicher Ermittlungen. Vor allem die Entscheidungen zur anlasslosen Massenüberwachung elektronischer Datenübertragung per Funk oder Kabel (*bulk surveillance*)⁵⁵ oder zum Austausch von Informationen mit anderen Diensten (*intelligence sharing*) waren mit Spannung erwartet worden. Auch für geheime nachrichtendienstliche Massnahmen gelten im Ausgangspunkt dieselben Anforderungen. Zulässig sind nur solche Überwachungsinstrumente, die in der Ermächtigungsgrundlage explizit genannt werden. Ihre Eingriffsvoraussetzungen und die Auswahlkriterien zwischen ihnen müssen so spezifisch und genau festgelegt sein, dass ihre Anwendbarkeit berechenbar ist sowie Willkür und Missbrauch entscheidend vorgebaut wird.⁵⁶ Neben der Datenerhebung müssen dazu auch Datenselektion (nach Relevanz und Privilegierungen), -aussonderung, -verwendung, -speicherung und -löschung (inkl. Dokumentation dieser Schritte) geregelt sein. Die Anordnung, Durchführung und Selektion dürfen nur durch eine unabhängige Instanz ergehen resp. kontrolliert werden.

Gerade für den Geheimdienstbereich, der Europa diverse Schocks und Skandale beschert hat, zeigt sich der EGMR jedoch zu grossen Zugeständnissen bereit. Der Gerichtshof zeigt keine Neigung, einzelne Überwachungsinstrumente für grundsätzlich konventionswidrig zu erklären.⁵⁷ Im Ergebnis halten die geheimdienstlichen Massnahmen einschliesslich der Massenüberwachungsprogramme wie PRISM, UPSTREAM oder TEMPORA der Prüfung durch den EGMR stand.⁵⁸

Dabei misst der EGMR Fragen der Sicherheit als legitimum Ziel von Grundrechtseinschränkungen in Zeiten hochentwickelter (Wirtschafts-)Spionage und Cyberkriminalität sowie modernen Erscheinungsformen des Terrorismus und organisierter Kriminalität immer grösseres Gewicht zu.⁵⁹ Dies schlägt sich in der Kontrolldichte hinsichtlich der

Schaffung neuer Instrumente und ihrer Anordnungsvoraussetzungen nieder. Der EGMR lässt sowohl die anlasslose Massenüberwachung von Kommunikationsverkehr als auch *intelligence sharing* und Auskunftersuchen gegenüber Telekommunikationsunternehmen zu. Die zur Verhinderung von Missbrauch dienende Zweckbindung zwischen Gefahr oder Straftat und Massnahme wird dabei aufgeweicht. Der EGMR will allgemeine Bedrohungslagen und Sicherheitsrisiken zur Legitimierung genügen lassen. Ein Erfordernis objektiver Verdachtsmomente vertrage sich nicht mit der Natur geheimdienstlicher Aufklärung.⁶⁰ Vielmehr genügen allgemeine Kategorien wie «Notwendigkeit aus Interessen nationaler Sicherheit» sowie die Angabe potenziell relevanter Kommunikationsträger und -kanäle. Bei allgemeinen Risiken für die nationale Sicherheit dürfe auch anlasslos Massenüberwachung des Internetverkehrs betrieben werden. Auch auf Ebene der Notwendigkeit nimmt der EGMR sich zurück und belässt den Geheimdiensten grosse Ermessensspielräume bei der Auswahl geeigneter Massnahmen.

Zum zulässigen Portfolio sollen auch Abfrage, Übermittlung und Nutzung von Daten gehören, die von ausländischen Diensten gesammelt wurden (*intelligence sharing*).⁶¹ In diesen Fällen liegt die Verantwortung für die Anordnung und Durchführung einer Überwachung nicht beim ausländischen Staat. Jeder Vertragsstaat hat indessen Sorge dafür zu tragen, dass die Speicherung, Auswertung oder Weitergabe der erhaltenen Informationen den EMRK-Standards entspricht. Grundsätzlich gilt auch, dass die EMRK-Standards für die Anordnung und Auswahl geheimer Massnahmen nicht durch Outsourcing der Datensammlung an Drittstaaten unterlaufen werden dürfen. Die Voraussetzungen, unter denen Informationen von ausländischen Geheimdiensten abgefragt oder gar bestellt werden, müssen hinreichend genau festgelegt sein.⁶² Für die konkrete Prüfung ist allerdings zu beachten, dass der EGMR beim Bewerten der Verhältnismässigkeit der Informationszusammenarbeit davon ausgeht, dass die Bedrohung durch den internationalen Terrorismus und dessen Strukturen einen wirksamen Informationsaustausch zwischen Geheimdiensten und anderen Sicherheitsbehörden notwendig machen.⁶³

Auskunftersuchen an Telekommunikationsunternehmen sind Standardmassnahmen des Sicherheitsrechts. Sie bedürfen einer entsprechend spezifischen Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht. Datenart, Datenmenge und Abfragezweck müssen ausreichend präzisiert werden, ohne dass besonders hohe Anforderungen aufgestellt würden, weil nachträgliche Abfragen von Informationen bei Unter-

nehmen, welche diese im Zusammenhang mit ihrem Geschäftszweck speichern durften, vom EGMR als (im Vergleich zu anlassloser und Echtzeit-Überwachung) weniger schwere Eingriffe angesehen werden.⁶⁴ Anders verhielte es sich, wenn Ex-post-Abfragen mit einer Vorratsdatenspeicherung verkoppelt werden. Der EGMR hat allerdings noch nicht entscheiden müssen, in welchem Umfang, in welchen Situationen und für welchen Zeitraum Informationen (wie Inhalts-, Rand- oder Metadaten) von Kommunikationsunternehmen entweder generell (anlasslos) oder auf konkrete staatliche Anordnung hin gespeichert werden dürfen, um sie für einen behördlichen Zugriff bereitzuhalten.⁶⁵

Auch im Fall *Big Brother* geht er dieser Frage geschickt aus dem Weg. Das englische Geheimdienstrecht gab Geheimdiensten die Möglichkeit, vorübergehend eine Vorratsdatenspeicherung anzuordnen. Der EGMR erklärt dies unter Rückgriff auf die Rspr. des EuGH für unzulässig. Rechtmässigkeitsvoraussetzung für jedwede staatliche Ermittlungsmassnahme ist nach den Rechtfertigungsvoraussetzungen i. S. v. Art. 8 Ziff. 2 EMRK auch die Vereinbarkeit mit dem jeweiligen nationalen Recht. Zu diesem zählt bei EU-Mitgliedern selbstverständlich auch das Unionsrecht, womit der EGMR die strengen Vorgaben des EuGH im Gewande des nationalen Rechts zum Massstab für die zur Prüfung stehende Regelung machen konnte, ohne sich selbst in der Sache positionieren zu müssen.

Nach dieser Massgabe dürfte eine Vorratsdatenspeicherung nur durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle genehmigt werden. Sie dürfe nur dem Ziel der Verfolgung schwerer Kriminalität dienen und müsse dazu absolut notwendig erscheinen. Die geprüfte Regelung genüge diesen Standards nicht.⁶⁶ Bei Nichtmitgliedstaaten scheidet ein Rückgriff auf Unionsrecht freilich aus. Es darf daher mit Spannung erwartet werden, ob das Vereinigte Königreich Post-Brexit zur aktuell unzulässigen Rechtslage zurückkehrt und den EGMR dann zu einer Entscheidung in der Sache zwingt.

Insgesamt strengere Anforderungen werden allenfalls bei der Speicherung und Weitergabe formuliert. Demzufolge soll eine Anordnung nicht länger als sechs Monate gültig sein und eine Speicherung gesammelter Daten zwei Jahre nicht überschreiten.⁶⁷ Für die Massenüberwachung macht der EGMR wiederum Zugeständnisse, da eine unverzügliche Sichtung nicht realisierbar sei. Ungesichtetes Rohmaterial aus Massenüberwachungen dürfe daher für eine gewisse Dauer gespeichert werden, soweit die Löschung bei erkennbar fehlender Sachdienlichkeit garantiert ist.⁶⁸ Ist eine Wei-

tergabe an andere Staaten und deren Dienste beabsichtigt, sind besondere Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, welche die Einhaltung der EMRK-Standards und die rechtzeitige Löschung der Daten gewährleisten.⁶⁹

Der EGMR privilegiert Geheimdienste auch in Bezug auf Aufsicht und nachträgliche Kontrolle. Einen Richtervorbehalt hält der EGMR bei geheimen Massnahmen zwar grundsätzlich für angemessen, aber gerade im Geheimdienstsektor nicht für zwingend.⁷⁰ Eine Autorisierung durch höhere Behördenmitglieder könne hinreichen. Für die Ex-post-Kontrolle können spezialisierte Sicherheitsgerichte⁷¹ oder auch parlamentarische Kontrollgremien genügen. Neben der Anordnung muss vor allem die Auswahl der Suchkriterien und Selektoren für das Filtern der abgefangenen Kommunikationsdaten einer effektiven und unabhängigen Aufsicht unterstehen.⁷²

Damit akzeptiert der EGMR de facto gewachsene (u. U. kumulative) nationale Aufsichts- und Kontrollregime, solange aufgrund ihrer tatsächlichen Operationsweise sichergestellt ist, dass praktisch wirksamer Missbrauchsschutz greift. Im konkreten Fall lässt er allerdings wenig überzeugend ein Nebeneinander nicht justizieller und (teilweise nachträglich aktiv werdender) justizieller Kontrollgremien genügen, ohne genauer zu erläutern, wie diese Mechanismen sich zueinander verhalten und gemeinsam das verpflichtende Schutzniveau erreichen.⁷³ Auffällig ist, welches Vertrauen der EGMR in die Leistungsfähigkeit derartiger (nicht justizieller) Kontrollsysteme setzt und wie stark er sich dabei weitgehend auf die Selbstbeschreibung der Regierungsseite verlässt; zumindest solange keine klaren Hinweise auf Missbräuche und Kontrollversagen bekannt werden.

Zum methodischen Vorgehen des EGMR ist abschliessend anzumerken, dass der Gerichtshof die elementaren Rechtfertigungskriterien, die er über die Jahre entwickelt hat, jeweils nicht als zwingend ansieht. Vielmehr lässt er eine Kompensation einzelner Mängel im Gesamtsystem zu. Ob das notwendige Niveau an Willkür- und Missbrauchsschutz erreicht wird, sucht der EGMR im Wege einer inhaltlich wenig scharfen, holistischen Gesamtabwägung zu ermitteln. Insgesamt leistet der EGMR mit seiner Spruchpraxis zu geheimen Ermittlungsmassnahmen einer Prozeduralisierung des Grundrechtsschutzes Vorschub. Über ein fundiertes materielles Konzept des Persönlichkeits- oder Datenschutzes, mit dem sich eine klare Linie zu unzulässigen Eingriffen in den Wesensgehalt oder die Menschen-

⁵⁴ EGMR, *Benedik v. Slovenia*, § 109.

⁵⁵ EGMR v. 19.6.2018, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, § 7; EGMR v. 13.9.2018, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*. Beide Fälle wurden mittlerweile vor die Grosse Kammer weitergezogen.

⁵⁶ EGMR v. 1.7.2008, *Liberty and Others v. United Kingdom*, § 69; EGMR v. 18.5.2010, *Kennedy v. United Kingdom*, § 151; EGMR v. 18.7.2017, *Tanrikulu v. Turkey*.

⁵⁷ So auch zuletzt EGMR, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, § 105.

⁵⁸ Im Fall *Big Brother* bestätigt der EGMR einige strukturelle Schwächen, stellt das Überwachungssystem aber nicht als solches infrage.

⁵⁹ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, §§ 308, 314.

⁶⁰ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, §§ 317, 322.

⁶¹ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, §§ 389, 416.

⁶² EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 424.

⁶³ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 446.

⁶⁴ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 462.

⁶⁵ MEYER, SK-StPO, Art. 8 Rn. 228.

⁶⁶ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, §§ 463, 466 f.

⁶⁷ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 371.

⁶⁸ EGMR, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, § 146.

⁶⁹ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 376.

⁷⁰ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 320.

⁷¹ EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, § 379.

⁷² EGMR, *Big Brother Watch and Others v. United Kingdom*, §§ 338, 340 ff. Der EGMR differenziert insofern zwischen den Phasen der Datensammlung und der Datenauswertung.

⁷³ EGMR, *Centrum för Rättvisa v. Sweden*, §§ 173 ff., 178.

würde ziehen liesse oder nicht mehr akzeptable Totalausforschungen benennbar würden, verfügt der EGMR indessen nicht.

VI. Art. 9 EMRK

Die Zulässigkeit der Vollverschleierung im öffentlichen Leben war bereits öfters Gegenstand von EGMR-Judikaten.⁷⁴ In *Lachiri* ging es um die Zulässigkeit der Vollverschleierung in öffentlichen Gerichtsverfahren. In casu hatte sich eine Belgierin an einem Strafverfahren gegen einen Mann, der ihren Bruder getötet hatte, als Privatklägerin beteiligt. Nachdem sie in der Verhandlung der Aufforderung, ihren islamischen Vollschleier abzulegen, nicht nachgekommen war, wurde sie aus dem Gerichtssaal ausgeschlossen. Gegen diesen Ausschluss rügte sie eine Verletzung nach Art. 9 EMRK.

Einschränkungen der Religionsfreiheit sind dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Die belgische gesetzliche Beschränkung verfolgt grundsätzlich legitime Ziele, nämlich den Schutz der öffentlichen Ordnung und die Verhinderung von Straftaten gegen das Justizsystem. Gleichwohl hatte sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine Weise verhalten, durch die der reibungslose Ablauf der strafrechtlichen Verhandlung beeinträchtigt worden wäre. Ausserdem vertrat die Frau nicht den Staat in Ausübung einer öffentlichen Funktion, sondern beteiligte sich als Privatperson und damit ohne Verpflichtung, ihre religiöse Ansicht nicht in der Öffentlichkeit zu zeigen.⁷⁵ Deshalb war das Tragen des Hijab in casu als zulässige religiös motivierte Handlung zu sehen und der Ausschluss aus der Verhandlung eine konventionswidrige Einschränkung der Religionsfreiheit, für die eben keine konkrete Notwendigkeit nachweisbar war. Der EGMR war sich der Brisanz seiner Einzelfallentscheidung aber bewusst und ergänzte, dass ein Gericht grundsätzlich als öffentlicher Raum anzusehen ist und dort die Achtung der Neutralität gegenüber Religionen grundsätzlich Vorrang vor der freien Ausübung des Rechts auf Religionsfreiheit haben kann.⁷⁶

VII. Art. 10 EMRK

1. Verbaler Rassismus

Der Fall *GRA v. Switzerland* hatte folgenden Hintergrund: Im Kontext der eidgenössischen Volksinitiative zum Minarettverbot hatte der Präsident der JSVP Thurgau dazu aufgerufen, der Ausbreitung des Islams Einhalt zu gebieten.

Die Stiftung «Gegen Rassismus und Antisemitismus» (GRA) hatte daraufhin dessen Aussage auf ihrer Webseite unter «Chronologie der rassistischen Vorfälle» als verbalen Rassismus klassifiziert. Dagegen wehrte sich der Politiker und verklagte GRA wegen Persönlichkeitsverletzung. Während das Bezirksgericht Kreuzlingen die Klage abwies, nahm das Obergericht des Kantons Thurgau die Klage an und verbot GRA die weitere Veröffentlichung. Dagegen erhob GRA erfolglos Beschwerde vor dem Bundesgericht⁷⁷ und zog deshalb vor den EGMR.

Der EGMR gab GRA Recht. In einer demokratischen Gesellschaft nimmt GRA eine öffentliche Wächterrolle ein, die ähnlich wichtig ist wie jene der Presse und daher analogen Schutz verdient.⁷⁸ Die konkrete Veröffentlichung von GRA hätte sich nicht nur im Kontext einer intensiven politischen Debatte abgespielt. Auch der Urheber der Äusserung ist als gewählter Präsident eines lokalen Ablegers der Jugendorganisation einer grossen politischen Partei eine politische Person des öffentlichen Lebens und hat in diesem politischen Kontext seine Aussage getätigt. Insofern hat er mehr Toleranz gegenüber potenzieller Kritik aufzubringen.⁷⁹ Anders als das Bundesgericht sah der EGMR für das Werturteil seitens GRA zur Rede des Politikers als «verbalen Rassismus» eine hinreichende sachliche Grundlage gegeben, denn die Aussage konnotiere den Islam als etwas Negatives, gegen das die Schweizer Kultur zu verteidigen und zu schützen sei. Das Statement von GRA hätte die Aussage des Politikers zwar als «rassistisch» gewertet, jedoch keine strafrechtlichen Implikationen nach Art. 261bis StGB enthalten und sich zudem strikt auf den politischen Kontext, nicht jedoch auf persönliche oder familiäre Verhältnisse des Politikers bezogen.⁸⁰ Schliesslich hätte die Verurteilung von GRA für die Meinungsfreiheit der Stiftung einen nicht zu rechtfertigenden Abschreckungseffekt gehabt.

2. Pressefreiheit

In *Falzon* hatte ein Kolumnist die Rede eines führenden Oppositionspolitikers kommentiert und dabei provokative Fragen zur politischen Einmischung in Polizeianglegenheiten gestellt. Diese Fragen wurden von den innerstaatlichen Zivilgerichten als falsche Tatsachenbehauptungen gewertet, weshalb der Kolumnist wegen Verleumdung im Rahmen einer Presseberichterstattung zur Schadensersatzzahlung verurteilt wurde.

Im Zentrum der EGMR-Entscheidung stand insbesondere das in Frageform gestaltete journalistische Statement. Dazu erinnerte der EGMR an seine breite und liberale Auslegung von Werturteilen in Bezug auf die journalistische Freiheit in Fragen von öffentlichem Interesse, gerade in

Bezug auf Politiker. Durch den Fragestil in seinem politischen Kommentar, der durchaus ein gewisses Mass an Provokation mit sich bringt, wollte der Urheber das Bewusstsein für die Möglichkeit von Missbrauch durch einen Oppositionspolitiker schärfen und Bedenken in einer Angelegenheit von öffentlichem Interesse ausdrücken. Seine Darstellung war von Art. 10 EMRK deshalb gedeckt, weil sich die provokanten Textstellen auf eine hinreichende sachliche Grundlage bezogen, nämlich die konkrete Rede des Politikers. Damit also der streitbare Fragestil eine unzulässige Verdachtsberichterstattung nicht umgeht, kommt es wesentlich auf den darauf bezogenen Tatsachenkern an. In casu erreichte das Statement nicht die erforderliche Schwere und Eignung, um das Recht auf Privatleben des Politikers zu beeinträchtigen. Zudem hätte der Zuspruch von Schadenersatz eine abschreckende Wirkung entfaltet. Insgesamt hatten die inländischen Gerichte die Balance zwischen Rufschutz des Politikers und Pressefreiheit nicht angemessen gewürdigt, weshalb Art. 10 EMRK verletzt war.⁸¹

3. Unzulässige Sanktionierung von Strafverteidiger-Statements

In *Čeferin* war der Beschwerdeführer als Strafverteidiger in einem Strafverfahren wegen Mordes tätig und hatte in seinen mündlichen und schriftlichen Schlussanträgen u. a. mehrere psychologische Sachverständige und den Staatsanwalt kritisiert. So beschuldigte er den Staatsanwalt, Dokumente und entscheidende Beweise (ein entlastendes Lügendetektor-Testergebnis) nicht vorgelegt zu haben, während er den Experten etwa unterstellte, absichtlich Informationen übersehen, vorsätzlich die Berufsethik verletzt und Aussagen ohne wissenschaftliches Fundament getätigt zu haben. Daraufhin wurde der Anwalt wegen Missachtung des

Gerichts mit einer Geldbusse belegt. Dagegen ging er wegen der Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit vor.

Die Verhängung von Bussgeldern wegen Missachtung des Gerichts stellt grundsätzlich einen Eingriff in die Meinungsfreiheit dar, verfolgt aber das legitime Ziel, die Autorität der Justiz zu wahren und den Ruf und die Rechte der Verfahrensbeteiligten zu schützen. Allerdings zweifelte der EGMR im konkreten Fall, inwiefern der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich und die richtige Balance zwischen der Notwendigkeit des Schutzes der Justizbehörden und der Prozessbeteiligten einerseits und der Notwendigkeit des Schutzes der Meinungsfreiheit des Beschwerdeführer andererseits gefunden worden war. Denn der Beschwerdeführer hatte die Bemerkungen als Verteidiger für einen wegen dreifachen Mordes Angeklagten getätigt. Die Aussagen gegen die Experten und den Staatsanwalt ergingen nur im Gerichtssaal. Es lagen keine persönlichen Angriffe oder Tätigkeiten vor, die mit alleiniger Beleidigungsabsicht getätigt wurden. Die Statements stützten sich vielmehr auf die Faktenlage und sollten die Glaubwürdigkeit der Sachverständigen infrage stellen und die Nichtveröffentlichung von Testergebnissen durch die Staatsanwaltschaft kritisieren. Die innerstaatlichen Gerichte hatten nicht beachtet, dass die Grenze akzeptabler Kritik gegenüber Beamten unter gewissen Umständen – etwa bei Handlungen im Rahmen ihrer offiziellen Eigenschaft und unter Berücksichtigung der Auswirkungen ihrer Handlungen für den Ausgang des Strafverfahrens – weiter gefasst werden müsste als bei Privatpersonen. Insgesamt hatten die innerstaatlichen Gerichte keine ausreichend und relevanten Gründe für eine Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit dargelegt, weshalb ein Verstoss gegen Art. 10 EMRK vorlag.⁸²

⁷⁴ Vgl. MEYER/STAFFLER, FP 2018, 446 m.N.

⁷⁵ EGMR v. 18.9.2018, *Lachiri v. Belgium*, §§ 44, 46.

⁷⁶ EGMR, *Lachiri v. Belgium*, § 45.

⁷⁷ BGE 138 III 641.

⁷⁸ EGMR v. 9.1.2018, *GRA v. Switzerland*, § 57.

⁷⁹ EGMR, *GRA v. Switzerland*, §§ 60, 62 ff.

⁸⁰ EGMR, *GRA v. Switzerland*, §§ 68, 72, 74 f.

⁸¹ EGMR v. 20.3.2018, *Falzon v. Malta*, §§ 58, 60, 65 ff.

⁸² EGMR v. 16.1.2018, *Čeferin v. Slovenia*, §§ 54 ff.