

# 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 256**

---



---

**AUFSÄTZE | ARTICLES | ARTICOLI 292**

---

**Markus Husmann:** Zur bundesgerichtlichen Mär vom Gewohnheitsrecht bei der vollzugsrechtlichen Sicherheitshaft 292

**Annika Burrichter/Moritz Vischer:** Der Vergehenstatbestand nach Art. 10f Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2 300

**Diego Langenegger/Urs Rudolf:** Die strafprozessuale Notwendigkeit einer überprüfbaren Dolmetschertätigkeit 307

**Wolfgang Wohlers:** Präventivhaft im schweizerischen Strafprozess – de lege lata et ferenda 315

**Regula Echle:** Der Begriff der geschädigten Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO – zugleich Besprechung von BGE 145 IV 491 325

**Frank Meyer/Lukas Staffler:** Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2019 331

---

**DOKUMENTATION | DOCUMENTATION | DOCUMENTAZIONE 344**

---



Hat sich die geschädigte Person als Privatklägerin konstituiert, so kommt ihr Parteistellung zu. Damit einhergeht unter anderem der Anspruch auf rechtliches Gehör und Akteneinsicht.<sup>47</sup> Des Weiteren ist die Privatklägerschaft neben dem Beweisantragsrecht auch berechtigt, Rechtsmittel zu ergreifen.<sup>48</sup> Aufgrund dieser umfangreichen Parteirechte erscheint es umso wesentlicher, im Zweifelsfall, ob durch die Verletzung einer Norm überhaupt eine (natürliche oder juristische) Person unmittelbar geschädigt sein kann, eine Verfügung zu erlassen, die der gerichtlichen Überprüfung offensteht.

#### IV. Fazit

Der Begriff der Privatklägerschaft ist eng mit dem Begriff der geschädigten Person verknüpft. Ob jemand unmittelbar geschädigt im Sinne der Strafprozessordnung ist, hängt vom materiellen Recht ab. Bei Normen, die primär Individualinteressen schützen, dürfte dies regelmässig der Fall sein. Dient eine Strafbestimmung hingegen primär Kollektivinteressen, so ist weitergehend zu prüfen, ob sie auch individuelle Rechte in ausreichendem Mass schützt, damit jemand unmittelbar geschädigt sein kann. Bei abstrakten Gefährdungsdelikten bedarf es darüber hinaus einer konkreten Gefahr für eine bestimmte Person. Nur in diesem Fall kann jemand unmittelbar geschädigt sein und sich als Privatkläger konstituieren. Für einige Straftatbestände, wie z. B. Art. 292 StGB, läuft dies auf eine Einzelfallprüfung hinaus. Dies mag zwar zu gewissen Unsicherheiten führen, ist in der Sache jedoch angemessen, um die Rolle der Privatklägerschaft auf Personen zu beschränken, die effektiv unmittelbar durch strafbares Verhalten geschädigt wurden, und so den Begriff der geschädigten Person nicht unnötig auszuweiten.

Was schliesslich die Konstituierung anbelangt, so ist diese an keine hohen formellen Anforderungen geknüpft und den Strafverfolgungsbehörden kommt eine Auf- und Abklärungspflicht zu. Bestehen Zweifel darüber, ob jemand als Privatkläger im Verfahren zugelassen wird, so ist mittels anfechtbarer Verfügung zu entscheiden. Damit wird den Betroffenen ermöglicht, die Beteiligung von Personen überprüfen zu lassen. Dabei ist darauf zu achten, dass dieses Beschwerdeverfahren nicht zu einem faktischen Anklagevorprüfungsverfahren verkommt.

**Stichwörter:** geschädigte Person, Privatklägerschaft  
**Mots-clés:** lésé, partie plaignante

■ **Zusammenfassung:** Der Begriff der geschädigten Person ist eng mit dem materiellen Strafrecht verknüpft. Es ist durch Auslegung festzustellen, welches Rechtsgut die strafbewehrte Norm schützt. Nur wer unmittelbar durch die verletzte Norm geschützt und die Handlung des Beschuldigten verletzt wird, kann sich im Strafprozess als Privatkläger konstituieren. Im Zweifelsfall ist durch die Strafbehörden eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.  
**Résumé:** La notion de lésé est étroitement liée au droit pénal matériel. L'interprétation permet de déterminer quel est le bien juridique protégé par une norme assortie de la menace d'une peine. Seul celui qui est directement protégé par la disposition pénale prétendument violée et directement lésé par le comportement du prévenu peut se constituer partie plaignante dans la procédure pénale. Dans les situations douteuses, les autorités pénales sont tenues de rendre une décision susceptible d'être portée devant une instance supérieure.

<sup>47</sup> BGE 138 IV 79, 80 f.; ECHLE (Fn. 2), 41.

<sup>48</sup> ECHLE (Fn. 2), 41; GARBARSKI (Fn. 43), 173.



Frank Meyer, Prof. Dr., LL. M. (Yale), Universität Zürich

Lukas Staffler, Dr., Universität Zürich

## Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2019

### Inhaltsübersicht:

- I. Art. 2 EMRK – Recht auf Leben
  1. Staatliche Gewalt und Untersuchungspflichten
  2. Rechtshilfe und kollektive Verantwortung
- II. Art. 3 EMRK
  1. Entlassungsoptionen aus lebenslanger Freiheitsstrafe
  2. Staatliche Fürsorgepflichten im Strafvollzug
  3. Häusliche und sexuelle Gewalt
- III. Art. 5 EMRK – Freiheitsentziehung aus Sicherheitsgründen
- IV. Art. 6 EMRK
  1. Akteneinsicht bei digitalen Beweisen
  2. Anwalt der ersten Stunde, Sprachunterstützung und Informationsgarantien
- V. Art. 8
  1. Ausweisung und Landesverweisung straffälliger Ausländer
  2. Informationelle Selbstbestimmung
  3. Schutz der Kommunikation mit Rechtsanwalt
- VI. Art. 10 – Justizkritik
- VII. Ne bis in idem

Das Berichtsjahr 2019 hat dem Straf- und Strafverfahrensrecht nur wenige Leitentscheidungen beschert, dafür aber bestehende Rechtsprechungslinien weiter ausdifferenziert. Bei panoramaartiger Betrachtung der Spruchpraxis stechen allerdings Auffälligkeiten und Schwerpunkte hervor, die einleitend Erwähnung verdienen. So haben Polizeigewalt, Gewalt in Gefängnissen und politisch motivierte Gewalt grossen Raum eingenommen. Menschenrechtlich und gesellschaftspolitisch beängstigend ist in diesem Zusammenhang, dass gerade in der Gesamtschau der Fälle klar zutage tritt, wie in einigen Staaten Strafrecht instrumentalisiert und arbiträr angewendet wird, um Regierungsgegner zu verfolgen. Daneben lassen viele Fälle aus osteuropäischen Staaten erkennen, wie schwer es ist, ein strukturell und kulturell totalitäres Erbe abzustreifen.<sup>1</sup> Es ist heute nicht nur

weiterhin in systematisch-rechtsstaatlichen Schwächen der nationalen Rechtsordnungen sichtbar, sondern befördert gar einen rechtsstaatlichen Rollback, der den EGMR künftig noch häufiger beschäftigen wird. Auch die Flüchtlingskrise ist mittlerweile im Gerichtshof angekommen. Verstösse gegen Mindeststandards für die Behandlung von Migranten sind an der Tagesordnung. Sie legen Zeugnis vom teilweise beschämenden Umgang Europas mit hilfsbedürftigen Menschen ab und stehen in einem offenkundigen Widerspruch zu den mantraartig und selbstgefällig propagierten europäischen Werten.

Das Berichtsjahr hat auch die Bedeutung effektiver Durchsetzung der Konventionsrechte noch klarer werden lassen. Der EGMR hat in grosser Zahl Verletzungen des Rechts auf einen effektiven Rechtsbehelf gem. Art. 13 EMRK festgestellt. Im Gegensatz zur wissenschaftlichen Aufmerksamkeit, die ihm zuteilwird, handelt es sich eingedenk der extrem langen Verfahrensdauern, bis ein Fall den EGMR erreicht, (und des Subsidiaritätsgrundsatzes als Leitprinzip des Rechtsschutzsystems) um ein äusserst bedeutungsvolles Recht. Ganz grundsätzlich laborieren EGMR und Europaratorgane fortwährend mit Mechanismen der Durchsetzungskontrolle. So hat die Grosse Kammer erstmals in sog. *infringement proceedings* gem. Art. 46 Abs. 4 EMRK befunden, dass den Verpflichtungen aus einem EGMR-Urteil in der Rechtssache *Mammadov* nicht genügt worden ist.<sup>2</sup> Auch das Ministerkomitee feilt weiter an Prozeduren, die durch strukturelle Lenkung der Urteilsimplementierung für eine bessere Befolgung sorgen sollen.

### I. Art. 2 EMRK – Recht auf Leben

#### 1. Staatliche Gewalt und Untersuchungspflichten

Der Fall *Vazagashvili and Shanava v. Georgia*<sup>3</sup> steht pars pro toto für eine wahre Flut von Fällen, die sich mit exzessiver staatlicher Gewalt befassen. Gemeinsamer Nenner ist die teils eklatante Verletzung der Konventionsanforderungen

<sup>1</sup> In der Rechtssache EGMR v. 16. 4. 2019, *Lingurar v. Romania*, verwendet der EGMR erstmals den Terminus «*ethnic profiling*» im Zusammenhang mit rassistisch-diskriminierenden Übergriffen der Polizei auf eine Roma-Familie, § 76.

<sup>2</sup> EGMR (GC) v. 29. 5. 2019, *Mammadov v. Azerbaijan*.

<sup>3</sup> EGMR v. 18. 7. 2019, *Vazagashvili and Shanava v. Georgia*.

gen an die Untersuchung möglicher staatlicher Verstösse.<sup>4</sup> Im konkreten Fall war der Sohn der Beschwerdeführerin bei einem auf staatlich fingierte Vorwürfe gestützten Polizeieinsatz erschossen worden. Die anschliessende strafrechtliche Untersuchung wurde konventionswidrig von den am Einsatz beteiligten Polizisten durchgeführt. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren dann ein, wobei sie den Angehörigen unzulässig die Beteiligung am Verfahren und damit auch den Opferstatus versagte, sodass diese nicht gegen die Einstellung rekurrieren konnten. Auch wenn die Polizisten später doch noch wegen Mordes verurteilt wurden, ändert dies nichts an der Verletzung der EMRK. Vielmehr offenbart sich ein fortgesetztes staatliches Versagen darin, dass die zum Verfahren führenden Ermittlungen und Initiativen von den Beschwerdeführern ausgingen und die Behörden sehr zögerlich und ablehnend agierten, sowie weiterhin Beteiligungsrechte verweigerten. Mit deutlichen Worten kritisiert der EGMR auch die unangemessen niedrigen Strafen. Wo korrupte staatliche Bedienstete vorsätzlich Taten gegen Bürger begehen und den Staatsapparat im Anschluss dazu missbrauchen, um die Ahndung dieser Taten zu verhindern, sind Amnestien und Begnadigungen per se ausgeschlossen.<sup>5</sup> Die EMRK verlange, dass das Strafmass den Unrechtsgehalt von Korruption, Amtsmissbrauch und Schwere der Gewalt widerspiegelt und die Verurteilten aus Gründen angemessener Retribution und Prävention nicht wieder in den Staatsdienst zurückkehren können.<sup>6</sup>

## 2. Rechtshilfe und kollektive Verantwortung

Auf dem Gebiet der Rechtshilfe hat die Grosse Kammer (GK) die Konventionspflichten zur Kooperation in transnationalen Fällen in zwei Urteilen erheblich ausgeweitet. Konzentrierte sich das Fallrecht bisher auf Vertragsstaaten, die infolge mutmasslicher schwerer Konventionsverletzungen in ihrem Hoheitsbereich positiven Untersuchungspflichten unterlagen und deshalb auch verpflichtet sein konnten, sich um Rechtshilfe aus dem Ausland zu bemühen, rücken nun Drittstaaten ins Blickfeld, auf deren Territorium sich wichtige Beweismittel oder Tatverdächtige befinden.

Im Fall *Güzelyurtlu* befanden sich sechs Verdächtige und sonstige Beweismittel, um die sich Zypern als Tatortstaat bemühte, im türkisch besetzten Nordzypern. Im Fall *Romeo Castaño* hatte Spanien als Tatortstaat einen Europäischen Haftbefehl ausgestellt, um die Auslieferung einer tatverdächtigen ETA-Aktivistin aus Belgien zu erreichen. Die ersuchten Staaten waren jeweils nicht selbst zur Untersuchung der verfolgten Tötungshandlungen verpflichtet. Es stellte sich daher die Frage, ob sie der EMRK bei Verwei-

gerung der Zusammenarbeit überhaupt i. S. v. Art. 1 EMRK unterfielen. Die Grosse Kammer betont insofern, dass die EMRK eine kollektive Verantwortlichkeit für alle Konventionsstaaten begründet.<sup>7</sup> Diese kollektive Verantwortung kann Kooperationspflichten auslösen, wenn der unmittelbar untersuchungspflichtige Staat auf diese Hilfe angewiesen ist und andernfalls Impunität droht.<sup>8</sup> Es sind diese Leit motive der Vorbeugung von Impunität und der Gesamtverantwortung innerhalb multilateraler Menschenrechtsverträge, welche die neuen Urteile durchziehen und tragen. Drittstaaten werden darüber aber nicht verpflichtet, auch ohne Ersuchen des untersuchungspflichtigen Staates aktiv zu werden. Der exakte Umfang der Kooperationspflichten hängt vom Einzelfall ab. Verallgemeinernd lässt sich jedoch sagen, dass die Pflichten nicht grenzenlos gelten. Sie sind im Kontext der bestehenden völkervertraglichen Rechtshilfebeziehungen zu interpretieren. Die involvierten Staaten haben danach alle vernünftigen, d. h. sachgerechten Massnahmen nach Treu und Glauben (*in good faith*) auszuschöpfen, die im Rahmen der internationalen Vereinbarungen zur Verfügung stehen. Inhalt und Umfang der Pflichten variieren mit der jeweiligen Ausgestaltung der einschlägigen Rechtshilfebeziehungen. Bei *Güzelyurtlu* oder in einem hypothetischen Schweizer Fall sind dies primär Europaratskonventionen und Zusatzprotokolle sowie bilaterale Abkommen zu deren Vertiefung. Bei *Romeo Castaño* bildet der Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl die Grundlage.

Im konkreten Fall verlangte das Europäische Auslieferungsübereinkommen neben der Bescheidung des Ersuchens gem. Art. 18 Abs. 1 und 2, dass der ersuchte Staat über seine Bewilligungsverweigerung ausreichend begründet informiert. Fehlen zur Entscheidungsreife wesentliche Informationen, verlangt Art. 13 dieser Konvention, dass der ersuchte Staat diese Angaben nachfordert. Der Pflicht zur sachlich begründeten Information über die ablehnende Entscheidung war die Türkei nicht gerecht geworden.<sup>9</sup> Sie hatte zudem die Nutzung völkerrechtlich bestehender Kommunikationskanäle treuwidrig behindert.

Der EGMR zeigt sich ferner gewillt, etablierte Limitierungen der Rechtshilfe nicht über Art. 2 EMRK auszuhebeln. So bestünde keine Pflicht zur Auslieferung eigener Staatsbürger.<sup>10</sup> Auch im nationalen *Ordre public* und in drohenden Gefährdungen staatlicher Sicherheit und Souveränität wird ein akzeptabler Versagungsgrund gesehen.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> EGMR (GC) v. 29.1.2019, *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey*, § 232.

<sup>8</sup> EGMR (GC), *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (Fn. 7), § 233.

<sup>9</sup> EGMR (GC), *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (Fn. 7), § 261.

<sup>10</sup> EGMR akzeptiert diese Einschränkung in *Palić v. Bosnia, Nježić and Štimac v. Croatia* sowie implizit in *Huseynova v. Azerbaijan*.

<sup>11</sup> EGMR (GC), *Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (Fn. 7), § 254.

Schliesslich setzen die Bedürfnisse effektiver Strafverfolgung auch anerkannte Auslieferungshindernisse und sonstige Gegenrechte aus der EMRK nicht ausser Kraft.<sup>12</sup> Abstriche von Individualrechten im Interesse effektiver Strafverfolgung und des Opferschutzes verlangt der EGMR nicht. Besteht im Falle der Pflichterfüllung das ernsthafte Risiko einer Menschenrechtsverletzung (insb. von Art. 2 oder Art. 3 EMRK), darf die Kooperation verweigert werden. In *Romeo Castaño* sah das belgische Gericht die Gefahr einer Art. 3-Verletzung durch die drohende incommunicado-Haft für Terroristen, wobei es sich aber nicht auf hinreichend verlässliche und aussagekräftige Informationen stützte und sich daher nicht auf einen anerkannten Sachgrund für die Verweigerung der Auslieferung berufen konnte.

Nach Auffassung der GK sind mithin weder die Türkei noch Belgien ihren Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 1 EMRK gerecht geworden. Scheitert die Aufklärung eines Tötungsdelikts an einer solchen Kooperationsverweigerung, gibt der EGMR Opfern und deren Angehörigen mit der neuen Rechtsprechung einen formell-rechtlichen Hebel an die Hand, um Individualbeschwerde einlegen zu können und die kollektiv geschuldete strafrechtliche Zusammenarbeit zumindest mittelbar durchzusetzen. Klärungsbedürftig bleibt jedoch, ob aus der abstrakten kollektiven Verantwortlichkeit eine Pflicht zur Erhöhung der Rechtshilfefähigkeit (durch Abschluss neuer Verträge oder Einführung von nationalen Rechtshilfegesetzen wie dem IRSG, die Rechtshilfe auch im vertragslosen Bereich grosszügig ermöglichen) folgt. Ebenfalls offen bleibt, für welche Grundrechte über Art. 2 hinaus kollektive Kooperationspflichten erwachsen könnten.

## II. Art. 3 EMRK

### 1. Entlassungsoptionen aus lebenslanger Freiheitsstrafe

Eine konventionskonforme lebenslange Freiheitsstrafe muss dem Strafgefangenen eine rechtlich geregelte Entlassungsoption in Aussicht stellen. In seinen *leading cases* hatte der EGMR dazu die Pflicht der EMRK-Vertragsstaaten begründet, Verurteilten einen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen, um zu prüfen, inwiefern im Laufe des Vollzugs der lebenslangen Haft erhebliche Fortschritte zur Rehabilitation erzielt wurden, sodass die weitere Inhaftierung aus legitimen strafrechtlichen Gründen (Bestrafung, Abschreckung, Schutz der Öffentlichkeit, Rehabilitation) nicht mehr gerechtfertigt ist.<sup>13</sup> Im Berichtszeitraum präziserte der EGMR diese Anforderungen.

In *Marcello Viola v. Italy (No. 2)* ging es um die Entlassungsoption aus lebenslanger Freiheitsstrafe im Kontext des strikten Strafvollzugs für Mafia-Verbrecher. Nach italienischem Recht hängt die Möglichkeit einer vorzeitigen Entlassung aus lebenslanger Haft für Mafia-Führungsmitglieder allein von deren Kooperation mit der Polizei ab. In casu war der Beschwerdeführer als Anführer einer mafiaartigen kriminellen Organisation zu lebenslanger Haft verurteilt worden. In Haft lehnte er die Preisgabe entscheidender Informationen an die Behörden u. a. aus Angst vor Repressalien ab. Trotz Teilnahme an einem Rehabilitationsprogramm, welches mit einem Teilerlass der Strafe verknüpft war, wurde ihm der Erlass mangels Kooperation mit der Polizei verwehrt. In seinem Urteil stellte der EGMR fest, dass dem Beschwerdeführer zwar eine Wahl zur Zusammenarbeit gelassen werde, doch war nicht nur an der Freiheit dieser Wahl,<sup>14</sup> sondern auch an der Angemessenheit des Regelungsregimes zu zweifeln, weil die mangelnde Kooperation mit sozialer Gefährlichkeit gleichgesetzt werde. Dabei spiegelt die Ablehnung der Kooperation nicht immer das Festhalten an kriminellen Werten oder an Verbindungen zur organisierten Kriminalität wider. Zwar könne eine rechtliche Gefährlichkeitsvermutung Art. 3-konform sein, jedoch nur, wenn sie nicht absolut ist und durch Gegenbeweis widerlegt werden kann. Ist die Zusammenarbeit mit Behörden der einzige zulässige Indikator, werden andere Faktoren zur Beurteilung der Rehabilitation ausgeblendet.<sup>15</sup> Eine solche Regelung nimmt dem Beschwerdeführer jede realistische Chance auf Freilassung und lässt den Resozialisierungsgedanken des Strafvollzugs leerlaufen, weshalb in casu eine konventionswidrige nicht reduzierbare lebenslange Freiheitsstrafe vorlag.<sup>16</sup>

Zwei andere Fälle betrafen die Gnadenpraxis als Entlassungsoption. In *Boltan v. Turkey* war gegen den Beschwerdeführer eine verschärfte lebenslange Freiheitsstrafe ohne Begnadigungsmöglichkeit verhängt worden. Dem EGMR zufolge verstösst dies gegen Art. 3 EMRK, selbst wenn eine Entlassung aus humanitären Gründen möglich wäre, weil diese allein keine EMRK-konforme Aussicht auf Freiheit begründen kann.<sup>17</sup> Deshalb kommt dem Gnadenverfahren eine praktisch wichtige Rolle zu. Um Art. 3 EMRK zu genügen, muss ein Gnadenverfahren bestimmte Anforderungen erfüllen, die der EGMR anlässlich des Falls *Petukhov v. Ukraine (No. 2)* näher präziserte. Dort beanstandete der Beschwerdeführer die faktische und rechtliche Unmöglichkeit einer Herabsetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe.

<sup>4</sup> Ausführlich MEYER, in: WOLTER (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. X – EMRK, 5. Aufl., Köln 2019, Art. 2 EMRK N 99 ff; STAFFLER, in: ABRAHAM et al. (Hrsg.), Verletzte im Strafrecht, 2020, 53, 57 ff.

<sup>5</sup> EGMR, *Vazagashvili and Shanava v. Georgia* (Fn. 3), § 92.

<sup>6</sup> EGMR, *Vazagashvili and Shanava v. Georgia* (Fn. 3), § 93.

<sup>12</sup> EGMR v. 29.7.2019, *Romeo Castaño v. Belgium*, § 85.

<sup>13</sup> Insbesondere EGMR (GC) v. 9.7.2013, *Vinter and Others v. United Kingdom*, § 119; EGMR (GC) v. 17.1.2017, *Hutchinson v. United Kingdom*, § 42.

<sup>14</sup> EGMR v. 13.6.2019, *Marcello Viola v. Italy (No. 2)*, §§ 113 ff.; kritisch gegen diese Feststellung des Gerichtshofs das Sondervotum von WOJTYCZEK, §§ 6 f.

<sup>15</sup> EGMR, *Marcello Viola v. Italy (No. 2)*, §§ 116 ff.

<sup>16</sup> EGMR, *Marcello Viola v. Italy (No. 2)* (Fn. 15), §§ 122, 124, 127 ff., 130 f., 136 ff.

<sup>17</sup> EGMR v. 12.2.2019, *Boltan v. Turkey*, §§ 40 ff.



Der EGMR hielt fest, dass die Haftentlassung wegen unheilbarer Krankheit grundsätzlich keine EMRK-konforme «Aussicht auf Freilassung» darstellt. Zum Gnadenverfahren bemängelte der EGMR, dass die Gewährung von Gnade an unkonkrete Ausnahmefälle und aussergewöhnliche Umstände anknüpft. Wengleich den Vertragsstaaten bei der Ausgestaltung der Gnadenpraxis ein Ermessensspielraum zusteht, genügen die unbestimmten Kriterien und das Verfahren nicht den Anforderungen von Art. 3 EMRK.<sup>18</sup> Denn das Gnadenverfahren sieht weder eine Entscheidungsbeurteilung vor, noch werden Tätigkeitsberichte zur Gnadenpraxis veröffentlicht. Ferner gibt es keine gerichtliche Überprüfung von Gnadengesuchen.<sup>19</sup> Insgesamt stärkt der EGMR den Resozialisierungsgedanken im Strafvollzug und beanstandet zum Schein bestehende Entlassungsoptionen, die eine faktische oder rechtliche Unreduzierbarkeit lebenslanger Freiheitsstrafen kaschieren. Dazu flankiert er die Aussicht auf Freilassung bei lebenslanger Freiheitsstrafe mit einem wirksamen Rechtsbehelf zu deren Erzwingung.

## 2. Staatliche Fürsorgepflichten im Strafvollzug

Die Corona-Pandemie macht vor den Gefängniszellen nicht halt, was zu Gefängnisrevolten und gewalttätigen Unruhen führen kann. Davon zeugen Erfahrungen aus Italien. Dort reagierte man mit der Lockerung der Haftbedingungen in Form eines erleichterten Zugangs zum Hausarrest,<sup>20</sup> während auf Ebene des Europarates Grundsätze zu Haftbedingungen in der Corona-Krise veröffentlicht wurden.<sup>21</sup> In Zukunft wird sich sicherlich auch der EGMR mit Fragestellungen zu Corona befassen,<sup>22</sup> weshalb Entscheidungen des EGMR zu Haftbedingungen und gesundheitlichen Fürsorgepflichten gesteigerte Aufmerksamkeit verdienen.

Im erwähnten *Petukhov*-Fall hatte der Beschwerdeführer, der an Lungentuberkulose litt, auch Mängel zur angemessenen medizinischen Versorgung im Haftvollzug gerügt. Zwar hatten die Behörden ärztliche Untersuchungen

veranlasst, doch waren die Massnahmen gegen die Krankheit des Beschwerdeführers nicht wirksam, weil es in der Haftanstalt keine regelmässige und ununterbrochene Versorgung mit Tuberkulose-Medikamenten gab. Der EGMR beanstandete, dass kein rechtlicher Rahmen für eine angemessene Palliativbehandlung im Strafvollzug vorhanden und keine für den Beschwerdeführer spezifische Versorgung sichergestellt war.<sup>23</sup>

Auch die therapeutische Fürsorge psychisch kranker Personen stellt die Behörden vor Herausforderungen. Die Grosse Kammer (GK) äusserte sich in *Rooman v. Belgium* nicht nur zur Notwendigkeit individualisierter Therapiemöglichkeiten, sondern auch zum Spannungsfeld zwischen therapeutischem Angebot und Mitwirkungsfreiheit des Betroffenen und stellte in Aussicht, dass Missachtungen dieser Fürsorgepflichten sich zu Verletzungen von Art. 5 EMRK sowie bei entsprechendem Schweregrad zu Art. 3-Verletzungen auswachsen können.

Für die mehrsprachige Schweiz ist der Fall zudem deshalb von besonderem Interesse, weil er sich mit der Frage befasst, ob die behandlungsintensiven Angebote jedem Häftling in der von ihm gesprochenen Landessprache angeboten werden müssen. Der Beschwerdeführer war in eine spezialisierte Einrichtung ohne deutschsprachiges Personal zwangseingewiesen worden, obwohl er nur Deutsch – eine in Belgien anerkannte Landessprache – sprach. Vielfach wurde auf die Kommunikationsschwierigkeiten hingewiesen, die eine Behandlung der psychischen Störung und insofern seine Freilassung verhinderten. Trotzdem wurden die Behörden nur zögerlich tätig. Die GK hielt ebenso wie zuvor die Kammer fest, dass die Sprachbarriere vorliegend das einzige Hindernis war, welches dem Beschwerdeführer einen effektiven Zugang zu einer Therapie verwehrte. Die Behörden hätten daher angemessene Schritte – wie etwa die Einstellung deutschsprachigen Personals oder die Verlegung des Beschwerdeführers in eine andere Einrichtung – ausloten und vornehmen müssen,<sup>24</sup> um sicherzugehen, dass eine umfassende therapeutische Strategie entwickelt und tatsächlich umgesetzt werden kann. Sofern eine effektive Therapiemöglichkeit angeboten wird, steht dem Betroffenen die Teilnahme frei. Die Ablehnung der Behandlung und die damit verbundene Schmälerung seiner Aussicht auf Entlassung ist dann dem Beschwerdeführer zuzurechnen.<sup>25</sup> Die GK äusserte sich auch zu Art. 5 EMRK und legte dar, dass die Freiheitsentziehung nach Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK einerseits eine soziale Schutzfunktion, andererseits aber vor allem eine therapeutische Funktion erfüllt. Der Begriff der «adäquaten Einrichtung» betrifft die Bereitstellung einer angemessenen und individualisierten Behandlung.<sup>26</sup> Zentral

kommt es auf den Zugang zu einem individualisierten Therapieprogramm an. Der EGMR blieb damit seiner bisherigen Linie treu, aus Art. 5 EMRK keinen Anspruch auf eine bestimmte Behandlungsform abzuleiten. Das Erfordernis individualisierter Behandlung gebietet es aber, den Sprachaspekt für die Angemessenheitsprüfung des Behandlungsplans zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Der Staat erfüllt seine Fürsorgepflichten, wenn für die individualisierte Behandlung ein multidisziplinärer und kohärenter Ansatz zwischen verschiedenen Akteuren unter Berücksichtigung sprachlicher Bedürfnisse getroffen wird. In casu sah eine knappe Richtermehrheit dies als gegeben an, auch weil sich der Beschwerdeführer einer Zusammenarbeit zur Ausarbeitung eines Behandlungsplans verweigert hatte.<sup>28</sup>

Um die Mindestgarantien bei der Versorgung von Häftlingen während eines Streiks des Gefängnispersonals ging es in *Clasens v. Belgium*. Infolge eines zweimonatigen Streiks von Gefängniswärtern gab es in bestimmten Gefängnissen zeitweise keine garantierte Mindestversorgung. Der Zugang zu Aktivitäten ausserhalb der Zelle wurde weitgehend verboten, Hygienemassnahmen wurden stark eingeschränkt. Der Beschwerdeführer hatte zusammen mit anderen Häftlingen schon zu Beginn des Streiks Eilanträge gestellt, um einen Mindestdienst für die Grundbedürfnisse der Inhaftierten einzuklagen. Trotz Richterbeschluss und Bemühungen des Gefängnisdirektors bzw. der Polizei gelang es nicht, die Versorgung wiederherzustellen. Der EGMR beanstandete hier eine Verletzung der Menschenwürde der Häftlinge. Diese waren letztlich gezwungen, die Rechtswidrigkeit und Unsicherheit der mangelhaften Versorgung zu akzeptieren, ohne Aussicht auf ein konkretes Streikende oder auf Verbesserung der Situation und ohne Kontakt zur Aussenwelt. Die kumulative Wirkung des Bewegungsmangels, der Hygienemängel, der Ungewissheit zur Befriedigung der Grundbedürfnisse und der Kontaktabbruch zur Aussenwelt hatte den Beschwerdeführer in eine Notlage gebracht, die das mit der Inhaftierung verbundene Mass an Leiden überstieg.<sup>29</sup> In Verbindung mit Art. 13 EMRK stellte der EGMR fest, dass die mangelnde Umsetzung des richterlichen Beschlusses zum Eilantrag auch den Zugang zu einem wirksamen Rechtsbehelf verwehrt habe,

der in der Lage gewesen wäre, der Situation abzuweichen und die Fortsetzung der Verstösse zu verhindern.<sup>30</sup>

Zu den staatlichen Fürsorgepflichten gegenüber Strafgefangenen gehört auch das Ergreifen von Präventivmassnahmen, um die physische und psychische Integrität sowie das Wohlergehen der gefangenen Personen zu gewährleisten. Der Fall *Gjini v. Serbia* betraf die staatlichen Schutzpflichten gegenüber Inhaftierten vor Gewalt zwischen Häftlingen und die mit den Schutzpflichten korrespondierenden Ermittlungspflichten. Der Beschwerdeführer wurde von Zellengenossen misshandelt und bedroht. Der Rechtsbeistand des Beschwerdeführers bemerkte Verhaltensänderungen und drängte auf eine Zellenverlegung. Dank deren Umsetzung konnten die Misshandlungen beendet werden. Nach der Haftentlassung strengte der Beschwerdeführer ein Schadenersatzverfahren wegen posttraumatischer Belastungsstörung infolge der Misshandlungen an und bahnte sich so den Weg zum EGMR. Dieser stellte in seinem Urteil fest, dass das Fehlen einer unmittelbaren Beteiligung des Staates an den Gewalttaten, die die Schwere nach Art. 3 EMRK erreichen, diesen nicht von seinen Schutzpflichten entbindet. Zu diesen Pflichten gehört jedenfalls die Gewährleistung eines wirksamen Schutzes der Gesundheit jener Personen, die seiner Gerichtsbarkeit unterstehen. Gleichzeitig schliesst dies die Vornahme angemessener Schritte zur Verhinderung von Misshandlungen ein, von denen die staatlichen Behörden Kenntnis hatten bzw. haben müssen. Obwohl der Beschwerdeführer keine offizielle Beschwerde eingelegt hatte, hätte das Gefängnispersonal die Misshandlungen bei angemessener Sorgfalt bemerken und darauf reagieren müssen. Da dies nicht der Fall war, lag eine unmenschliche Behandlung vor.<sup>31</sup> Anschliessend widmete sich der EGMR der Frage, ob das Unterbleiben eines Strafantrages des Beschwerdeführers die staatlichen Behörden an der Durchführung der Untersuchung gehindert bzw. sie von allgemeinen Ermittlungspflichten entbunden hätte. Das verneinte der EGMR. Die Behörden hätten unabhängig vom Strafantrag von den Misshandlungen wissen müssen (oder tatsächlich gewusst). Rechtlich wären weder die Gefängnisbehörden noch andere staatliche Behörden daran gehindert, entsprechende strafrechtliche Untersuchungen einzuleiten. Im Gegenteil, die Rechtslage hätte eine entsprechende Pflicht vorgesehen, die betreffenden Straftaten von Amts wegen zu untersuchen.<sup>32</sup>

## 3. Häusliche und sexuelle Gewalt

Mit der Corona-Pandemie ist auch das Thema der häuslichen Gewalt aktueller denn je. Umso gravierender erscheinen fundamentale strukturelle Mängel, welche den EGMR

<sup>18</sup> Das Sondervotum von PINTO DE ALBUQUERQUE kritisiert, dass der staatliche Ermessensspielraum bei der Gestaltung der gerichtlichen Überprüfung von Gnadenverfahren enger an die Vorgaben aus EGMR (GC) v. 26.4.2016, *Murray v. The Netherlands*, auszurichten gewesen wäre.

<sup>19</sup> EGMR v. 12.3.2019, *Petukhov v. Ukraine* (No. 2), §§ 173 f., 177 f., 179 ff.

<sup>20</sup> Decreto Legge 17.3.2020, N 18 («cura Italia»), Amtsblatt der ital. Republik v. 17.3.2020, N 70 (dort insb. Art. 123 und 124).

<sup>21</sup> EUROPEAN COMMITTEE FOR THE PREVENTION OF TORTURE AND INHUMAN OR DEGRADING TREATMENT OR PUNISHMENT (CPT), Statement of principles relating to the treatment of persons deprived of their liberty in the context of the coronavirus disease (COVID-19) pandemic v. 20.3.2020, CPT/Inf(2020)13; vgl. auch SECRETARY GENERAL, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member state v. 7.3.2020, SG/Inf(2020)11.

<sup>22</sup> Vgl. Beschwerde No. 14198/20, *Hafeez v. United Kingdom* zu einer Auslieferung an die USA und dem damit verbundenen *real risk* einer Art. 3-Verletzung infolge der COVID-19-Pandemie.

<sup>23</sup> EGMR, *Petukhov v. Ukraine* (No. 2) (Fn. 19), §§ 143, 145, 152.

<sup>24</sup> EGMR (GC), *Rooman v. Belgium*, §§ 156 f.

<sup>25</sup> EGMR (GC), *Rooman v. Belgium*, §§ 161 ff., insb. 164 f.

<sup>26</sup> MEYER, SK-StPO (Fn. 4), Art. 5 EMRK N 159 m. w. N.

<sup>27</sup> Ausdrücklich dagegen das Sondervotum von NUSSBERGER, weil trotz aller Bekundungen (nicht über Art. 5, sondern) über Art. 3 EMRK ein neues Recht auf psychiatrische Behandlung in einer spezifischen Sprache unabhängig von der Verfügbarkeit der Ressourcen statuiert werde, vgl. §§ 2, 5, 9 ff., 12.

<sup>28</sup> Ausdrücklich dagegen die Sondervoten von TURKOVIĆ, DEDOV, MOTOČ, RANZONI, BOŠNJAK AND CHANTURIA. Die Pflicht zum Entwurf eines Therapieplans liege allein bei den Behörden und nicht bei der Person, die der Freiheitsentziehung unterliegt – ihre Kooperation wäre wünschenswert, doch besteht für sie keine Kooperationspflicht, vgl. §§ 9, 16 ff.

<sup>29</sup> EGMR v. 28.5.2019, *Clasens v. Belgium*, §§ 35 f., 38.

<sup>30</sup> EGMR, *Clasens v. Belgium* (Fn. 29), §§ 45 f.

<sup>31</sup> EGMR v. 15.1.2019, *Gjini v. Serbia*, §§ 76 ff., 85 ff.; a. A., nämlich zur Qualifikation als Folter (statt als unmenschliche Behandlung), die Sondervoten von PASTOR VILVANOVA AND SERGHIDES, §§ 2 ff.

<sup>32</sup> EGMR, *Gjini v. Serbia* (Fn. 31), §§ 93 f., 99 ff.

immer wieder beschäftigen. Charakteristisch ist für diese Fälle, dass sie nicht nur bloss Versäumnisse von Exekutive und Legislative offenlegen, sondern eine gesellschaftspolitische Tiefendimension aufweisen. In *Volodina*<sup>33</sup> durchlitt die Beschwerdeführerin ein mehrjähriges Martyrium. Sie wurde von ihrem ehemaligen Partner mehrfach schwer verprügelt, stranguliert, mit dem Tode bedroht, mit Morddrohungen gegen ihren Sohn eingeschüchtert, entführt und mithilfe von GPS-Sendern überwacht. Während dieser Zeit wandte sich die Beschwerdeführerin immer wieder erfolglos an staatliche Behörden. Trotz der glaubhaften Hilferufe ergriffen diese keine ernsthaften Schutzmassnahmen, um eine Wiederholung der Gewalttaten zu unterbinden. Das konventionswidrige Versagen Russlands liegt hier zunächst in der Untätigkeit seiner unmittelbar zuständigen Behörden.<sup>34</sup> Neben der Verletzung unmittelbarer positiver Schutzpflichten aus Art. 3 EMRK hatte Russland es versäumt (entgegen allgemeinen europäischen Standards), einen adäquaten Rechtsrahmen zu schaffen, der effektiven Gewaltschutz (Abstandsgebote, Wegweisungen, Rayonverbote etc.) gewährleistet. An die Seite der positiven Präventionspflichten trat in casu das Ausbleiben effektiver Untersuchung und Ahndung der Gewalttaten. Auch hier hat der festgestellte menschenrechtliche Mangel zwei Dimensionen. Der EGMR betont, dass Fälle häuslicher Gewalt besondere Sorgfalt gebieten. An dieser mangelte es eklatant, da trotz nicht weniger als sieben glaubhaft berichteter schwerer Gewalttaten (*arguable claim*) keine wirksame Untersuchung erfolgte. Vielmehr hätte bei solchen Behauptungen zwingend eine strafrechtliche Untersuchung eröffnet werden müssen.<sup>35</sup> Stattdessen liessen die zuständigen Beamten die Vorermittlungen bewusst ins Leere laufen oder behindern. Mitursächlich für die Verletzung der prozeduralen Ermittlungspflicht war die Nichterfüllung der Pflicht, adäquate Strafvorschriften für die Ahndung der Taten zu schaffen. Zwar verlangt die EMRK nicht die Einführung eines Spezialtatbestandes für häusliche Gewalt. Jedoch muss das nationale Strafrecht deren Wesen und besonderem Unrechtsgehalt sichtbar Rechnung tragen. Dies kann z.B. durch Qualifikationen geschehen. Die Vertragsstaaten geniessen insofern ein Gestaltungsermessen. In der Gesamtschau wertet der EGMR die mangelhafte Rechtslage und die (durch eine statistisch nachweisbar hohe Zahl an Todesfällen belegte) fehlende Bereitschaft, sich ernsthaft mit der Schwere und Verbreitung häuslicher Gewalt auseinanderzusetzen, als systematische Diskriminierung von Frauen gem. Art. 14 EMRK.

Das schlimme Schicksal der Beschwerdeführerin und die Tragweite der Entscheidung müssen insofern in einem grösseren Kontext gesehen werden. Individualrechte stehen hier

einem gesellschaftlich verwurzelten und religiös untermauerten kollektivistischen Verständnis von Rechten und Pflichten in der Familie gegenüber, das von Staat und Kirche aus Interesse am eigenen Machterhalt gefördert wird. Die Entscheidung des EGMR ist damit auch ein Zeichen gegen den politischen Missbrauch holistisch-traditionellen Gedankenguts zulasten der Konventionsrechte. Der EGMR notiert zutreffend, dass das russische Recht vor wenigen Jahren kurzfristig einen besseren Schutz gegen häusliche Gewalt vorgesehen hatte. Diese Reformen wurden dann jedoch von konservativen Kräften in der Duma wieder rückabgewickelt.<sup>36</sup> Insbesondere wurden erstmalige, nicht schwerwiegende Fälle häuslicher Gewalt zu blossen Ordnungswidrigkeiten mit sehr geringen Bussen heruntergestuft. Ebenso gravierend ist, dass diese Taten nicht als Officialdelikt zählen, sondern von mutmasslichen Opfern im Wege der Privatanklage mit den entsprechenden Prozessführungslasten verfolgt werden sollen. Der EGMR sendet nun eine deutliche Warnung an die Machthaber in Osteuropa und signalisiert jüngeren und weniger sozialkonservativen Gesellschaftsschichten Unterstützung im Kampf um ihre Freiheitsrechte. Er fordert nicht nur die Schaffung eines wirksamen Rechtsrahmens, der Wesen und Unrechtsgehalt von häuslicher Gewalt abbildet, sondern auch eine gender-sensitive Auslegung und Anwendung der EMRK.<sup>37</sup> Dabei orientiert sich der EGMR ausdrücklich an internationalen Konventionen (wie der von Russland nicht unterzeichneten Istanbul-Konvention), Empfehlungen anderer internationaler Menschenrechtsorgane und diverser Soft-law-Quellen als Richtwerte für eine wachsende europäische Rechtsüberzeugung und stützt diese durch seinen entschlossenen Urteilsspruch.

In *E. B. v. Romania* wurde die Beschwerdeführerin Opfer einer Vergewaltigung.<sup>38</sup> Trotz eines frühen forensischen Untersuchungsberichts verweigerten die zuständigen Strafverfolgungsbehörden die Verfahrenseröffnung, weil keine Verletzungen im Genitalbereich festgestellt worden seien. Stattdessen schenkte man der Aussage des mutmasslichen Täters Glauben, dass es sich um einvernehmlichen Geschlechtsverkehr gehandelt habe. Dagegen erhobene Beschwerden wurden schliesslich gerichtlich abgewiesen. Im Zuge dieser Verfahren wurden durchgängig gesetzlich vorgesehene und international geforderte Opferrechte missachtet, z. B. Gegenüberstellung und Konfrontation. Der EGMR stellte die Verletzung positiver Schutzpflichten gem. Art. 3 und Art. 8 EMRK fest. Der Fall zeigt eindrücklich, wie fest verwurzelte «Rechtskulturen», stereotype, wissenschaftlich nicht haltbare gesellschaftliche Vorstellungen von Tatabläufen und die damit verbundene Neigung, betroffenen

<sup>36</sup> Mit der Begründung, kulturell tradierte Züchtigungen durch den Mann zur Aufrechterhaltung der familiären Ordnung und Strukturen dürften nicht als häusliche Gewalt dämonisiert werden.

<sup>37</sup> EGMR, *Volodina v. Russia*, §§ 79 (Fn. 33), 111.

<sup>38</sup> EGMR v. 19. 3. 2019, *E. B. v. Romania*.

Frauen Lügen zu unterstellen, dazu führen, dass ein menschenrechtsfreundlich überholter Rechtsrahmen in der Praxis keine Wirkung entfalten kann.

### III. Art. 5 EMRK – Freiheitsentziehung aus Sicherheitsgründen

Die Schweiz ist 2019 gleich in zwei wichtigen Art. 5-Verfahren unterlegen. Verbindendes Moment beider Fälle ist die Zweckentfremdung einer nationalen Rechtsgrundlage für darin nicht vorgesehene Formen der Freiheitsentziehung. Obgleich sich ein legitimes materielles Freiheitsentziehungsinteresse in beiden Fällen nicht leugnen liess, bestätigen die Urteile die formell-rechtsstaatlich strenge Linie des EGMR bei Art. 5 EMRK. Ohne wirksame, hinreichend klar gefasste und dezidiert dem jeweiligen Freiheitsentziehungszweck dienende rechtliche Grundlage sind Freiheitsentziehungen auch bei grossem praktischen Bedürfnis unzulässig. Während der EGMR sich auf Ebene der Entziehungsziele durchaus grosszügig zeigt,<sup>39</sup> verlangt er formell-rechtlich, dass Rechtsgrundlage und Vollzug erhöhten qualitativen Anforderungen genügen. Sie müssen auf die Erreichung der konkreten, in Art. 5 Abs. 1 EMRK aufgezählten Freiheitsentziehungszwecke abgestimmt sein.

Im ersten Fall lag der Mangel darin, dass der Beschwerdeführer nach Ablauf einer fünfjährigen Unterbringung nach Art. 59 StGB bis zu deren Verlängerung aus Sicherheitsgründen gem. Art. 229 ff. StPO in Haft gehalten wurde.<sup>40</sup> Der Gesetzgeber kommt der Praxis für therapeutische Unterbringungen nach Art. 59 StGB stark entgegen, indem er Verlängerungen zulässt. Diese Verlängerungen müssen allerdings bis zum Ablauf der jeweiligen Unterbringungsperiode angeordnet werden. Nach Zeitlauf erlischt die rechtliche Grundlage für ein Festhalten der Person. Die Einhaltung der Fristvorgaben kann sich aber aus unterschiedlichen Gründen schwierig gestalten, so auch im konkreten Fall. Da der Beschwerdeführer zur Verhinderung von Straftaten nicht aus dem Freiheitsentzug entlassen wurde, obwohl StPO und StGB hierfür keine Rechtsgrundlage vorsehen, kann die Verurteilung durch den EGMR kaum überraschen. Überraschen muss es dagegen, dass die Regierung im Verfahren Präjudizienrecht als Ersatzgrundlage ins Spiel brachte. Der EGMR vermochte indessen keine fest etablierte Rechtspraxis beim BGer zu erkennen. Dieser Rechtfertigungsansatz kann aber schon aus grundsätzlichen Gründen nicht verfangen. Gewiss lässt der EGMR Richterrecht als Basis für Freiheitsentziehungen i. S. v. Art. 5 EMRK zu. Jedoch gilt das nur, soweit die jeweils in Bezug genommene Rechtsquelle auch im nationalen Verfassungskontext

zulässig ist. Nach Schweizer Verständnis bedürfen Freiheitsentziehungen der Autorisierung durch ein Parlamentsgesetz, das zudem besonders strengen qualitativen Anforderungen genügen muss. Der Rückgriff auf Analogiebildung oder *implied powers* aus materiellen Normen des StGB ist damit versperrt. Der Bundesrat schlägt daher vor, die unverkennbare Sicherheitslücke, der die Praxis nicht in jedem Fall durch bessere Organisation vorbeugen kann, durch einen neuen Art. 364a StPO zu schliessen. Dieser sähe die Anordnung von Sicherheitshaft im Hinblick auf einen selbstständigen nachträglichen Entscheid des Gerichts vor, «wenn ernsthaft zu erwarten ist, dass gegen (die verurteilte Person) der Vollzug einer freiheitsentziehenden Sanktion angeordnet wird und sie sich dem Vollzug entziehen oder erneut eine schwere Straftat begehen könnte».<sup>41</sup>

Im zweiten Fall hatte sich der EGMR mit einer altrechtlichen fürsorglichen Freiheitsentziehung (jetzt fürsorgliche Unterbringung [FU] nach Art. 426 ff. ZGB) zu befassen. Diese gestattet, Personen, die an einer psychischen Störung oder geistigen Behinderung leiden oder schwer verwahrlost sind, zu ihrem eigenen Schutz stationär unterzubringen, um eine als notwendig erachtete Betreuung oder Behandlung zu gewährleisten. Nach diesem Grundkonzept ist die Unterbringung so zu gestalten, dass sie auf die Schutzbedürftigkeit des Unterbrachten ausgerichtet ist und eine baldmögliche Wiedererlangung der Freiheit gefördert wird. Die FU ist mithin weder Strafvollstreckung, noch ist es ihr Zweck, der Durchführung eines Strafverfahrens oder der polizeirechtlichen Gefahrenprävention zu dienen. Auch das BGer hält einen fürsorglichen Freiheitsentzug allein zur Verhinderung von Straftaten vordergründig für unzulässig.<sup>42</sup> Dieser Aspekt dürfte nur ergänzend herangezogen werden, wird aber über einen argumentativen Trick doch tragend. Denn das BGer führt aus, dass es gerade dem fürsorglichen Schutzauftrag entspreche, die schutzbedürftige Person davon abzuhalten, Straftaten zu begehen. Den EGMR überzeugen solche Begründungsansätze ausweislich seines Urteils nicht.<sup>43</sup> Die Unterbringung von psychisch Kranken und anderen Gruppen gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 lit. e EMRK dürfe nicht zur Unterbindung von Fremdgefährdungen zweckentfremdet werden. Der Schutz Dritter könne zwar ergänzend herangezogen werden. Massgebend sei aber der Gedanke der Fürsorge, nicht der Sicherheit. Die Fürsorgebedürftigkeit kann insofern eben auch nicht allein über die zu verhindernde Fremdgefährdung begründet werden. Der Erwachsenenschutz darf nicht für Zwecke des Gefahrenabwehrrechts zweckentfremdet werden. Damit bringt

<sup>41</sup> Vgl. Art. 364a Entwurf zur Änderung der StPO, BBl 2019 6789 und Botschaft vom 28. August 2019 zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung), BBl 2019 6697.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 138 III 593 E.3; ferner BGer, Urteil v. 28.10.2019, 5A\_407/2019, E. 8.

<sup>43</sup> EGMR v. 30. 4. 2019, *T. B. v. Switzerland*, § 63.

<sup>33</sup> EGMR v. 9. 7. 2019, *Volodina v. Russia*.

<sup>34</sup> EGMR, *Volodina v. Russia* (Fn. 33), § 77.

<sup>35</sup> EGMR, *Volodina v. Russia* (Fn. 33), § 77.

der EGMR aber nicht zum Ausdruck, dass eine geschlossene Unterbringung gefährlicher Personen mit der EMRK unvereinbar wäre.<sup>44</sup> Auslöser für die Schweizer Umgehungsstrategie war die enge Fassung der nationalen Rechtsgrundlage, die Sicherungsbedürfnisse in Art. 426 ZGB nicht adäquat einbindet. Solche Formen der fürsorglichen Unterbringung lassen sich zwar durchaus mit Art. 5 EMRK vereinbaren; aber eben nicht mit lit. e. Es ist insofern nicht die Aufgabe der KESB oder kantonaler Gerichte, sich die gewünschten (und sachlich wünschenswerten) Rechtsgrundlagen selbst zu schaffen. Das ist ein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz. Mittlerweile hat aber auch der Bundesrat Handlungsbedarf zur Schliessung von Lücken im Bereich der Sicherungsmassnahmen ausgemacht und stationäre Massnahmen im Erwachsenenstrafrecht vorgeschlagen.<sup>45</sup>

#### IV. Art. 6 EMRK

##### 1. Akteneinsicht bei digitalen Beweisen

Das digitale Zeitalter stellt das Recht auf effektive Verteidigung vor enorme Herausforderungen, gerade wenn grosse Mengen elektronischer Daten ausgewertet werden.<sup>46</sup> Mithin stellt sich die Frage, wie angesichts der Datenmenge das Recht auf (digitale) Akteneinsicht gewahrt bleibt. In *Rook v. Germany* hat sich der EGMR dazu geäussert. Im Sachverhalt ging es um strafrechtliche Ermittlungen, in denen u. a. Zehntausende Telefongespräche sowie eine erhebliche Menge an Telekommunikationsdaten gesammelt und von den Ermittlungsbehörden gespeichert, jedoch nur die aus ihrer Sicht wichtigsten Telefongespräche für die Papierakte tatsächlich transkribiert wurden. Der Beschwerdeführer beanstandete eine Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht. Für das Recht auf Akteneinsicht des Strafverteidigers kommt es zunächst darauf an, welche Daten tatsächlich in die Akte der Staatsanwaltschaft und Gerichte aufgenommen und damit entscheidungsrelevant werden. Diese müs-

sen vom Anwalt für einen angemessenen Vorbereitungszeitraum vor dem Ende der Anhörung (mithin nicht zwingend vor Beginn des Hauptverfahrens) einsehbar sein.<sup>47</sup> Gleichwohl muss der Verteidiger die Möglichkeit haben, Datensätze, die nicht im Untersuchungsakt aufgenommen wurden, selbst zu analysieren. Nicht erforderlich ist dabei in zeitlicher Hinsicht, dass der Anwalt jede Datei tatsächlich lesen oder anhören kann. Es reicht aus, wenn dem Strafverteidiger in den von den Behörden bezeichneten Räumlichkeiten effektiv die Gelegenheit geboten wird, die Datensätze danach zu analysieren, welche Daten für die Verteidigung relevant sind.<sup>48</sup> Je nach Datenmenge obliegt es dabei dem Verteidiger, sich allenfalls durch weitere Anwälte oder Prozessbevollmächtigte unterstützen zu lassen oder seine Arbeitslasten so zu organisieren, dass eine effektive Sichtung erfolgen kann. Äusserst praxisrelevant ist dabei die Frage, ob Analyse-Software der Verteidigung gegebenenfalls zur Verfügung gestellt werden muss oder ob u. U. eine teure Anschaffung dem Verteidiger selbst obliegt und wie bei mangelnder Vertrautheit mit derartigen technischen Mitteln zu verfahren ist. Der EGMR musste diese Frage nicht entscheiden, weil die Behörden dem Verteidiger die Datensätze nach anfänglichem Verweis auf eine teure Spezialsoftware auf zwei Festplatten mit einsehbaren Datensätzen in einer Weise zugänglich machten, die eine Analyse mit kostenloser Standardsoftware ermöglichte. Letzteres genügte dem EGMR.<sup>49</sup> Aus Anwaltssicht erscheint hier interessant, dass Organisationspflichten für die digitale Akteneinsicht nicht nur bei den staatlichen Behörden, sondern auch bei der Anwaltschaft liegen. Die Behörden müssen zwar einen entsprechenden Rahmen (z. B. Räumlichkeiten, Software) zur Verfügung stellen. Dennoch misst der EGMR der Selbstorganisation anwaltlicher Tätigkeit offenbar Bedeutung zu. Es wird sich zeigen, inwiefern der EGMR die Balance strafverfahrensrechtlicher Grundsätze zwischen Strafverfolgung und Strafverteidigung im digitalen Zeitalter neu justieren wird.<sup>50</sup>

##### 2. Anwalt der ersten Stunde, Sprachunterstützung und Informationsgarantien

In *Knox v. Italy* ging es einerseits um das Recht auf Verteidigungsbeistand ab dem Zeitpunkt, in dem eine Person materiell zum Beschuldigten wird, und andererseits um die Rolle des Dolmetschers im Ermittlungsverfahren. Die Beschwerdeführerin war als US-Austauschstudientin in Italien, als sie des Mordes an ihrer Wohnungsmitbewohnerin verdächtigt wurde. In einem der Verhöre, die Polizei und Staatsanwaltschaft ohne Beisein eines anwaltlichen Beistands führten, belastete die Beschwerdeführerin eine andere (unschuldige) Person, wobei sie in den Verhören von

der Polizei und in subtiler Weise auch von der Dolmetscherin unter Druck gesetzt bzw. beeinflusst worden war. Ihre spätere Beschwerde wegen polizeiliche Misshandlung führte gar zu einem Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin wegen Falschbeschuldigung.

Der EGMR stellte Verletzungen der staatlichen Ermittlungspflicht aus Art. 3 EMRK und des Rechts auf Rechtsbeistand und Unterstützung durch einen Dolmetscher aus Art. 6 EMRK fest. Zur Ermittlungspflicht führte er u. a. aus, dass ein Strafverfahren wegen Falschbeschuldigungen zulasten des Beschwerdeführers keine wirksame Untersuchung von Vorwürfen des Beschwerdeführers gegen staatliche Behörden darstellt.<sup>51</sup> Zur Garantie auf anwaltlichen Beistand hielt der EGMR fest, dass die mehrfache Befragung und das Abhören von Telefongesprächen im Vorfeld einer Befragung hinreichende Anknüpfungspunkte seien, um jemanden als verdächtig i. S. v. Art. 6 EMRK anzusehen und damit die notwendige Beziehung eines Rechtsbeistandes beim Verhör zu veranlassen. Umgekehrt genügte es für die Einschränkung des Rechts auf Verteidigungsbeistand nicht, dass die Betreffende im Verhör eine andere Person beschuldigt. Die Garantie des Anwalts der ersten Stunde kann nur unter aussergewöhnlichen Umständen (wie etwa die dringende Notwendigkeit, schwerwiegende Nachteile für Leib, Leben oder Freiheit Dritter abzuwenden) eingeschränkt werden, die in casu nicht vorlagen.<sup>52</sup> Erfreulicherweise nahm der EGMR hier die Gelegenheit wahr, nicht nur die Bedeutung des Anwalts der ersten Stunde zu unterstreichen, sondern dieser Garantie auch Konturen zu verleihen. Damit stärkt er die Prozesssubjektsstellung des Beschuldigten, weil den Vertragsstaaten vermittelt wird, dass elementare Verfahrensrechte auch in der Frühphase des Strafverfahrens ernst zu nehmen sind.

Zur Sprachunterstützung des Beschuldigten führte der EGMR aus, dass diese bereits im Ermittlungsverfahren zu gewährleisten ist. Der Dolmetscher ist zwar kein Gerichtsvertreter i. S. v. Art. 6 Abs. 1 EMRK und unterliegt nicht dem Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsgebot. Er muss den Beschuldigten aber effektiv bei seiner Verteidigung unterstützen und darf sich nicht in einer Weise verhalten, die die Fairness des Verfahrens beeinträchtigt.<sup>53</sup> Fehlverhalten lag in casu u. a. deshalb vor, weil die Dolmetscherin über die Übersetzung hinaus vermittelnd auf die Beschwerdeführerin eingewirkt hatte. Das Verhalten der Dolmetscherin hätte zudem daraufhin bewertet werden müssen, ob es sich auf den Verfahrensausgang ausgewirkt hat. Der EGMR rügte insofern, dass über den Austausch zwischen Be-

schwerdeführerin und Dolmetscherin während der Befragung kein Protokoll geführt wurde. All diese Versäumnisse zu Verfahrensbeginn untergruben die Gesamtfairness.<sup>54</sup> In seiner Entscheidung unternimmt der EGMR notwendige Schritte, um die Sprachunterstützung als Verteidigungsrecht und die Rolle des Dolmetschers im Strafverfahren richtig zu konturieren. Es wäre wünschenswert, wenn der EGMR diesen Weg weiterverfolgt, zumal effektive Verteidigung fremdsprachiger Beschuldigter auf effektive Sprachunterstützung angewiesen ist.<sup>55</sup>

Verteidigungsrechte sind eng an das Recht auf Information über diese Rechte geknüpft. Diese staatlichen Informationspflichten spielten in *Olivieri v. France* eine entscheidende Rolle. Der Sachverhalt ereignete sich im Kontext des französischen Polizeigewahrsams zum Zweck des Verhörs (*garde à vue*), das den Beamten eingeschränkte Informationspflichten gegenüber dem Verdächtigen auferlegte.<sup>56</sup> Zwischenzeitlich ist die Rechtslage allerdings europarechtskonform ausgestaltet worden. In casu war der festgenommene Beschwerdeführer zwar über sein Recht auf eine 30-minütige Unterredung mit einem Rechtsbeistand, nicht aber auf sein Recht zu schweigen, hingewiesen wurde. Nach zehn Stunden Verhör ohne Anwaltsbeistand gestand er. Innerstaatliche Beschwerden gegen die Verwertung hatten keinen Erfolg. Der EGMR wies in seiner Entscheidung darauf hin, dass Einschränkungen des Verteidigungsbeistands nur Ausnahmecharakter haben dürfen, zeitlich limitiert sein und auf einer Einzelfallprüfung basieren müssen. Diese Beschränkungen dürfen die Gesamtfairness des Verfahrens nicht beeinträchtigen.<sup>57</sup> In casu war der Beschwerdeführer in der Verhörsituation nicht sonderlich verletztlich und keinem polizeilichen Druck ausgesetzt. Er hatte die Möglichkeit zur Unterredung mit einem Anwalt, auch wenn letztlich kein Anwalt beim Verhör anwesend war. Die Rechtsbelehrung zum Rechtsbeistand, nicht jedoch zur Information über das Recht zu schweigen, deckte sich mit der damaligen innerstaatlichen Rechtslage. Gleichwohl rügte der EGMR, dass die Informationen aus dem Verhör ausschlaggebend für das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer waren und andere verfahrensrechtliche Massnahmen (etwa Benachrichtigung der Ehefrau, Untersuchung durch einen Arzt) in casu nicht hinreichend geeignet waren, die Mängel auszugleichen.<sup>58</sup> Der EGMR unterstreicht mit dem Urteil die Bedeutung staatlicher Informationspflichten im Ermitt-

<sup>44</sup> MEYER, SK-StPO (Fn. 4), Art. 5 EMRK N 109.

<sup>45</sup> Erläuternder Bericht zur Änderung des Strafgesetzbuches und zur Änderung des Jugendstrafgesetzes (Massnahmenpaket Sanktionenvollzug), Bundesamt für Justiz, 6. März 2020 S. 55, 63: «Jugendliche Täter, die nicht erzogen oder behandelt werden können, müssen aus dem Vollzug einer Schutzmassnahme (allenfalls nach Verbüssung einer Reststrafe) entlassen werden, auch wenn sie für Dritte eine Gefahr darstellen. Das JStG sieht keine reine Sicherheitsmassnahme zum Schutz Dritter vor. Deshalb soll direkt im Anschluss an die Sanktion gemäss Jugendstrafrecht – sofern erforderlich – eine Massnahme auf der Grundlage des Erwachsenenstrafrechts angeordnet werden können, damit verhindert wird, dass Jugendliche, die eine sehr schwere Straftat begangen haben und weiterhin gefährlich sind, nach Verbüssung der Sanktion und Erreichen des 25. Lebensjahres in die Freiheit entlassen werden müssen.»

<sup>46</sup> Vgl. STAFFLER/JANY, Künstliche Intelligenz und Strafrechtspflege – eine Orientierung, ZIS 2020, 164, 168 f.

<sup>47</sup> EGMR v. 25. 7. 2019, *Rook v. Germany*, § 73.

<sup>48</sup> EGMR, *Rook v. Germany* (Fn. 47), §§ 67 f.

<sup>49</sup> EGMR, *Rook v. Germany* (Fn. 47), §§ 70, 72.

<sup>50</sup> STAFFLER/JANY (Fn. 46), 164, 176 f.

<sup>51</sup> EGMR v. 24. 1. 2019, *Knox v. Italy*, §§ 126 ff., 133, 136 f.

<sup>52</sup> EGMR, *Knox v. Italy* (Fn. 51), §§ 151, 154 f. unter Hinweis auf EGMR v. 9. 11. 2018, *Beuze v. Belgium*; vgl. MEYER/STAFFLER, Die Rechtsprechung des EGMR in Strafsachen im Jahr 2018, FP 2019, 312, 315 f.

<sup>53</sup> EGMR, *Knox v. Italy* (Fn. 51), §§ 182 ff.

<sup>54</sup> EGMR, *Knox v. Italy* (Fn. 53), §§ 185, 186 f.

<sup>55</sup> Eingehend zur Sprachunterstützung nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK: STAFFLER, Das Recht auf Sprachunterstützung im Strafverfahren nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, ZStrR 2020, 21, 27 ff.).

<sup>56</sup> Ausführlich: HENRION/NITSCHMANN, Die französische «garde à vue» – eine Fallstudie zu Packers Theorie von «crime control model» und «due process model», ZStW 115 (2003), 958 ff., 972 ff.

<sup>57</sup> EGMR v. 11. 7. 2019, *Olivieri v. France*, §§ 27, 29, 30.

<sup>58</sup> EGMR, *Olivieri v. France* (Fn. 57), §§ 32 f., 37 ff.

lungs- und Strafverfahren, die unabhängig von der Verletzlichkeit der Person des Beschwerdeführers für jeden Beschuldigten zu gewährleisten sind.

## V. Art. 8

### 1. Ausweisung und Landesverweisung straffälliger Ausländer

Die Entscheidung über das Aufenthaltsrecht von Ausländern auf eigenem Hoheitsgebiet zählt zu den klassischen Souveränitätsrechten. Der EGMR legt grosse Zurückhaltung an den Tag, wenn es um die Reglementierung und Einschränkung dieser Befugnis geht. Dies zeigt sich z. B. bei Art. 5 (Freiheitsentziehungen zum Zwecke von Ausschaffung und Auslieferung). Umgekehrt finden sich nur wenige Eingriffe in Konventionsrechte, welche die Betroffenen ähnlich intensiv berühren wie die zwangsweise Entfernung aus einem Land, insbesondere wenn dieses lange den Lebensmittelpunkt bildete. Gleichwohl gehört die Landesverweisung von straffälligen Ausländern zum Standardrepertoire der Rechtspflege. Insb. in der Schweiz scheinen Gerichte – so wird es kolportiert – sehr weitreichenden Gebrauch von Art. 66a und Art. 66a<sup>bis</sup> StGB zu machen bzw. die Härtefallregelung sehr eng zu interpretieren. Umso interessanter sind zwei Urteile des EGMR, in denen er Grenzen vorrangig aus Art. 8 ableitet. Sie lassen erahnen, innerhalb welcher Bahnen sich die hiesigen Behörden halten sollten, um Verurteilungen durch den EGMR, die angesichts der aktuellen Praxis sicherlich umgehend in wachsender Zahl in Strassburg anhängig gemacht werden dürften, zu vermeiden. Der Fall *I. M. v. Switzerland*<sup>59</sup> behandelt die Ausweisung eines straffällig gewordenen Ausländers. Derartige Massnahmen werden vom EGMR prozedural an Art. 5 und materiell an Art. 5 und insb. Art. 8 gemessen. Er führt aus, dass die nationalen Behörden die von der Straftat (Vergewaltigung mit 2 Jahren und 3 Monaten Haft) ausgelösten Sicherheitsinteressen des Staates mit den Interessen des Betroffenen, v. a. den persönlichen und familiären Umständen, abwägen müssen.<sup>60</sup>

Der EGMR hat in seiner Spruchpraxis eine Reihe von Kriterien entwickelt, die bei der Notwendigkeitsprüfung unbedingt zu beachten sind. Diese Prüfung hat sorgfältig und differenziert zu erfolgen und die konkreten Fallgegebenheiten zu beachten. Geschieht dies, geniessen die nationalen Behörden bei der finalen Abwägung einen nicht weiter kontrollierbaren Ermessensspielraum. Der EGMR rügt vorliegend die Oberflächlichkeit der behördlichen Begründung und der Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht, die sich auf die Schwere der Straftat konzentrierte, aber weder den sich stetig verschlechternden Gesundheitszustand (Behinderungsgrad von 80%) noch den Umstand

beachtete, dass der Beschwerdeführer für sein tägliches Leben auf die Unterstützung seiner Kinder angewiesen war.<sup>61</sup> Zudem trug die Prüfung der Wiederholungsgefahr den konkreten Umständen des Falles nicht Rechnung (langes Zurückliegen der Tat ohne neue Delikte, Wechselwirkung zwischen Gesundheitszustand und Rückfallgefahr). Der EGMR konstatierte daher zutreffend, dass nicht überzeugend demonstriert worden sei, dass die Ausweisung in verhältnismässiger Weise einem legitimen Ziel i. S. v. Art. 8 Abs. 2 diene. Diese Verurteilung hätte man sich im konkreten Fall bei grösserer Sorgfalt unter Umständen mithin ersparen können. Richterin Keller listet in ihrer Concurring Opinion eine Vielzahl von wichtigen Entscheidungsfaktoren auf, die eine Ausweisung hätten tragen können.<sup>62</sup>

Das Votum gibt der Praxis (auch für die Landesverweisung) einen Leitfaden an die Hand, welche Kriterien einbezogen und abgewogen werden müssen, um von nationalen Ermessensspielräumen profitieren zu können.

Der Fall *Zakharchuk v. Russia* belegt (trotz denkbar knapper Mehrheit), dass der Spielraum recht gross und der materielle Verhältnismässigkeitsschutz des Betroffenen relativ niederschwellig ist, wenn der ausweisende Staat seine Arbeit gründlich macht.<sup>63</sup> Konkret war der Betroffene wegen schwerer gemeinschaftlicher Körperverletzung an einem Armeemoffizier zu sechs Jahren Freiheitsstrafe verurteilt und nach vorläufiger Entlassung wegen der schweren Tat und als Gefahr für die öffentliche Sicherheit für die Dauer von acht Jahren des Landes verwiesen worden. Entgegengehalten wurde ihm dabei auch eine Verletzung der Bewährungsauflagen, da er nach der Haftentlassung keine Arbeit fand und dafür keine plausiblen Gründe vorbrachte. Die Mehrheit störte sich im Gegensatz zur sehr kritischen Joint Dissenting Opinion der Richter Lemmens, Pinto De Albuquerque und Richterin Elósegui nicht daran, dass der Beschwerdeführer in Russland geboren, (abgesehen von wenigen Kindheitsjahren) dort aufgewachsen und voll in die russische Gesellschaft integriert war und seine (im Lebensalltag allerdings nicht auf ihn angewiesene) Mutter als einzige Verwandte weiterhin dort residierte. Für Stirnrunzeln sorgt ferner, dass man dem Beschwerdeführer entgegenhielt, er habe sich trotz dieser Verwurzelung und regelmässig verlängertem Aufenthaltsrecht nicht um die russische Staatsbürgerschaft bemüht. Das Urteil ist insofern ein Warnsignal an *permanent residents*. Auch ein langer legaler Aufenthalt schützt nicht davor, aus seinem vertrauten Lebensumfeld gerissen zu werden, wenn man die Verwurzelung in einem Land nicht durch Annahme der Staatsangehörigkeit besiegelt. Ferner scheint die Mehrheit zu akzeptieren, dass die Gefahr für die öffentliche Sicherheit allein mit der vorherigen Tatbegehung begründet

wird.<sup>64</sup> Ohne Anzeichen für eine Wiederholungsgefahr erscheint das mehr als fragwürdig. Auch die Verletzung der Bewährungsauflage begründet nicht ohne Weiteres eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit.

### 2. Informationelle Selbstbestimmung

Auch der Datenschutz stand wieder auf der Tagesordnung. In *Catt v. the United Kingdom* waren persönliche Daten eines Friedensaktivisten (u. a. Demonstrationsteilnahmen) in einer polizeilichen Extremistendatenbank gespeichert worden. Die Datensammlung stand im Zusammenhang mit Ermittlungen gegen eine gewalttätige Protestgruppe, mit denen auch der Beschwerdeführer sympathisierte. Der EGMR differenziert gestützt auf seine etablierte Spruchpraxis<sup>65</sup> sachgerecht zwischen Sammlung, Analyse und Speicherung von Daten. Während es Ermittlungsbehörden allgemein nicht verwehrt ist, umfangreiches, potenziell sachdienliches Material für Analyse Zwecke zu sammeln, muss spätestens bei der Analyse eine sachbezogene Triage vorgenommen werden. Eine Speicherung darf nur für sachdienliche Daten zu zulässigen Zwecken erfolgen. Dazu muss den Datensubjekten Rechtsschutz zur Durchsetzung der rechtlichen Grenzen eingeräumt werden. In casu litten die englischen Vorschriften schon an fundamentalen Bestimmtheitsmängeln.<sup>66</sup> Es fehlte an hinreichend bestimmten, einem legitimen Ziel proportional dienenden Vorgaben für die Selektion und Speicherung der Daten. Auch an Regelungen zur maximalen Speicherdauer mangelte es.<sup>67</sup> Die Wahrnehmung von Lösungs- und Auskunftsrechten vermochte daher keinen wirksamen Schutz des Rechts auf Privatleben zu garantieren.

### 3. Schutz der Kommunikation mit Rechtsanwalt

Auch Strafgefangene haben Anspruch auf ungestörte und unüberwachte Kommunikation mit einem Rechtsanwalt. Dabei hat die intrinsische Schwierigkeit, rein private Dokumente und Inhalte von beratungsbezogenen Unterlagen auseinanderzuhalten, zur Folge, dass der mündliche und schriftliche Austausch mit einem Rechtsanwalt im Interesse effektiver Grundrechtsausübung grundsätzlich Schutz genießt.<sup>68</sup> Eingriffe sind nicht per se ausgeschlossen, müssen sich aber auf Ausnahmen wie Terrorismusbekämpfung, Missbrauch für Straftaten oder Störungen der Anstaltssicherheit beschränken und rechtlich strikt reglementiert sein. Vorliegend war keiner der rechtlich zulässigen Ausnahmetatbestände einschlägig. Die Begründung, dass es der Kommunikation an einem Verteidigungsbezug fehlte, konnte

schon deshalb nicht verfangen, weil die Vollzugsphase aus Konventionssicht generell nicht mehr zur Strafverteidigung zählt und man damit implizit den Anspruch auf effektive Rechtsberatung im Vollzug negiert. Eine entsprechende Auslegung durch die staatlichen Behörden war daher nicht zu rechtfertigen und unvorhersehbar.

## VI. Art. 10 – Justizkritik

Kritik an der Justiz stellt häufig eine Gratwanderung im Grenzbereich der Meinungsfreiheit dar. Zwar ist es legitim, Richtersprüche und richterliche Prozessführung als Massnahmen öffentlicher Gewalt ohne Furcht vor Strafen bisweilen auch scharf zu kritisieren. Gleichwohl ist ein strenger Sachbezug zum beanstandeten Richterverhalten notwendig. Die Justiz reagiert auf Kritik bisweilen dünnhäutig und schreckt vor Verhängung von Freiheitsstrafen gegenüber Redakteuren nicht zurück.<sup>69</sup> Dann kommt dem EGMR die Aufgabe zu, innerstaatliche Mechanismen zur Repression von Justizkritik in ihre konventionsrechtlichen Schranken zu weisen.<sup>70</sup>

Aus Anwaltssicht sind zwei Entscheidungen des EGMR von besonderem Interesse. In *Pais Pires de Lima* hatte sich ein Rechtsanwalt in einem Schreiben an den Hohen Justizrat über mangelnde Unparteilichkeit eines Richters beschwert und einen Fall von «Korruption» und «Betrug» vorgebracht. Nach Einstellung des Verfahrens klagte der betroffene Richter erfolgreich auf Schadenersatz (EUR 50 000). Der EGMR betonte, dass die Meinungsfreiheit in Form von Justizkritik mit der Unabhängigkeit des Rechtsanwaltsberufs und seiner Bedeutung für das wirksame Funktionieren einer fairen Rechtspflege verbunden ist. Eine Einschränkung ist nur ausnahmsweise zulässig und hängt von soliden sachlichen Grundlagen ab, auf der die Justizkritik basiert. In casu waren die vom Beschwerdeführer erhobenen Vorwürfe zum Betrug, Parteilichkeit und Korruption besonders schwerwiegend und stellten die persönliche Ehre des Richters sowie seine berufliche Integrität infrage. Dem Beschwerdeführer ist es zuzumuten, diese Anschuldigungen mit entsprechenden Beweisen zu untermauern. Da dies versäumt wurde, lag kein Konventionsverstoss der Zivilgerichte vor. Gleichwohl war die Höhe der Entschädigung unangemessen. Denn die Anschuldigungen waren nicht öffentlich, sondern im Wege einer Beschwerde an den zuständigen Rat gelangt. Das Durchsickern der vertraulichen Informationen konnte nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden. Die Höhe der Zahlung kann eine abschreckende Wirkung auf die gesamte Rechtsanwaltschaft haben und verstösst mithin

<sup>59</sup> EGMR v. 9. 4. 2019, *I. M. v. Switzerland*.

<sup>60</sup> EGMR, *I. M. v. Switzerland* (Fn. 59), § 69 f.

<sup>61</sup> EGMR, *I. M. v. Switzerland* (Fn. 59), § 77 f.

<sup>62</sup> EGMR, *I. M. v. Switzerland* (Fn. 59), Opinion Concordante de la Juge KELLER, § 4.

<sup>63</sup> EGMR v. 17. 12. 2019, *Zakharchuk v. Russia*, §§ 50 ff., 61 ff.

<sup>64</sup> EGMR, *Zakharchuk v. Russia* (Fn. 63), § 62. Hier stellt sich bereits die Frage, inwiefern der EGMR die Charakterisierung und die Einstufung der Schwere eines Delikts durch nationale Instanzen überprüfen kann und ggf. muss.

<sup>65</sup> Dazu MEYER, SK-StPO (Fn. 4), Art. 8 EMRK N 130 ff.

<sup>66</sup> EGMR v. 24. 1. 2019, *Catt v. United Kingdom*, §§ 100 ff., 114 ff.

<sup>67</sup> EGMR, *Catt v. United Kingdom* (Fn. 66), § 120.

<sup>68</sup> EGMR v. 9. 4. 2019, *Altay v. Turkey* (No. 2).

<sup>69</sup> EGMR v. 7. 3. 2019, *Sallusti v. Italy*.

<sup>70</sup> Vgl. MEYER/STAFFLER (Fn. 52), 313 (323).

gegen Art. 10.<sup>71</sup> In *L. P. u. Carvalho* ging es ebenso um Justizkritik durch zwei Rechtsanwälte. Der Beschwerdeführer L. P. hatte in einem Schreiben an den Hohen Justizrat das Verhalten eines Richters wegen «einer Atmosphäre grösster Vertrautheit zwischen Richter und einem bestimmten Verteidiger» beanstandet. Die Beschwerde wurde abgewiesen, woraufhin der Richter gegen L. P. erfolgreich eine Verleumdungsklage auf Zahlung von EUR 5000 betrieb. Der Beschwerdeführer Carvalho hingegen vertrat zwei romstämmige Personen in einem Strafverfahren gegen eine Richterin, weil sich diese in einem Urteil verleumderisch und rassen-diskriminierend geäußert hatte. Nach der Verfahrenseinstellung wurde der Zivilrechtsweg – letztlich erfolglos – beschritten. Daraufhin klagte die Richterin auf Schadenersatz (EUR 10 000) gegen den Rechtsbeistand Carvalho, weil er als Anwalt wesentlich eine unbegründete Strafanzeige eingebracht habe. In beiden Fällen stellte der EGMR fest, dass Eingriffe in die Meinungsfreiheit der jeweiligen Beschwerdeführer vorgenommen worden waren, die zwar an sich legitime Ziele verfolgten. Gleichwohl lag den Verurteilungen kein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis zugrunde, zumal die Beschwerdeführer in Ausübung ihrer beruflichen Pflichten als Rechtsanwälte und im Interesse der Mandanten gehandelt hatten. Gerade bei Carvalho war eine Missachtung der Berufsethik nicht ersichtlich – im Gegenteil: die Verpflichtung eines Anwalts zur Ablehnung eines Mandats könnte das Recht auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6) verletzen. In beiden Fällen war die verhängte Schadenersatzzahlung unverhältnismässig, weil nicht hinreichend zwischen Meinungsfreiheit und der Notwendigkeit, die Ehre der Richter bzw. die Autorität der Justiz zu schützen, abgewogen wurde. Die Höhe der Zahlung war geeignet, den Stand der Rechtsanwälte von Justizkritik abzuschrecken.<sup>72</sup>

## VII. Ne bis in idem

Die Ausdifferenzierung der Aufsichts- und Sanktionssysteme in vielen Bereichen des modernen Wirtschaftslebens hat für die Betroffenen nicht selten zur Folge, dass sie sich mehrgleisigen oder -stufigen Verfahren ausgesetzt sehen und schlimmstenfalls mehrfach mit nachteiligen strafrechtlichen oder zumindest strafrechtsähnlichen Rechtsfolgen belegt werden können. Aus Sicht des EGMR ist das mit Art. 4 ZP VII nicht grundsätzlich unvereinbar. Der Gerichtshof hat das Doppelverfolgungsverbot im Interesse der Konventionsstaaten zugunsten effektiver Regulierung in den vergangenen Jahren erheblich flexibilisiert.<sup>73</sup> Diesen

<sup>71</sup> EGMR v. 12.2.2019, *Pais Pires de Lima v. Portugal*, §§ 57 ff., 64 f., 66 f.

<sup>72</sup> EGMR v. 8.10.2019, *L. P. and Carvalho v. Portugal*, §§ 63, 65, 68, 70, 71.

<sup>73</sup> Ausf. MEYER, SK-StPO (Fn. 4), Art. 4 ZP VII N 79 ff.; EGMR (GC) v. 15.11.2016, *A. and B. v. Norway*, § 123.

Weg setzt der EGMR auch 2019 fort. Parallele oder mehrstufige kriminalstraf- und verwaltungsstrafrechtliche Sanktionsverfahren sind konventionskonform, wenn sie unterschiedlichen, aber komplementären Zwecken dienen und ein hinreichender materieller und zeitlicher Zusammenhang (*lien substantiel*) zwischen ihnen besteht, eine mehrfache Ahndung für die Betroffenen vorhersehbar ist und die verhängten Sanktionen auch bei kumulativer Bewertung noch verhältnismässig sind.<sup>74</sup> Die Verfahren wären dann wegen ihrer inneren, funktionell-abgestimmten Verbindung als Elemente eines «single set of proceedings» anzusehen.<sup>75</sup> Ob der Schutzbereich von *ne bis in idem* eröffnet ist, hängt damit vor allem davon ab, ob sich die Verfahren nach Zweck, Inhalt und zeitlicher Abfolge sinnvoll zu einem kohärenten Ganzen ergänzen. Sowohl in *Bjarni Ármannsson v. Iceland*<sup>76</sup> als auch in *Nodet v. France*<sup>77</sup> sah der EGMR die Voraussetzungen nicht erfüllt. Im ersten Fall war der Beschwerdeführer in einem Nachbesteuerungsverfahren zunächst mit einem Strafaufschlag von 25% belegt und später in einem Strafverfahren zu acht Monaten bedingter Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe verurteilt worden. Der EGMR sah darin einen Verstoss gegen Art. 4 ZP VII, weil sich diese Verfahren zeitlich nicht überlappt hätten und vor allem Beweiserhebung und Beweisbewertung nahezu unabhängig voneinander erfolgt wären.<sup>78</sup> Nur Letzteres ist freilich ein ohne Weiteres überzeugendes Argument. Die Weitergabe des Verfahrens von Verwaltungsbehörden an Strafverfolgungsbehörden zur zusätzlichen Ahndung besonders schwerer Fälle ist gerade vom EuGH als zulässiges Beispiel sanktionsrechtlicher Komplementarität eingestuft worden.<sup>79</sup> In *Nodet v. France* wurden massive Marktmanipulationen zunächst von der Finanzaufsicht und später von der Strafjustiz geahndet. Die Sanktionsnormen bezogen sich indessen auf dasselbe Unrechtsverhalten und verfolgten denselben Sanktionszweck. Überdies wurde die Beweisaufnahme im Strafverfahren weitgehend wiederholt. Damit fehlte es an der nötigen Komplementarität. Zudem mangelte es am zeitlichen Zusammenhang. Das Strafverfahren dauerte noch weitere 50 Monate, sodass nicht mehr von einem integriert-mehrstufigen Verfahren ausgegangen werden konnte.

<sup>74</sup> EGMR (GC), *A. and B. v. Norway* (Fn. 73), §§ 112 ff., 132 ff.

<sup>75</sup> RAVASI, Human Rights Protection by the ECtHR and the ECJ, Leiden 2017, 257 f.; EGMR v. 13.12.2005, *Nilsson v. Sweden*.

<sup>76</sup> EGMR v. 16.4.2019, *Bjarni Ármannsson v. Iceland*.

<sup>77</sup> EGMR v. 6.6.2019, *Nodet v. France*.

<sup>78</sup> EGMR, *Bjarni Ármannsson v. Iceland* (Fn. 76), § 57.

<sup>79</sup> MEYER, Multiple Sanktionierung von Unternehmen und *ne bis in idem*, in: STEIN/GRECO/JÄGER/WOLTER (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall, Berlin 2018, 535, 549, 551.

Der Schutzbereich der *Ne-bis-in-idem*-Garantie stand auch im Fokus von *Mihalache v. Romania* (GC). Gem. Art. 4 Abs. 2 ZP VII ist die Wiederaufnahme eines bereits abgeschlossenen Verfahrens nicht ausgeschlossen, wenn das nationale Verfahrensrecht dies für den Fall gestattet, dass neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist. Im konkreten Fall war das Strafverfahren von der Staatsanwaltschaft gegen Zahlung einer Geldbusse eingestellt worden, weil der geahndete Verstoss nicht schwer genug erschien, um ihn als Straftat zu ahnden. Im Folgejahr wurde das Verfahren jedoch durch die übergeordnete Staatsanwaltschaft mit der Begründung wieder eröffnet, dass die Gesellschaftsschädlichkeit des Verhaltens nach einer schärferen Reaktion verlange. Der Beschwerdeführer wurde schliesslich zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Rumänien sah darin schon deshalb keinen *ne-bis-in-idem*-Verstoss, weil die ursprüngliche Einstellung gar nicht als strafklageverbrauchende erste Verurteilung eingestuft werden könne. Der EGMR hatte daher über die praktisch sehr bedeutsame Frage zu befinden, welche Einstellungsentscheidungen unter welchen Voraussetzungen in Rechtskraft erwachsen und damit nur noch unter den engen Bedingungen des Abs. 2 revidiert werden könnten.

Der Begriff der rechtskräftigen Entscheidung beschäftigt europäische Gerichte seit Langem, insbesondere den EuGH im Hinblick auf Art. 54 SDÜ.<sup>80</sup> Der EGMR sieht darin mit Recht einen autonomen Begriff des Konventionsrechts. Er stellt im Einklang mit dem EuGH fest, dass es keiner gerichtlichen Entscheidung bedarf. Entscheidend sei

die Befugnis im nationalen Recht, abschliessende strafjustizielle Sachentscheidungen treffen zu dürfen.<sup>81</sup> Sie muss nicht in Urteilsform ergehen, da nicht die Form, sondern Inhalt und Wirkung ausschlaggebend seien. Dem Wortlaut «acquitted» oder «convicted» entnimmt die GK zudem, dass eine Prüfung in der Sache erfolgt sein muss. Zu dieser materiellen Prüfung muss die betreffende Instanz nach nationalem Recht befugt und berufen sein. Indikatoren für eine Sachprüfung sind z. B. Vernehmungen und andere Beweiserhebungen oder darauf Bezug nehmende Entscheidungsgründe. In casu erfüllte bereits die erste Busse diese Voraussetzungen und führte damit zu einer rechtskräftigen Erledigung der Sache. Die Staatsanwaltschaft verfügte über die notwendige Sanktionsbefugnis. Für die Rechtskraft soll es massgeblich darauf ankommen, dass das Verfahrensrecht keinen ordentlichen Rechtsbehelf (*ordinary remedy*) gegen die Entscheidung mehr vorsieht, wobei der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, dass dieser Rechtsbehelf im Hinblick auf seine Voraussetzungen und seine Einlegung (Befugnis, Frist) rechtlich hinreichend klar geregelt ist.<sup>82</sup> Vorliegend hatte der Beschwerdeführer die bestehende Rechtsmittelmöglichkeit bewusst verstreichen lassen. Für hierarchisch höherrangige Staatsanwaltschaften sah das Gesetz keine Remedur vor. Mit Ablauf der Rechtsmittelfrist trat daher Rechtskraft ein und eine Revision war fortan nur noch unter den strengen Bedingungen des Abs. 2 zulässig. Daran fehlte es vorliegend. Eine abweichende Bewertung der Schwere der Tat und ihrer gesellschaftlichen Implikationen ist weder eine neue Tatsache, noch war es ersichtlich, dass sie einem gravierenden Verfahrensfehler Rechnung trägt.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Ausf. MEYER, in: AMBOS/KÖNIG/RACKOW (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, § 83 IRG N 895.

<sup>81</sup> EGMR (GC) v. 8.7.2019, *Mihalache v. Romania*, § 95.

<sup>82</sup> EGMR (GC), *Mihalache v. Romania* (Fn. 81), §§ 103 ff. Bestehen und Anwendung eines Rechtsbehelfs müssen vorhersehbar und insgesamt muss Schutz gegen Willkür garantiert sein.

<sup>83</sup> EGMR (GC), *Mihalache v. Romania* (Fn. 81), § 137.