

2. Kapitel: Grundsätze des Strafverfahrensrechts

Marc Thommen

Art. 3

Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot

1 Die Strafbehörden achten in allen Verfahrensstadien die Würde der vom Verfahren betroffenen Menschen.

2 Sie beachten namentlich:

- a. den Grundsatz von Treu und Glauben;
- b. das Verbot des Rechtsmissbrauchs;
- c. das Gebot, alle Verfahrensbeteiligten gleich und gerecht zu behandeln und ihnen rechtliches Gehör zu gewähren;
- d. das Verbot, bei der Beweiserhebung Methoden anzuwenden, welche die Menschenwürde verletzen.

Respect de la dignité; procès équitable

1 Les autorités pénales respectent la dignité des personnes impliquées dans la procédure, à tous les stades de celle-ci.

2 Elles se conforment notamment:

- a. au principe de la bonne foi;
- b. à l'interdiction de l'abus de droit;
- c. à la maxime voulant qu'un traitement équitable et le droit d'être entendu soient garantis à toutes les personnes touchées par la procédure;
- d. à l'interdiction d'appliquer des méthodes d'enquête qui sont attentatoires à la dignité humaine.

Rispetto della dignità umana e correttezza

1 In tutte le fasi del procedimento le autorità penali rispettano la dignità delle persone coinvolte.

2 Le autorità penali si attengono segnatamente:

- a. al principio della buona fede;
- b. al divieto dell'abuso di diritto;
- c. all'imperativo di garantire parità ed equità di trattamento a tutti i partecipanti al procedimento e di accordare loro il diritto di essere sentiti;
- d. al divieto di utilizzare metodi probatori lesivi della dignità umana.

Inhaltsübersicht

Literatur

- K. ALTERMANN, Ermittlungspflichten der Staaten aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss. Berlin 2005, Baden-Baden 2006 (zit. Altermann, Ermittlungspflichten); G. ARZT, Grundrechtsverwirkung im Strafverfahren, in: J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg (Hrsg.): Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 633–658 (zit. Arzt, FS-Schmid); G. BIAGGINI, Kommentar BV – Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007 (zit. Biaggini, Kommentar); F. BOMMER, Parteirechte der beschuldigten Person bei Beweiserhebungen in der Untersuchung, recht 2010, Heft 6, 196 ff. (zit. Bommer, recht 2010); W. BRUGGER, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 4/2000, 165 ff. (zit. Brugger, JZ 2000); DERS., Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, Der Staat 35/1996, 67–97 (zit. Brugger, Der Staat 35/1996); Z. CHEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf strafprozessuale Verfahrensrechte – Ein Beitrag zur Verzichtslehre im schweizerischen Strafprozess, Diss. Luzern 2013, Zürich 2014 (zit. Chen, Diss.); G. DÜRIG, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, Archiv für öffentliches Recht 81/1957, 117 ff. (zit. Dürig, AöR 81/1957); L. ENGI, Neuere Entwicklungen im Menschenwürdeschutz – Unter besonderer Berücksichtigung der möglichen Grundrechtsqualität von Art. 7 BV, AJP 2006, 911–923 (zit. Engi, AJP 2006); V. ERB, Notwehr als Menschenrecht – zugleich eine Kritik der Entscheidung des LG Frankfurt a.M. im «Fall Daschner», NSStZ 11/2005, 593–602 (zit. Erb, NSStZ 11/2005); CHR. FAHL, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, Heidelberg 2004 (zit. Fahl, Rechtsmissbrauch); T. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des Bundessozialversicherungsrechts, ein Beitrag zu Treu und Glauben, Methodik und Gesetzeskorrektur im öffentlichen Recht, Habil. ZH 2002, Zürich 2005 (zit. Gächter, Rechtsmissbrauch); L. GSCHWEND/M. WINIGER, die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Europäische Rechts- und Regionalgeschichte, Bd. 6, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Gschwend/Winiger, Abschaffung der Folter); M. Gur-Arye, Can the War on Terror Justify the Use of Force in Interrogations? Reflections in Light of the Israeli Experience, in: S. Levison (ed.), Torture – A Collection, Oxford University Press 2004, 183–198 (zit. Gur-Arye, Force in Interrogations); HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006 (zit. Häfelin/Müller/Uhlmann); R. HAMM, Schluss mit der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!, NJW 2003/13, 946 f. (zit. Hamm, NJW 2003/13); M. HILDEBRANDT, Trial and «Fair Trial»: From Peer to Subject to Citizen, in: A. Duff/L. Farmer/S. Marshall/V. Tadros (Hrsg.), The Trial on Trial, Volume 2, Judgment and Calling to Account, Hart Publishing, Oxford/Portland 2006, 15–36 (zit. Hildebrandt, Fair Trial); E. HILGENDORF, Folter im Rechtsstaat? JZ 7/2004, 331 (zit. Hilgendorf, JZ 7/2004); I. KANT, Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe von Wilhelm Weischedel, Bd. VIII, 11. Aufl., Frankfurt a.M. 1997 (zuerst erschienen 1797) (zit. Kant, Metaphysik); M. JAHN/A. SCHMITZ, Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen? Dargestellt am Problem der fehlenden Zustimmung zur Nachtragsanklage durch den Angeklagten, wistra 9/2001, Heft 27, 328 ff. (zit. Jahn/Schmitz, wistra 2001); U. KARPENSTEIN/F. MAYER, EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar, München 2012 (zit. Karpenstein/Mayer, KMK); K. KROEPIL, Prozessualer Missbrauch im Strafverfahren, DriZ 79/2001, 335 (zit. Kroepil, DriZ 79/2001); H.-H. KÜHNE: Rechtsmissbrauch des Strafverteidigers, NJW 1998, 3027 f. (zit. Kühne, NJW 1998); M. MAHLMANN, Grundrechtstheorien in Europa – kulturelle Bestimmtheit und universeller Gehalt, EuR 2011, 469 (zit. Mahlmann, EuR 2011); F. MEYER, Vertrauensschutz bei unzulässigen Absprachen, zugleich Besprechung zu BGH, HRRS 2010 Nr. 847, HRRS 2011, Ausgabe 1, 17–22 (zit. Meyer, HRRS 2011); J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999 (zit. Müller, Grundrechte³); W. NAUKE, «Missbrauch» des Strafantrags?, in: F. Geerds et al. (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, Berlin 1966, 565 ff. (zit. Nauke, FS-Mayer); F. Ní Aoláin, The European Convention on Human Rights and Its Prohibition on Torture, in: S. Levison (ed.), Torture – A Collection, Oxford University Press 2004, 213–227 (zit. Ní Aoláin, Torture); U. PAJAROLA, Der gefolterte Mörder – Urteil des EGMR i.S. Gäfgen gegen Deutschland, Jusletter vom 3.11.2008 (zit. Pajarola, Jusletter 3.11.2008); DERS., Gewalt im Verhör zur Rettung von Menschen, Diss. ZH, Bern 2007 (zit. Pajarola, Verhör); H. RÜPING/G. DORNSEIFER, Dysfunktionales Verhalten im Prozess, JZ 1977, Nr. 13, 417 ff. (zit. Rüping/Dornseifer, JZ 1977); H. CHR. SCHAEFER, Freibrief, NJW 2003/13, 947 (zit. Schaefer, NJW 2003/13); R. SCHLAURI, Ist die Menschenwürde Grundrecht oder Verfassungsprinzip?, in: T. Gächter/M. Bertschi (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000, 73 ff. (zit. Schauri, Menschenwürde); R. J. SCHWEIZER, Die Garantie der Menschenwürde im Bundesverfassungsrecht seit 2000, Revista catalana de dret públic, núm. 36/2008, 151–194 (zit. Schweizer, Menschenwürde); R. J. SCHWEIZER/F. SPRECHER, Menschenwürde im Völkerrecht, in: K. Seelmann (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, Stuttgart 2004 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie [ARSP], Beiheft 101); S. J. SUMMERS, Fair Trials: the European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights, Oxford 2007 (zit. Summers, Fair Trials); M. THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Basel 2004 (zit. Thommen, Medizinische Eingriffe); M. THOMMEN, Die Opfer staatlicher Gewalt vor

Bundesgericht, in: M. Heer/S. Heimgartner/M. A. Niggli/M. Thommen (Hrsg.), «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Basel 2011, 87–100 (zit. Thommen, FS-Wiprächtiger); M. THOMMEN, kurzer Prozess – fairer Prozess, Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Bern 2013 (zit. Thommen, kurzer Prozess); H. VEST, Folter ohne Ende, AJP 10/2004, 1275–1284; B. WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983 (zit. Weber-Dürler, Vertrauensschutz); DIES., Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 103/2002, 281 ff. (zit. Weber-Dürler, ZBl 103/2002); U. WEBER, Der Missbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 ff. (zit. Weber, GA 1975); W. WOHLERS, Entscheidung zu BGE 131 I 185, AJP 2006, 621–627 (zit. Wohlers, AJP 2006). S. ZIMMERLIN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess, zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss. Zürich 2008 (zit. Zimmerlin, Diss.).

I. Systematik

Art. 3 steht unter der **Überschrift** «Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot». Damit 1 wird die Gesetzesbestimmung inhaltlich zusammengefasst. Die Menschenwürde ist zu achten, Verfahren sind fair auszugestalten. Während der Würdeschutz in Abs. 1 explizit statuiert wird, ist das «Fairnessgebot» explizit nur in der Artikelüberschrift erwähnt. Auf den ersten Blick liegt es nahe, die Achtung der Menschenwürde Abs. 1 und die Verfahrensfairness Abs. 2 zuzuordnen,¹ zumal es bei der Beachtung von Treu und Glauben (Abs. 2 lit. a), des Rechtsmissbrauchsverbots (Abs. 2 lit. b), der Verfahrensgerechtigkeit und des rechtlichen Gehörs (Abs. 2 lit. c) letztlich um den konventions- und verfassungsrechtlichen Grundsatz des **Fair Trial** geht.² Auch das Verbot menschenunwürdiger Beweiserhebungsmethoden (Abs. 2 lit. d) ist Bestandteil eines fairen Verfahrens. Diese Interpretation, wonach nur Abs. 1 den Würdeschutz regelt, lässt sich indes mit dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Ingress StPO nicht in Einklang bringen, wonach die Strafbehörden *«namentlich»* die aufgezählten Grundsätze zu beachten haben. Dieses *«namentlich»* deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, die gleiche und gerechte Behandlung, das rechtliche Gehör sowie das Verbot unwürdiger Beweiserhebungsmethoden als beispielhafte Unterkategorien von Menschenwürdeverletzungen ansieht. Während dies für das Folterverbot einleuchtet (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d), lässt sich das auch an die privaten Verfahrensbeteiligten gerichtete Rechtsmissbrauchsverbot nur schwer aus der Menschenwürde herleiten.³ Der Wortlaut lässt es somit nicht zu, Art. 3 so zu interpretieren, dass Abs. 1 nur die Menschenwürde und Abs. 2 nur die Fairness regelt. Hingegen lässt die Artikelüberschrift *«Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot»* die traditionelle Interpretation zu, dass *«ein Verfahren fair ist, wenn es die Menschenwürde achtet und die Justizförmigkeit wahrt»*.⁴

2

¹So die Voraufgabe.

²Zur Definition der Fairness nach Art. 6 Abs. 1 EMRK umfassend: SUMMERS, Fair Trials, 97 ff.; zum Anwendungsbereich der <fair trial>-Garantien vgl. TRECHSEL, Human Rights, 84 ff.; SCHMID, Handbuch², N 95 ff.; Karpenstein/Mayer, KMK, Art. 6 EMRK N 1 ff.

³Kritisch auch Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 2.

⁴Zitiert nach ZIMMERLIN, Diss., N 64, Fn 108 m.Hinw. auf HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 56 N 10.

In der Folge werden der Gesetzssystematik folgend zunächst der Adressatenkreis (N 5) und der sachliche Geltungsbereich (N 9) von Art. 3 umrissen. Es werden der Begriff der Menschenwürde (Art. 3 Abs. 1) in den strafprozessualen Kontext gestellt (N 10 ff.) und Fallgruppen von Menschenwürdeverletzungen erörtert (N 15–42). Sodann wird auf die übrigen nach Art. 3 zu beachtenden Grundsätze eingegangen: Treu und Glauben nach Art. 3 Abs. 2 lit. a (N 43 ff.), das Rechtsmissbrauchsverbot nach Art. 3 Abs. 2 lit. b (N 67 ff.), die Verfahrensgerechtigkeit und den Gehörsanspruch nach Art. 3 Abs. 2 lit. c (N 97 ff.) sowie die menschenunwürdigen Verhörmethoden gem. Art. 3 Abs. 2 lit. d (N 106 ff.).

II. Adressaten

Das Gebot, die Menschenwürde und Fairness zu beachten, richtet sich an die **Strafbehörden** 3 des Bundes und der Kantone. Dazu zählen die Strafverfolgungsbehörden nach Art. 12 (Polizei; Staatsanwaltschaft und Übertretungsstraßenbehörden) sowie die Gerichte nach Art. 13 (Zwangsmassnahmengericht; erstinstanzliches Gericht; Beschwerdeinstanz sowie Berufungsgesicht). Welche Behörden dies im Einzelfall sind, ergibt sich aus den kantonalen und eidgenössischen Gerichtsorganisationsgesetzen, zumal die Behördenorganisationshoheit nicht von der Vereinheitlichung erfasst wird (vgl. Art. 14).

entfällt

4

Als gerichtliche Strafbehörde des Bundes ist auch das Bundesstrafgericht in Bellinzona 5 umfassend an die Verfahrensgarantien von Art. 3 gebunden. Dies gilt entgegen der etwas missverständlichen Formulierung in der Botschaft⁵ nicht nur, soweit das Bundesstrafgericht als Beschwerdeinstanz waltet, sondern insb. auch in den erstinstanzlichen Verfahren in Bundesstrafsachen.

Art. 3 richtet sich **nicht** an **Private**. Als solche gelten zunächst die privaten Parteien gem. 6 Art. 104, also die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft. Keine Adressaten von Art. 3 sind auch die «anderen Verfahrensbeteiligten» nach Art. 105: Die geschädigten Personen, Anzeigeersteller, Zeugen, Auskunftspersonen, Sachverständigen sowie die verfahrensbetroffenen Dritten. Ebenso wenig richtet sich Art. 3 an die Rechtsbeistände (Art. 127).

Dass sich das Gebot, die Würde der vom Verfahren betroffenen Menschen zu achten, nur an 7 den Staat richtet, lässt sich schon aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts nicht bestreiten: Nach Art. 3 haben die «Strafbehörden» die Menschenwürde zu achten. Dass in Art. 3 nur der Staat als Adressat der Menschenwürdegarantie erwähnt ist, lässt sich primär mit dem Machtgefälle und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr im Strafverfahren erklären. Auch die Würdegarantie von Art. 7 BV bringt vorab ein «klassisches» Grundrechtsverständnis zum Ausdruck: Als Abwehrrecht gebietet Art. 7 BV, die Würde des Menschen «zu achten», als Schutzrecht verpflichtet sie, die Menschenwürde «zu schützen». Immerhin lässt die offene Formulierung in der Verfassung («Die Würde des Menschen ist zu

⁵Vgl. BOTSCHAFT 2005c, 1134.

achten und zu schützen.») auch ein «horizontales Geltungsverständnis» zu, wonach die Würde auch zwischen Privaten zu achten ist.⁶

8 Auch die in Art. 3 Abs. 2 statuierten Grundsätze richten sich nach unzweideutigem Gesetzeswortlaut («*Sie* beachten namentlich») nur an die Strafbehörden. In der nachfolgenden Detailkommentierung ist für Treu und Glauben, das Rechtsmissbrauchsverbot, die gleiche und gerechte Behandlung sowie das Folterverbot jeweils im Einzelnen zu erörtern, ob entgegen dem Gesetzestext allenfalls auch Private Adressaten sein können.

⁶BV-SGK²-MASTRONARDI, Art. 7 N 34.

III. Geltungsbereich

Die Würde der Betroffenen ist in **allen Verfahrensstadien** zu achten (Abs. 1). Der 9 Geltungsbereich (vgl. Art. 1) erstreckt sich somit von der polizeilichen Ermittlung über die Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft bis hin zur Verhandlung vor den erstinstanzlichen Gerichten und den Rechtsmittelinstanzen.⁷ Der strafprozessuale Schutz der Menschenwürde und des Fairnessprinzips endet jedoch mit dem Strafverfahren. Für den Straf- und Massnahmenvollzug ergibt er sich aus Art. 74 StGB, wonach die Menschenwürde des Gefangenen oder des Eingewiesenen zu achten ist.⁸

In Bezug auf den **sachlichen Geltungsbereich** ist hervorzuheben ist, dass sich die Regelung 9a nur auf Verfahren bezieht, die durch die schweizerische Strafprozessordnung geregelt sind. Von Art. 3 nicht erfasst werden das Verwaltungsstrafrecht, der Militärstrafprozess, die Jugendstrafprozessordnung, das Ordnungsbussenverfahren und das Verfahren bei Widerhandlungen gegen das kantonale Strafrecht (insb. Steuerstrafrecht). Das gleiche gilt auch für bundesgerichtliche Rechtsmittelverfahren in Strafsachen.⁹ Selbstverständlich sind die Fairnessgarantie und die Menschenwürde auch in diesen Verfahren zu wahren. Doch ergibt sich dies nicht aus der Strafprozessordnung, sondern direkt aus den entsprechenden Spezialgesetzen sowie den Verfassungs- und Konventionsbestimmungen.

⁷BOTSCHAFT 2005c, 1127 f.

⁸BSK StGB I³-BRÄGGER, Art. 74 N 9.

⁹Vgl. BOTSCHAFT 2005c, 1127 m.Hinw. auf die entsprechenden Bundesgesetze (VStrR; MStP; JStPO; OBG; BGG).

IV. Menschenwürde (Abs. 1)

- 10 Nach Art. 3 Abs. 1 ist die Würde der Verfahrensbetroffenen zu achten. Zur Konkretisierung kann auf den verfassungsrechtlichen Würdebegriff abgestellt werden: Gemäss Art. 7 BV ist die Würde des Menschen zu achten und zu schützen. Obwohl der Würdeschutz am Anfang des Grundrechtskatalogs steht, ist noch nicht abschliessend geklärt, ob in dieser Bestimmung nebst dem objektivrechtlichen Konstitutionsprinzip auch ein anspruchsbegründendes Individualgrundrecht verankert ist.¹⁰ Nach der zustimmungswürdigen Auffassung PHILIPPE MASTRONARDIS ist die Menschenwürde zumindest in den durch den Grundrechtskatalog ungeschützten Bereichen als selbständig justiziables **Auffanggrundrecht** einzustufen.¹¹ Im vorliegend interessierenden strafprozessualen Kontext erstreckt sich der Individualrechtsgehalt der Würdenorm insb. auch auf den Schutz vor unmenschlicher und erniedrigender Behandlung, was etwa im absoluten Folterverbot zum Ausdruck kommt.¹²
- 11 In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur alten Bundesverfassung wurde die Menschenwürde als generelles **Verfassungsprinzip**¹³ anerkannt. Das Bundesgericht hat sich in ständiger Rechtsprechung zu einer *«Wertordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, die Menschenwürde und den Eigenwert des Individuums sicherzustellen»*.¹⁴ In einem Leitentscheid zu der in die total revidierte Verfassung aufgenommenen Menschenwürdegarantie bestätigte das Bundesgericht die programmatische Dimension von Art. 7 BV: *«Die Bestimmung hat insofern die Bedeutung eines Leitsatzes für jegliche staatliche Tätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung»*.¹⁵ Der «eigenständige Gehalt» der Menschenwürde und damit deren individual-anspruchsrechtliche Dimension wurden in jenem

¹⁰ENGI, AJP 2006, 911 ff.; SCHLAURI, Menschenwürde, passim; verneint in Bezug auf eine Wegweisung von Clochards aus einem Bahnhof, BGE 132 I 49 E 5.1, dazu SCHWEIZER, Menschenwürde, 162.

¹¹BV-SGK²-MASTRONARDI, Art. 7 N 28 ff.

¹²HÄFELIN/HALLER/KELLER⁷, N 326; BV-SGK²-MASTRONARDI, Art. 7 N 41.

¹³BGE 121 I 367 E. 2b.

¹⁴BGE 97 I 45 E. 3; 90 I 36.

¹⁵BGE 127 I 6 E. 5b; vollständiger Entscheid: BGer, I. ÖRA, 22.3.2001, 1P.103/2001; BGE 132 I 49 E. 5.1.

Entscheid lediglich angedeutet. Für die inhaltliche Umschreibung der Menschenwürdegarantie stützt sich das Bundesgericht auf eine Definition von JÖRG PAUL MÜLLER: «Die Menschenwürde betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit».¹⁶ Andere Autoren sehen die Menschenwürde verletzt, «wenn die Gleichberechtigung bzw. Gleichwertigkeit einer Person oder Gruppe von Personen bestritten, diese mithin als <unterwertig> dargestellt werden».¹⁷

Im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz, das die Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 für **unantastbar** erklärt, ist sie in der Schweiz «nur» zu achten und zu schützen.¹⁸ Nach der fragwürdigen Auffassung des Bundesrates könnte die Formulierung, wonach die Menschenwürde unantastbar sei, den Eindruck erwecken, der Staat müsse jederzeit einen umfassenden und absoluten Schutz der Menschenwürde bieten, was so nicht der Realität entspräche.¹⁹

Die deutsche Grundrechtsdoktrin hat versucht, den Menschenwürdebegriff in Anlehnung an **IMMANUEL KANTS** Gedanken von der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen fassbar zu machen.²⁰ Sie stützt sich dabei auf einen Passus in KANTS «Metaphysik der Sitten»: «[...] denn der Mensch kann von keinem Menschen (weder von anderen noch gar von sich selbst) bloss als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden und darin besteht eben seine Würde [...]».²¹ Die verfassungsrechtliche Rezeption dieses kantischen Gedankens wurde von GÜNTER DÜRIG geprägt: «Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird».²² Diese sog. «**Objektformel**» und das daraus abgeleitete

¹⁶BGE 127 I 6 E. 5b m.Hinw. auf MÜLLER, Grundrechte³, 4 f.

¹⁷So im Kontext der Rassendiskriminierung: NIGGLI, Rassendiskriminierung², N 376 ff.

¹⁸Weitergehend Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 2, der auch für das schweizerische Recht ohne weiteres von der Unantastbarkeit der Würde ausgeht.

¹⁹BOTSCHAFT 1996, 141; Kritik zu diesem relativierenden Würdeverständnis: THOMMEN, Medizinische Eingriffe, 58 ff.

²⁰ Statt vieler Mahlmann, EuR 2011, 480.

²¹KANT, Metaphysik, 600.

²²DÜRIG, AöR 81/1957, 127.

Instrumentalisierungsverbot haben in der Folge in die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes²³ und des schweizerischen Bundesgerichts²⁴ Eingang gefunden.

14 Bei allen Schwierigkeiten, die Menschenwürde begrifflich festzumachen und in einen justiziablen Grundrechtsanspruch zu fassen, können doch verschiedene Fallgruppen eruiert werden, in denen fundamentale Grundrechtsverletzungen in Strafverfahren auch unter dem Titel der Menschenwürde abgehandelt werden. Hierzu gehört an erster Stelle die Verletzung von Art. 3 EMRK (Verbot der Folter und unmenschlicher Behandlung; N 15 ff.).²⁵ Einzugehen ist dabei nicht nur auf die materiellen Verletzungen des **Misshandlungsverbots**, sondern auch auf die daraus abgeleiteten **verfahrensrechtlichen Garantien** (sog. «Assenov-Rechtsprechung»; N 23 ff.). Zu behandeln sind weiter die Verletzung von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben; N 29 ff.) sowie die Unwürdigkeit von Haftbedingungen (N 31 ff.) und anderer strafprozessualer Massnahmen (38a ff.):

1. Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung (Art. 3 EMRK)

15 Der Begriff «Folter» findet sich weder in Art. 3 noch in irgendeiner anderen Bestimmung der Strafprozessordnung. Das Gleiche gilt für die unmenschliche und erniedrigende Behandlung. Folter konstituiert indes die geradezu idealtypische Form der strafprozessualen Verletzung der Menschenwürde. Es rechtfertigt sich deshalb, sie im Kontext des Menschenwürdeschutzes von Art. 3 Abs. 1 StPO zu thematisieren und zu Art. 3 EMRK in Beziehung zu setzen.

Nach Art. 3 EMRK darf niemand der Folter, unmenschlicher und erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Nach der Rechtsprechung des EGMR stehen diese drei Misshandlungsformen in hierarchischer **Stufenfolge**²⁶, wobei die Folter die grausamste, die erniedrigende Behandlung die «leichteste» Form der Misshandlung darstellt. Im Gegensatz zu anderen Konventionsgarantien gelten die drei Verbote von Art. 3 EMRK ausnahmslos (Art. 15 Abs. 2 EMRK). Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des EGMR absolut abwägungsfest. In den Worten des Gerichtshofs: «*Unlike most of the substantive clauses of the Convention Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible even in*

²³BVerfGE 87, 209 (228).

²⁴Vgl. nur BGE 119 Ia 460, 499 ff., sowie nach totalrevidierter BV: BGE 127 I 6, 13 f.

²⁵HÄFELIN/HALLER/KELLER⁷, N 326; BV-SGK²-MASTRONARDI, Art. 7 N 41.

²⁶Zsf. Ní Aoláin, Torture, 214 ff.

*the event of a public emergency threatening the life of the nation. The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct».*²⁷

Im Fall Gäfgen gg. Deutschland vom 30.6.2008 hatte der EGMR einen Entführungsfall zu beurteilen, der in Deutschland für grosses Aufsehen gesorgt hatte.²⁸ Magnus Gäfgen entführte Ende September 2002 den Bankiersohn Jakob von Metzler, um von dessen Eltern 1 Mio. € Lösegeld zu erpressen. Im Anschluss an die Übergabe wurde er verhaftet. Nachdem ihn die Polizei eine Nacht lang vergeblich nach dem Aufenthaltsort des Kindes befragt hatte, wies der zuständige Polizeichef Wolfgang Daschner die Polizeibeamten an, dem Tatverdächtigen Gewalt und Zufügung von Schmerzen anzudrohen für den Fall, dass er den Aufenthaltsort nicht bekannt gebe. Zu diesem Zeitpunkt wusste die Polizei nicht, dass der entführte Junge bereits tot war. Umgehend nach der Gewaltandrohung gab Magnus Gäfgen den entscheidenden Hinweis auf den späteren Fundort. Der Gerichtshof entschied, dass die **Folterandrohung** zur Geständniserpressung als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK einzustufen sei.²⁹

Im Urteil Tyrer gg. das Vereinigte Königreich hielt der Gerichtshof bereits 1978 fest, dass mit dem Schutz vor unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK auch die **Würde** der Betroffenen geschützt wird.³⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR müssen Misshandlungen ein Mindestmass an Schwere annehmen, um unter den Schutzbereich von Art. 3 EMRK zu fallen: *«The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim».*³¹ In Selmouni gg. Frankreich wurde diese Formulierung relativiert und festgehalten, dass gewisse Übergriffe unabhängig von Opfereigenschaften unmenschlich seien.³²

18

²⁷EMGR, 6.4.2000, No. 26772/95, Labita/Italien, Ziff. 119 m.Hinw.

²⁸Vgl. zur Debatte in Deutschland: ERB, NStZ 11/2005, 593–602; HILGENDORF, JZ 7/2004, 331 ff.; R. HAMM, NJW 2003/13, 946 f.; SCHAEFER, NJW 2003/13, 947.

²⁹EGMR, 30.6.2008, No. 22978/05, Gäfgen/Deutschland, Ziff. 69 f., bestätigt durch EGMR, 1.6.2010, No. 22978/05, Gäfgen/Deutschland, Ziff. 108.

³⁰EGMR, 25.4.1978, No. 5856/72, Tyrer/Vereinigtes Königreich, Ziff. 33.

³¹EGMR, 18.1.1978, No. 5310/71 Irland/Vereinigtes Königreich, Ziff. 162.

³²EGMR, 28.7.1999, No. 25803/94, Selmouni/Frankreich, Ziff. 101 und 103; zu diesem Fall N 64.

Im Fall *Hurtado* gg. die Schweiz vertrat die Kommission die Ansicht, dass Art. 3 EMRK verletzt worden sei. Am 10.10.1989 schritt ein Sonderkommando der Waadtländer Kantonspolizei zur gewaltsamen Verhaftung des mutmasslichen Drogendelinquenten Hurtado. Dabei setzte die Polizei eine «**Schreckgranate**» («*stun grenade*») ein, fesselte Hurtado und stülpte ihm eine Kapuze über. Dies führte bei Hurtado zu einer «*sofortigen unkontrollierten Entleerung von Darm und Blase*». ³³ Während des darauf folgenden Verhörs und bis zur Einlieferung in das Gefängnis durfte er seine schmutzigen Kleider nicht wechseln. Nach der gewaltsamen Verhaftung verlangte er ausserdem ärztliche Versorgung, welche ihm erst nach einer Woche gewährt wurde. Dabei wurde ein Rippenbruch diagnostiziert. Die Kommission beanstandete das Vorgehen bei der Verhaftung nicht. Hingegen stufte sie das Verhör als erniedrigend und die verweigerte **medizinische Versorgung** als unmenschlich i.S.v. Art. 3 EMRK ein. Der Gerichtshof hatte nur noch über die aussergerichtliche Einigung der Parteien zu befinden.

- 19 Im Fall des Führers der kurdischen Arbeiterpartei Abdullah Öcalan hielt der Gerichtshof fest, dass das Anlegen von **Handschellen** und einer **Augenbinde** anlässlich der Verhaftung nicht als unmenschliche Behandlung eingestuft werden könne. ³⁴ Hingegen wurde die Ungewissheit des Vollzugs einer **Todesstrafe**, die in einem unfairen Verfahren ausgesprochen wurde, als grausam i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft. ³⁵ Das Resultat, nicht jedoch die Begründung überzeugen: Die drohende Vollstreckung einer Todesstrafe ist unabhängig von der Fairness des Verfahrens eine grausame Ungewissheit.
- 20 Eine vergleichbare Argumentation findet sich auch im Urteil *Soering* gg. das Vereinigte Königreich vom 7.7.1989. Dort entschied der Gerichtshof, dass die Bedingungen, unter welchen Todeskandidaten in Virginia/USA jahrelang ihre Exekution abzuwarten haben, und die entsprechenden psychischen Auswirkungen («*ständige und steigende Angst*») auf die Betroffenen («**death row phenomenon**») unmenschlich sind. Art. 3 EMRK stand einer Auslieferung des unter doppeltem Mordverdacht stehenden Jens Soering somit entgegen. ³⁶
- 21 Im Entscheid *Aydin v. Türkei* vom 25.9.1997 wurde die **Vergewaltigung** in Polizeigewahrsam als Folter eingestuft. Die damals 17-jährige Türkin kurdischer Abstammung wurde von Sicherheitskräften aus ihrem Dorf verschleppt und auf eine Polizeiwache verbracht. Dort

³³Zitiert nach MÜLLER, Grundrechte³, 67.

³⁴EGMR, 12.5.2005, No. 46221/99, Öcalan/Türkei, Ziff. 182–185.

³⁵EGMR, 12.5.2005, No. 46221/99, Öcalan/Türkei, Ziff. 169–175.

³⁶EGMR, 7.7.1989, No. 14038/88, Soering/Vereinigtes Königreich, Ziff. 111.

wurden ihr die Kleider ausgezogen. Sie wurde in einen Autoreifen gesteckt und herumgewirbelt. Sie wurde geschlagen und mit kaltem Wasser aus einem Hochdruckreiniger abgespritzt. Später wurde sie wieder angezogen und mit verbundenen Augen in einen Befragungsraum verbracht und dort von einem uniformierten Mann vergewaltigt. Im Anschluss an die Vergewaltigung wurde sie während einer Stunde von mehreren Personen geschlagen und davor gewarnt, das Geschehene zu melden.³⁷ In Bezug auf die Qualifikation als Folter hob der Gerichtshof hervor, dass die Vergewaltigung durch einen Staatsbeamten besonders schwer wiege angesichts des leicht auszunutzenden Machtgefälles zum wehrlosen Opfer. Auch die übrigen Misshandlungen seien bereits für sich betrachtet als Folter einzustufen.³⁸

Der wegen Betrugsvorwürfen inhaftierte Krzysztof Iwanczuk beantragte bei den 22 Gefängnisbehörden, seine Stimme bei den polnischen Parlamentswahlen abgeben zu dürfen. Die Gefängniswärter zwangen ihn, sich **nackt auszuziehen** und machten **derbe Scherze** über seinen Körper. Der Gerichtshof sah darin eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK.³⁹

2. «Assenov-Rechtsprechung»

Im Fall Assenov gg. Bulgarien vom 28.10.1998 ging es um eine behauptete, aber letztlich 23 nicht nachweisbare **Misshandlung** Anton Assenovs **durch Polizeibeamte**. Der damals 14-jährige Roma wurde wegen Glückspiels auf dem Marktplatz in Shoumen festgenommen. Sein Vater eilte herbei und schlug seinen Sohn mit einem Holzstock, um den Polizeibeamten zu zeigen, dass er ihn selbst bestrafen werde. Der Sohn wurde gleichwohl abgeführt. In einer ärztlichen Untersuchung vom Folgetag wurden verschiedene Hämatome an Arm, Schulter und Kopf festgestellt. Es liess sich nicht eruieren, ob die Verletzungen vom Vater oder – wie behauptet – im Polizeigewahrsam zugefügt wurden. Der Gerichtshof hob hervor, «*where an individual raises an arguable claim that he has been seriously ill-style-break=justifytreated by the police*», vermittelte Art. 3 EMRK einen Anspruch auf wirksame und vertiefte Untersuchung. Nur mit derartigen prozessualen Garantien könne der Schutz vor

³⁷EGMR, 25.9.1997, No. 23178/94, Aydin/Türkei, Ziff. 20 und 73.

³⁸EGMR, 25.9.1997, No. 23178/94, Aydin/Türkei, Ziff. 80–87.

³⁹EGMR, 15.11.2001, No. 25196/94, Iwan´czuk/Polen, Ziff. 59.

Misshandlungen praktisch auch umgesetzt werden.⁴⁰ Art. 13 vermittele den Opfern darüber hinaus Anspruch auf Zugang zur Untersuchung und zu Schadenersatz.⁴¹ Im Übrigen ist das Verhältnis zwischen den prozessualen Garantien aus Art. 3 EMRK und Art. 13 EMRK nicht restlos geklärt.⁴²

Nach der «Assenov-Rechtsprechung» gilt somit, dass wenn jemand vor Eintritt in Polizeigewahrsam unversehrt war, danach jedoch Anzeichen körperlicher Misshandlung aufweist, eine **Umkehr der Beweislast** stattzufinden hat. Der Betroffene muss lediglich «in vertretbarer Weise» eine Misshandlung geltend machen. Daraufhin hat der Staat die Vorwürfe vertieft abzuklären und darzulegen, dass die Beeinträchtigungen nicht von den Beamten zugefügt wurden. Im Fall Dembele gg. die Schweiz stellte der Gerichtshof eine Verletzung der prozessualen Garantien von Art. 3 EMRK fest. Die zuständigen Behörden hatten die vom Beschwerdeführer in vertretbarer Weise vorgebrachten Misshandlungsvorwürfe weder rasch noch mit der notwendigen Sorgfalt abgeklärt.⁴³

24 In BGE 131 I 455 übernahm das Bundesgericht die Strassburger «Assenov-Rechtsprechung», wonach bei glaubhaft vorgebrachten Misshandlungsvorwürfen eine vertiefte Untersuchung stattzufinden hat. Es ging um einen schwer alkoholisierten (2.09‰) türkischen Staatsangehörigen, der von der St. Galler Polizei gewaltsam verhaftet wurde. Dabei erlitt er einen **Nasenbeinbruch**, Schürfwunden und Prellungen an Gesicht und Schulter sowie eine mittelschwere **Hirnerschütterung**. Damit das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafung oder Behandlung in der Praxis nicht wirkungslos bleibt, hat derjenige, der in vertretbarer Weise («de manière défendable», «arguable claim») behauptet, von der Polizei in einer Art. 3 EMRK verletzenden Weise misshandelt worden zu sein, Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung («une enquête officielle approfondie et effective»). Die Untersuchung muss zur Ermittlung und Bestrafung der Verantwortlichen führen können. Verhielte es sich anders, wäre das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafung oder Behandlung – trotz seiner grundlegenden Bedeutung – in der Praxis wirkungslos. Im Ergebnis folgte das Bundesgericht der Argumentation des Beschwerdeführers, wonach sich die Vorinstanz mit den Erklärungen

⁴⁰EGMR, 28.10.1998, No. 24760/94, Assenov u.a./Bulgarien, Ziff. 102.

⁴¹EGMR, 28.10.1998, No. 24760/94, Assenov u.a./Bulgarien, Ziff. 117; vgl. bereits EGMR, 18.12.1996, No. 21987/93, Aksoy/Türkei, Ziff. 98.

⁴²ALTERMANN, Ermittlungspflichten, 78 f.

⁴³EGMR, 24.9.2013, No. 74010/11, Dembele/Schweiz, Ziff. 66 ff.

der Polizeibeamten begnügte und dem begründeten Verdacht somit nicht in einer ausreichenden und wirksamen Weise nachging.⁴⁴

Im Urteil 6B_654/2007 vom 1.7.2008 verneinte das Bundesgericht eine Verletzung des Rechts 25 auf eine wirksame Beschwerde. Am 13.8.2006 wurde der Fahrzeuglenker X. in Zürich von der Stadtpolizei angehalten. Nach einer Atemluftkontrolle wurde er in Handschellen gelegt und zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration auf eine Polizeiwache geführt. Dort verweigerte er eine **Blutentnahme**, welche daraufhin gewaltsam durchgeführt wurde. Im Anschluss an die Entnahme wurde er ins Universitätsspital Zürich verbracht. X. machte vor Bundesgericht geltend, anlässlich der Verhaftung und der Blutentnahme von den Polizeibeamten und dem Amtsarzt misshandelt worden zu sein. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, eine Misshandlung sei nicht in vertretbarer Weise dargetan. Aus dem Spitalbericht gehe hervor, dass X. eingehend untersucht wurde. Dabei wurde zwar eine «leichte Abschürfung am Kopf rechts frontal», nicht jedoch der geltend gemachte Rippenbruch festgestellt. X. sei «in ordentlichem Allgemeinzustand» entlassen worden.⁴⁵ Der Entscheid überzeugt im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Die Übergriffe wurden entgegen dem Bundesgericht nämlich «in vertretbarer Weise» vorgebracht, durch die ärztliche Dokumentation indes widerlegt (Beweislastumkehr).

Die Assenov-Rechtsprechung hat auch Auswirkungen auf das **bundesgerichtliche Verfahren**. 26 Nach bisheriger Rechtsprechung konnten Opfer von Polizeigewalt nicht gegen Verfahrenseinstellungen oder Nichtanhandnahmen Beschwerde erheben, da sie nach der strengen Auslegung des Bundesgerichts nicht in ihren *Zivilansprüchen* tangiert waren: Amtshandlungen von Polizeibeamten unterstehen in aller Regel *öffentlich-rechtlichen* Haftungsvorschriften.⁴⁶ Sowohl einfache Geschädigte als auch Opfer können indes die Verletzung von Parteirechten rügen, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft («**Star-Praxis**»⁴⁷). Zu diesen Verfahrensrechten gehört auch der aus Art. 3 EMRK und Art. 10 Abs. 3 BV abgeleitete Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche

⁴⁴BGE 131 I 455 E. 2.

⁴⁵BGer, StrA, 1.7.2008, 6B_654/2007, E. 1.3.

⁴⁶BGE 128 IV 188 E. 2; 127 IV 189 E. 2b; 125 IV 161 E. 2b; vgl. Zürcher Fall, in dem ein Opfer durch einen Polizeieinsatz ein Bein verlor: BGer, KassH, 11.12.2005, 6P.84/2004; zu dieser (verfehlten) Bundesgerichtspraxis vgl. BSK BGG²-THOMMEN, Art. 81 N 13 sowie Ders., FS-Wiprächtiger, 87 ff.

⁴⁷BGE 114 Ia 307 E. 3c; 133 I 185 E. 6.2; BGer, StrA, 13.11.2007, 6B_380/2007, E. 2.

Untersuchung, wenn jemand in vertretbarer Weise («de manière défendable») vorbringt, von der Polizei erniedrigend behandelt worden zu sein. Art. 13 EMRK vermittelt insofern auch ein Recht auf eine wirksame Beschwerde an das Bundesgericht.⁴⁸

27 Nach der jüngsten Praxis können Beschwerdeführer, die in vertretbarer Weise eine Verletzung des Rechts auf Leben oder des Verbots unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung vorbringen, nicht mehr nur formelle Rechtsverweigerungen nach der «Star-Praxis» vorbringen, sondern sie sind ungeachtet der Auswirkungen auf Zivilforderungen zur Beschwerde in der Sache («sur le fond») legitimiert.⁴⁹ Dies wird überzeugend damit begründet, dass die verfassungs- und völkerrechtlichen Misshandlungsverbote auch einen Anspruch auf Bestrafung der Täter vermitteln. Dieser Bestrafungsanspruch kann nur wirksam durchgesetzt werden, wenn sich die Opfer staatlicher Gewalt auch in der Sache gegen Freisprüche, Nichtanhandnahmen und Einstellungen von Verfahren gegen (Polizei)Beamte wehren können.⁵⁰

28 Auch im Fall Ribitsch gg. Österreich vom 21.11.1995 ging es um Gewalt durch Polizeibeamte. Ronald Ribitsch, der unter dem Verdacht stand, einem bekannten österreichischen Rocksänger eine tödliche Heroindosis beschafft zu haben, wies bei der Entlassung aus dem **Polizeigewahrsam** verschiedene Blutergüsse am Arm auf, für deren Ursprung die österreichischen Behörden keine überzeugende Erklärung liefern konnten. Der Gerichtshof betonte, dass jede für die Strafverfolgungszwecke nicht unbedingt notwendige - **Gewaltanwendung** den Betroffenen in seiner Würde herabsetze und daher als unmenschliche Behandlung nach Art. 3 EMRK einzustufen sei.⁵¹ Nebst dem Anspruch auf lückenlose Aufklärung glaubwürdig behaupteter Übergriffe (Assenov-Rechtsprechung) hat der Gerichtshof im Fall Ribitsch als weitere verfahrensrechtliche Misshandlungsfolge

⁴⁸BGE 131 I 455 E. 1.2.5.

⁴⁹BGer, StrA, 16.2.2010, 6B_274/2009, E. 3.1.2.1; BGE 138 IV 86 E. 3.1.1.

⁵⁰BGer, StrA, 24.10.2011, 6B_364/2011, E. 2.2 («*La qualité pour recourir peut également découler d'un droit constitutionnel à l'application des peines prévues par le Code pénal. La jurisprudence a déduit des art. 10 al. 3 Cst., 7 Pacte ONU II, 3 CEDH [...] le droit pour la victime à l'application, aux responsables de ces traitements, des peines et mesures prévues par la loi pénale. Il en découle un droit pour la victime de tels traitements de recourir sur le fond contre une ordonnance de non-lieu ou de classement, ou contre le jugement d'acquiescement, rendu en faveur des prétendus responsables*»).

⁵¹EGMR, 4.12.1995, No. 18896/91, Ribitsch/Österreich, Ziff. 39.

hervorgehoben, dass der verantwortliche Staat seinen konventionsrechtlichen Verpflichtungen nicht entgehen kann unter Verweis auf einen innerstaatlich erfolgten **Freispruch** des Polizeibeamten.⁵²

3. Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)

Noch strengere Anforderungen an die Wirksamkeit und Tiefe der Abklärungen gelten, wenn 29 jemand in Polizeigewahrsam verstirbt. In Scavuzzo-Hager gg. Schweiz vom 7.2.2006 wurde die Schweiz erstmals wegen Verletzung von Art. 2 EMRK verurteilt.⁵³ Am 22.7.1994 wurde ein unter Drogeneinfluss stehender Mann von der Polizei in Bellinzona festgenommen, nachdem er auf ein Baugerüst geklettert war. Im Laufe der gewaltsamen Verhaftung verlor der Mann das Bewusstsein. Er konnte danach zwar von Sanitätern erfolgreich wiederbelebt werden, verstarb jedoch drei Tage später im Spital. Es konnte nicht abschliessend geklärt werden, ob der Tod (auch) auf eine übermässige **Gewalteinwirkung** der **Polizisten** zurückzuführen war. Materiell lag daher keine Verletzung von Art. 2 EMRK vor. Hingegen wurde der verfahrensrechtliche Aspekt von Art. 2 EMRK verletzt. Diese Bestimmung verpflichtete den Staat zu vertiefter und wirksamer Abklärung von Todesfällen bei Polizeieinsätzen. Dazu gehörten u.a. die Einholung von Augenzeugenberichten, Expertenmeinungen sowie die Anordnung einer Autopsie zur genauen Analyse der Todesursache. Wirksam sind jedoch nur unabhängig geführte Untersuchungen. Vorliegend wurden die Zeugen durch dieselben Polizisten befragt, welche auch die gewaltsame Verhaftung durchführten. Ferner wurden diese Polizeibeamten nie durch unabhängige Dritte befragt.⁵⁴

Nach ständiger Strassburger Rechtsprechung verbietet Art. 2 EMRK nicht nur staatliche 30 Tötungen («intentional and unlawful taking of life»), sondern gebietet auch staatlichen Lebensschutz. Insbesondere Gefangene geniessen aufgrund ihrer schwachen Position («vulnerable position») einen besonderen Schutzanspruch.⁵⁵ In Keenan gg. das Vereinigte

⁵²EGMR, 4.12.1995, No. 18896/91, Ribitsch/Österreich, Ziff. 34.

⁵³ Vgl. Scavuzzo-Hager et al. gegen die Schweiz auf: <www.humanrights.ch> (10. Juli 2014); vgl. zugrunde liegend EGMR, 7.2.2006, No. 41773/98, Scavuzzo-Hager u.a./Schweiz.

⁵⁴EGMR, 7.2.2006, No. 41773/98, Scavuzzo-Hager u.a./Schweiz, Ziff. 70–85; vgl. auch EMGR, 27.6.2000, No. 21986/93, Salman/Türkei, Ziff. 104 ff. und 118 ff.; EGMR, 27.9.1995, No. 18984/91, McCann u.a./Vereinigtes Königreich, Ziff. 161 f.

Königreich äusserte sich der Gerichtshof zu den Schutzmassnahmen, welche nach Art. 2 EMRK für **suizidgefährdete Gefangene** zu ergreifen sind.⁵⁶

Komplexe Schutzpflichtüberlegungen stellten sich der Walliser Justiz im Fall «**Rappaz**». Der Hanfbauer Bernard Rappaz protestierte mit einem Hungerstreik gegen den Vollzug seiner Gefängnisstrafe. Dabei stellte sich die Frage, ob ein Häftling mittels Zwangsernährung aktiv davon abgehalten werden kann oder sogar muss, sich zu Tode zu hungern. Die staatliche Pflicht, das Leben eines Vollzugsinsassen zu schützen, konkurrierte hier mit dessen Recht, eigenverantwortlich lebenserhaltende Massnahmen abzulehnen. Strafrechtlich betrachtet stand hier ein strafbewehrtes Eingriffsgebot (Tötung durch unterlassene Lebenserhaltung) einem ebenfalls strafbewehrten Eingriffsverbot (eigenmächtige Heilbehandlung gegen den Patientenwillen) gegenüber,⁵⁷ oder wie es Bundesgericht formulierte: «*Si une personne détenue poursuit une grève de la faim, cela peut inévitablement conduire à un conflit entre le droit à l'intégrité physique de l'individu, d'une part, et l'obligation positive de préserver la santé et la vie des détenus que l'art. 2 CEDH fait peser sur les États parties, d'autre part*»⁵⁸. Das Bundesgericht entschied, dass eine Zwangsernährung bei einem Protesthungerstreik auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden könne.⁵⁹ Der EGMR verneinte eine Verletzung des Rechts auf Leben (Art. 2 EMRK), ebenso wenig liege eine Misshandlung i.S.v. Art. 3 EMRK vor.⁶⁰

⁵⁵EGMR, 9.6.1998, No. 23413/94, L.C.B./Vereinigtes Königreich, Ziff. 36; zusammenfassend: Zulassungsentscheid No. 72032/01, Aronica/Deutschland, Ziff. 1.

⁵⁶EGMR, 3.4.2001, No. 27229/95, Keenan/Vereinigtes Königreich, Ziff. 89 ff.

⁵⁷Neue Zürcher Zeitung 03.7.2010, Nr. 151, S. 10; 19.7.2010, Nr. 164, S. 8; 30.7.2010, Nr. 174, S. 10; für den Vorrang von Eingriffsverboten vor Handlungspflichten s. BSK-StGB I, Art. 11 N 85.

⁵⁸BGE 136 IV 97 E. 6.1.1. (=Pra 100 [2011] Nr. 33: «*wenn eine inhaftierte Person einen Hungerstreik fortsetzt, kann dies unvermeidbar zu einem Konflikt zwischen dem Recht des Individuums auf körperliche Unversehrtheit einerseits und der positiven, von Art. 2 EMRK den Vertragsparteien auferlegten Pflicht, die Gesundheit und das Leben der Gefangenen zu schützen, andererseits führen.*»).

⁵⁹BGE 136 IV 97 E. 6. (=Pra 100 [2011] Nr. 33).

⁶⁰EGMR, 26.3.2013, No. 73175/10, Bernard Rappaz/Schweiz, Ziff. 58, 81.

4. Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen

In Kalashnikov gg. Russland vom 15.7.2002 ging es um den Präsidenten der North East 31 Commercial Bank in Moskau. Dieser wurde nach seiner Verhaftung für eine knapp 5-jährige Untersuchungs- und Sicherheitshaft nach Magadan im Fernosten Russlands verbracht. Die dortigen Haftbedingungen wurden vom Gerichtshof als «vollkommen **inakzeptabel**» und menschenunwürdig (Art. 3 EMRK) eingestuft.⁶¹ Die knapp 20 m² grosse ungelüftete Zelle, welche Schlafgelegenheiten für 8 Inhaftierte bot, war dauernd von minimal 11 und maximal 24 Personen belegt. Die Insassen hatten in **Schichten** zu **schlafen**. Die sanitären Einrichtungen boten keinerlei Privatsphäre und waren in pitoyablem Zustand. Der Betroffene erlitt mehrere Haut- und Pilzerkrankungen.

Die Haftbedingungen von Untersuchungsgefangenen oder im Strafvollzug werden nach 32 langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch daraufhin geprüft, ob die **Menschenwürde** der betroffenen Personen beachtet wird.⁶² Auch der EGMR hat wiederholt Gewicht auf die Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen gelegt. So hielt er im Urteil Kudla gg. Polen vom 26.10.2000 fest: «*Nevertheless, the State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity, that the manner and method of the execution of the measure do not subject him to distress or hardship of an intensity exceeding the unavoidable level of suffering inherent in detention and that, given the practical demands of imprisonment, his health and well-being are adequately secured by, among other things, providing him with the requisite medical assistance*»⁶³.

Für die Beurteilung der Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen unterscheiden weder die 33 Konventionsorgane noch das Bundesgericht zwischen strafprozessualen Formen des Freiheitsentzugs (**Untersuchungs-, Sicherheitshaft**) und dem **ordentlichen Strafvollzug**.⁶⁴ Anerkannte Unterschiede bestehen indes z.B. in Bezug auf die Pflicht von Inhaftierten zur Verrichtung zugewiesener Arbeit.⁶⁵ Auch die naturgemäss nur während des

⁶¹EGMR, 15.7.2002, No. 47095/99, Kalashnikov/Russland, Ziff. 92 ff.

⁶²SCHWEIZER, Menschenwürde, 161; BGE 97 I 45; 99 Ia 262; 102 Ia 302 E. 1a; 109 Ia 273; 113 Ia 325 E. 4; 116 Ia 420; 119 Ia 71; 118 Ia 64; 123 I 221; BGer, I. ÖRA, 15.6.2006, 1P.265/2006.

⁶³EGMR, 26.10.2000, No. 30210/96, Kudla/Polen, Ziff. 94.

⁶⁴BGE 118 Ia 64, 80; BGer, I. ÖRA, 1P.393/1993, E. 2e (unv.).

⁶⁵BGE 123 I 221, 236 ff.

Untersuchungsverfahrens bestehende Kollusionsgefahr kann weitergehende Einschränkungen rechtfertigen.⁶⁶

- 34 In BGE 124 I 231 hatte das Bundesgericht die Behandlung eines Inhaftierten während einer Disziplinarstrafe zu beurteilen. Weder die ungenügende **Belüftung** der Zelle und das fehlende Tageslicht noch der Umstand, dass der Inhaftierte angeblich sein **Geschirr** mit Wasser aus der **Toilette** waschen musste, wurden als unmenschliche und erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft. Das Bundesgericht hielt fest, dass künstliches Licht ausreiche und wies auf die Möglichkeit hin, das Geschirr einmal täglich mit heissem Wasser zu waschen.⁶⁷ In jenem Urteil wird ferner ein Kommissionsentscheid erwähnt, wonach das Verbot, während «scharfer Militärhaft» tagsüber das Zellenbett zu gebrauchen, angesichts der «bloss» fünftägigen Dauer nicht unmenschlich sei.⁶⁸ Beide Entscheide dürften durch die «Kudla-Rechtsprechung»⁶⁹ überholt sein und ganz allgemein dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widersprechen. Das (faktische) **Schlafverbot** und die unter Hygienegesichtspunkten fragwürdige Beschränkung des Abwaschens gehen über die mit der Haft notwendig verbundenen Beeinträchtigungen hinaus.
- 34a Das Bundesgericht entschied kürzlich in Bezug auf das Gefängnis **Champ-Dollon**, dass es verfassungs- und konventionswidrig sein könne, in einer für drei Gefangene vorgesehenen Zelle mit einer Bruttofläche von 23 m² sechs Gefangene unterzubringen, wenn sich die Haft auf nahezu drei aufeinanderfolgende Monate erstreckt und sie mit anderen Mängeln, wie der Einschliessung in der Zelle während 23 von 24 Stunden, verbunden ist.⁷⁰
- 35 Zum Recht, während der Untersuchungshaft **Besuch** zu empfangen, hielt das Bundesgericht fest, dass die einem Untersuchungsgefangenen (nebst dem Freiheitsentzug) auferlegten Beschränkungen umso einschneidender sein dürfen, je grösser die Gefahren von Flucht, Kollusion oder Unruhestiftung erscheinen. Nicht statthaft sind Beschränkungen, die dem Gebot «*eines menschenwürdigen, von schikanösen und sachlich nicht begründeten Eingriffen freien Vollzugs widersprechen*»⁷¹. Bei einem inhaftierten mutmasslichen Mitglied einer

⁶⁶BGer, I. ÖRA, 25.2.1994, 1P.12/1994, E. 4 (unv.).

⁶⁷BGE 124 I 231 E. 2c.cc.

⁶⁸BGE 124 I 231 E. 2.cc m.Hinw. auf «requête no 7341/76, DR 6, p. 170 ss.».

⁶⁹EMGR, 26.10.2000, No. 30210/96, Kudla/Polen, Ziff. 94, vgl. N 32.

⁷⁰BGer, I. ÖRA, 26. Februar 2014, 1B_335/2013, E 3.6.3.; vgl. auch Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 26. Februar 2014, 1B_336/2013, 1B_369/2013, 1B_404/2013.

⁷¹BGE 118 Ia 64 E. 2d; 113 Ia 325 E. 4; 102 Ia 302 E. 1.

Drogenhändlerbande bestand eine «ausgesprochen grosse Kollusionsgefahr». Das Verbot, den (nicht angeschuldigten) Bruder zu sehen, wurde weder als schickanös noch als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft.⁷²

Nach der Rechtsprechung kann auch **Isolationshaft** menschenunwürdig sein, insbesondere bei erschwerenden Umständen wie langer Haftdauer, kleinen Zellen, wenig Licht, ungenügender Ernährung und übermässiger Einschränkung des Kontaktes mit der Aussenwelt.⁷³

Auf mehrere Beschwerden von Ludwig A. Minelli hatte sich das Bundesgericht in abstrakten Normenkontrollverfahren mit den Haftbedingungen im Kanton Zürich zu befassen.⁷⁴ Der Beschwerdeführer erstritt dabei sukzessive ein uneinschränkbares Recht Inhaftierter auf einen mindestens **einstündigen Spaziergang** im Freien pro Tag.⁷⁵

Das Verbot der Benützung einer privaten **Playstation** (Spielkonsole) in der Untersuchungshaft ist mit der persönlichen Freiheit vereinbar. Aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit ergibt sich keine Verpflichtung des Staates, den Untersuchungs- und Strafgefangenen jede innerhalb des Gefängnisses technisch mögliche Unterhaltung zu vermitteln. Bei der strittigen Benutzung einer Spielkonsole geht es nicht um die Gewährleistung des für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mindestmasses an Freiheit.⁷⁶

5. Unwürdigkeit anderer strafprozessualer Massnahmen

Damit eine Behandlung als menschenunwürdig eingestuft werden kann, muss sie eine gewisse Schwere erreichen. Ein Beschwerdeführer machte geltend, vom Gericht despektierlich behandelt worden zu sein. Nach dem Bundesgericht sei in der subjektiv empfundenen mangelnden Freundlichkeit des Gerichts weder eine die Menschenwürde verachtende oder erniedrigende Behandlung noch eine Demütigung zu erkennen.⁷⁷

⁷²BGer, I. ÖRA, 25.2.1994, 1P.12/1994, E. 4 (unv.).

⁷³BGE 123 I 221, 233, wohl obiter dictum.

⁷⁴BGE 99 I 262; 102 Ia 279; 118 Ia 64 sowie BGer, I. ÖRA, 1P.393/1993 (unv.).

⁷⁵Vgl. noch BGE 118 Ia 64 E. 3k und dann deutlich: BGE 122 I 222 E. 4; jüngst BGer, StrA, 14.4.2008, 6B_55/2008, E. 2.

⁷⁶BGer, I. ÖRA, 22.1.2007, 1P.780/2006, E. 2, m.Hinw. auf BGE 99 Ia 262 E. 11c.

⁷⁷BGer, KassH, 6P.147/2006 und 6S.324/2006 vom 6.11.2006, E. 3 m.w.Hinw.

Eine Beschwerdeführerin wandte sich gegen die **Beschlagnahme** und Entsiegelung ihres **Tagebuchs**. Ihrem Lebenspartner wurden diverse Vermögens- und Sexualdelikte vorgeworfen. Abzuklären war ihre Beteiligung daran. Die Beschwerdeführerin machte geltend, die Lektüre ihrer intimsten Gedanken durch die Untersuchungsbehörde wäre für sie unerträglich und würde sie in ihrer Menschenwürde fundamental verletzen. Zum Kerngehalt des Grundrechts auf geistige Unversehrtheit (Art. 10 BV) und Achtung des Privatlebens (Art. 13 BV) gehöre auch das Recht, Höchstpersönliches niederzuschreiben, ohne dass irgendjemand in diese Notizen Einsicht nehmen dürfe. Dieses Recht sei unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Das Bundesgericht mass den Strafverfolgungsinteressen mehr Gewicht bei als der Privatsphäre der ebenfalls bereits beschuldigten Beschwerdeführerin. Zudem könne «*von einer Antastung des Kernbereichs der persönlichen Freiheit oder der Privatsphäre der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 36 Abs. 4 BV keine Rede sein*». ⁷⁸

- 40 Gemäss dem «**Zwangsrasur-Entscheid**» vom 3.9.1986 stelle die Anordnung einer Bartrasur zwecks Konfrontation des Beschuldigten mit Zeugen eines ihm vorgeworfenen schweren Verbrechens keine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK dar. ⁷⁹
- 41 Unter Hinweis auf das Interesse an der Verhinderung von Rückfallstaten erwog das Bundesgericht, dass die Erstellung eines **DNA-Profiles** nicht als schwerer Grundrechtseingriff zu werten und daher sowohl mit der Menschenwürde als auch mit der Unschuldsvermutung zu vereinbaren sei. ⁸⁰
- 42 In Bilgin gg. die Türkei stufte der Gerichtshof die **Zerstörung** und **Niederbrennung** von Ihsan Bilgins Heim und Habe durch türkische Sicherheitskräfte als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK ein. ⁸¹

⁷⁸BGer, I. ÖRA, 19.12.2006, 1P.519/2006, E. 3.

⁷⁹BGE 112 Ia 161 E. 5.

⁸⁰BGer, I. ÖRA, 30.5.2007, 1C_59/2007, E. 4.

⁸¹EGMR, 16.11.2000, No. 23819/94, Bilgin/Türkei, Ziff. 96 und 104; im gleichen Sinne EGMR, 30.1.2001, No. 25801/94, Dulas/Türkei, Ziff. 54 ff.

V. Treu und Glauben (Abs. 2 lit. a)

Nach ständiger Rechtsprechung⁸² und herrschender Lehre⁸³ sind das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, sowie das Rechtsmissbrauchsverbot Rechtsgrundsätze mit allgemeiner Geltung: «Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung».⁸⁴ Sie sollen sich nicht nur an die **Strafbehörden**, sondern auch an alle «privaten» Verfahrensbeteiligten richten,⁸⁵ insb. an den Beschuldigten⁸⁶ und seinen Anwalt⁸⁷ sowie die Privatklägerschaft und ihren Rechtsbeistand.⁸⁸ Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO verpflichtet jedoch nur die Strafbehörden, den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten, nach lit. b ist ihnen der Rechtsmissbrauch verboten.

Damit stellt sich die Frage, in welchem **Verhältnis** Treu und Glauben einerseits und Rechtsmissbrauch andererseits zueinander stehen und wer die Adressaten dieser Grundsätze sind. Die Botschaft trifft keine inhaltliche Unterscheidung zwischen den Grundsätzen in lit. a und lit. b.⁸⁹ Ist das Rechtsmissbrauchsverbot lediglich die (negative) Kehrseite des Gebots,

⁸²BGE 114 Ia 349 (= Pra 1989 Nr. 1), E. 4d; 115 IV 167 (= Pra 1990 Nr. 205), E. 4b; 121 I 181 E. 2a.

⁸³Nachweise bei SCHMID, Handbuch²■, N 91 ff.

⁸⁴BGE 131 I 185 E. 3.2.4.

⁸⁵MACALUSO/PIQUEREZ, procédure³, N 431 («*Le principe de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit, s'imposent également au justiciable, plus exactement à tous les sujets du procès [prévenu, lésé et leurs avocats]*»).

⁸⁶BGer, I. ÖRA, 30.10.2013, 1B_321/2013, E. 2.1: («*Même si l'art. 3 al. 2 let. a CPP ne semble imposer qu'aux autorités pénales de se conformer au principe de la bonne foi, le respect des shyrègles de la bonne foi vaut aussi pour le prévenu*»).

⁸⁷Vgl. WOHLERS, AJP 2006, 625 m.w.Hinw.

⁸⁸SCHMID, Handbuch²■, N 93.

⁸⁹BOTSCHAFT 2005c, 1128 («*Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs [Bst. a und b] werden die in Artikel 2 ZGB für das Zivilrecht statuierten Maximen ausdrücklich auf das Strafprozessrecht ausgedehnt*»).

nach Treu und Glauben zu handeln?⁹⁰ Folgt das Rechtsmissbrauchsverbot aus Treu und Glauben?⁹¹ Lassen sich die beiden Begriffe synonym verwenden? Die öffentlich-rechtliche Rechtsprechung und Lehre sehen das Rechtsmissbrauchsverbot mehrheitlich als Teilgehalt von Treu und Glauben.⁹² Danach umfasst der Grundsatz von Treu und Glauben den Vertrauensschutz, das Rechtsmissbrauchsverbot und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.⁹³ Differenzierend wird das Rechtsmissbrauchsverbot im öffentlichen Recht in die vier Fallgruppen der zweckwidrigen Verwendung eines Rechts, der Umgehung, des widersprüchlichen Verhaltens und der Füllung unechter Lücken aufgegliedert, wobei nur das Verbot widersprüchlichen Verhaltens vollständig auf Treu und Glauben zurückgeführt wird.⁹⁴ Nach der strafprozessualen Lehre sind das Gebot vertrauensvoller Rechtsanwendung, das Rechtsmissbrauchsverbot und das Willkürverbot „*immanente Bestandteile jeder Rechtsnorm*“.⁹⁵ Nach anderer Auffassung ist die staatliche Verpflichtung, nach Treu und Glauben zu handeln, ein Bestandteil des fairen Verfahrens, während sich der Treuegrundsatz für den Beschuldigten darin erschöpft, keinen missbräuchlichen Gebrauch von Rechten zu machen.⁹⁶

- 45 Wenn zusammenfassend unklar bleibt, in welcher Beziehung die Grundsätze zueinander stehen, dann liegt dies einerseits daran, dass privat- und öffentlich-rechtliche Rechtsgrundsätze unbesehen auf den Strafprozess übertragen werden und andererseits, dass nicht immer hinreichend deutlich danach differenziert wird, an wen sich diese Prinzipien richten. Um das Verhältnis zu klären, werden Treu und Glauben (43 ff.) und Rechtsmissbrauch (N 67 ff.) getrennt abgehandelt. Dabei werden jeweils zuerst die

⁹⁰So ZIMMERLIN, Diss., N 80 («Für die Verfahrensbeteiligten zeigt sich die Geltung des Gebots von Treu und Glauben vorab in seiner Kehrseite, dem Verbot des Rechtsmissbrauchs»).

⁹¹MACALUSO/PIQUEREZ, *procédure*³, N 431 («Le principe de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit»).

⁹²BGE 110 Ib 332 E 3a («Das Rechtsmissbrauchsverbot als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben») m.Hinw. auf h.L.; zum Ganzen GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 113 und 183.

⁹³CHEN, Diss., 1. Kap. V. 2. B. b.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁶, 622 ff.

⁹⁴GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 181, 186.

⁹⁵SCHMID, Handbuch²■, N 91.

⁹⁶Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 StPO N 7 und 12.

Konsequenzen für die staatlichen (N 72 ff.) und sodann für die privaten (N 78 ff.) Adressaten untersucht.

1. Treuwidriges Handeln von Strafbehörden

Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO verpflichtet die *Strafbehörden*, den Grundsatz von Treu und Glauben 46 zu beachten. Damit wird auf der Ebene des einfachen Bundesgesetzes zum Ausdruck gebracht, was Art. 5 Abs. 3 BV als Programm vorgibt: «*Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben*». Art. 9 BV («*Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden*») setzt dieses Programm um in einen einklagbaren verfassungsrechtlichen Individualanspruch auf willkürfreies Staatshandeln und auf Schutz berechtigten Vertrauens in Behördenverhalten.⁹⁷

Zur Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben nach Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO kann 47 deshalb an erster Stelle die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Doktrin zum **Vertrauensschutz** herangezogen werden:⁹⁸ Nach der Rechtsprechung verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden.⁹⁹ Für den Strafprozess relevant sind v.a. das Vertrauen in unrichtige Rechtsmittelbelehrungen,¹⁰⁰ die staatliche Duldung rechtswidriger Zustände¹⁰¹ als potentielle Vertrauensgrundlage sowie das Vertrauen auf den Bestand einer Gerichtspraxis¹⁰²:

–Im Begleitbericht zum Vorentwurf wurde als Bsp. zum Vertrauensschutz angeführt, dass sich 48 die privaten Verfahrensbeteiligten auf behördliche **Auskünfte** und **Zusicherungen** verlassen können: «*So darf sich der juristisch unerfahrene Bürger auf die ihm von den Behörden genannten **Fristen** verlassen, auch wenn diese nicht mit dem Gesetz*

⁹⁷BIAGGINI, Kommentar, Art. 9 BV N 2 und 13; ZIMMERLIN, Diss., 74; zur Abgrenzung von Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV im Detail WEBER-DÜRLER, ZBl 103/2002, 282 ff.

⁹⁸Diff. zur Herleitung, WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 36 ff.

⁹⁹BGE 126 II 377, E. 3a; 122 II 113 E. 3b/cc; 117 Ia 285 E. 2b.

¹⁰⁰BGer, StrA, 27.8.2013, 6B_149/2013; betr. Vertrauen auf falsche Rechtsmittelbelehrung; zum Vertrauensschutz bei behördlichen Auskünften und Zusagen eingehend WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 195 ff.

¹⁰¹Dazu WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 230 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, N 652.

¹⁰²WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, 234 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, N 638 f.

übereinstimmen».¹⁰³ Auskünfte und Belehrungen sind klar und verständlich zu formulieren. Unklarheiten aufgrund mehrdeutiger Äusserungen Privater sind durch Nachfragen auszuräumen.¹⁰⁴

- 49 – Nach ständiger Rechtsprechung dürfen Parteien aus unrichtiger **Rechtsmittelbelehrung** keine Nachteile erwachsen. Diesen Schutz kann eine Partei nur beanspruchen, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf diesen Grundsatz berufen.¹⁰⁵ Nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt vermag jedoch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur, wenn der Belehrungsmangel für den Rechtsuchenden allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre.¹⁰⁶ Dass eine Rechtsmittelbelehrung (bloss) einer publizierten Gerichtspraxis widerspricht, kann somit auch einem rechtskundigen Adressaten nicht entgegengehalten werden.
- 50 – Nach Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes entschied das Bundesgericht, dass strafprozessuale Zwischenentscheide (Beschlagnahmen, Kontosperrungen) in **Abweichung von der früheren Praxis** neu als vorsorgliche Massnahmen zu behandeln sind und daher kein Fristenstillstand während den Gerichtsferien gilt. Weil die Einstufung als «vorsorgliche Massnahme» aufgrund der erfolgten Revision der Bundesrechtspflege nicht ausreichend klar vorhersehbar war, wurde die verspätete Beschwerde unter Hinweis auf Treu und Glauben dennoch behandelt.¹⁰⁷
- 51 – Ein erwartungsbegründendes Verhalten kann auch darin liegen, dass eine Behörde nicht nur in einem Fall, sondern in **ständiger Praxis vom Gesetz abweicht** und zu erkennen

¹⁰³Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung Bundesamt für Justiz, Bern 2001, S. 33.

¹⁰⁴Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 StPO N 9 m.w.Hinw.; CHEN, Diss., 4. Kap. II. 2.

¹⁰⁵BGer, StrA, 11.4.2013, 6B_674/2012, E. 1.6 («Die rechtskundige Oberstaatsanwaltschaft musste wissen, dass ... die Berufung innert 10 Tagen seit Eröffnung des Urteils anzumelden ist [Art. 399 Abs. 1 StPO]. Sie kann sich deshalb nicht auf den Vertrauensschutz berufen»).

¹⁰⁶So BGE 135 III 374 E. 1.2.2.1 m.Hinw. auf die ständige Praxis: 134 I 199 E. 1.3.1; 129 II 125 E. 3.3; 124 I 255 E. 1a/aa; 117 Ia 297 E. 2; 117 Ia 421 E. 2c.

¹⁰⁷BGE 135 I 257; s.a. BGE 133 I 270 (betr. Haft).

gibt, auch in Zukunft nicht einzuschreiten. Hier kann der Beschuldigte verlangen, gleich behandelt, d.h. ebenfalls gesetzwidrig begünstigt zu werden.¹⁰⁸ In casu ging es um ein einmaliges Einschreiten der Zürcher Bezirksanwaltschaft gegen die Inhaber einer Videothek wegen fortgesetzter unzüchtiger Veröffentlichung. Nicht überzeugend ist der Entscheid im Ergebnis, wonach keine Ungleichbehandlung vorliege, weil die Zürcher Behörden in Zukunft eine gesetzmässige Praxis zu gewährleisten hätten.¹⁰⁹

- In einem Betäubungsmittelfall machte ein Beschwerdeführer erfolglos geltend, seine Strafe 52 sei wegen **staatlicher Duldung** seines vorschriftswidrigen Verhaltens zu mildern. Er habe nur deshalb die grosse Menge von 800 kg Hanf als «**Duftkissen**» verkaufen können, weil die Polizei nicht früher eingeschritten sei.¹¹⁰
- Verwendet die Staatsanwaltschaft zur Deckung der Kosten des Strafverfahrens die von 53 einer Dritten zur Verfügung gestellte Kautions, ist dies aus **sachlichen Gründen** nicht haltbar und verletzt damit die in Art. 9 BV verankerte Garantie des Schutzes vor Willkür und der Wahrung von Treu und Glauben.¹¹¹

Widersprüchliches Staatshandeln verstösst gegen Treu und Glauben.¹¹² Ebenso verbietet 54 der Grundsatz von Treu und Glauben dem Staat, den Beschuldigten zu **täuschen**.¹¹³

- Wenn eine **Opferhilfestelle** nach Einreichung eines Entschädigungs- und 55 Genugtuungsbegehrens (zu Unrecht) zur Substanziierung der Schadensposten auffordert, aber keine weiteren Angaben verlangt, so verstösst es gegen Treu und Glauben, das Gesuch mangels solcher weiterer Angaben abzuweisen.¹¹⁴

56

¹⁰⁸BGE 115 Ia 81 (= Pra 1990 Nr. 40) E. 2; s.a. BGE 108 I a 212 E. 4a (Anspruch auf Gleichbehandlung verneint wegen entgegenstehender berechtigter Interessen eines Dritten an gesetzmässiger Rechtsanwendung).

¹⁰⁹BGE 115 Ia 81 E. 3.

¹¹⁰BGer, KassH, 13.1.2006, 6P.100/2005, 6S.323/2005; 6P.103/2005, 6S.329/2005, E. 4.2.

¹¹¹BGE 135 I 63 E. 4.

¹¹²HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, N 708; diff. WEBER-DÜRLER, ZBl 103/2002 S. 281, 283.

¹¹³BGE 121 I 181 E. 2. a («*Le principe de la bonne foi entre administration et administré exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré*»); s.a. ZIMMERLIN, Diss., N 76. Für die Beweiserhebung ergibt sich das Täuschungsverbot freilich schon aus Art. 140 Abs. 1.

¹¹⁴BGE 126 II 27 (Regeste); Bsp. übernommen aus HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, N 709.

- In BGE 121 I 181 entschied das Bundesgericht wenig überzeugend, dass es gegenüber dem Beschuldigten nicht treuwidrig sei, einen von dessen Ehefrau aus Deutschland als **Haftentlassungskaution** überwiesenen Betrag von CHF 100.000 sogleich zu beschlagnahmen und den Beschuldigten in Haft zu belassen. Hingegen seien die Bestimmungen zur rechtshilfeweisen Beschlagnahme gegenüber Deutschland treuwidrig umgangen worden.
- 57 – **Tatprovokationen** durch einen «agent provocateur» werden als unzulässiges täuschendes Staatshandeln eingestuft.¹¹⁵ Wenn verdeckte Ermittler der Polizei («undercover agents») nicht bloss passiv eine vorbestehende Tatbereitschaft näher untersuchen, sondern die Zielperson aktiv zu einer Straftat anstiften, geht der EMGR von einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren aus.¹¹⁶ Hier liesse sich generell argumentieren, dass sich die staatlichen Polizeibehörden mit einer Tatprovokation in Widerspruch setzen zu ihrem Kernauftrag, Straftaten zu verhindern.
- 58 – Problematisch ist der Vertrauensschutz dort, wo eine staatliche Behörde mehr **verspricht**, als sie einhalten kann: Ein auf den Philippinen lebender Schweizer Drogenhändler wollte «strafrechtlich reinen Tisch» machen. Er vereinbarte mit dem Zürcher Staatsanwalt, sich gegen Gewährung einer bedingten zweijährigen Freiheitsstrafe einem abgekürzten Verfahren zu stellen. Daraufhin reiste er in die Schweiz. Das Gericht verweigerte in der Folge die Genehmigung des abgekürzten Verfahrens, weil es die vereinbarte Strafe für zu mild hielt. Es liess den Angeklagten vor Schranken festnehmen.¹¹⁷ Hier hatte der Staatsanwalt eine freiwillige Einreise durch eine Zusage (bedingter Strafvollzug) erwirkt, deren Erfüllung er nur beantragen, nicht aber garantieren konnte. Gleichwohl ist das Vertrauen nur dann nicht schützenswert, wenn dem Beschuldigten trotz der «Zusicherung» des Staatsanwalts tatsächlich bewusst war, dass er eine unbedingte Verurteilung riskierte.¹¹⁸
- 59 – Treuwidrig ist es auch, Beschuldigte in eine **Falle** tappen zu lassen. Die Ehefrau eines inhaftierten Beschuldigten fragte bei der Staatsanwaltschaft nach, ob sie ihren Mann in der

¹¹⁵ZIMMERLIN, Diss., N 76 m.w.Bsp..

¹¹⁶EGMR, 9.6.1998, No. 25829/94, Teixeira de Castro/Portugal, Ziff. 38 f.

¹¹⁷Beschluss (DG110163) des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 21.6.2011.

¹¹⁸Zur Begründung THOMMEN, kurzer Prozess, 201 und 215; ferner MEYER, HRRS 2011, 18 ff., 20 («Das Wissen um die rechtliche Unverlässlichkeit der Zusage, das die Schutzwürdigkeit ggf. entfallen liesse, kann dem Angeklagten ... weder unterstellt noch über seinen Verteidiger zugerechnet werden»).

Haft besuchen könne. Der Staatsanwalt, welcher gegen die Ehefrau auch einen dringenden Tatverdacht hegte, bejahte dies und wies sie an, sich mit ihren Ausweispapieren bei der Polizei zu melden. Als sie sich dort einfand, liess er sie festnehmen.¹¹⁹

- Eine einbürgerungswillige Familie wurde vom Gemeinderat der zürcherischen Gemeinde Weiningen zu einem Gespräch eingeladen (*«Vor Antragsstellung möchte sich die Bürgerkommission mit Ihnen unterhalten, damit diese Sie kennen lernen und etwas über Ihre Beweggründe zum Einbürgerungsgesuch erfahren kann.»*). Das Bundesgericht taxierte es als treuwidrig, dass anlässlich dieses Gesprächs **unangekündigt** das Allgemeinwissen der Familienmitglieder in Geografie und Staatskunde geprüft wurde und die Familie damit keine Möglichkeit hatte, sich entsprechend darauf vorzubereiten.¹²⁰
- Es ist widersprüchlich und verstösst damit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, einem **Anzeigerstatter** die Rechtskraft einer vorangehenden Nichtanhandnahmeverfügung entgegenzuhalten, nachdem die Behörde ihn mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Einreichung einer neuen Strafanzeige von der förmlichen Anfechtung jener Verfügung abgehalten hatte.¹²¹

2. Treuwidriges Handeln privater Verfahrensbeteiligter

Art. 3 Abs. 2 lit. a verpflichtet die *Strafbehörden*, den Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Bereits Art. 3 Abs. 2 des Vorentwurfs zur Strafprozessordnung nahm explizit nur die Strafbehörden in die Pflicht. Gleichwohl wurde im Bericht zum Vorentwurf die Auffassung vertreten, dass *«die Strafbehörden und die privaten Verfahrensbeteiligten»* zur Wahrung von Treu und Glauben gehalten seien.¹²² Diese Ausdehnung des **Adressatenkreises** wurde unterdessen vom Bundesgericht und der Lehre ohne weitere Begründungen übernommen.¹²³

¹¹⁹Dem Verfasser bekannte Details eines kantonalen Strafverfahrens.

¹²⁰BGer, I. ÖRA, 14.2.2014, 1D_3/2013, E. 3.7.2.

¹²¹BGer, I. ÖRA, 7.1.2003, 1P.511/2002 (= Pra 2003 Nr. 118), E. 4.3.

¹²²Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung Bundesamt für Justiz, Bern 2001, S. 33.

¹²³BGer, I. ÖRA, 30.10.2013, 1B_321/2013, E. 2.1 (*«Même si l'art. 3 al. 2 let. a CPP ne semble imposer qu'aux autorités pénales de se conformer au principe de la bonne foi, le respect des règles de la bonne foi vaut aussi pour le prévenu»*); bereits unter altem Recht BGer, I. ÖRA, 22.3.2009, 1B_365/2009, E. 3.3 (*«Ein solches Verhalten ist mit dem auch für*

Mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 3 Abs. 2 lit. a lässt sich diese Interpretation nicht in Einklang bringen.

- 63 Der Grundsatz, wonach *jedermann* in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat und der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet, ist in **Art. 2 Abs. 1 ZGB** unter der Marginalie **«Handeln nach Treu und Glauben»** verankert. Eine allgemeine Pflicht, im Strafprozess nach Treu und Glauben zu handeln, wird auch aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens (**«venire contra factum proprium»**) abgeleitet.¹²⁴ Entgegen dem Bundesgericht und dem Bundesrat, welche diese zivilrechtliche *Maxime tel quel* auf den Strafprozess übertragen,¹²⁵ lassen sich aus Art. 2 ZGB nicht unbesehen strafprozessuale Pflichten für private Verfahrensbeteiligte ableiten.¹²⁶ Eine solche Ableitung verbietet sich nur schon deshalb, weil sich im Zivilrecht (zumindest idealtypisch) zwei private Parteien auf Augenhöhe gegenüberstehen, während der Strafprozess von einem Machtgefälle zwischen den Strafbehörden und den privaten Verfahrensbeteiligten gekennzeichnet ist.¹²⁷ Für den Beschuldigten kommt hinzu, dass eine Haupterrungenschaft des modernen Strafprozesses gerade darin besteht, den Beschuldigten nicht länger zu Geständnis und Kooperation zu zwingen (**Selbstbelastungsfreiheit**, «*nemo*

Private geltenden Gebot des Handelns nach Treu und Glauben [Art. 5 Abs. 3 BV] nicht vereinbar»); MACALUSO/PIQUEREZ, *procédure*³, N 431 (*«Le principe de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit, s'imposent également au justiciable, plus exactement à tous les sujets du procès [prévenu, lésé et leurs avocats]»*); SCHMID, Handbuch² ■, N 91 (*« Diese Prinzipien sind von allen Beteiligten des Strafverfahrens zu beachten, auch wenn dies in den Prozessgesetzen nicht immer explizit statuiert ist»*).

¹²⁴BGer, I. ÖRA, 7.1.2003, 1P.511/2002 (= Pra 2003 Nr. 118), E. 4.3 (*«Dieser Auffassung kann nach Treu und Glauben nicht gefolgt werden. Zunächst erscheint das Verhalten der kantonalen Behörden in sich widersprüchlich [«venire contra factum proprium»]*); weiter Schmid, Handbuch² ■, N 93.

¹²⁵BGE 107 Ia 206 E. 3a (*«Le principe de la bonne foi ancré à l'art. 2 CC et étendu par le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence relative à l'art. 4 Cst., à l'ensemble des domaines du droit et en particulier à la procédure civile et pénale»*); BOTSCHAFT 2005c, 1128.

¹²⁶Kritisch zur Übernahme der privatrechtlichen Rechtsmissbrauchs doktrin ins öffentliche Recht GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 134.

¹²⁷Gleich ARZT, FS-Schmid, 643 f.

tenetur se ipsum accusare»)).¹²⁸ Mitwirkungs-, Wahrheits- und sonstige Loyalitätspflichten können deshalb auch nicht unter Berufung auf Treu und Glauben durch die Hintertüre wieder eingeführt werden.¹²⁹ Im Gegensatz zum Zivilprozess sind für den Strafprozess «Waffenungleichheit, Obstruktion, Unfairness und die sanktionslose Hinnahme von Lügen einer Partei charakteristisch».¹³⁰ Insbesondere die Beschuldigten trifft deshalb keine Pflicht, für den reibungslosen Gang der Rechtspflege besorgt zu sein.¹³¹

Als Rechtsgrundlage für eine Pflicht privater Strafverfahrensbeteiligter, sich gegenüber dem Staat nach Treu und Glauben zu verhalten, bleibt somit einzig **Art. 5 Abs. 3 BV**, der unter dem Titel «**Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns**» bestimmt: «Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben». Dieser programmatischen Norm wird bereits für das öffentliche Recht die Eignung abgesprochen, unmittelbare Handlungspflichten für Private zu begründen.¹³² Erst recht hat dies für den im Strafprozess nicht mitwirkungspflichtigen Beschuldigten zu gelten.

Angesichts der fundamentalen Bedeutung dieses Prozessgrundsatzes macht es sich das

¹²⁸Art. 113 Abs. 1 StPO («Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern»); zur historischen Entwicklung zusammenfassend GSCHWEND/WINIGER, Abschaffung der Folter, 123 ff.

¹²⁹SCHMID, Handbuch², N 93 und Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 13 je m.Hinw.; wohl a.A. ZIMMERLIN, Diss., N 80 («Rechtsmissbräuchlich handelt, wer [...] bewusst unwahr [...] prozessiert»).

¹³⁰ARZT, FS-Schmid, 634.

¹³¹A.A. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 58 N 5 («Der Rechtsstaat kann es nicht dulden, dass Beschuldigte, Geschädigte und ihre Anwälte den Gang der Rechtspflege mutwillig behindern»); richtig hingegen WEBER, GA 1975, 294 («keine Treuepflicht des Beschuldigten [...] durch aktive Mitwirkung die Wahrheitsfindung [...] zu fördern oder auch nur dem Gericht die Arbeit zu erleichtern»).

¹³²BIAGGINI, Kommentar, Art. 5 BV N 24 («Im Übrigen ist der grundsatzartig formulierte Abs. 3 für sich allein nicht geeignet, zu Lasten Privater direkt sanktionierbare Handlungspflichten [i.S.v. verfassungsmässigen Grundpflichten] zu begründen»); krit. auch WEBER-DÜRLER, ZBl 103/2002, 282 («Am Rande sei bemerkt, dass diese Richtschnur für privates Handeln schlecht in die Reihe der rechtsstaatlichen Grundsätze passt, die sich im Übrigen durchwegs an den Staat richten»).

Bundesgericht zu einfach, wenn es die Geltung des Rechtsmissbrauchsverbots für den Beschuldigten in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage einfach behauptet,¹³³ oder zur Rechtsgrundlage gar keine Stellung nimmt.¹³⁴ Zusammenfassend **fehlt** es an einer genügenden **gesetzlichen Grundlage**, um auch Private im Strafprozess auf ein Handeln nach Treu und Glauben zu verpflichten.¹³⁵ Doch auch die Schaffung einer entsprechenden Gesetzesgrundlage würde nichts daran ändern, dass es grundsätzlich fragwürdig ist, von Privaten in Strafverfahren Loyalität einzufordern.¹³⁶

- 66 Aufgrund seiner bisherigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht auch in Zukunft Privatpersonen im Strafverfahren an den Grundsatz von Treu und Glauben binden wird. Damit ist die Frage nach dem **Regelungsgehalt** von Art. 3 Abs. 2 lit. a aufgeworfen. Nach der sehr weit gehenden Auffassung von PIQUEREZ/MACALUSO verlange der Grundsatz von Treu und Glauben, dass Behörden und Private im Hinblick auf einen geordneten und redlichen Verfahrensablauf zusammenarbeiten. Die Rechtsunterworfenen hätten ihre Rechte deshalb *«dans un esprit de loyauté»* auszuüben.¹³⁷ Eine solch pauschale **Loyalitätspflicht** des Einzelnen gegenüber dem Staat widerspricht dem Wesen des reformierten Strafprozesses, welcher den Beschuldigten als autonomes Verfahrenssubjekt ehrt, indem er ihm die Kooperation freistellt.¹³⁸ Erst recht lässt sich deshalb aus Treu und Glauben kein Verbot ableiten, den Prozess zu verzögern oder die Wahrheitssuche zu

¹³³BGer, I. ÖRA, 30.10.2013, 1B_321/2013, E. 2.1; s.a. SCHMID, Handbuch²■, N 91; s. Fn 123.

¹³⁴BGE 121 I 181 E. 2a.

¹³⁵Im Ergebnis gleich PIQUEREZ/MACALUSO, *procédure*³, N 431 (*«En ce sens, la lettre de l'article 3 al. 2 CPP est trop restrictive puisqu'elle n'évoque que les devoirs imposés aux autorités pénales»*).

¹³⁶Grundlegend WEBER, GA 1975, 293 ff.

¹³⁷PIQUEREZ/MACALUSO, *procédure*³, N 424 f.

¹³⁸Ähnlich ARZT, FS-Schmid, 642 (*«Sobald man nicht nur den Staat verpflichtet, den Bürger generell ... nach Treu und Glauben zu behandeln, sondern auch umgekehrt den Bürger ... zur Rechtsausübung nach Treu und Glauben verpflichtet, entsteht eine völlig neue Welt des Strafverfahrens»*).

behindern.¹³⁹ Nach richtiger Auffassung erschöpft sich die Bedeutung von Treu und Glauben für die privaten Verfahrensbeteiligten im Verbot des Rechtsmissbrauchs¹⁴⁰ (dazu N 78 ff.).

¹³⁹A.A. PIQUEREZ/MACALUSO, *procédure*³, N 433 («*Le principe de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit, s'opposent notamment à ce qu'une partie multiplie les moyens pour retarder l'issue de la procédure ou empêche la recherche de la vérité*»).

¹⁴⁰Donatsch/Hansjakob/Lieber, *Kommentar-WOHLERS*, Art. 3 N 12.

VI. Rechtsmissbrauch (Abs. 2 lit. b)

67 Die Strafbehörden beachten das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 3 Abs. 2 lit. b). Rechtsmissbrauch liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.¹⁴¹ Differenzierend wird das Rechtsmissbrauchsverbot im öffentlichen Recht in die vier Fallgruppen der zweckwidrigen Verwendung eines Rechts, der Umgehung, des widersprüchlichen Verhaltens und der Füllung unechter Lücken aufgegliedert.¹⁴² Einleitend (N 43 ff.) wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich aus den Materialien nicht ergibt, worin der Unterschied zwischen Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch im strafprozessualen Kontext liegen soll. Ebenso wenig nimmt der Gesetzgeber zum Inhalt des Rechtsmissbrauchsverbots Stellung. Während die Bestimmung im Parlament diskussionslos angenommen wurde,¹⁴³ geht aus den Erläuterungen zum Vorentwurf und der Botschaft lediglich hervor, dass die in **Art. 2 ZGB** für das Zivilrecht statuierten Grundsätze nunmehr auf den Strafprozess ausgedehnt werden sollen.¹⁴⁴ Es wurde bereits ausgeführt, dass der zivilrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben ein intersubjektives Interaktions- und Vertrauensverhältnis zwischen zwei Personen auf Augenhöhe voraussetzt, das im Strafprozess gerade fehlt.¹⁴⁵ Für die nichtstaatlichen Verfahrensbeteiligten lassen sich deshalb aus der

¹⁴¹BGE 131 II 265 E. 4.2 (*«Il y a abus de droit notamment lorsqu'une institution juridique est utilisée à l'encontre de son but pour réaliser des intérêts que cette institution juridique ne veut pas protéger»*); BGE 128 II 145 E. 2.2. (*«Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will»*); 110 Ib 332, E 3a (*«Das Rechtsmissbrauchsverbot als Teil des Grundsatzes von Treu und Glauben, welcher auch im öffentlichen Recht gilt, untersagt die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstitutes zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will»*).

¹⁴²GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 181, 441.

¹⁴³AB SR 2006, 989; AB NR 2007, 942.

¹⁴⁴BOTSCHAFT 2005c, 1128; s.a. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Bern 2001, S. 33.

¹⁴⁵Grundlegend für das öffentliche Recht GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 134 f.

Privatrechtsmaxime von Treu und Glauben keine Loyalitätspflichten gegenüber den Strafbehörden ableiten. Gilt das auch für das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB («Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz»)? Wie oben dargelegt, gilt das Verbot des Rechtsmissbrauchs in der Schweiz nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre als Rechtsgrundsatz mit allgemeiner Geltung: «Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung».¹⁴⁶ Die deutsche Doktrin steht einem allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot im Strafverfahren weit kritischer gegenüber, indem auf die Systemwidrigkeit und das Missbrauchspotential des Rechtsmissbrauchsverbots hingewiesen wird.¹⁴⁷ In der schweizerischen Lehre wird vereinzelt gefordert, Rechtsmissbrauch nur bei eigentlicher **Prozesssabotage** anzunehmen.¹⁴⁸

Bevor der konkrete Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 lit. b unten für die staatlichen (N 72 ff.) 68 und privaten (N 78 ff.) Akteure getrennt zu untersuchen ist, muss die Herleitung und Legitimation des Rechtsmissbrauchs im strafprozessualen Kontext erläutert werden. Zunächst ist man versucht, den **Rechtsmissbrauch** als eine **qualifizierte Form treuwidrigen Verhaltens** anzusehen. Dagegen spricht bereits, dass sich von den erwähnten vier Teilgehalten des Rechtsmissbrauchsverbots nur das Verbot widersprüchlichen Verhaltens auf Treu und Glauben zurückführen lässt.¹⁴⁹ Für diesen Teilgehalt kommt hinzu, dass wenn man es wie hier (vgl. N 62 ff.) ganz allgemein ablehnt, aus Treu und Glauben irgendwelche Handlungspflichten für private Strafverfahrensbeteiligte abzuleiten, auch qualifizierte Treuwidrigkeiten in Gestalt widersprüchlichen Handelns nicht Grundlage strafprozessualer Gebote für Private sein können. Im strafprozessualen Kontext lässt sich das Rechtsmissbrauchsverbot somit nicht als qualifizierte Form treuwidrigen Verhaltens erfassen. Der auch nach der Rechtsprechung wichtigste Aspekt des Rechtsmissbrauchs liegt im Verbot 69 der **zweckwidrigen Verwendung** eines Rechts.¹⁵⁰ Dieser sog. **Institutsmissbrauch**¹⁵¹ wird

¹⁴⁶BGE 131 I 185 E. 3.2.4.

¹⁴⁷Vgl. etwa KÜHNE, NJW 1998 3026; JAHN/SCHMITZ, wistra 2001, 329.

¹⁴⁸ZIMMERLIN, Diss., N 86; zur Verfahrens- oder Prozesssabotage eingehend Fahl, Rechtsmissbrauch, 318 ff, 337 ff.

¹⁴⁹GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 186, 442.

¹⁵⁰BGE 131 II 265 E. 4.2; 128 II 145 E. 2.2; 110 Ib 332 E. 3a; vgl. Fn 140 mit ausführlichen Zitaten.

nicht aus Treu und Glauben abgeleitet und kann somit im Strafprozess auch auf Private angewendet werden.

70 Immer noch ungeklärt bleibt die **Legitimation** des **Rechtsmissbrauchs** als Rechtsfigur an sich. Der Begriff des Rechtsmissbrauchs ist bei näherer Betrachtung nicht widerspruchsfrei vermittelbar: Wenn man von einem «Recht» als gesetzlich geschützter Anspruchsposition ausgeht, so kann dessen Inanspruchnahme das Recht nicht zum Unrecht machen. Mit anderen Worten ist auch der exzessive *Rechtsgebrauch* nicht per se ein *Rechtsmissbrauch*.¹⁵² Hierzu bedarf es weiterer Begründung: Das Institut des Rechtsmissbrauchs wird immer eingesetzt, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich eines Rechts zu beschränken. Nach der Rechtsprechung ermächtigt das Rechtsmissbrauchsverbot den Richter, das Gesetz dort zu korrigieren, wo seine Anwendung zu offensichtlichen Ungerechtigkeiten führen würde.¹⁵³ Bereits 1904 hielt der Bundesrat in seiner Botschaft zum Zivilgesetzbuch fest: «*In Art. 3 [heute: Art. 2 ZGB] wird ein Chikaneverbot aufgestellt ... Die Bestimmung soll für die Fälle als eine Art von Notausgang dienen, wo durch die Betätigung eines behaupteten Rechtes offenes Unrecht geschaffen und dem wirklichen Recht jeder Weg zur Anerkennung verschlossen würde.*»¹⁵⁴

¹⁵¹JAHN/SCHMITZ, wistra 2001, 329 («*Institutsmissbrauch*»); WEBER, GA 1975, 295 («*institutioneller Missbrauch prozessualer Befugnisse*»); RÜPING/DORNSEIFER, JZ 1977, 418, s.a. 419 («*Institutsmissbrauch*»).

¹⁵²JAHN/SCHMITZ, wistra 2001, 330 («*Doch wie soll der Missbrauch möglich sein, wenn er doch dennotwendig zunächst den Gebrauch des Rechts voraussetzt?*»).

¹⁵³BGE 115 IV 167 E. 4b («*Quant à la règle prohibant l'abus de droit, elle autorise certes le juge à corriger les effets de la loi dans certains cas où l'exercice d'un droit allégué créerait une injustice manifeste. Toutefois, son application doit demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que l'a voulue le législateur, de la norme matérielle applicable au cas concret*»).

¹⁵⁴Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28.5.1904, BBl 1904 IV 1, 14; zur Korrekturfunktion GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 3 f. m.w.Hinw. («*Das Rechtsmissbrauchsverbot dient dabei als Instrument, um das «scheinbare» Recht im Sinne des «wirklichen» Rechts zu korrigieren ...*»).

Mit der Formel vom zweckwidrigen Gebrauch wird somit seit jeher versucht, die 71 Dimensionen eines Rechts über seinen <wirklichen> Zweck zu korrigieren.¹⁵⁵ Dies geschieht oft unter Bezugnahme auf die subjektive Komponente der missbräuchlichen Rechtsausübung, indem etwa die «mutwillige» Prozessführung diskreditiert wird.¹⁵⁶ Richtigerweise sind all diese Ansätze jedoch keine Begründungen für die Berechtigung des Rechtsmissbrauchs als Rechtsinstitut, sondern blosser Versuche, die vorgenommene Korrektur oder Beschränkung methodisch abzusichern.¹⁵⁷ Der Rechtsmissbrauch wird deshalb als ein «zutiefst undogmatisches» Instrument kritisiert, mit dem Rechte alleine gestützt auf «Evidenzerlebnisse» und unter Reduzierung des Gesetzeswortlauts ausgeschaltet werden.¹⁵⁸ Auch das Abstellen auf Mutwilligkeit («Chikaneverbot»¹⁵⁹) führt nicht weiter. Die Rechtsausübung durch den objektiv Berechtigten wird nicht dadurch zum Missbrauch, dass seine subjektiven Motive zu missbilligten Zwecken erklärt werden. Ob der Beschuldigte einen Beweisantrag stellt, weil er die Wahrheit ans Tageslicht bringen oder nur «mutwillig» den Richter ärgern will, entzieht sich einer staatlichen Überprüfung.

1. Rechtsmissbrauch durch Strafbehörden

Die Strafbehörden beachten das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 3 Abs. 2 lit. b). Dass der 72 Staat nach dem Gesetzeswortlaut einziger Adressat ist, erstaunt nur schon deshalb, weil sich der Rechtsmissbrauchsvorwurf praktisch weit häufiger gegen Private richtet (dazu N 78 ff.). Staatlicher Rechtsmissbrauch ist schon begrifflich schwer fassbar: «*Der Staat übt nicht Rechte aus, sondern nimmt Befugnisse wahr und erfüllt Aufgaben*»¹⁶⁰. Nachdem widersprüchliches und täuschendes Staatshandeln vorliegend als Verletzung von Treu und Glauben behandelt wurde (dazu N 43 ff.), kommt als Rechtsmissbrauch durch Strafbehörden

¹⁵⁵FAHL, Rechtsmissbrauch, 723 («*Rechtsmissbrauch ist damit in der Tat nichts weiter als Metapher für das Ergebnis einer Auslegung, die den Inhalt eines Rechts durch seinen Zweck beschränkt*»).

¹⁵⁶ZIMMERLIN, Diss., 80 m.w.Hinw.

¹⁵⁷RÜPING/DORNSEIFER, JZ 1977, 418 m.Hinw. auf NAUKE, FS-Mayer, 565, 574. JAHN/SCHMITZ, wistra 2001, 329.

¹⁵⁸KÜHNE, NJW 1998, 3026.

¹⁵⁹Vgl. Fn 153.

¹⁶⁰WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz 42.

v.a. noch der sog. «**überspitzte Formalismus**» in Betracht.¹⁶¹ Als solcher wird ein exzessiver Formenrigorismus bezeichnet, ohne dass die staatlichen Behörden für ihr Beharren auf den Verfahrensvorschriften sachliche Gründe anführen können.¹⁶² Rechtsmissbrauch liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will.¹⁶³ Überspitzter Formalismus ist nichts anderes als eine Zweckentfremdung von Formvorschriften und damit ein staatlicher Rechtsmissbrauch:

- 73 – Überspitzter Formalismus im Strafprozess ist gegeben bei «**Prozessfallen**». Werden weder die Höhe eines Prozesskostenvorschusses, noch eine Zahlungsfrist, noch die Nichtleistungsfolgen angezeigt, sondern nur auf die Bestimmung des Gerichtskostendekrets hingewiesen, so liegt darin eine Erschwerung, die nicht mehr dazu dient, die Parteien von «trölerischen» oder unzweckmässigen Berufungen abzuhalten. Die Formalien werden so zum blossen Selbstzweck, und die Wahrheitsfindung und Ausübung der Verteidigungsrechte ohne sachlich vertretbare Gründe gehindert.¹⁶⁴
- 74 – Rechtsmissbräuchliche Formstrenge liegt auch vor, wenn eine Behörde das Fehlen der **Unterschrift** auf einer Strafbefehlseinsprache rechtzeitig bemerkt, sodass eine Behebung des Mangels ohne Weiteres noch möglich wäre, sie die Sache jedoch auf sich beruhen lässt, bis die gesetzliche Frist abläuft und alsdann auf das Rechtsmittel nicht eintritt.¹⁶⁵ «*Seitens*

¹⁶¹BGE 132 I 249 E. 5 («*Dans le domaine de la procédure, l'interdiction de l'abus de droit peut être rapprochée de l'interdiction du formalisme excessif*»); **anders**, weil überspitzten Formalismus mit Treuwidrigkeit gleichsetzend, BGer, I. ÖRA, 7.1.2003, 1P.511/2002 (= Pra 2003 Nr. 118), E. 4.3 («*Schon aus diesem Grund wäre es treuwidrig und überspitzt formalistisch*»).

¹⁶²BGE 128 II 139 E. 2a («*Das aus Art. 29 Abs. 1 BV (früher aus Art. 4 aBV) fliessende Verbot des überspitzten Formalismus wendet sich gegen prozessuale Formenstrenge, die als exzessiv erscheint, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert*»); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, 1661; SCHMID, Handbuch² ■, N 92.

¹⁶³BGE 131 II 265 E. 4.2; 128 II 145 E. 2.2; 110 Ib 332 E. 3a; vgl. Fn 140 mit ausführlichen Zitaten.

¹⁶⁴BGE 96 I 521 E. 4.

¹⁶⁵BGE 111 Ia 169; ablehnend hingegen 128 II 139 E. 2a.

der Behörden zuzuwarten, bis sich der Fehler nicht mehr heilen lässt, und hernach die Partei die Folgen tragen zu lassen, kommt vielmehr einem überspitzten Formalismus gleich»¹⁶⁶.

- Wenn ein Rechtssuchender per **E-Mail** Einsprache gegen einen Strafbefehl erhebt, hat er 75 wegen des Verbots des überspitzten Formalismus Anspruch auf Nachfristansetzung zur Verbesserung des Formmangels.¹⁶⁷
- Das Kantonsgericht Schwyz verfiel überspitztem Formalismus, indem es einen Strafantrag 76 wegen mangelnder **Vollmacht** für ungültig erklärte, ohne eine Nachfrist zur Vollmachtseinreichung zu gewähren.¹⁶⁸
- Wird ein Rechtsmittel unter einer **falschen Bezeichnung** («Einsprache» statt 77 «Appellation») ergriffen und dem Rechtssuchenden damit der Rechtsweg versperrt, gilt dies ebenfalls als überspitzter Formalismus.¹⁶⁹

2. Rechtsmissbrauch durch private Verfahrensbeteiligte

Die Strafbehörden beachten das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 3 Abs. 2 lit. b). Nach 78 dem eindeutigen Wortlaut richtet sich diese Bestimmung nur an den Staat und nicht an Private. Die ständige Rechtsprechung und herrschende Lehre sehen im Rechtsmissbrauchsverbot jedoch einen Rechtsgrundsatz von universaler Bedeutung, der insb. auch alle privaten Verfahrensbeteiligten (Beschuldigte, Privatkläger, Zeugen, Rechtsbeistände etc.) binde (dazu N 43 ff.). Im Gegensatz zum Grundsatz von Treu und Glauben, dessen Geltung für Private sich dem Wortlaut nach immerhin noch Art. 5 Abs. 3 BV («Staatliche Organe und *Private* handeln nach Treu und Glauben») entnehmen lässt,¹⁷⁰ kann sich ein an Private gerichtetes Rechtsmissbrauchsverbot nur auf Art. 2 Abs. 2 ZGB («*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz*») stützen. Die Erwähnung privater Verfahrensbeteiligter in Art. 3 StPO hielt der Bundesrat offenbar deshalb für entbehrlich, weil er meinte, die in Art. 2 ZGB für das Zivilrecht statuierten Grundsätze gelten ohne weiteres

¹⁶⁶BGE 111 Ia 169 E. 4c.

¹⁶⁷BGer, I. ÖRA, 30.8.2005, 1P.254/2005 (= Pra 2006 Nr. 51), E. 2.

¹⁶⁸BGE 108 Ia 97 E. 4.

¹⁶⁹BGE 93 I 209 E. 2.

¹⁷⁰Einschränkend für den Strafprozess allerdings N 62 ff.

auch für den Strafprozess.¹⁷¹ Diese unbesehene Übernahme zivilrechtlicher Grundsätze verkennt das dem Strafprozess eigene Machtgefälle zwischen staatlichen und privaten Akteuren (N 62 ff.). Abgesehen von prinzipiellen Bedenken (N 67 ff.) schafft ein allgemeiner Rechtsmissbrauchstatbestand auch die Gefahr einer Aushebelung des nemo tenetur-Grundsatzes, indem unkooperatives Beschuldigtenverhalten oder obstruktive Verteidigungstaktiken als Missbrauch eingestuft werden.¹⁷²

79 Nach der Rechtsprechung liegt Rechtsmissbrauch insb. vor, wenn ein Recht zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die es nicht schützen will.¹⁷³ Der Rechtsmissbrauch setzt somit begrifflich das Bestehen eines Rechts voraus. Nur bei **Rechtmässigkeit**, Verhalten also, dass in Übereinstimmung mit der Strafprozessordnung steht, stellt sich die Frage des *Rechtsmissbrauchs*.¹⁷⁴ Entgegen ZIMMERLIN¹⁷⁵ ist ein absichtlich gesetzeswidriges Handeln nicht aufgrund Rechtsmissbrauchs, sondern bereits und nur wegen Widerrechtlichkeit (Verletzung der Strafprozessordnung) unzulässig. Das Grundproblem des Rechtsmissbrauchs liegt gerade darin, dass ein per se gesetzeskonformes Verhalten im Einzelfall als missbräuchlich eingestuft werden kann.¹⁷⁶

80 Rechtsmissbrauch wird in der Rechtsprechung und Lehre hauptsächlich bejaht, wenn ein Rechtsinstitut **zweckwidrig** (sog. **Institutsmissbrauch**¹⁷⁷) verwendet wird:

81

¹⁷¹BOTSCHAFT 2005c, 1128 («Mit dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Bst. a und b) werden die in Artikel 2 ZGB für das Zivilrecht statuierten Maximen ausdrücklich auf das Strafprozessrecht ausgedehnt»); bereits Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung Bundesamt für Justiz, Bern 2001, 33.

¹⁷²A.A. HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 58 N 5 («Der Rechtsstaat kann es nicht dulden, dass Beschuldigte, Geschädigte und ihre Anwälte den Gang der Rechtspflege mutwillig behindern»).

¹⁷³BGE 131 II 265 E. 4.2; 128 II 145 E. 2.2; 110 Ib 332 E. 3a; vgl. Fn 140 mit ausführlichen Zitaten.

¹⁷⁴KÜHNE, NJW 1998, 3028; JAHN/SCHMITZ, wistra 2001, 330.

¹⁷⁵ZIMMERLIN, Diss., 80 («Rechtsmissbräuchlich handelt, wer fortgesetzt mutwillig – also absichtlich gesetzeswidrig, bewusst unwahr oder offensichtlich sinnlos – prozessiert»).

¹⁷⁶Siehe auch KÜHNE, NJW 1998, 3027.

¹⁷⁷Vgl. Fn 150.

- Ein Institutsmissbrauch wurde angenommen bei einer Beschuldigten, die auf die Inanspruchnahme ihres frei gewählten **Verteidigers** für die Verhandlung verzichtete und gleichzeitig die Bestellung eines anderen Verteidigers verlangte. Dies alles mit dem Ziel, die Verhandlung zu vertagen und damit die Verfolgungsverjährung herbeizuführen.¹⁷⁸
- Als rechtsmissbräuchlich wurde das **Ausstandsbegehren** eines Beschuldigten eingestuft, 82 der jahrelang öffentlich gegen einen Gerichtspräsidenten polemisierte, um diesen sodann als voreingenommen abzulehnen.¹⁷⁹
- Bei **Konfliktverteidigung** («lästiges Verteidigerverhalten»¹⁸⁰) ist grosse Zurückhaltung in 83 der Annahme von Rechtsmissbrauch angebracht, damit nicht legitime Verteidigungstaktik unter dem Titel der **Querulanz**¹⁸¹ oder der sog. «trölerischen» Prozessführung¹⁸² unbesehen zu unzulässigem Missbrauch erklärt wird.¹⁸³
- Querulanz liege vor, wenn eine Partei in sämtlichen Prozessen und auf allen Stufen 84 **Ablehnungsbegehren** gegen Richter mit wiederholender Begründung stellt, obwohl diese bereits mehrfach in materieller Hinsicht abgewiesen wurden. Dies zeuge vom

¹⁷⁸BGE 131 I 185 E. 3.4.4; zu dieser Entscheid vgl. die Anmerkung von WOHLERS, AJP 2006, 625 ff.; krit. auch CHEN, Diss., 6. Kap. I. 3. B. Fn 1062 («Fragwürdig in diesem Sinne die Rechtsprechung des BGer, wonach die notwendige Verteidigung infolge Rechtsmissbrauchs verwirkt werden könne»).

¹⁷⁹BGer, I. ÖRA, 22.3.2010, 1B 365/2009, E. 3.3.

¹⁸⁰KÜHNE, NJW 1998, 3027.

¹⁸¹HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 58 N 5 («weder rechtsmissbräuchliche Ausstandsbegehren stellen noch querulatorische Rechtsmittel ergreifen»); in ZR 91/92 (1992/93) Nr. 54, 204, E. 4c wurde aus «zwanghafter» Richterablehnung sogar auf partielle Prozessunfähigkeit geschlossen (fraglich).

¹⁸²HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Strafprozessrecht⁶, § 44 N 49a («Trölerbussen»), § 88 N 22 («Trölererei, Obstruktion»); s.a. BGer, StrA, 2.7.2008, 6B_321/2008, E. 1 («sein Verhalten ausserdem nur als trölerisch bezeichnet werden kann»).

¹⁸³Sehr weit gehend: PIQUEREZ/MACALUSO, procédure³, 432 («L'abus de droit peut résulter de procédés téméraires continuels, de procédés dilatoires ou de l'utilisation d'une faculté que confère la loi à des fins étrangères à celles pour lesquelles elle a été prévue»); zu Recht kritischer zur Annahme von Rechtsmissbrauch bei Verzögerungstaktiken ZIMMERLIN, Diss., 83; zum Rechtsmissbrauch im Strafprozess mit zahlreichen Hinw. s. WOHLERS, AJP 2006, 625 ff.

offensichtlichen Missbrauch eines Rechts. Aus der «*geradezu zwanghafte[n] Art, das Institut der Richterablehnung in Anspruch zu nehmen*», offenbare sich eine zumindest partielle Prozessunfähigkeit.¹⁸⁴

- 85 – Neben der allgemeinen Rechtsmissbrauchsschranke von Art. 3 Abs. 2 lit. b finden sich in der Strafprozessordnung noch an drei Stellen spezialgesetzliche Missbrauchsregelungen: So kann die **Akteneinsicht** eingeschränkt werden, um Missbräuche und Verzögerungen zu verhindern (Art. 102 Abs. 1).¹⁸⁵ Das **rechtliche Gehör** darf eingeschränkt werden, wenn der begründete Verdacht besteht, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht (Art. 108 Abs. 1 lit. a). Ebenso kann der freie **Verteidigerkontakt** des Inhaftierten bei Missbrauchsverdacht (z.B. Kassiberschmuggel¹⁸⁶) eingeschränkt werden (Art. 235 Abs. 4).
- 86 – Rechtsmissbräuchlichkeit wurde bejaht, als eine (Zivilverfahrens-)Partei die Missachtung der Vorschriften betreffend **Zustellung** monierte. Die Vorladung wurde an die Adresse ihres Rechtsanwaltes zugestellt, bevor sie dort Zustellungsdomizil gewählt hatte. Die Mitteilung hatte sie jedoch faktisch erhalten.¹⁸⁷
- 87 – Nachdem ein geschiedener Ehemann seiner früheren Ehefrau während längerer Zeit die Ausübung ihres Besuchsrechts ohne triftigen Grund erschwerte, stellte er gegen sie Strafantrag wegen der Entziehung von Minderjährigen (Art. 220 StGB), als sie ihr Besuchsrecht geringfügig um drei Tage überschritten hatte. Dieser **Strafantrag** wurde als **rechtsmissbräuchlich** qualifiziert, da der Ehemann ihr durch sein grob rechtswidriges Verhalten unmittelbar dazu Anlass gegeben habe.¹⁸⁸
- 88 – Wenn ein Opfer (in casu ein Radfahrer als mögliches «Doping-Opfer») sich offensichtlich lediglich deshalb am Verfahren beteiligt, um dieses zu **behindern**, handle es sich um rechtsmissbräuchliches Verhalten, da damit ein Rechtsinstitut zu Zwecken zu benutzt werde, «*die dem Sinn der Gesetzesbestimmung entgegenstehen*».¹⁸⁹
- 89 Eng mit dem Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben verwandt ist die **Verwirkung** prozessualer Rechte. Nach ständiger Rechtsprechung sollen Verfahrensrügen sofort zu erheben sein, sonst gelten sie als verwirkt resp. verstösst es gegen Treu und Glauben oder gilt

¹⁸⁴ZR 91/92 (1992/93) Nr. 54, 204, E. 4c (fraglich).

¹⁸⁵BOMMER, recht 2010, 207.

¹⁸⁶Dazu Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 StPO N 15.

¹⁸⁷BGE 132 I 249 (= Pra 2007 Nr. 64) E. 7.

¹⁸⁸BGE 105 IV 229 E. 4; weiteres Bsp. schikanöser Prozessführung: BGE 118 IV 291 E. 2a.

¹⁸⁹BGE 125 IV 79 (= Pra 1999 Nr. 156) E. 1.

als Rechtsmissbrauch, sich auf sie zu berufen.¹⁹⁰ Es besteht dabei die Gefahr, das Grundrecht des Beschuldigten auf Verfahrensbeschleunigung in eine Grundpflicht zum zügigen Prozessieren umzudeuten.¹⁹¹ Bei der Verwirkung verliert eine Verfahrenspartei ihre Rechte *unfreiwillig* aufgrund Zeitablaufs oder infolge treuwidrigen oder rechtsmissbräuchlichen Verhaltens. Streng zu unterscheiden ist die Verwirkung deshalb vom **Verzicht**. Ein gültiger Verzicht setzt Dispositionsbefugnis, eine freie Willenserklärung und hinreichende Information der Verfahrenspartei über die Konsequenzen voraus.¹⁹² Der Verzicht ist eine *gewollte* Rechtsaufgabe, während der die Verwirkung ein ungewollter Rechtsverlust und in der Sache ein staatlich angeordneter Rechtsentzug ist.¹⁹³ Es geht deshalb nicht an, einen «stillschweigenden» oder konkludenten Verzicht zu unterstellen, wo es in Wirklichkeit um den Entzug von Rechten geht.¹⁹⁴ Die Nichtgeltendmachung unbesehen mit Verwirkungsfolgen zu belegen, ist auch deshalb problematisch, weil das Zuwarten mit einer Rüge prozesstaktisch motiviert sein kann.¹⁹⁵ Eine Verwirkung wurde in folgenden Fällen angenommen:

- **Ausstandsgesuche** nach Art. 58 sind gemäss Bundesgericht innert Tagen nach Kenntnis 90 des Ausstandsgrunds zu stellen (*«dans les jours qui suivent la connaissance de la cause de récusation»*). Zwar sehe Art. 58 keine entsprechende Frist vor, doch sei es treuwidrig, ein

¹⁹⁰BGE 111 Ia 161 E. 1a (*« Il découle notamment de cette jurisprudence fédérale qu'il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable »*); s.a. BGE 122 IV 285 E. 1 f. (*«... war der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben verpflichtet, den Einwand bereits im kantonalen Verfahren zu erheben, ist sein Vorbringen im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verspätet»*), dazu zu Recht kritisch ARZT, FS-Schmid, 653; ferner SCHMID, Handbuch²■, N 94 und Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 StPO N 17 je mit zahlreichen Hinw.

¹⁹¹ARZT, FS-Schmid, 648.

¹⁹²THOMMEN, kurzer Prozess, 119 ff.

¹⁹³Eingehend CHEN, Diss., 1. Kap. III C. Fn 92; ferner ZIMMERLIN, Diss., N 81 f.

¹⁹⁴Zum Ganzen auch Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar-WOHLERS, Art. 3 N 18.

¹⁹⁵Krit. zur Verwirkung von Verwertungsverbotrügen auch CHEN, Diss., 1. Kap. IV. Fn 105 (*Denn es kann weder Aufgabe der Verteidigung noch der beschuldigten Person sein, die Strafbehörden auf Verfahrensmängel hinzuweisen, damit diese noch rechtzeitig verfahrenskonform Beweise in das Verfahren einbringen können»*).

Ausstandsbegehren erst zu stellen, wenn das Verfahren einen ungünstigen Verlauf oder Ausgang nehme.¹⁹⁶

- 91 – Das Bundesgericht geht davon aus, dass die **notwendige Verteidigung** infolge Missbrauchs der Verteidigungsrechte verwirkt werden kann.¹⁹⁷
- 92 – Eine **Strafbefehlsrevision** wird aufgrund Rechtsmissbrauchs verwirkt, wenn sie sich auf Fakten stützt, die der Beschuldigte bereits im Einspracheverfahren hätte vorbringen können.¹⁹⁸
- 93 – Der Beschuldigte hat ein Recht, **Belastungszeugen** zu konfrontieren. Er verwirkt dieses Recht nicht, wenn er die Konfrontation noch nicht während der Untersuchung, sondern erst nach Erhalt der Anklageschrift verlangt.¹⁹⁹ Ein Antrag auf Konfrontationseinvernahmen ist nach der Praxis des Bundesgerichts erst verspätet, wenn er nach Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erfolgt.²⁰⁰
- 94 – Ein Beschuldigter hatte sein Recht verwirkt, einen **Gutachter abzulehnen**, indem er zwei Jahre nach der Erstellung des Gutachtens seine Rügen anbrachte, nämlich zum Zeitpunkt, als er erfuhr, dass der Gutachter bei der Verhandlung des Strafgerichtes angehört werden würde.²⁰¹
- 95 – In Prozessen, welche der **Offizialmaxime** unterliegen und in denen der Sachverhalt daher von Amtes wegen aufzuklären ist, darf die Pflicht, zur Entlastung dienende Beweise unmittelbar bei deren Kenntnisnahme zu stellen, nicht zur Verwirkung des Anspruchs auf Beweiserhebung führen.²⁰²

¹⁹⁶BGer, I. ÖRA, 30.10.2013, 1B_321/2013, E. 2.1; zur Verwirkung der Richterablehnung ARZT, FS-Schmid, 648 f.

¹⁹⁷BGE 131 I 185 E. 3.2.4 («*Selbst bei notwendiger Verteidigung verdient allerdings eine missbräuchliche Berufung auf die Verteidigungsrechte keinen Schutz*»); zu Recht kritisch: CHEN, Diss., 6. Kap. I. 3. B. Fn 1062; vgl. Fn 177.

¹⁹⁸BGE 130 IV 72 E. 2.

¹⁹⁹BGer, StrA, 27.11.2012, 6B_573/2011, E. 2.6.

²⁰⁰BGer, StrA, 29.12.2011, 6B_647/2011, 2011 E. 1.3; StrA, 12.9.2011, 6B_223/2011, E. 1.3; StrA, 26.2.2010, 6B_64/2010, E. 2.4; StrA, 6.10.2009, 6B_10/2009, E. 2.2.5; nach SJZ 68 [1972] 184 f. ist es unzulässig, sich im Kassationsverfahren erstmals auf sein Konfrontationsrecht zu berufen.

²⁰¹BGE 116 Ia 135 (= Pra 1991 Nr. 84, 410 f.) E. 4.

²⁰²ARZT, FS-Schmid, 649 f.

- Ein Arzt wurde wegen Betrugs und Urkundenfälschung **in absentia** verurteilt. Die 96 Verweigerung eines erneuten Verfahrens wurde u.a. mit der Begründung für EMRK-konform eingestuft, dass seine Abwesenheit **selbstverschuldet** war.²⁰³

²⁰³EGMR, 14.6.2001, No. 20491/92, Medenica/Schweiz, Ziff. 58 (*«The Court likewise considers that the applicant had largely contributed to bringing about a situation that prevented him from appearing before the Geneva Assize Court»*).

VII. Gerechtes Verfahren/Rechtliches Gehör (Abs. 2 lit. c)

97 Nach Art. 3 Abs. 1 achten die Strafbehörden die Würde der vom Verfahren betroffenen Menschen in allen Verfahrensstadien. Nach Abs. 2 lit. c *«beachten sie dabei namentlich das Gebot, alle Verfahrensbeteiligten gleich und gerecht zu behandeln und ihnen rechtliches Gehör zu gewähren»*.

98 Aus der Überschrift von Art. 3 (Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot) ergibt sich, dass mit dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung der **«Fair Trial»** Grundsatz nach Art. 6 EMRK und Art. 14 IPBPR gemeint ist. Fairness bestimmt sich danach vorwiegend über die Einhaltung von Verfahrensregeln.²⁰⁴ Vom Zwang, Verfahren fair auszugestalten, verspricht man sich eine richtige, mithin gerechte Entscheidung. Fairness ist insoweit (eine) Bedingung von Gerechtigkeit. Eine so verstandene Verfahrensgerechtigkeit bedingt institutionelle ebenso wie substanzielle Absicherungen. Das faire Verfahren könnte man durch folgende Kernelemente umschreiben: 1. richterliche Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, 2. Verfahrensöffentlichkeit, 3. Unschuldsvermutung, 4. Waffengleichheit (Gleichbehandlungsgebot), 5. unmittelbare und 6. konfrontative Beweiserhebung.²⁰⁵ Der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung resp. auf ein faires Verfahren wurde in der Rechtsprechung etwa in folgenden Fällen herangezogen:

99 – In BGE 127 I 133 gewährte das Bundesgericht einen verfassungsunmittelbaren Anspruch auf **Revision** von Urteilen, die mit der materiellen Wahrheit nicht übereinstimmen. Diese grundlegende Verfahrensgarantie leitete es aus dem Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren ab (Art. 29 Abs. 1 BV).²⁰⁶

100 – Aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergibt sich auch eine **Fürsorgepflicht**, welche die Strafbehörden verpflichtet, den amtlichen Verteidiger zu ersetzen oder bei privater Vertretung einzuschreiten, wenn die Verteidigung offenkundig ungenügend ist.²⁰⁷

101 – In einer Entscheidung von 1987 zur **Gerichtsberichterstattung** im Kanton Aargau führte das Bundesgericht mit ungewohntem Pathos aus, dass die Prozessbeteiligten *«bereits aus dem Gebot der Fairness Anspruch darauf haben, im Verfahren ihre Würde garantiert zu*

²⁰⁴SUMMERS, Fair Trials, 169.

²⁰⁵HILDEBRANDT, Fair Trial, 24 ff.; dazu auch THOMMEN, kurzer Prozess, 301 m.w.Hinw.

²⁰⁶BGE 127 I 133 E. 6.

²⁰⁷BGer, StrA, 14.11.2013, 6B_334/2013–6B_355/2013, E. 4.4.1.

erhalten [...]. In besonderem Masse gilt dies für den strafrechtlich Beschuldigten. Dient das moderne Strafrecht vorab dem humanen Bestreben nach Wiedergewinnung des Delinquenten für das Leben in der freien Gesellschaft, ist auch das Prozessrecht mit einer würdigen Behandlung des Beschuldigten diesem Ziel verpflichtet.» Nicht nur die inkorrekte Verfahrensabwicklung berge die Gefahr einer Verletzung der Menschenwürde, dies gelte ebenso für eine unnötig verletzende oder blossstellende Gerichtsberichterstattung. Es sei daher auch die Aufgabe des Prozessrechts, den Persönlichkeitsschutz bei der Gerichtsberichterstattung sicherzustellen.²⁰⁸

Das **rechtliche Gehör** wird mit Recht als das fundamentalste Element eines fairen Verfahrens 102 bezeichnet.²⁰⁹ Gemäss Bundesgericht entspricht Art. 3 Abs. 2 lit. c in Bezug auf das rechtliche Gehör der verfassungsrechtlichen Gehörsgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV.²¹⁰ Dass das rechtliche Gehör auch unter Würdegesichtspunkten relevant ist, wird in der Lehre seit Längerem anerkannt: Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs degradiert das betroffene Verfahrenssubjekt zum blossen Verfahrensobjekt.²¹¹ Auch das Bundesgericht anerkennt, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör als elementares Verfahrensrecht einen Bezug zur Menschenwürde aufweist. Die Betroffenen dürfen nicht zu blossen Verfahrensobjekten degradiert werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör vermittelt ihnen vielmehr die Position mitwirkungsberechtigter Verfahrenssubjekte.²¹²

– In diesem Sinne machte ein Beschwerdeführer in einer Sicherheitshaftbeschwerde geltend, 103 der Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 29 Abs. 2 BV vermittele ihm ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht. Die ihm verweigerte **persönliche Anhörung** diene nicht nur der Sachaufklärung, sondern bestehe um seiner Persönlichkeit willen zum Schutz seiner **Menschenwürde**. Durch die Verweigerung einer persönlichen Anhörung habe ihn die Zürcher Anklagekammer wie ein Objekt behandelt. Weil sich das Recht auf persönliche Anhörung vorliegend zwingend aus dem kantonalen Strafprozessrecht (§ 61

²⁰⁸BGE 113 Ia 309 E. 3d.

²⁰⁹TRECHSEL, Human Rights, 89 («*The most fundamental aspect of <fairness> in proceedings is the right to be heard*»).

²¹⁰BGer, I. ÖRA, 20.12.2012, 1B_737/2012, E. 3.2 («*Le droit d'être entendu est également garanti par l'art. 3 al. 2 let. c CPP, qui a la même portée que l'art. 29 al. 2 Cst.*»).

²¹¹HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN⁵, N 1711 m.w.Hinw.; zur «Objektformel» vgl. Fn 21 ff.

²¹²BGE 127 I 6 E. 5b; 124 V 180 E. 1a.

StPO/ZH) ergab, konnte das Bundesgericht die Frage offenlassen, ob sich dieser Anspruch bei Haftüberprüfungen auch direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt.²¹³

- 104 – In einem anderen Entscheid hielt das Bundesgericht einleitend fest, Art. 3 StPO garantiere ebenso wie Art. 29 Abs. 1 und 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein faires Verfahren. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) bedeute, dass *«die Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Sie muss den Entscheid begründen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken»*. Im konkreten Fall sei dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör nicht verweigert worden. Die Vorinstanz habe sich ausführlich mit seiner Darstellung auseinandergesetzt. Nicht verlangt werde hingegen, dass auf jeden einzelnen Einwand eingegangen werde.²¹⁴
- 105 – Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Berufungsgericht des Kantons Waadt wurde bejaht, weil dieses die Anordnung der Sicherheitshaft bloss im Dispositiv des Berufungsentscheides angeordnet hatte. Die schriftliche Begründung erfolgte erst drei Wochen später. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessende Begründungspflicht hätte es jedoch geboten, den Haftentscheid als separate schriftliche Verfügung mit zumindest kurzer Begründung sofort auszufertigen.²¹⁵

²¹³BGer, I. ÖRA, 25.11.2002, 1P.546/2002, E. 2.

²¹⁴BGer, StrA, 28.11.2013, 6B_536/2013, E. 2.1.

²¹⁵BGE 138 IV 81 E. 2.2 u. 2.5.

VIII. Menschenunwürdige Verhörmethoden (Abs. 2 lit. d)

Art. 3 Abs. 2 lit. d verbietet Beweiserhebungsmethoden, welche die Menschenwürde 106 verletzen. Damit wird in der Strafprozessordnung bereits im einleitenden 2. Kapitel zu den «Grundsätzen des Strafverfahrensrechts» festgehalten, was **Art. 140** unter dem Titel «Verbotene Beweiserhebungsmethoden» konkretisiert²¹⁶: Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt (Abs. 1). Solche Methoden sind auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt (Abs. 2). Auch wenn sich dies nicht explizit aus diesen beiden Bestimmungen ergibt, geht es im Kern auch um das Folterverbot sowie das Verbot unmenschlicher und erniedrigender Behandlung.²¹⁷

Nach der Botschaft sind Folter und folterähnliche Methoden wie der **Entzug von Mahlzeiten** 107 oder **Schlaf** absolut unzulässig. Verboten sind jedoch auch andere Methoden unterhalb der Folterschwelle, die geeignet sind, die Willensfreiheit der Verfahrensbeteiligten herabzusetzen oder auszuschalten. Dies gelte für den Einsatz von Narcoanalyse oder von Lügendetektoren selbst dann, wenn die Betroffenen damit einverstanden sein sollten.²¹⁸

Nimmt man den Bundesrat beim Wort, so könnte man sich fragen, ob nicht auch die 108 Instrumentalisierung der Untersuchungshaft eine Methode zur Einwirkung auf die Willensfreiheit des Betroffenen ist. Wird die Haftentlassung implizit von der Geständigkeit abhängig gemacht, so schafft man damit über den Haftgrund der Kollusionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. b) einen mittelbaren Geständnisdruck. Diese Drucksituation kompromittiert die Willensfreiheit von Untersuchungshäftlingen in Verhörsituationen.

Ein Beispiel grausamer Verhörmethoden liegt dem Urteil des EGMR i.S. Aksoy gg. Turkey 108 vom 26.11.1996 zu Grunde. Unter dem Vorwurf der Unterstützung von PKK-Terroristen wurde der südosttürkische Metallarbeiter Zeki Aksoy verhaftet und in das «Mardin Antiterrorist Headquarter» verbracht. Er wurde nackt ausgezogen, seine Augen wurden

²¹⁶Art. 140 N 5.

²¹⁷Art. 140 N 9; vgl. N 15 ff.

²¹⁸BOTSCHAFT 2005c, 1129; ohne dass er sich darauf bezieht, hatte der Bundesrat hier wohl den «Basler Überwachungsmassnahmen-Fall» (BGE 109 Ia 273 E. 7) vor Augen; vgl. dazu Fn 238.

verbunden und seine Hände hinter dem Rücken gefesselt. In dieser Position wurde er an den Händen aufgehängt (sog. «**Palestinian Hanging**»). Diese Misshandlungen wurden als Folter i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft.²¹⁹ Nicht abschliessend geklärt werden konnten die Vorwürfe, wonach er mit Wasser überschüttet, während rund 35 Minuten mit Stromstössen gefoltert und Elektroden an seinen Genitalien befestigt worden seien. Das gleiche gilt für den Vorwurf, in den Folgetagen in zwei- resp. halbstündigen Intervallen wiederholt geschlagen worden zu sein.

109 Der Gerichtshof bekräftige in dieser Entscheidung seine Rechtsprechung zur **Beweislastumkehr in Misshandlungsfällen**. War eine Person zu Beginn des Polizeigewahrsams nachweislich in körperlich guter Verfassung, bei der Entlassung jedoch verletzt, so obliegt es dem betroffenen Staat, eine plausible Erklärung für die Verletzungen zu liefern («Assenov-Rechtsprechung»²²⁰). Ebenso hob der Gerichtshof die fundamentale Bedeutung des **Folterverbots** hervor. Dieses wird als absolut abwägungs- und **notstandsfest**²²¹ bezeichnet. Selbst bei der Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität oder in «*the event of a public emergency threatening the life of the nation*» bleibt Folter kategorisch ausgeschlossen.²²² Auch das Bundesgericht lehnt Folter kategorisch ab: Nach BGE 109 Ia 273 vermag der Umstand, dass Terroristen vor der Folter nicht zurückschrecken, deren Anwendung durch den Rechtsstaat nicht zu rechtfertigen. Folter, Lügendetektoren und ähnliche Methoden greifen in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit ein und dürfen daher im Rechtsstaat auch in Ausnahmefällen zu dessen Selbstverteidigung nicht eingesetzt werden.²²³

110 Im bereits erwähnten Urteil **Gäfigen gg. Germany** vom 30.6.2008 ging es um das unter Folterandrohung erpresste Geständnis eines Kindsentführers und -mörders (N 16). Der Gerichtshof hob hervor, dass die angedrohten körperlichen Misshandlungen Folter dargestellt hätten, wären sie zur Ausführung gelangt. Die «blosse» Androhung der Folter wurde als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft. Zur Verfahrensfairness hielt das

²¹⁹EGMR, 26.11.1996, No. 21987/93, Aksoy/Türkei, Ziff. 64.

²²⁰EGMR, 26.11.1996, No. 21987/93, Aksoy/Türkei, Ziff. 61 m.Hinw. auf EGMR, 27.8.1992, Tomasi/Frankreich, dazu N 23 ff.).

²²¹Dazu auch GOLLWITZER, Kommentar, Art. 3 EMRK N 7; N 15.

²²²EGMR, 26.11.1996, No. 21987/93, Aksoy/Türkei, Ziff. 62 m.Hinw. auf den Leitentscheid EGMR, 18.1.1978, Irland/Vereinigtes Königreich, Ziff. 163.

²²³BGE 109 Ia 273 E. 7.

Gericht fest, dass die prozessuale Verwendung von gewaltsam erlangten Aussagen grundsätzlich das gesamte Verfahren ungerecht macht und zwar unabhängig von der Entscheidungsrelevanz der so erlangten Beweise. Zumindest für i.S.v. Art. 3 EMRK *erfolterte* Aussagen gelte dies absolut.²²⁴ Da die Folterandrohung nur als *unmenschliche Behandlung* eingestuft wurde, behielt sich der Gerichtshof so die Tür offen für ein abwägendes Ergebnis. Im Ergebnis verneinte der Gerichtshof ein unfaires Verfahren, weil die umstrittenen Beweise für die Verurteilung nur unterstützende («accessory») und nicht entscheidende Bedeutung gehabt hätten.²²⁵

Der Fall wurde an die Grosse Kammer des EGMR weitergezogen. Diese entschied, dass die 111 Androhung von Misshandlungen grundsätzlich auch die Folterschwelle («mental torture») erreichen könne, bestätigte aber das Urteil vom 30.6.2008 insofern, als im vorliegenden Fall nur eine unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK gegeben sei (Ziff. 108). Wegen des späteren freiwilligen Geständnisses vor Gericht hätten das unter Folterandrohung erlangte Geständnis und die dadurch erlangten weiteren Beweise (Leichenfund) für die Verurteilung keine entscheidende Bedeutung gehabt. Das Verfahren sei daher nicht unfair (Art. 6 EMRK) gewesen.²²⁶

Dieses Ergebnis mag die an der Verurteilung Gäfgens interessierten Kreise befriedigen. Der 112 Entscheid wirft dennoch Fragen auf. Befremdend ist insbesondere, dass der Gerichtshof (Ziff. 99) und die Grosse Kammer (Ziff. 167) nur bei der Verwendung von erfolgterten Beweisen und deren Folgebeweisen *immer* eine Verletzung der Verfahrensfairness annehmen wollen. Beweise, die direkt oder indirekt aus unmenschlichen und erniedrigenden Behandlungen stammen, machen ein Verfahren somit nicht per se unfair. Diese Differenzierung findet im Konventionstext keine Stütze. Das Verbot nach Art. 3 EMRK gilt absolut (Art. 15 Abs. 2 EMRK). Absolut ist der Schutz aber nur, wenn auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensfairness nicht zwischen verschiedenen Misshandlungsformen unterschieden wird. Zudem bestand für diese Differenzierung vorliegend kein Anlass, da auf die umstrittenen Beweise wegen des nachträglichen freiwilligen Geständnisses gar nicht abgestellt werden musste.

Der Fall Gäfgen hat im Übrigen in drastischer Weise vor Augen geführt, dass die in der neuen 113

²²⁴EGMR, 30.6.2008, Gäfgen/Deutschland, Ziff. 99; dazu Pajarola, Jusletter 3.11.2008, Ziff. 6.

²²⁵EGMR, 30.6.2008, Gäfgen/Deutschland, Ziff. 109.

²²⁶EGMR, Grosse Kammer, 1.6.2010, Ziff. 169 ff.

Folterdebatte eingeführte Unterscheidung zwischen verpönte Folter zur Aussageerpressung und (angeblich) zulässiger «**Rettungsfolter**»²²⁷ in sogenannten «**Ticking Bomb Situations**»²²⁸ in der Praxis unbrauchbar ist.²²⁹ Die Polizei ging davon aus, mit der Gewaltandrohung das Leben des entführten Jungen retten zu können. Weil dieser aber bereits tot war, führte die Folterandrohung statt zur beabsichtigten Lebensrettung zu genau den Selbstbelastungsaussagen, die mit dem Folterverbot gebannt werden sollen. Die Grosse Kammer verwarf denn auch die geltend gemachte Lebensrettungsabsicht als Folter- oder Misshandlungslegitimation²³⁰.

In *Jalloh v. Germany* ging es um einen mutmasslichen Drogendealer, der unmittelbar vor einer Polizeikontrolle einen kleinen Plastikbeutel verschluckte. Zu Beweissicherungszwecken zwangen die Behörden Abu Bakah Jalloh zur **Einnahme von Brechmitteln**. Als dieser sich weigerte, wurden sie ihm zwangsweise unter Gewaltanwendung verabreicht. Er erbrach daraufhin den Plastikbeutel. Aufgrund der darin sichergestellten 2 Gramm Kokain wurde Jalloh verurteilt. Der Gerichtshof sah in dieser gewaltsamen Polizeiintervention eine

²²⁷Pajarola, Jusletter 3.11.2008, Rz 36

²²⁸Gur-Arye, *Force in Interrogations*, 195; vgl. das Bsp. von BRUGGER, *Der Staat* 35 (1996), 69: «*Die Stadt S wird von einem Terroristen mit einer chemischen Bombe bedroht und erpresst. Bei der Geldübergabe wird der Erpresser von der Polizei gefasst und in Gewahrsam genommen. Der Erpresser schildert der Polizei glaubhaft, dass er vor der Übergabe den Zünder der Bombe aktiviert hat; die Bombe werde in drei Stunden explodieren und alle Bewohner der Stadt töten ... Trotz Aufforderung gibt der Erpresser das Versteck der Bombe nicht bekannt. Androhungen aller zulässigen Zwangsmittel helfen nichts. Der Erpresser fordert eine hohe Geldsumme ... Die Polizei sieht, nachdem auch eine Evakuierung der Stadt nicht möglich erscheint, nur noch ein einziges Mittel der Gefahrenbeseitigung: das «Herausholen» des Verstecks der Bombe aus dem Erpresser, notfalls mit Einsatz von Gewalt. Darf sie das?».*

²²⁹Zur Unterscheidung zwischen erfolgter Selbstbelastung und gewaltsamem Polizeigüterschutz BRUGGER, *Der Staat* 35 (1996), 67–97 und DERS., *JZ* 4/2000, 165 ff.; dazu etwa: HILGENDORF, *JZ* 7/2004, 336 und HAMM, *NJW* 2003/13, 946 f.; umfassend: PAJAROLA, *Verhör*, passim; ferner GSCHWEND/WINIGER, *Abschaffung der Folter*, 3 m.w.Hinw.

²³⁰EGMR, *Grosse Kammer*, 1.6.2010, Ziff. 107.

unmenschliche und erniedrigende Behandlung nach Art. 3 EMRK. Ferner erblickte er in der Verwertung der so erlangten Beweise eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK.²³¹

Im Fall *Harutyunyan v. Armenia* ging es um einen armenischen Armeeeingeborenen, der unter 114 polizeilichen Misshandlungen die Tötung eines Kameraden gestanden hatte. Er wurde mit Fäusten und Gummiknüppeln bis zur **Bewusstlosigkeit geschlagen**. Ferner wurden ihm die **Fingernägel** mit einer Zange **ausgerissen**. Weil die EMRK zur Zeit der Misshandlungen in Armenien noch nicht in Kraft war, konnte sich der EGMR zur Qualifikation der Übergriffe als Folter oder unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK nicht äussern.²³² Er hielt jedoch fest, dass die prozessuale Verwendung der so erlangten Aussagen das Verfahren als Ganzes unfair (Art. 6 Abs. 1 EMRK) machten.²³³

Nicht als Folter, jedoch als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK wurde das von 115 Polizeibeamten der Royal Ulster Constabulary (RUC) im Nordirlandkonflikt zur Bekämpfung des IRA Terrorismus praktizierte «vertiefte Verhör» eingestuft.²³⁴ Dieses bestand aus **fünf Verhörmethoden**, welche den RUC-Beamten vom Englischen Geheimdienst in Seminaren beigebracht wurden: (1) «Wandstand». Die Verhörten mussten stundenlang mit gespreizten Armen und Beinen auf den Zehenspitzen stehend gegen eine Wand gelehnt ausharren. (2) «Hooding». Den Betroffenen wurde ein schwarzer Sack über den Kopf gestülpt, welcher nur für die Dauer der Befragungen entfernt wurde. (3) Lärmexponierung. Die Betroffenen mussten ihre Befragungen in Räumen abwarten, welche ununterbrochen mit Lärm beschallt wurden («loud and hissing noise»). (4) Schlafentzug während den Verhörphasen. (5) Nahrungsentzug. Während der Dauer der Befragungen wurden die Verhörten nur in reduziertem Umfang mit Essen und Trinken versorgt. Nach der damaligen Einschätzung des Gerichtshofs seien diese Verhörtechniken zwar unbestrittenermassen als unmenschlich und erniedrigend einzustufen, doch erreichten sie nicht die zur Qualifizierung als Folter notwendige Intensität und Grausamkeit.²³⁵ Nach heutigen «Folter-Massstäben» ist dieser

²³¹EGMR, 11.7.2006, *Jalloh/Deutschland*, Ziff. 82 f. und 103 ff.

²³²Zur fehlenden Gerichtsbarkeit «ratione temporis» vgl. EGMR, 28.6.2007, No. 36549/03, *Harutyunyan/Armenien*, Ziff. 64 und 50.

²³³EGMR, 28.6.2007, No. 36549/03, *Harutyunyan/Armenien*, Ziff. 66.

²³⁴Plenarentscheid des EGMR, 18.1.1978, *Irland/Vereinigtes Königreich*, Ziff. 96 ff.

²³⁵Plenarentscheid des EGMR, 18.1.1978, *Irland/Vereinigtes Königreich*, Ziff. 165–167.

Entscheid nicht mehr haltbar. Der Bundesrat qualifiziert bereits den Schlafentzug als absolut unzulässige folterähnliche Methode.²³⁶

116 Im Urteil *Selmouni v. Frankreich* vom 28.7.1999 ging es um einen mutmasslichen niederländisch-marokkanischen Drogenhändler, welcher in Paris in Polizeigewahrsam genommen und **massiv misshandelt** wurde. Die Polizeibeamten schlugen ihn, zogen ihn an den Haaren herum, zwangen ihn in die Knie, bedrohten ihm mit einem Lötkolben und einer Nadel. Einer der Polizeibeamten entblösste seinen Penis und forderte den am Boden knienden Selmouni zur Fellatio auf. Als dieser sich weigerte, urinierte der Polizeibeamte über ihn. Der Gerichtshof hob hervor, dass der Folterbegriff auch dem Wandel der Zeit und der Anschauungen unterworfen sei. So könnten Übergriffe, welche früher «nur» als unmenschlich galten, im Lichte eines verstärkten Menschenrechtsschutzes nunmehr auch als Folter eingestuft werden. Relativiert wurde auch die Standardformulierung, wonach die Schwere der Folter auch vom Geschlecht, dem Alter und dem Gesundheitszustand des Opfers abhängt. Die zu beurteilenden Übergriffe seien unabhängig vom Zustand des Opfers abscheulich. Sie wurden als Folter eingestuft.²³⁷

117 In **BGE 109 Ia 273** fochten der heutige Berner Strafrechtsordinarius, Hans Vest, und die Demokratischen Juristen der Schweiz die **Überwachungsbestimmungen** der Basler Strafprozessordnung an. Sie machten u.a. geltend, der Einsatz technischer Überwachungsgeräte sei mit der Menschenwürde unvereinbar. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Telefonabhörung und der Einsatz technischer Überwachungsgeräte im Gegensatz zur Folter und dem Einsatz von Lügendetektoren, der Narkoanalyse oder von Wahrheitsseren als Methode der Wahrheitsermittlung verfassungsrechtlich nicht absolut unzulässig seien.²³⁸

²³⁶BOTSCHAFT 2005c, 1129.

²³⁷EGMR, 28.7.1999, No. 25803/94, *Selmouni/Frankreich*, Ziff. 101 ff., 105 («*Such conduct must be regarded as acts of torture for the purposes of Article 3 of the Convention*»).

²³⁸BGE 109 Ia 273 E. 7; dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER⁷, N 324.

