
BASLER KOMMENTAR

Niggli · Heer · Wiprächtiger
(Hrsg.)

Schweizerische Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung



Helbing Lichtenhahn Verlag

2. Kapitel: Grundsätze des Strafverfahrensrechts

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

	Note
I. Systematik	1
II. Adressat	3
III. Geltungsbereich	9
IV. Menschenwürde (Abs. 1)	10
V. Kasuistik von Menschenwürdeverletzungen	14
1. Folter, unmenschliche und erniedrigende Behandlung (Art. 3 EMRK)	15
2. «Assenov-Rechtsprechung»	23
3. Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)	29
4. Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen	31
5. Unwürdigkeit anderer strafprozessualer Massnahmen	39
VI. Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben (Abs. 2 lit. a und b)	43
1. Adressaten	43
2. Kasuistik	46
VII. Gerechtes Verfahren/Rechtliches Gehör (Abs. 2 lit. c)	50
VIII. Menschenunwürdige Verhörmethoden (Abs. 2 lit. d)	55

Literatur

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 1996, 67–97 (zit. Brugger, Der Staat 1996); 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», NStZ 11/2005, 593–602 (zit. Erb, NStZ 11/2005); CHR. FAHL, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, Heidelberg 2004 (zit. 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); R. HAMM, Schluss mit der Debatte über Ausnahmen vom Folterverbot!, NJW 2003/13, 946 f. (zit. Hamm, NJW 2003/13); 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); K. KROEPIL, Prozessualer Missbrauch im Strafverfahren, DriZ 79/2001, 335 (zit. Kroepil, DriZ 79/2001); J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999 (zit. Müller, Grundrechte³); U. PAJAROLA, Der gefolterte Mörder – Urteil des EGMR i.S. Gäfgen gegen Deutschland, Jusletter 3. November 2008 (zit. Pajarola, Jusletter 2008); DERS., Gewalt im Verhör zur Rettung von Menschen, Diss. ZH, Bern 2007 (zit. Pajarola, Diss.); 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. Schlauri, 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. Seemann (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); H. VEST, Folter ohne Ende, AJP 10/2004, 1275–1284 (zit. Vest, AJP 2004); B. WEBER-DÜRLER, Neuere Entwicklung des Vertrauensschutzes, ZBl 103/2002, 281 ff. (zit. Weber-Dürler, ZBl 2002); W. WOHLERS, Entscheidanmerkung zu BGE 131 I 185, AJP 2006, 621–627 (zit. Wohlers, AJP 2006).

I. Systematik

- 1 Art. 3 steht unter der **Überschrift** «Achtung der Menschenwürde und Fairnessgebot». Damit wird die Gesetzesbestimmung inhaltlich zusammengefasst. Zu achten sind die Menschenwürde (Abs. 1) und die Verfahrensfairness (Abs. 2). Während der Würdeschutz in Abs. 1 explizit statuiert wird, ist das «Fairnessgebot» explizit nur im Randtitel erwähnt. Gleichwohl ist damit bereits vorab klargestellt, dass 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.¹ Zur Konkretisierung ist daher insb. die Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK und zu Art. 29 BV zu beachten. Das Verbot menschenunwürdiger Beweiserhebungsmethoden (Abs. 2 lit. d) ist ebenfalls Bestandteil eines fairen Verfahrens, zur Konkretisierung ist jedoch primär die Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) und Art. 10 Abs. 3 BV (Verbot grausamer Behandlung) heranzuziehen.
- 2 In der Folge werden der Gesetzessystematik folgend zunächst der Adressatenkreis (N 3 ff.) und der sachliche Geltungsbereich (N 9) von Art. 3 umrissen. Es werden der Begriff der Menschenwürde in den strafprozessualen Kontext gestellt (N 10 ff.) und Fall-

1 Zur 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.

gruppen von Menschenwürdeverletzungen erörtert (N 14 ff.). Sodann wird noch auf die übrigen nach Art. 3 zu beachtenden Grundsätze eingegangen: das Rechtsmissbrauchsverbot (N 43 ff.), die Verfahrensgerechtigkeit und den Gehörsanspruch (N 50 ff.) sowie die unmenschlichen Verhörmethoden (N 55 ff.).

II. Adressat

Das Gebot, die Menschenwürde und Fairness zu beachten, richtet sich an die **Strafbehörden 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 Berufungsgericht). 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).

Hervorzuheben ist, dass sich die Regelung **nur auf strafbehördliche 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.² Selbstverständlich sind die Fairnessgarantie und die Menschenwürde auch in diesen Verfahren zu wahren. Doch ergibt sich dies nicht aus der StPO, sondern direkt aus den entsprechenden Spezialgesetzen sowie den Verfassungs- und Konventionsbestimmungen.

Als gerichtliche Strafbehörde des Bundes ist auch das Bundesstrafgericht in Bellinzona umfassend durch die Verfahrensgarantien von Art. 3 gebunden. Dies gilt entgegen der etwas missverständlichen Formulierung in der Botschaft³ nicht nur, soweit das Bundesstrafgericht als Beschwerdeinstanz waltet, sondern insb. auch in den erstinstanzlichen Verfahren in Bundesstrafsachen.

Art. 3 richtet sich **nicht** an die **privaten Parteien**. Als solche gelten gem. Art. 104 die beschuldigte Person und die Privatklägerschaft sowie die «anderen Verfahrensbeteiligten» nach Art. 105: Die geschädigte Person, die Anzeigerstatter, die Zeugen, die Auskunftspersonen, die Sachverständigen sowie die verfahrensbetroffenen Dritten.

Dass sich der Menschenwürdeschutz in Art. 3 nur an den Staat richtet, lässt wohl 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 auch ein «horizontales Geltungsverständnis» zu, wonach die Würde auch zwischen Privaten zu achten ist.⁴

Auch die **«Fair Trial Garantien»** richten sich primär an den Staat. Immerhin sieht aber Art. 108 Abs. 1 Einschränkungen des rechtlichen Gehörs vor für den Fall, dass eine Partei ihre Rechte missbraucht. Der Gesetzgeber scheint also davon auszugehen, dass sich zumindest das Rechtsmissbrauchsverbot auch an die Privaten richtet.

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

3 Vgl. BOTSCHAFT 2005c, 1134.

4 BV-SGK²-MASTRONARDI, Art. 7 N 34.

III. Geltungsbereich

- 9 Die Würde der Betroffenen ist in **allen Verfahrensstadien** zu achten (Abs. 1). Der 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.⁵ 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.⁶

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.⁷ Nach der zustimmungswürdigen Auffassung MASTRONARDIS ist die Menschenwürde zumindest in den durch den Grundrechtskatalog ungeschützten Bereichen als selbständig justiziables **Auffanggrundrecht** einzustufen.⁸ 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.⁹
- 11 In der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** zur alten Bundesverfassung wurde die Menschenwürde als generelles Verfassungsprinzip¹⁰ 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»*.¹¹ 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»*.¹² Der «eigenständige Gehalt» der Menschenwürde und damit deren individual-anspruchsrechtliche Dimension wurden in jenem 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»*.¹³ Andere Autoren sehen die Menschenwürde verletzt, *«wenn die Gleichberechtigung bzw. Gleichwertigkeit einer Person oder Gruppe von Personen bestritten, diese mithin als <unterwertig> dargestellt werden»*.¹⁴

5 BOTSCHAFT 2005c, 1127 f.

6 BSK StGB²-BRÄGGER, Art. 74 N 9.

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

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

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

10 BGE 121 I 367 E. 2b.

11 BGE 97 I 45 E. 3; 90 I 36.

12 BGE 127 I 6 E. 5b; vollständiger Entscheid: 1P.103/2001 vom 22.3.2001; BGE 132 I 49 E. 5.1.

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

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

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. Nach 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.¹⁵

Die deutsche Grundrechtsdoktrin hat versucht, den Menschenwürdebegriff in Anlehnung an KANTS Gedanken von der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen fassbar zu machen. 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 [...]»*.¹⁶ Die verfassungsrechtliche Rezeption dieses kantischen Gedankens wurde von G. DÜRIG geprägt: *«Die Menschenwürde als solche ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird»*.¹⁷ Diese sog. **«Objektformel»** und das daraus abgeleitete **Instrumentalisierungsverbot** haben in der Folge in die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes¹⁸ und des schweizerischen Bundesgerichts¹⁹ Eingang gefunden.

V. Kasuistik von Menschenwürdeverletzungen

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; nachfolgend lit. a).²⁰ Einzugehen ist dabei nicht nur auf die materiellen Verletzungen des **Misshandlungsverbots**, sondern auch auf die daraus abgeleiteten **verfahrensrechtlichen Garantien** (sog. «Assenov-Rechtsprechung»; lit. b). Zu behandeln sind weiter die Verletzung von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben; lit. c) sowie die Unwürdigkeit von Haftbedingungen (lit. d) und anderer strafprozessualer Massnahmen (lit. e).

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

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, wobei die Folter die grausamste und 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 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»*.²¹

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

16 KANT, Metaphysik, 600.

17 DÜRIG, AöR 81/1957, 127.

18 BVerfGE 87, 209 (228).

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

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

21 Urteil Labita v. Italy vom 6.4.2000, Ziff. 119 m.Hinw.

- 16 Im Fall **Gäfen v. Germany** vom 30.6.2008 hat der Gerichtshof allerdings die prozessuale Verwendung von unter Folterandrohung erlangten Aussagen zugelassen.²² Der EGMR hatte dabei einen Entführungsfall zu beurteilen, der in Deutschland für grosses Aufsehen gesorgt hatte.²³ Magnus Gäfen 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 Gäfen den entscheidenden Hinweis auf den späteren Fundort. Der Gerichtshof entschied, dass die Folterandrohung zur Geständniserrpressung als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK einzustufen ist.²⁴
- 17 Im Urteil **Tyrer v. the United Kingdom** hielt der Gerichtshof bereits 1978 fest, dass mit dem Schutz vor unmenschlicher Behandlung nach Art. 3 EMRK auch die Würde der Betroffenen geschützt wird.²⁵ 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*».²⁶ In **Selmouni v. France** wurde diese Formulierung relativiert und festgehalten, dass gewisse Übergriffe unabhängig von Opfer-eigenschaften unmenschlich seien.²⁷
- 18 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 Wadtländer 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*».²⁸ 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 stuft 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 kann.²⁹ Hingegen wurde die

22 Urteil EGMR Gäfen v. Germany vom 30.6.2008, Ziff. 63 m. zahlreichen Hinw.; differenzierend zur Absolutheit des Folterverbots PAJAROLA, Jusletter 2008, Ziff. 5.3; vgl. zu diesem Fall auch unten N 59 f.

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

24 Urteil Gäfen v. Germany vom 30.6.2008, Ziff. 69 f., bestätigt durch die grosse Kammer des EGMR: Urteil Gäfen v. Germany vom 3.6.2010, Ziff. 108.

25 Urteil EGMR Tyrer v. the United Kingdom vom 25.4.1978, Ziff. 33.

26 Urteil EGMR Ireland v. the United Kingdom vom 18.1.1978, Ziff. 162.

27 Urteil EGMR i.S. Selmouni v. France vom 28.7.1999, Ziff. 101 und 103; zu diesem Fall s.u. N 64.

28 Zitiert nach MÜLLER, Grundrechte³, 67.

29 Urteil EGMR i.S. Öcalan v. Türkei vom 12.5.2005 Ziff. 182–185.

Ungewissheit des Vollzugs einer Todesstrafe, die in einem unfairen Verfahren ausgesprochen wurde, als grausam i.S.v. Art. 3 EMRK eingestuft.³⁰ Das Resultat, nicht jedoch die Begründung überzeugen: Die drohende Vollstreckung einer Todesstrafe ist unabhängig von der Fairness des Verfahrens eine grausame Ungewissheit.

Eine vergleichbare Argumentation findet sich auch im Urteil **Soering v. the United Kingdom** 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.³¹

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 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 einem 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.³² 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.³³

Der wegen Betrugsvorwürfen inhaftierte Krzysztof Iwanczuk beantragte bei den Gefängnisbehörden, seine Stimme bei den polnischen Parlamentswahlen abgeben zu dürfen. Die Gefängniswärter zwangen ihn, sich hierfür **nackt auszuziehen** und machten **derbe Scherze** über seinen Körper. Der Gerichtshof sah darin eine menschenunwürdige Erniedrigung nach Art. 3 EMRK.³⁴

2. «Assenov-Rechtsprechung»

Im Fall **Assenov v. Bulgarien** vom 28.10.1998 ging es um eine behauptete, aber letztlich **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-treated by the police*», vermittele Art. 3 EMRK einen Anspruch auf wirksame und vertiefte Untersuchung. Nur mit derartigen prozessualen Garantien könne der Schutz vor Misshand-

30 Urteil EGMR i.S. Öcalan v. Türkei vom 12.5.2005 Ziff. 169–175.

31 Urteil EGMR i.S. Soering v. the United Kingdom vom 7.7.1989, Ziff. 111.

32 Urteil EGMR i.S. Aydin v. Türkei vom 25.9.1997 Ziff. 20 und 73.

33 Urteil EGMR i.S. Aydin v. Türkei vom 25.9.1997 Ziff. 80–87.

34 Urteil EGMR Iwanczuk v. Polen vom 15.11.2001, Ziff. 59.

lungen praktisch auch umgesetzt werden.³⁵ Art. 13 vermittele den Opfern darüber hinaus Anspruch auf Zugang zur Untersuchung und zu Schadenersatz.³⁶

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.

- 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**, Schürfungen und Prellungen an Gesicht und Schulter sowie eine mittelschwere **Hirnerschütterung**. Damit das Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Bestrafung oder Behandlung – trotz seiner grundlegenden Bedeutung – 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 der Polizeibeamten begnügte und dem begründeten Verdacht somit nicht in einer ausreichenden und wirksamen Weise nachging.³⁷
- 25 Im Urteil 6B_654/2007 vom 1.7.2008 verneinte das Bundesgericht eine Verletzung des Rechts 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.³⁸ 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).
- 26 Die Assenov-Rechtsprechung hat auch Auswirkungen auf das **bundesgerichtliche Verfahren**. Nach bisheriger Rechtsprechung konnten Opfer von Polizeigewalt nicht gegen Verfahrenseinstellungen Beschwerde erheben, da sie nach der strengen Auslegung des

35 Urteil EGMR i.S. Assenov v. Bulgarien vom 28.10.1998 Ziff. 102.

36 Urteil EGMR i.S. Assenov v. Bulgarien vom 28.10.1998 Ziff. 117; vgl. bereits Urteil EGMR Aydın v. Türkei vom 25.9.1997, Ziff. 103.

37 BGE 131 I 455 E. 2.

38 BGer, StA, 1.7.2008, 6B_654/2007, E. 1.3.

Bundesgerichts nicht in ihren *Zivilansprüchen* tangiert waren: Amtshandlungen von Polizeibeamten unterstehen *öffentlich-rechtlichen* Haftungsvorschriften.³⁹

Sowohl einfache Geschädigte als auch Opfer können die Verletzung von Parteirechten rügen, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft («Star-Praxis»⁴⁰). Zu diesen Verfahrensrechten gehört auch der aus Art. 3 EMRK und Art. 10 Abs. 3 BV abgeleitete Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche 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.⁴¹

Auch im Fall **Ribitsch v. Österreich** vom 21.11.1995 ging es um Gewalt durch Polizeibeamte. Ronald Ribitsch, der unter dem Verdacht stand, einem berühmten österreichischen Rocksänger eine tödliche Heroindosis beschaffen 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.⁴² Nebst dem Anspruch auf lückenlose Aufklärung glaubwürdig behaupteter Übergriffe (Assenov-Rechtsprechung) hat der Gerichtshof im Fall Ribitsch als weitere verfahrensrechtliche Misshandlungsfolge hervorgehoben, dass der verantwortliche Staat seinen konventionsrechtlichen Verpflichtungen nicht entgegen kann unter Verweis auf einen innerstaatlich erfolgten **Freispruch** des Polizeibeamten.⁴³

3. Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)

Noch strengere Anforderungen an die Wirksamkeit und Tiefe der Abklärungen gelten, wenn jemand in Polizeigewahrsam verstirbt. In **Scavuzzo-Hager v. Schweiz** vom 7.2.2006 wurde die Schweiz erstmals wegen Verletzung von Art. 2 EMRK verurteilt.⁴⁴ 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 dieser das Bewusstsein, 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 verpflichte 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.⁴⁵

39 BGE 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, StA, 11.12.2005, 6P.84/2004; zu dieser (verfehlten) Bundesgerichtspraxis vgl. BSK BGG-THOMMEN, Art. 81 N 13.

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

41 BGE 131 I 455 E. 1.2.5

42 Urteil EGMR i.S. Ribitsch v. Österreich vom 21.11.1995, Ziff. 39.

43 Urteil EGMR i.S. Ribitsch v. Österreich vom 21.11.1995, Ziff. 34.

44 Quelle: humanrights.ch; vgl. zu Grunde liegendes Urteil 4C.107/1996 vom 2.12.1997.

45 Urteil EGMR Scavuzzo-Hager v. Schweiz vom 7.2.2006 Ziff. 70–85; vgl. auch Urteil EGMR Salman v. Türkei vom 27.6.2000, Ziff. 104 ff. und 118 ff.

- 30 Nach ständiger Strassburger Rechtsprechung verbietet Art. 2 EMRK nicht nur staatliche Tötungen («intentional and unlawful taking of life»), sondern gebietet auch staatlichen Lebensschutz. Insbesondere Gefangene geniessen aufgrund ihrer schwachen Position («vulnerable position») einen besonderen Schutzanspruch.⁴⁶ In *Keenan v. the United Kingdom* äusserte sich der Gerichtshof zu den Schutzmassnahmen, welche nach Art. 2 EMRK für **suizidgefährdete Gefangene** zu ergreifen sind.⁴⁷

Komplexe Schutzpflichtüberlegungen stellten sich jüngst der Walliser Justiz. Im «**Fall-Rappaz**» ging es um 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) gegenüber⁴⁸.

4. Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen

- 31 In *Kalashnikov v. Russland* vom 15.7.2002 ging es um den Präsidenten der North East 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.⁴⁹ Die knapp 20 m² grosse ungelüftete Zelle, welche Schlafmöglichkeiten 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.
- 32 Die **Haftbedingungen** von Untersuchungsgefangenen oder im Strafvollzug werden nach langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch daraufhin geprüft, ob die Menschenwürde der betroffenen Personen beachtet wird.⁵⁰ Auch der EGMR hat wiederholt Gewicht auf die Menschenwürdigkeit von Haftbedingungen gelegt. So hielt er im **Urteil Kudla v. 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*»⁵¹.
- 33 Für die Beurteilung der **Menschenwürdigkeit** von Haftbedingungen unterscheiden weder die Konventionsorgane noch das Bundesgericht zwischen strafprozessualen Formen des Freiheitsentzugs (**Untersuchungs-, Sicherheitshaft**) und dem **ordentlichen Strafvoll-**

46 Urteil EGMR L.C.B. v. the United Kingdom vom 9.6.1998, Ziff. 36; Zusammenfassend: Zulassungsentscheid *Aronico v. Germany* vom 18.4.2002 Ziff. 1.

47 Urteil EGMR *Keenan v. the United Kingdom* vom 3.4.2001, Ziff. 89 ff.

48 NZZ vom 3.7.2010, Nr. 151, 10; NZZ vom 19.7.2010, Nr. 164, 8; NZZ vom 30.7.2010, Nr. 174, 10; für den Vorrang von Eingriffsverboten vor Handlungspflichten s. BSK StGB²-SEELMANN, Art. 11 N 85.

49 Urteil EGMR i.S. *Kalashnikov v. Russland* vom 15.7.2002 Ziff. 92 ff.

50 SCHWEIZER, 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.

51 Urteil EGMR *Kudla v. Polen* vom 26.10.2000, Ziff. 94.

zug.⁵² Anerkannte Unterschiede bestehen indes z.B. in Bezug auf die Pflicht von Inhaftierten zur Verrichtung zugewiesener Arbeit.⁵³ Auch die naturgemäss nur während des Untersuchungsverfahrens bestehende Kollusionsgefahr kann weitergehende Einschränkungen rechtfertigen.⁵⁴

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.⁵⁵ 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.⁵⁶ Beide Entscheide dürften durch die «Kudla-Rechtsprechung»⁵⁷ überholt sein und ganz allgemein dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz widersprechen. Das (faktische) **Schlafverbot** und die unter Hygiene Gesichtspunkten fragwürdige Beschränkung des Abwaschens gehen über die mit der Haft notwendig verbundenen Beeinträchtigungen hinaus.

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*»⁵⁸. Bei einem inhaftierten mutmasslichen Mitglied einer 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.⁵⁹

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.⁶⁰

Auf mehrere Beschwerden von Ludwig A. Minelli hatte sich das Bundesgericht in abstrakten Normenkontrollverfahren mit den Haftbedingungen im Kanton Zürich zu befassen.⁶¹ Der Beschwerdeführer erstritt dabei sukzessive ein uneinschränkbares Recht Inhaftierter auf einen mindestens **einstündigen Spaziergang** im Freien pro Tag.⁶²

Das Verbot der Benützung einer privaten **Playstation** 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

52 BGE 118 Ia 64, 80; unv. Urteil 1P.393/1993, E. 2e.

53 BGE 123 I 221, 236 ff.

54 BGer, StA, 25.2.1994, 1P.12/1994, E. 4.

55 BGE 124 I 231 E. 2c cc

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

57 Urteil EGMR *Kudla v. Polen* vom 26.10.2000, Ziff. 94, vgl. oben N 32.

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

59 BGer, StA, 25.2.1994, 1P.12/1994, E. 4.

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

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

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

des Gefängnisses technisch mögliche Unterhaltung zu vermitteln. Bei der strittigen Benutzung einer Playstation geht es nicht um die Gewährleistung des für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlichen Mindestmasses an Freiheit.⁶³

5. Unwürdigkeit anderer strafprozessualer Massnahmen

- 39 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».⁶⁴
- 40 Gemäss dem «**Zwangsrasur** – Entscheid» vom 3.9.1986 stellt die Anordnung einer Bart- rasur zwecks Konfrontation des Beschuldigten mit Zeugen eines ihm vorgeworfenen schweren Verbrechens keine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK dar.⁶⁵
- 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 ist.⁶⁶
- 42 In *Bilgin v. 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.⁶⁷

VI. Rechtsmissbrauch und Treu und Glauben (Abs. 2 lit. a und b)

1. Adressaten

- 43 Nach ständiger Rechtsprechung⁶⁸ und herrschender Lehre⁶⁹ sind das Rechtsmissbrauchsverbot sowie das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, Rechtsgrundsätze mit allgemeiner Geltung: «*Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung*».⁷⁰ Sie sollen sich nicht nur an die Strafbehörden, sondern auch an die «privaten» Verfahrensbeteiligten richten, insb. an den Beschuldigten und seinen Anwalt.⁷¹ Diese Interpretation des Adressatenkreises ergibt sich nicht direkt aus der Strafprozessordnung. Art. 3 StPO verpflichtet nur die *Strafbehörden* zur Beachtung der Grundsätze. Das gleiche gilt für Art. 9 BV, welcher unter dem Titel «Schutz vor Willkür und Wahrung von

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

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

65 BGE 112 Ia 161 E. 5

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

67 Urteil EGMR *Bilgin v. Turkey* vom 16.11.2000, Ziff. 96 und 104; im gleichen Sinne Urteil *Dulas v. Turkey* vom 30.1.2001, Ziff. 54 ff.

68 BGE 121 I 181 E. 2a; 133 I 270 E. 1.2.3.

69 Nachweise bei SCHMID, Handbuch, N 91 ff.

70 BGE 131 I 185 E. 3.2.4.

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

Treu und Glauben» bestimmt: «Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden».

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 immerhin in Art. 2 ZGB verankert.⁷² Ebenso bestimmt Art. 5 Abs. 3 BV programmatisch: «Staatliche Organe und *Private* handeln nach Treu und Glauben».

Zu Recht wird in der Literatur davor gewarnt, über das Verbot treuwidrigen Verhaltens ansonsten nicht bestehende Mitwirkungs- oder Selbstbelastungspflichten ins Strafverfahren einzuführen.⁷³ Egal, ob es um schikanöse Strafanträge⁷⁴ oder querulatorische Ablehnungsbegehren⁷⁵ geht, sollte mit der Annahme von Rechtsmissbrauch haushälterisch verfahren werden.⁷⁶ Zumal der Begriff des Rechtsmissbrauchs rechtstheoretisch nicht widerspruchsfrei vermittelbar ist: 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 *Gebrauch* eines Rechtes kein *Missbrauch*.

2. Kasuistik

Wichtig ist der Gutgläubensschutz vor allem im Bereich von **Fristen** und Rechtsmittelbelehrungen. So entschied das Bundesgericht in BGE 135 I 257, dass strafprozessuale Zwischenentscheide (wie Beschlagnahmen und Kontosperrungen⁷⁷) als vorsorgliche Massnahmen nach Art. 46 Abs. 2 BGG 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 Beschwerde unter Hinweis auf **Treu und Glauben** dennoch behandelt.

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. Nur eine grobe prozessuale Unvorsorgfalt 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.⁷⁸ Dass eine Rechtsmittelbelehrung (bloss) einer publizierten Gerichtspraxis widerspricht, kann somit auch einem rechtskundigen Adressaten nicht entgegengehalten werden.

In der früheren Rechtsprechung wurde der Gutgläubensschutz unter dem Titel «Rechtsverweigerung durch **überspitzten Formalismus**» thematisiert. So entschied das Bundesgericht bereits 1970, dass Treu und Glauben es gebieten, dem Berufungskläger eine Nach-

72 BGE 107 Ia 206, E. 3a.

73 SCHMID, Handbuch, N 93.

74 BGE 118 IV 291, E. 2a.

75 ZR 91/92 (1992/3) Nr. 54; Beispiele aus SCHMID, Handbuch, N 93 f.

76 Zum Rechtsmissbrauch im Strafprozess mit zahlreichen Hinweisen s. WOHLERS, AJP 2006, 625 ff.

77 Das Gleiche gilt nach BGE 133 I 270 für strafprozessuale Haftentscheide.

78 So 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.

frist zur Leistung eines Kostenvorschusses einzuräumen, wenn sich diese Pflicht lediglich aus den in der Rechtsmittelbelehrung referenzierten Gesetzesbestimmungen ergibt.⁷⁹

- 49 Treuwidriges Verhalten Privater wird über das allgemeingültige Verbot des «**venire contra factum proprium**» abgehandelt.⁸⁰ Rechtsmissbrauch ist nach der Rechtsprechung insb. gegeben, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Dies wurde bejaht für eine Beschuldigte, 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.⁸¹

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

- 50 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*». Dass das rechtliche Gehör auch unter Würdegesichtspunkten relevant ist, wird in der Lehre seit Längerem anerkannt: Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs degradiert das betroffene Verfahrensobjekt zum blossen Verfahrensobjekt.⁸² 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 Verfahrensobjekte.⁸³
- 51 In diesem Sinne machte ein Beschwerdeführer in einer Sicherheitshaftbeschwerde geltend, 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 StPO/ZH) ergab, konnte das Bundesgericht die Frage offenlassen, ob sich dieser Anspruch bei Haftüberprüfungen auch direkt aus Art. 29 Abs. 2 BV ergibt.⁸⁴
- 52 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 ist in der subjektiv empfundenen mangelnden Freundlichkeit des Gerichts weder eine die Menschenwürde verachtende oder erniedrigende Behandlung noch eine Demütigung zu erkennen.⁸⁵
- 53 In einem Entscheid 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 erhalten [...]. In besonderem Masse gilt dies für den strafrechtlich Beschuldigten. Dient*

⁷⁹ BGE 96 I 521.

⁸⁰ Vgl. SCHMID, Handbuch, N 93 f. und die dort genannten Beispiele.

⁸¹ BGE 131 I 185 E. 3.2.4; zu diesem Entscheid vgl. die Anmerkung von WOHLERS, AJP 2006, 625 ff.; weiter 130 IV 72 E. 2.2; 128 II 145 E. 2.2; BGer, KassH, 24.2.2000, 6P.113/1999, E. 2, publ. in: Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung [ZWR] 2000, 288 ff.

⁸² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN³, N 1711 m.w.Hinw.; zur «Objektformel» vgl. oben N 13.

⁸³ BGE 127 I 6 E. 5b; 124 V 180 E. 1a.

⁸⁴ BGer, KassH, 25.11.2002, 1P.546/2002, E. 2.

⁸⁵ BGer, StA, 6.11.2006, 6P.147/2006 und 6S.324/2006, E. 3 m.w.Hinw.

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.⁸⁶

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).⁸⁷

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

Art. 3 Abs. 2 lit. d verbietet Beweiserhebungsmethoden, welche die Menschenwürde verletzen. Nach der Botschaft sind Folter und folterähnliche Methoden wie der **Entzug von Mahlzeiten** 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 Narkoanalyse oder von Lügendetektoren selbst dann, wenn die Betroffenen damit einverstanden sein sollten.⁸⁸

Nimmt man den Bundesrat beim Wort, so könnte man sich fragen, ob nicht auch die 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 v. Turkey vom 26.11.1996 zu Grunde. Unter dem Vorwurf der Unterstützung von PKK-Terroristen wurde der südstürkische Metallarbeiter Zeki Aksoy verhaftet und in das «Mardin Antiterrorist Headquarter» verbracht. Er wurde nackt ausgezogen, seine Augen wurden 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.⁸⁹ Nicht abschliessend geklärt werden konnten die Vorwürfe, wonach Elektroden an seinen Genitalien befestigt, er mit Wasser überschüttet und während rund 35 Minuten mit Stromstössen gefoltert wurde. Das gleiche gilt für den Vorwurf, in den Folgetagen in zwei- resp. halbstündigen Intervallen wiederholt geschlagen worden zu sein.

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**», s.o. N 23 ff.).⁹⁰ Ebenso hob der Gerichtshof die fundamentale Be-

⁸⁶ BGE 113 Ia 309 E. 3d.

⁸⁷ BGE 127 I 133 E. 6.

⁸⁸ BOTSCHAFT 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; dazu unten N 65.

⁸⁹ Urteil EGMR (21987/93) Aksoy v. Turkey vom 26.11.1996 Ziff. 64.

⁹⁰ Urteil EGMR (21987/93) Aksoy v. Turkey vom 26.11.1996 Ziff. 61 m.Hinw. auf das Urteil EGMR i.S. Tomasi v. Frankreich vom 27.8.1992.

deutung des **Folterverbots** hervor. Dieses wird als absolut abwägungs- und **notstands-****fest**⁹¹ 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.⁹²

- 58 Die Frage, ob in sogenannten «**ticking bomb**» Situationen Folter zur Gefahrenabwehr zulässig ist, bildet Gegenstand anhaltender Diskussionen⁹³. Das Bundesgericht lehnt solche «Rettungsfolter» 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 werden⁹⁴.
- 59 Im bereits erwähnten Urteil **Gäfigen v. Germany** vom 30.6.2008 ging es um das unter Folterandrohung erpresste Geständnis eines Kindsentführers und -mörders.⁹⁵ Der Gerichtshof hob hervor, dass die angedrohten körperlichen Misshandlungen Folter darstellten, 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 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.⁹⁶ 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.⁹⁷

Der Fall wurde an die Grosse Kammer des EGMR weitergezogen. Diese entschied, dass die 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) gewesen⁹⁸.

Dieses Ergebnis mag die an der Verurteilung Gäfigens interessierten Kreise befriedigen. Der Entscheid wirft dennoch Fragen auf. Befremdend ist insbesondere, dass der Gerichtshof (Ziff. 99) und die Grosse Kammer (Ziff. 167) nur bei der Verwendung von erfolgten 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 abso-

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

92 Urteil EGMR (21987/93) *Aksoy v. Turkey* vom 26.11.1996 Ziff. 62 m.Hinw. auf den Leitentscheid i.S. *Ireland v. The United Kingdom* vom 18.1.1978 Ziff. 163.

93 Auslöser der Debatte waren zwei Aufsätze von BRUGGER, *Der Staat* 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, Diss.

94 BGE 109 Ia 273, E. 7.

95 vgl. oben N 16.

96 Urteil EGMR *Gäfigen v. Germany* vom 30.6.2008 Ziff. 99; dazu PAJAROLA, Jusletter 2008, Ziff. 6.

97 Urteil EGMR *Gäfigen v. Germany* vom 30.6.2008, Ziff. 109.

98 EGMR, Grosse Kammer, Urteil vom 1.6.2010, Ziff. 169 ff.

lut (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 *Gäfigen* hat im Übrigen in drastischer Weise vor Augen geführt, dass die in der neuen Folterdebatte eingeführte Unterscheidung zwischen verpönte Folter zur Aussageerpressung und (angeblich) zulässiger Rettungsfolter in der Praxis unbrauchbar ist.⁹⁹ Die Polizei meinte mit der Gewaltandrohung das Leben des entführten Jungen zu retten. 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 Misshandlungslegitimation¹⁰⁰.

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 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.¹⁰¹

Im Fall *Harutyunyan v. Armenia* ging es um einen armenischen Armeeeingehörigen, der unter polizeilichen Misshandlungen die Tötung eines Kameraden gestanden hatte. Er wurde mit Fäusten und Gummiknütteln 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.¹⁰² Er hielt jedoch fest, dass die prozessuale Verwendung der so erlangten Aussagen das Verfahren als Ganzes unfair (Art. 6 Abs. 1 EMRK) machten.¹⁰³

Nicht als Folter, jedoch als unmenschliche Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK wurde das von Polizeibeamten der Royal Ulster Constabulary (RUC) im Nordirlandkonflikt zur Bekämpfung des IRA Terrorismus praktizierte «vertiefte Verhör» eingestuft.¹⁰⁴ 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 Ver-

99 Zur Unterscheidung zwischen erfolgter Selbstbelastung und gewaltsamem Polizeigüterschutz BRUGGER, *Der Staat* 1996, 67–97 und DERS., JZ 4/2000, 165 ff.; zum Ganzen auch GSCHWEND/WINIGER, Abschaffung der Folter, 3 m.w.Hinw.

100 EGMR, Grosse Kammer, Urteil vom 1.6.2010, Ziff. 107.

101 Urteil EGMR *Jalloh v. Germany* vom 11.7.2006, Ziff. 82 f. und 103 ff.

102 Zur fehlenden Gerichtsbarkeit «ratione temporis» vgl. *Harutyunyan v. Armenia* (36549/03) vom 28.6.2007, Ziff. 64 und 50.

103 Urteil EGMR *Harutyunyan v. Armenia* (36549/03) vom 28.6.2007, Ziff. 66.

104 Plenarentscheid des EGMR vom 18.1.1978 i.S. *Ireland v. The United Kingdom*, Ziff. 96 ff.

hörphasen. (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.¹⁰⁵ Nach heutigen «Folter-Massstäben» ist dieser Entscheid nicht mehr haltbar. Der Bundesrat qualifiziert bereits den Schlafentzug als absolut unzulässige folterähnliche Methode.¹⁰⁶

- 64 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 knieenden 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.¹⁰⁷

- 65 In **BGE 109 Ia 273** wandten sich der heutige Berner Strafrechtsordinarius, Hans Vest, und die Demokratischen Juristen der Schweiz gegen **Überwachungsbestimmungen** in der Basler Strafprozessordnung. 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.¹⁰⁸