

# Die Opfer staatlicher Gewalt vor Bundesgericht

VON MARC THOMMEN

## I. Die erste Begegnung

Es war der 2. August 2005. Am Morgen früh. Ein heisser Sommertag lauerte noch hinter den Walliser Bergen. Ich trug Sonntagsstaat: dunkler Anzug, hellblaues Hemd, Kravatte. Ich war zu Fuss unterwegs. Die Place de la Riponne, der Pont Bessières und das Café du Bleu Léopard lagen bereits hinter mir. Ich bog in die Avenue du Tribunal Fédéral ein. Damals noch eine riesige Baustelle. Die Stadt Lausanne baute ihre Métro-Linie von Ouchy nach Épalinges. Langsam stieg meine Nervosität. Ich ging vorbei am Hallenbad Mon Repos und überquerte die Strasse. Der Fussgängerkiesweg stieg leicht an. Linker Hand tauchte die Orangerie hinter den Büschen auf. Dieses 1823 als Winterquartier für die tropischen Pflanzen des Parc Mon Repos errichtete Gebäude wird heute als Künstleratelier genutzt.<sup>1</sup>



*Orangerie in Lausanne*

Yves Dana heisst der glückliche Mann, der darin wirkt. Ein Bildhauer wie aus dem Bilderbuch. Graue Haare und schwarze Schürze mit Staub darauf. Er stand vor der Türe und band Verpackungsmaterial zusammen. Er nickte mir schmunzelnd zu. Kein Künstler sieht täglich mehr Juristen, ging mir durch den Kopf.

Das Palais war jetzt unübersehbar. Stolz thronte es über dem Parc Mon Repos. Das Bundesgericht.

1 Die Orangerie wurde 1823 vom Pariser Architekten Achille-François-René Leclère (1785–1853) erbaut. Die Orangerie diente in dem nach dem Vorbild englischer Gärten des 19. Jahrhunderts erbauten Parc Mon Repos als Winterquartier für die tropischen Pflanzen. Daher auch der Name « Orangerie ». Seit 1955 steht sie unter Denkmalschutz als typisches Gebäude der Romantik.

Ich betrat den Parkplatz und blickte an der Frontfassade hoch. Im dritten Stock stand das zweite Fenster von links offen. Die übrigen waren geschlossen. Es war mein erster Arbeitstag als Gerichtsschreiber am Bundesgericht.

Keine halbe Stunde später klopfte ich beim Büro 308. «Jaaaaah», schrie es von drinnen. Ich öffnete langsam die Türe. Der Anblick, der sich mir bot, sollte der amerikanische Supreme Court Justice Antonin Scalia anlässlich eines Gerichtsbesuchs später einmal kommentieren mit den Worten: «empty desk – empty mind!». Mitten im Chaos sass Bundesrichter und frisch gebackener Dr. h.c. Hans Wiprächtiger, Herausgeber der Basler Strafrechtskommentare, Luzerner SP-Legende, bekannt in der ganzen Schweiz. Er schwang seine Schuhe vom Tisch, breitete seine Arme aus und strahlte: «Herzlich Willkommen, ich bin Jonny!». Wir schüttelten Hände. Das erste von ungezählten Malen nahm ich Platz auf dem Stuhl gegenüber von Jonny. Die Nervosität war weg. Sofort fühlte ich mich wohl. Jonny wies auf das offene Fenster. In der Ferne war der Lac Léman zu sehen. An schönen Tagen kann man sogar den Jet d'Eau in Genf erkennen. Gegenüber im Parc Mon Repos der Pavillon Voltaire.



*Ehemaliger Sitz des olympischen Komitees*

Der ehemalige Sitz des olympischen Komitees. Jonny wies mich auf die Inschrift an der Fassadenspitze unter dem Dach hin: «Toujours Agité – Jamais Abattu!». Immer bewegt – nie erschüttert. Seit über 16 Jahren sehe er diesen Spruch jeden Morgen, wenn er das Fenster öffne, sagte Jonny. Unterdessen sei er wohl so

etwas wie sein juristisches Lebensmotto geworden. Ich sollte bald erkennen, was er damit meinte.

## II. Der erste Fall – toujours agité

Das erste Dossier, das ich zu bearbeiten hatte, handelte von einem Verkehrsunfall. Eine Velofahrerin, welche die schweren Taschen ihres Wocheneinkaufs an den Velolenker gehängt hatte, konnte der sich öffnenden Tür eines geparkten Autos nicht mehr ausweichen. Sie stürzte schwer. Der Autofahrer machte entscheidendes Selbstverschulden der Velolenkerin geltend. Vergeblich. «Dass das Fahrrad der Geschädigten zu stark mit Einkaufstaschen beladen war und sie daher allenfalls ein Mitverschulden traf, ändert am verkehrsregelwidrigen Verhalten des Beschwerdeführers nichts. Im Strafrecht gibt es keine Schuldkompensation». Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde abgewiesen.<sup>2</sup> Für mich ein Erfolg. Mein erstes Dossier für Jonny Wiprächtiger passierte die Richterzirkulation diskussionslos.

## III. Der zweite Fall – jamais abattu

Bereits das zweite Dossier hatte es in sich.<sup>3</sup> Noch heute hadere ich mit dieser Entscheidung. Es ging um einen tragischen «Unfall» aus dem Kanton Zürich. In einer Märznacht des Jahres 2002 wurde der Polizei ein Einbruchsdiebstahl im Gebiet hinter dem Zürcher Obergericht gemeldet. Polizeipatrouillen versuchten, das Gebiet aus verschiedenen Richtungen einzukreisen. Ein Einsatzbus war an den «unteren Zäunen» unterwegs, in der Nähe des Restaurants «Zum Grünen Glas». Plötzlich entdeckten sie einen rennenden Mann. Den Polizisten war sofort klar: Das ist der Einbrecher. Der Mann rannte direkt auf das Polizeiauto zu. Man machte ihm Zeichen anzuhalten. Er rannte weiter. Um ein Entkommen zu verhindern, wollte ihm der Fahrer den Weg abschneiden, indem er den Polizeibus quer zur Fahrbahn Richtung Hausmauer lenkte. Der Randstein des Trottoirs bremste seine Fahrt ab, sodass er nochmals stark beschleunigen musste. Genau in diesem Moment wollte der Mann noch zwischen dem Polizeiauto und der Hausmauer durchrennen. Das schaffte er nicht mehr. Das Polizeiauto drückte ihn gegen die Wand. Dabei wurde sein linkes Bein so stark eingeklemmt, dass es später oberhalb des Knies amputiert werden musste. Zu allem Elend kam hinzu, dass der nunmehr verkrüppelte Mann gar nicht der gesuchte Einbrecher war. Es war ein stadtbekannter Travestiekünstler, der das Pech hatte, dass er just in diesem Moment zu seinem Auto lief, statt ging.<sup>4</sup>

2 BGer, 19.10.2005, 6P.64/2005; 6S.194/2005.

3 BGer, 11.12.2005, 6P.84/2004, 6S.230/2004.

4 Vgl. BÜRER, Ein verletzter, starker Mann, in: Tagesanzeiger vom 5.9.2006, S. 15.

Gegen die Polizisten wurde eine Untersuchung eröffnet wegen des Verdachts auf eventualvorsätzliche schwere Körperverletzung. Die Untersuchungsbehörde hielt es in der Folge für ausgeschlossen, nachzuweisen, dass der Polizeibeamte beim Abschneiden des Wegs eine Körperverletzung in Kauf nahm. Sie stellte die Untersuchung in Bezug auf den Eventualvorsatz ein. Gegen diese Einstellung wehrte sich das Opfer durch alle Instanzen.

Der Fall landete auf meinem Pult. Mein Gefühl sagte mir, dass die Einstellung nicht ernsthaft von der Überzeugung motiviert sein konnte, dass sich ein Eventualvorsatz nicht nachweisen liess. In der Untersuchung gilt «in dubio pro duriore».<sup>5</sup> Dieser Grundsatz besagt, dass im Zweifel wegen des schwereren Delikts anzuklagen ist. Die «Zweifels-Schwelle» ist für eine Einstellung also höher, als bei einem Freispruch. Weil das Gericht im Zweifel freispricht, hat der Staatsanwalt im Zweifel wegen des schwereren Delikts (pro duriore) anzuklagen. Dies gilt zumindest in der Theorie.

In der Praxis, so Jonny Wiprächtiger, führten ganz andere Überlegungen zu Einstellungsentscheiden: Hier hätten wohl die kantonalen Behörden ihre eigene Polizei, mit der sie täglich zusammenarbeiten, nicht «in die Pfanne hauen» wollen. Nach dem Motto: Wir stellen jetzt einmal ein, so haben wir etwas für das gute Klima mit der Polizei getan. Sollte die Einstellung letztinstanzlich wieder aufgehoben werden, dann würden die Behörden die Untersuchung gegen die Polizei nicht aus eigener Überzeugung, sondern auf Weisung aus Lausanne führen müssen. Es könne also auch im Sinne der kantonalen Untersuchungsbehörde sein, den Einstellungsentscheid aufzuheben. So sei der Friede im Kanton gewahrt und der Sache nach richtig entschieden. Auch föderalistische Überlegungen sprächen dafür, dass das Bundesgericht in Bereichen regulierend in das kantonale Verfahren eingreife, wo dies den Kantonen wegen ihrer Sachnähe oder persönlicher Verstrickungen unmöglich sei. Jonny Wiprächtiger zeigte mir so völlig neue, nichtjuristische Dimensionen der Fallentscheidung auf. Er wies mich – toujours agité, bewegt durch die Dramatik des Unfalls und die Diskussionswürdigkeit des Einstellungsentscheids – an, eine Gutheissung der Beschwerde zu prüfen. Das tat ich mit grosser Begeisterung, doch im Ergebnis ohne Erfolg. Auf die Beschwerde des Opfers wurde nicht eingetreten.

#### **IV. Beschwerden von Opfern staatlicher Gewalt**

Wie kam es dazu? Nach Art. 270 lit. e Ziff. 1 des damals noch geltenden Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP) stand die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts dem Opfer zu, «*das sich bereits vorher am Verfahren beteiligt hat, soweit der Entscheid seine Zivilansprüche betrifft oder sich auf deren Beurteilung auswirken*

5 BGer, 12.1.2010, 6B\_859/2009, E. 2; BGer, 11.4.2008, 6B\_588/2007, E. 3.2.

kann». Daraus leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ab, dass Opfer, die von Beamten geschädigt wurden, nicht zur Beschwerde legitimiert sind. Schadenersatzforderungen gegen den Staat wegen Verletzungen durch Beamte werden vom kantonalen Recht in der Regel nach öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften abgehandelt. Die sprichwörtlichen Opfer von Staatsgewalt sind durch Einstellungsentscheide deshalb nicht in ihren Zivilforderungen betroffen. Die angefochtenen Entscheide wirken sich nur auf ihre öffentlich-rechtlichen Forderungen aus.<sup>6</sup>

In unserem Fall bedeutete dies, dass der beinamputierte Mann sich gegen die Einstellung nicht zur Wehr setzen konnte, weil er durch einen Beamten verletzt worden war. Die Einstellung konnte sich nur auf seine öffentlich-rechtlichen Staatshaftungsforderungen gegen den Kanton Zürich auswirken.<sup>7</sup> Damit waren aber die Voraussetzungen einer Opferbeschwerde nach Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP nicht erfüllt. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht eingetreten.<sup>8</sup>

Dieses Resultat erschütterte mich. Auch Jonny war nicht glücklich, liess sich durch die Entscheidung aber nicht entmutigen. «Jamais abattu». Er analysierte: Der Beschwerdeausschluss von Opfern, die von Beamten verletzt wurden, war erst drei Jahre zuvor in einem amtlich veröffentlichten Entscheid bestätigt worden.<sup>9</sup> Die Zeit damit entgegen seiner ursprünglichen Einschätzung noch nicht reif für eine Praxisänderung. Eine öffentliche Urteilsberatung, in der man der Gegenmeinung hätte Gehör verschaffen können, gab es unter dem damaligen Verfahrensrecht noch nicht.<sup>10</sup> Die Sitzungen des Kassationshofs finden unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Es blieb also nichts anderes übrig, als auf eine andere Zusammensetzung des Richterkollegiums oder eine Änderung des Verfahrensrechts zu warten.

Beides trat in der Folge ein. Sowohl die Richterzusammensetzung als auch das Verfahrensrecht änderten. Nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 des Bundes-

6 BGE 128 IV 188 E. 2 (von Polizeibeamten verursachter Erstickungstod bei Ausschaffung); 127 IV 189 E. 2b (angeblich missbräuchliche Verhaftung des Ehemannes nach erfolgloser eheschutzrichterlicher Ausweisung); 125 IV 161 E. 2b (Schuss aus polizeilicher Dienstwaffe bei Verhaftung führt beim Opfer zur Lähmung beider Beine). Zu Recht kritisch: YOUSSEF, Die Legitimation des Geschädigten zur Beschwerde in Strafsachen – Zugleich Bemerkungen zu BGE 136 IV 29, BGE 136 IV 41 und BGer, Urteil v. 15.4.2010, 6B\_127/2010, forumpoenale 2010/5, S. 313–318, 316 ff.

7 § 6 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 14.9.1969 über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten (Haftungsgesetz; LS/ZH 170.1).

8 BGer, 11.12.2005, 6S.230/2004, E. 2.

9 BGE 128 IV 188 E. 2.

10 Art. 17 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz; OG; SR 173.110) vom 16.12.1943 (Stand am 20.6.2006) bestimmte unter dem Titel «Öffentlichkeit»: «<sup>1</sup> Parteiverhandlungen, Beratungen und Abstimmungen sind öffentlich, ausgenommen die Beratungen und Abstimmungen der strafrechtlichen Abteilungen, der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer und, wenn es sich um Disziplinarsachen handelt, der öffentlichrechtlichen Abteilungen».

gerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005, welches Anfangs 2007 in Kraft trat, war das Opfer zur Beschwerde in Strafsachen berechtigt, «*wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann*». Angesichts dieses nahezu identischen Wortlauts der neuen Legitimationsbestimmung erstaunt es wenig, dass das Bundesgericht auch in anderer Zusammensetzung weiterhin an der restriktiven Zulassung von Opfern staatlicher Übergriffe festhielt.<sup>11</sup>

## V. Ausnahmsweise Zulassung von Opfern staatlicher Gewalt

Nach mehreren Jahren der Stagnation hat das Bundesgericht den kategorischen Beschwerdeausschluss von Opfern staatlicher Gewalt kürzlich (zumindest teilweise) aufgegeben. Am 16. Februar 2010 fällte es in Fünferbesetzung einen bemerkenswerten Grundsatzentscheid.<sup>12</sup> Das französischsprachige Urteil wurde nicht publiziert. Wohl deshalb wurde es trotz seiner Tragweite bisher nicht rezipiert. Eine öffentliche Sitzung fand nicht statt. Daraus kann man de jure schliessen, dass der Fünferentscheid einstimmig gefallen ist (Art. 58 Abs. 1 lit. b BGG).

Ein Insasse der Waadtländer Strafvollzugsanstalt «Plaine de l'Orbe» wollte am 24. Februar 2007 mit seiner Schwester telefonieren. Dies wurde ihm vom Dienstchef verweigert. Daraufhin zerstörte der Insasse das Mobiliar zweier Zellen. Drei Strafvollzugsbeamten holten ihn deshalb gewaltsam aus der Zelle. Sie fixierten ihn bäuchlings auf dem Boden, die Hände in Handschellen auf dem Rücken. Nach Darstellung der Behörden seien dabei von keiner Seite Schläge oder Verletzungen zugefügt worden. Der Insasse warf den Vollzugsbeamten Körperverletzung (Art. 123 StGB) durch unverhältnismässige Gewaltanwendung und Amtsmissbrauch (Art. 312 StGB) vor. Unter anderem sollen ihm die Handschellen derart fest angelegt worden sein, dass seine Handgelenke zu bluten begannen.

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass der Beschwerdeführer aufgrund des Waadtländer Staatshaftungsrechts keine direkten Ansprüche gegen die beteiligten Beamten erheben könne.<sup>13</sup> Mangels Zivilansprüchen könne er nicht nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG zur Beschwerde zugelassen werden. Zu prüfen bleibe, ob er ein «*verfassungsmässiges Recht auf Ausfällung der in Art. 123*

11 BGer, 13.11.2007, 6B\_380/2007, E. 1; unterdessen sogar als einzelrichterliche Nichteintretensentscheide wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nach Art. 108 BGG: BGer, 15.4.2010, 6B\_127/2010, E. 2, vgl. YOUSSEF (Fn. 6), S. 317.

12 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009.

13 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.1; Art. 5 de la loi vaudoise du 16 mai 1961 sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (RS/VD 170.11).

und 312 StGB vorgesehenen Strafen» geltend machen könne.<sup>14</sup> Dies wird in der Folge unter Bezugnahme auf das einschlägige Völker-, Konventions- und Verfassungsrecht bejaht: Die UN-Folterkonvention verpflichtet die Vertragsstaaten zum Erlass von Gesetzesbestimmungen, welche Verletzungen des Folterverbots und des Verbots grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung bestrafen.<sup>15</sup> Bei Anhaltspunkten für derartige Verletzungen muss umgehend eine unabhängige Untersuchung durchgeführt werden (Art. 12). Dem Betroffenen steht ein Beschwerderecht zu (Art. 13). Diese Bestimmung vermittelt dem Betroffenen nicht nur einen Anspruch auf eine umgehende und unabhängige Untersuchung, sondern auch ein Recht auf Anwendung der zur Bekämpfung der Folter aufgestellten Strafbestimmungen.<sup>16</sup> Im gleichen Sinne folgt auch aus den Artikeln 1, 3 und 13 EMRK, dass bei glaubhaft vorgebrachten Misshandlungsvorwürfen eine wirksame Untersuchung zu erfolgen hat, welche zur angemessenen Bestrafung der Verantwortlichen führen kann. Auch eine zu milde Bestrafung verletzt daher Art. 3 EMRK. Dies gilt sogar, wenn die erlittenen Misshandlungen des Opfers im Übrigen anerkannt resp. Entschädigungen bezahlt wurden. Die Europäische Menschenrechtskonvention verbietet nicht nur die Folter und die grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung, aus ihr ergeben sich auch eine positive Verpflichtung der Vertragsstaaten, die Urheber verbotener Behandlungen zu bestrafen sowie ein entsprechendes Recht des Opfers auf Ausfällung der für die Verantwortlichen vorgesehenen Strafen.<sup>17</sup> Die gleichen Verfahrensgarantien und Schutzverpflichtungen lassen sich gemäss Bundesgericht auch aus den Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen von Art. 10 Abs. 3 der Bundesverfassung und Art. 7 des UNO-Pakts II<sup>18</sup> ableiten. Der Privatkläger hat deshalb einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, dass die zum Schutz vor Folter und Misshandlung aufgestellten Strafbestimmungen auf die Verantwortlichen angewen-

14 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.2: *«Il reste à examiner si, à défaut de pouvoir se fonder sur la loi pénale ou sur sa qualité de victime LAVI, le recourant peut se prévaloir d'un droit constitutionnel à l'application des peines prévues par les art. 123 et 312 CP».*

15 Insbesondere Art. 4, 5, 12, 13 und 16 des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, abgeschlossen in New York am 10.12.1984 (In Kraft getreten für die Schweiz am 26.6.1987; SR 0.105; Stand am 25.1.2008).

16 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.2.1: *«Art. 13 ne peut pas être compris, replacé dans l'ensemble des dispositions de la convention, comme ayant une portée exclusivement procédurale; il englobe aussi un droit à l'application de la loi pénale dont les États parties doivent se doter».*

17 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.2.1: *«il en dérive aussi une obligation positive substantielle des États parties de punir de manière appropriée les auteurs et les complices de traitements prohibés et un droit corrélatif de la victime à l'application, aux responsables de ces traitements, des peines et mesures prévues par la loi pénale».*

18 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, abgeschlossen in New York am 16.12.1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18.9.1992 (SR. 0.103.2).

det werden. Voraussetzung ist, dass er am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt war und (glaubhaft) behauptet, gefoltert oder misshandelt worden zu sein. Der Privatkläger, welcher Opfer eines staatlichen Übergriffs wurde, kann sich nach dieser Entscheidung somit nicht mehr nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht («une enquête officielle approfondie et effective»), sondern neu auch in der Sache selbst («sur le fond») gegen eine Einstellung, ein Nichteintreten oder einen Freispruch zur Wehr setzen.<sup>19</sup>

Gemäss Bundesgericht stellten die vom Insassen behaupteten Verletzungen und Übergriffe eine erniedrigende Behandlung dar, sofern sie sich erhärten liessen. Seine Beschwerde war daher materiell zu behandeln. In der Sache wurde sie abgewiesen. Das Bundesgericht erinnert an die Strassburger Rechtsprechung, wonach bei Personen, welche unversehrt in Polizeigewahrsam gelangten und bei der Entlassung Verletzungen aufweisen, eine Umkehr der Beweislast stattfindet. Wegen der besonderen Schutzwürdigkeit von Gefangenen muss hier der Staat nachweisen, dass keine unerlaubten Übergriffe stattgefunden haben.<sup>20</sup> Das Bundesgericht nimmt an, dass der Beschwerdeführer sich die Verletzungen entweder bei seinen Vandalenakten selbst zugefügt hat oder sie eine Folge verhältnismässiger Gewaltanwendung zu seiner Ruhigstellung waren.<sup>21</sup>

Dieser Entscheid in verschiedener Hinsicht bemerkenswert. Er setzt sich intensiv mit den völker- und konventionsrechtlichen Vorgaben an Strafverfahren und Strafvollzug auseinander. Er ist eine konsequente Weiterentwicklung des «St. Galler Polizeifalls» (BGE 131 I 455). In jenem Fall ging es um einen Türken der von der St. Galler Polizei gewaltsam verhaftet wurde. Er behauptete, anlässlich dieser Festnahme einen Nasenbeinbruch erlitten zu haben. Amtshandlungen von Polizeibeamten unterstehen auch im Kanton St. Gallen öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften.<sup>22</sup> Mangels Auswirkungen auf die Zivilansprüche fiel eine Legitimation vor Bundesgericht somit grundsätzlich ausser Betracht.<sup>23</sup> Doch können Geschädigte und Opfer die Verletzung von Parteirechten rügen, deren Missachtung auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft («Star-Praxis»<sup>24</sup>). Zu diesen Verfahrensrechten zählte das Bundesgericht im «St. Galler Polizeifall» erstmals auch den aus Art. 3 und 13 EMRK sowie Art. 10 Abs. 3 BV abgeleiteten Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche

19 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.2.1 i.f.

20 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.2.2.1.; Urteil (25803/94) Selmouni v. France vom 28.7.1999, Ziff. 87; Urteil (21987/93) Aksoy v. Turkey vom 26.11.1996 Ziff. 61 mit Hinweis auf das Urteil i.S. Tomasi v. Frankreich vom 27.8.1992; vgl. zum Ganzen auch THOMMEN, Art. 3 StPO; in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2010.

21 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.2.2.2.

22 Art. 1 Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons St. Gallen vom 7.12.1959 (SGS 161.1).

23 Ständige Rechtspr.: BGE 128 IV 188 E. 2; 125 IV 161 E. 3; BGer, 31.3.2005, 1P.737/2004, E. 2; BGer, 27.10.2004, 1P.432/2004, E. 1.

24 BGE 114 Ia 307 E. 3c; 133 I 185 E. 6.2; BGer, 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, vermittelt ihm dies insofern auch ein Recht auf eine wirksame Beschwerde an das Bundesgericht.<sup>25</sup> Das «Plaine de l'Orbe»-Urteil geht nun noch einen Schritt weiter. Die Folter- und Misshandlungsverbotsbestimmungen haben gemäss Bundesgericht nicht nur die im St. Galler Entscheid anerkannte *prozedurale* Tragweite, sondern umfassen ein Recht auf *Anwendung* der zur Bekämpfung von Folter und Misshandlung aufgestellten Strafvorschriften. Um die Anwendung dieser Strafbestimmungen durchsetzen zu können, räumt das Bundesgericht den Opfern staatlicher Gewalt – entgegen der bisherigen Eintretenspraxis – ein Recht ein, sich gegen Einstellungen, Nichtanhandnahmen und Freisprüche auch in der Sache («sur le fond») zur Wehr zu setzen. Aufgrund der restriktiven Legitimationspraxis fanden die Opfer staatlicher Gewalt mit ihren Beschwerden in der Sache bisher kein Gehör vor Bundesgericht. Das «Plaine de l'Orbe»-Urteil ist insoweit ein Meilenstein.

Auch ohne den Entscheidungsprozess im Detail zu kennen, darf angenommen werden, dass diese Lockerung der Zulassungspraxis zu einem guten Teil auch dank Jonny Wiprächtigers unermüdlichem Einstehen für Opfer- und Geschädigtenbelange zustande gekommen ist. *Toujours agité.*

## VI. Ausnahmslose Zulassung von Opfern staatlicher Gewalt

Die Rechtsprechung zur Legitimation von Opfern und Geschädigten ist jüngst in Bewegung gekommen. Doch auch nach der «Plaine de l'Orbe»-Entscheidung gibt es nach wie vor Bereiche, in denen die von staatlicher Delinquenz betroffenen Privaten von der Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen sind. Dies trifft einmal zu auf die «einfachen» Geschädigten.<sup>26</sup> Aber auch auf Opfer,<sup>27</sup> die aufgrund von *Fahrlässigkeitstaten* von Beamten in ihrer körperlichen oder psychischen Integrität geschädigt wurden. Die Erweiterung der Legitimation nach «Plaine de l'Orbe»-Rechtsprechung gilt grundsätzlich nur für Vorsatztaten.<sup>28</sup> Diese verbleibenden Einschränkungen geben Anlass, die Praxis zur Legitimation grundsätzlich zu überdenken. Die Stunde dazu ist günstig.

Auf den 1. Januar 2011 wurden die Zulassungsbestimmungen erweitert. Damit ist ein zähes Ringen des Gesetzgebers zu einem aus Sicht der Opfer und

25 BGE 131 I 455 E. 1.2.

26 Art. 115 StPO/CH.

27 Im Sinne von Art. 116 StPO/CH.

28 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, E. 3.1.2.2: «*Pour tomber sous le coup de la convention de New York et des art. 7 Pacte ONU II, 3 CEDH et 10 al. 3 Cst., un mauvais traitement doit en principe être intentionnel et atteindre un minimum de gravité.*»

Geschädigten positiven Ende gekommen.<sup>29</sup> Die Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 enthielt eine im Vergleich zum bisherigen Recht wesentlich grosszügigere Legitimationsbestimmung. Zur Beschwerde in Strafsachen sollte auch die Privatklägerschaft berechtigt sein, «soweit sie nach der Strafprozessordnung zur Ergreifung von Rechtsmitteln legitimiert ist».<sup>30</sup> Im neuen Strafprozess wurde der Privatkläger als Partei mit dem Beschuldigten auf Augenhöhe gestellt.<sup>31</sup> Sie sind gleichberechtigte Parteien. Mit der erweiterten Legitimationsbestimmung sollte diese Gleichberechtigung auch für das bundesgerichtliche Verfahren umgesetzt werden.

Auf Betreiben des Bundesgerichts<sup>32</sup> wurde diese Neuregelung bereits vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung wieder geändert. Nach dem Entwurf zum Strafbehördenorganisationsgesetz sollten nicht mehr alle Privatkläger, sondern nur noch das Opfer zur Beschwerde in Strafsachen legitimiert sein, «wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung seiner Zivilansprüche auswirken kann».<sup>33</sup> Diese Entwurfsversion entsprach dem Wortlaut von Art. 81 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005.<sup>34</sup> Sie sollte dem Bundesgericht ermöglichen, seine Praxis zum Beschwerdeausschluss einfacher Geschädigten fortzusetzen.<sup>35</sup> Während der Ständerat dem bundesrätlichen Entwurf noch folgte, setzte der Nationalrat erfolgreich eine Erweiterung der Legitimation des Opfers auf die Privatklägerschaft durch. Ab 1. Januar 2011 ist die Privatklägerschaft zur Beschwerde in Strafsachen zugelassen, sofern sich «der angefochtene Entscheid auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»<sup>36</sup>. Damit wurde eine «Mittellösung»<sup>37</sup> zwischen der umfassenden durch die StPO angestrebten Beschwerdelegitimation und der Weiterführung der bisherigen Ausschlusspraxis gewählt.<sup>38</sup> Zusammenfassend hat

29 Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. auch JEANNERET, La partie plaignante et l'action civile, ZSTrR 3/2010, S. 316 f.

30 Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in der Version der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5.10.2007, AS 2010 1881, 2022; s. bereits Entwurf zur schweizerischen Strafprozessordnung, BBl 2006 1389 ff., 1532.

31 Art. 104 StPO/CH.

32 Geschäftsbericht des Bundesgerichts 2009, S. 15 (bger.ch/gb2009\_bger\_d.pdf); Votum Ständerat Claude Janiak, Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598.

33 BBl 2008 8189, 8210 f.

34 AS 2006 1205, 1227.

35 Vgl. Votum Ständerat Claude Janiak, Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598.

36 Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in der Version des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19.3.2010 (StBOG), AS 2010 3267, 3294.

37 NR Vischer, Sitzung des Nationalrats vom 3. März 2010, AB NR 2010 S. 124; ähnlich BR Widmer-Schlumpf, Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010, S. 160.

38 Ständerat als Erstrat: Sitzung vom 9.6.2009, AB SR 2009, S. 598 (Festhalten am bundesrätlichen Entwurf); Nationalrat als Zweitrat: Sitzung vom 10.12.2009, AB NR 2009, S. 2269 (Erweiterung auf Privatkläger); Differenzbereinigungsverfahren: Sitzung des Ständerats vom 1.3.2010, AB SR 2010 S. 8 f. (Beharren auf bundesrätlichem Entwurf); Sitzung des

sich der Gesetzgeber dem Wunsch des Bundesgerichts widersetzt, an der bisherigen Legitimationspraxis festzuhalten. Es entspricht dem klaren Willen des Gesetzgebers, dass Privatkläger in weiterem Masse als bisher zur Beschwerde zugelassen werden. Dies gilt sowohl für das Opfer als auch für die «einfachen» Geschädigten, soweit sie sich als Privatkläger konstituiert haben.<sup>39</sup> Es gibt verschiedene Möglichkeiten diesem gesetzgeberischen Wunsch nach Erweiterung der Privatklägerlegitimation Rechnung zu tragen.<sup>40</sup> Eine davon wäre, die Praxis zum Beschwerdeausschluss von Opfern staatlich zu verantwortender Straftaten fallen zu lassen. Abschliessend werden Gründe für die Aufgabe dieser Rechtsprechung aufgezeigt.

Die Praxis kann für sich in Anspruch nehmen, den Wortlaut des Gesetzes rigoros umzusetzen. Entscheide über Straftaten von Beamten ziehen nur öffentlich-rechtliche Entschädigungsforderungen nach sich. Sie können sich damit im Wortsinne nicht auf die «Zivilforderungen» des Opfers auswirken. Das Bundesgericht begründet den Beschwerdeausschluss dieser Opfer aber auch mit der *ratio legis* der opferhilferechtlichen Bestimmungen (BGE 128 IV 188). Dem Opfer soll die effiziente Durchsetzung einer Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche ermöglicht und ihm eine kostenrisikobehaftete und wegen Täterinsolvenz oft erfolglose Verweisung auf den Zivilweg erspart werden. Diese Gefahr bestehe nicht, wenn der Staat das Opfer anstelle des schädigenden Beamten entschädige.<sup>41</sup> Der Staat sei immer solvent, so die Grundüberlegung. Hoffen wir, dass wenigstens das Letzte zutrifft.

Die Argumentation in BGE 128 IV 188 geht an der Sache vorbei. Es ist keineswegs so, dass der Staatshaftungsprozess ohne Kostenrisiko für das Opfer ist. Auch hier kann das Opfer unterliegen und kostenpflichtig werden. Einzig im Fall des Obsiegens riskiert das Opfer nicht auf seinen Aufwendungen sitzen zu bleiben. Nicht nachvollziehbar ist, was dieser Kostenpunkt mit der Legitimation des Opfers vor Bundesgericht zu tun haben soll. Ob dem Opfer die Verweisung in einen zweiten Prozess erspart werden soll, ist eine völlig andere Frage, als die nach den Auswirkungen der strafrechtlichen Entscheidung auf die Entschädigungsforderungen. Nur Letzteres ist für die Legitimation relevant.<sup>42</sup>

Nationalrats vom 3.3.2010, AB NR 2010, S. 122 ff. (Beharren auf der Erweiterung); Sitzung des Ständerats vom 10.3.2010, AB SR 2010, S. 160 (Einschwenken auf die Linie des Nationalrats).

39 Zur Konstituierung der Privatklägerschaft vgl. Art. 118 ff. StPO/CH; zur Parteistellung: Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO/CH.

40 Im Detail: THOMMEN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2011 (im Druck), Art. 81 (Kommentierung zur Opfer- und Geschädigtenlegitimation).

41 BGE 128 IV 188 E. 2.3 (Von Polizeibeamten verursachter Erstickungstod bei Ausschaffung).

42 Vgl. schon Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP und heute Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

Betrachten wir die beiden Punkte gesondert: Die Verweisung in einen zweiten Prozess widerspricht in jedem Fall den Interessen des Opfers. Unabhängig davon, ob die Entschädigungsforderungen sich in diesem Prozess gegen Private oder gegen den Staat richten. Der Vorteil einer adhäsionsweisen Behandlung von Haftungsansprüchen im Strafverfahren besteht für das Opfer gerade darin, keinen zweiten Prozess führen zu müssen. Mit dem Opferhilfegesetz wollte man es dem Opfer salopp gesagt erleichtern, zu seinem Recht zu kommen. Darin liegt die *ratio legis*. Selbst wenn man also – um bei der Argumentation des Bundesgerichts zu bleiben – im Staatshaftungsprozess kein Kostenrisiko liefe, änderte dies nichts daran, dass man einen zweiten Prozess führen muss. Dies ist bereits für sich betrachtet eine opferfeindliche und unnötige Verfahrensschwerung. *De lege ferenda* wäre zu überlegen, ob nicht auch Staatshaftungsansprüche adhäsionsweise im Strafprozess sollen behandelt werden können. Art. 122 Abs. 1 StPO/CH, der nur die Behandlung zivilrechtlicher Adhäsionsansprüche zulässt, ist wenig opferfreundlich.

Abgesehen davon, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Opferhilfe in diesem Punkt fehlinterpretiert, zielt sie am Problem vorbei. Es geht bei der Legitimation des Opfers zur Beschwerde in Strafsachen nicht um die Frage der Verweisung auf den Zivilweg. Es geht ausschliesslich um Auswirkungen der strafrechtlichen Entscheidung auf die Zivilforderungen der Privatklägerschaft (*«wenn der angefochtene Entscheid sich auf die Beurteilung ihrer Zivilansprüche auswirken kann»*).<sup>43</sup> Damit sind wir beim zweiten Punkt: Die strafrechtliche Entscheidung muss sich nicht tatsächlich, sondern nur möglicherweise auf die Haftungsforderungen auswirken. Solche Auswirkungen drohen aber unabhängig davon, ob das Opfer nach zivil- oder öffentlich-rechtlichen Haftungsvorschriften entschädigt wird. Deshalb ist es aus opferhilferechtlicher Sicht verfehlt, den Ausdruck «Zivilansprüche» wörtlich zu nehmen. Das Opfer muss sich gegen den Strafpunkt zur Wehr setzen können, weil sich dieser ganz allgemein auf seine Entschädigungs- und Genugtuungsforderungen auswirken kann.<sup>44</sup>

Das Bundesgericht anerkennt die Auswirkungsmöglichkeit in ständiger Rechtsprechung. Entgegen dem Wortlaut von Art. 53 OR, wonach der Zivilrichter an das strafgerichtliche Erkenntnis nicht gebunden ist, nimmt das Bundesgericht eine faktische Bindung des Zivilrichters an.<sup>45</sup> Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb nur der Zivilrichter und nicht auch der Staatshaftungsrichter sich durch das Erkenntnis des Strafrichters faktisch gebunden fühlen sollte.

43 Vgl. schon Art. 270 lit. e Ziff. 1 BStP und Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.

44 YOUSSEF, (Fn. 6), *forumpoenale* 2010/5, S. 317, weist ferner auf die rechtsungleiche Behandlung von Opfern privater und staatlicher Gewalt hin.

45 BGE 120 Ia 101 E. 2e; 120 IV 44 E. 6.; 119 IV 339 E. 1d/cc; vgl. auch BGE 136 IV 29 E. 1.7.2 bezügl. Bindung an strafrichterliche Sachverhaltsfeststellungen. Im Detail: BOMMER, *Offensive Verletztenrechte im Strafprozess*, Bern 2006, S. 150 ff.

Genau davon muss das Bundesgericht ausgehen, wenn es nur das in seinen Zivilforderungen betroffene Opfer zur Beschwerde zulässt. Dass dies verfehlt ist, lässt sich am Zürcher Fall beim «Grünen Glas» besonders deutlich aufzeigen<sup>46</sup>: Die strafgerichtliche Einstellung des Strafverfahrens wegen eventualvorsätzlicher Tatbegehung hat Auswirkungen auf die Fallbetrachtung desjenigen Richters, welcher über die Entschädigung des Opfers zu bestimmen hat. Dabei ist irrelevant, ob dieser zweite Richter als Zivilrichter das Obligationenrecht oder als Staatshaftungsrichter öffentlich-rechtliches Entschädigungsrecht anwendet. Entscheidend ist, dass sich dieser Haftungsrichter sagen könnte: *«Wenn das Strafgericht nur Fahrlässigkeit angenommen hat, wird es dies mit gutem Grund getan haben»*. Wegen dieser möglichen Korrumpierung des späteren Haftungsrichters, muss sich das Opfer gegen das strafrechtliche Urteil des ersten Richters wehren können.<sup>47</sup> Diese Beeinflussungsgefahr besteht unabhängig von der Frage, ob öffentlich- oder zivilrechtliche Haftungsvorschriften zur Anwendung kommen.

## VII. Kämpfen bis zum Schluss

Zusammenfassend stellt die am Gesetzesbuchstaben klebende Interpretation des Wortes «Zivilansprüche» den Opferschutz auf den Kopf. Ausgerechnet die Opfer von staatlicher Gewalt können nichts dagegen tun, wenn Strafverfolgungsbehörden oder Strafgerichte «ihre» Polizei von strafrechtlicher Verfolgung verschonen wollen. Dies lässt die Opfer in genau der Ohnmacht zurück, die man ihnen mit der Opferhilfegesetzgebung ersparen wollte. Bei opfergerechter und verfassungskonformer (Art. 124 BV) Auslegung könnte das Wort «Zivilansprüche» in Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG in einem weiteren Sinne als «Haftungsansprüche» interpretiert werden.

Zumindest in krassen Fällen ist die Beschwerdezulassung nach der jüngsten «Plaine de l'Orbe»- Rechtsprechung abgesichert.<sup>48</sup> So wäre im Zürcher Fall heute geltend zu machen, dass das Vorgehen der Polizei bei der Anhaltung des vermeintlich Fliehenden selbst dann als unmenschlich einzustufen wäre, wenn es sich gegen den wirklichen Einbrecher gerichtet hätte. Zumal die Zulässigkeit einer gewaltsamen Festnahme aus der ex ante Sicht des in der Einsatzsituation handelnden Polizisten zu beurteilen ist.

Die Opfer staatlicher Gewalt hatten vor Bundesgericht lange Zeit einen schweren Stand. Die Praxis, solche Opfer mangels Zivilansprüchen kategorisch von der Beschwerde auszuschliessen, ist ins Wanken geraten. Sie ist aufzuge-

46 BGer, 19.10.2005, 6P.64/2005; 6S.194/2005.

47 Gleich NAY, Recht haben und Recht bekommen vor Bundesgericht, in: Niggli/Pozo/Queloz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin zur Emeritierung und zugleich dem 67. Geburtstag, Zürich 2007, S. 464.

48 BGer, 16.2.2010, 6B\_274/2009, vgl. oben.

ben. Oben habe ich ausgeführt, dass die Stunde hierzu günstig sei, weil der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten der StPO/CH eine Erweiterung der Opferlegitimation verordnet hat. Die Stunde ist aber noch aus einem zweiten Grund günstig: 2011 ist Jonny Wiprächtigers letztes Amtsjahr. Wann, wenn nicht jetzt – ist man versucht zu fragen – soll die restriktive Opferzulassung aufgegeben werden? Jonny Wiprächtiger wird hierfür getreu seinem Lebensmotto «*toujours agité – jamais abattu*» bis zum Ende seiner Amtszeit kämpfen. Diese dauert nach seinem eigenem Bekunden noch bis zum «31. Dezember 2011, 23.59 h».