

Teil 2: Grundlagen

Kapitel 1: Der Strafvollzug – ein empirischer Überblick

Gemäss der World-Prison-Population-Liste befinden sich weltweit rund 10,74 Mio., europaweit rund 1,57 Mio. und schweizweit rund 6900 Personen im Freiheitsentzug.³² Die Anzahl der Inhaftierten ist damit weltweit seit dem Jahr 2000 um rund 25% gestiegen.³³ Setzt man die Anzahl Inhaftierter ins Verhältnis zur Bevölkerungszahl, befinden sich am Stichtag des 30. September 2018 in Europa 187 Personen pro 100'000 Einwohner im Freiheitsentzug.³⁴ Setzt man weiter jeweils die Anzahl der für den Freiheitsentzug zur Verfügung stehenden Plätze in den europäischen Staaten mit der Anzahl Inhaftierter ins Verhältnis, so ergibt sich, dass von 100 zur Verfügung stehenden Plätzen durchschnittlich deren 87,6 tatsächlich belegt sind.³⁵ Haftanstalten in Nordmazedonien, Rumänien, Frankreich, Italien, Moldawien, Serbien, Portugal, Tschechien, Griechenland, Österreich, der Slowakei und Dänemark haben am stärksten mit Überbelegungen zu kämpfen (bis 122,3%).³⁶

32 WALMSLEY S. 2, 13, 17: Für die Länder Eritrea, Somalia und Nordkorea sind allerdings keine Zahlen verfügbar und die Angaben von China und Guinea-Bissau sind unvollständig. Ferner fehlen auch Angaben von einigen international nicht vollständig anerkannten Jurisdiktionen. Die Gefangenenpopulation dürfte deshalb noch grösser sein und könnte wohl sogar 11 Mio. betragen. Vgl. auch LINES, *International Journal of Prisoner Health* 2006, 269 (270), welcher darauf hinweist, dass die jährliche Zahl der vom Strafvollzug betroffenen Individuen nochmals deutlich höher ist, zumal die genannten Zahlen immer nur die Gefängnispopulation zu einem Stichtag wiedergeben.

33 WALMSLEY S. 2.

34 WALMSLEY S. 17.

35 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 7: Der Median liegt bei 91,4. Der Median legt fest, bei welchem Wert 50% der Daten unterhalb und 50% der Daten über diesem liegen. Der Median ist gegenüber dem Durchschnitt insofern aussagekräftiger, als er durch extrem hohe bzw. tiefe Werte weniger stark beeinflusst wird.

36 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 7, 12: Die Länder Albanien, Belgien und Ungarn gehörten im Jahr 2016 auch zu den von der Überbelegung stark betroffenen Ländern. Im Jahr 2018 lieferten sie für diese Statistik jedoch keine Daten mehr. In diesem Zusammenhang bleibt jedenfalls vorwegzunehmen, dass evidenterweise eine Korrelation zwischen dem Problem der Überbelegung und der generellen Auslastung der Vollzugsanstalten besteht; dennoch spielen bei der Überbelegung

Der transnationale Charakter des Strafvollzugs manifestiert sich im Ausländeranteil der Inhaftierten. Am Stichtag des 31. Januar 2018 besaßen durchschnittlich knapp 25% der Gefangenen in europäischen Gefängnissen eine ausländische Staatsangehörigkeit.³⁷ Rund ein Drittel der ausländischen Inhaftierten sind dabei im Besitz einer Staatsangehörigkeit eines anderen europäischen Landes.³⁸ In Osteuropa ist der Ausländeranteil in den Haftanstalten mit normalerweise unter 5% sehr niedrig; in Zentral- und Westeuropa variiert der Ausländeranteil der Gefangenen zwischen 1% und 71%.³⁹ Die höchsten Ausländeranteile europaweit hatten am Stichtag Monaco (100%), Andorra (80%), Liechtenstein (75%), Luxemburg (72,1%) die Schweiz (71,4%) und Österreich (54,7%) zu verzeichnen.⁴⁰ Mit 1,1% ist der Ausländeranteil im Strafvollzug europaweit in Polen am niedrigsten.⁴¹

Hinsichtlich der Dauer der zu verbüßenden Freiheitsstrafe hatten europaweit rund 16% der Inhaftierten eine Freiheitsstrafe von weniger als einem Jahr, 24% eine Freiheitsstrafe zwischen einem und drei Jahren, 16% eine Freiheitsstrafe von drei bis fünf Jahren, 17% eine Freiheitsstrafe von fünf bis zehn Jahren und 1,2% eine lebenslange Freiheitsstrafe zu verbüßen.⁴² Weniger als 1% der Inhaftierten unterlagen Sicherungsmassnahmen.⁴³ Die übrigen rund 25% waren nicht rechtskräftig verurteilt und befanden sich in Untersuchungs- resp. Sicherheitshaft.⁴⁴ Die rechtskräftig verurteilten Insassen verbüßten am häufigsten Strafen wegen Betäubungsmitteldelikten (17%), wegen Diebstahls (16%), wegen (versuchter) Tötungsdelikte (13%) und wegen Raubs (11%).⁴⁵

weitere Faktoren wie die effektive Verteilung der Inhaftierten auf die verschiedenen Haftanstalten resp. auf die einzelnen Haftzellen eine bedeutende Rolle. Überbelegungssituationen in gewissen Strafvollzugsanstalten sind damit auch dann denkbar, wenn die Auslastungsrate europaweit oder auch national unter 100% liegt.

37 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3: Der Median liegt bei knapp 16%.

38 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 2; zu (EU-)Ausländern in europäischen Gefängnissen vgl. auch MORGENSTERN Neue Kriminalpolitik 2007, 139 ff.

39 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 2, wobei nur Staaten mit mindestens einer Million Einwohnern berücksichtigt wurden. In kleineren Staaten variiert die Ausländerrate in Zentral- und Westeuropa von 72% bis 100% (100% in Monaco).

40 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3.

41 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3.

42 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3 f.

43 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3 f.

44 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 3 f.

45 AEBI/TIAGO Key-Findings S. 4 f.

Die durchschnittlichen Ausgaben pro inhaftierter Person pro Tag variieren innerhalb Europa stark: etwa € 2.50 in Russland, € 6.– in Aserbaidschan, € 9.40 in Moldawien oder € 778.4 im Vereinigten Königreich, € 380.– in Schweden und € 346.20 in San Marino.⁴⁶ Die durchschnittlichen Ausgaben liegen in Europa bei € 128.– pro Inhaftiertem pro Tag (europäischer Median € 66.50).⁴⁷ Obwohl die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten und die wirtschaftlichen Indikatoren der einzelnen Länder sowie der Umwechslungskurs in Euro hier unberücksichtigt bleiben, sprechen die immensen Unterschiede für sich.

Kapitel 2: Menschenrechte im Strafvollzug

I. Menschenrechtsrelevanz des Strafvollzugs

Wird einer Person mit hoheitlichem Urteil die Freiheit entzogen, beschlägt dies die Menschenrechte der betroffenen Person. Zu unterscheiden sind die prinzipielle Menschenrechtsgeltung und der Geltungsumfang der Menschenrechte.⁴⁸ Heute ist unbestritten, dass eine Person bei Antritt der Freiheitsstrafe ihre Menschenrechtsträgerschaft nicht verliert.⁴⁹ Im Gegenteil verlangt das allgemeine menschenrechtliche Postulat des „*no more harm principle*“, auch Entgegenwirkungsprinzip oder Prinzip des *nil nocere* genannt, dem Inhaftierten während des Vollzugs nicht mehr Leid zuzufügen, als durch den Freiheitsentzug an sich hervorgerufen wird.⁵⁰ Als positive Pflicht des Staates wird demnach eine so menschenrechtsschonende Ausgestaltung des Strafvollzugs wie nur möglich verlangt.⁵¹ Dieser

46 AEBI/TIAGO SPACE I S. 112.

47 AEBI/TIAGO SPACE I S. 112.

48 MÜLLER S. 45 ff.

49 Historisch war dies allerdings nicht immer so: vgl. dazu BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 204: Im Jahr 1871 bezeichnete das Oberste Gericht der USA Inhaftierte noch als sog. „*Outlaws*“ resp. „Staatsklaven“, welche keinerlei Rechte hätten und der Willkür der Obrigkeit ausgeliefert seien. Vgl. ferner COYLE/FAIR/JACOBSON/WALMSLEY S. 68; BARISCH KJ 2008, 425 (432); CORNILLE/DEVOS/MAHIEU BP 2006, 1 ff.

50 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 61; Karpenstein/Mayer/SINNER Art. 3 Rn. 22; SCHILLING Rn. 188; IK/KAU Art. 3 EMRK Rn. 54; PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 15; LIGTHART/VAN OPLOO/MEIJERS/MEYNEN/KOOIJMANS NJECL 2019, 287 (289 f.); RIEGEL/SPEICHER StV 2016, 250 ff.; im Einzelnen vgl. auch COYLE/FAIR/JACOBSON/WALMSLEY S. 68 f., 71 f.

51 EGMR (GK) – *Paladi*/MDA, Urt. v. 10.03.2009, 39806/05, Rn. 71.

Ausgestaltung des Vollzugs kommt umso grössere Bedeutung zu, als dass der Strafvollzug eine Vielzahl von Menschenrechten betrifft.⁵² Der Strafvollzug tangiert nämlich nicht nur das Recht auf Freiheit und Sicherheit i.S.v. Art. 5 EMRK und den in dieser Arbeit behandelten Art. 3 EMRK (Verbot der Folter, der unmenschlichen und erniedrigenden Strafe oder Behandlung). So hat der Staat etwa aufgrund von Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) im Sinne einer positiven Pflicht nicht nur lebenssichernde Leistungen bereitzustellen, sondern aufgrund seiner Schutzpflicht auch zu gewährleisten, dass Inhaftierte vor Lebensbedrohungen, beispielsweise durch andere Gefangene, geschützt werden. Dazu gehört beispielsweise, dass bekanntermassen gefährliche Inhaftierte nicht mit anderen Inhaftierten untergebracht werden dürfen, wenn sie auch für diese eine Gefahr sind.⁵³ Auch Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) zeitigt vielfältige Auswirkungen auf die Ausgestaltung des Vollzugs. So fliessen aus ihm Mindestanforderungen beispielsweise an die zu gewährenden Besuchsrechte,⁵⁴ an die Aussenkontakte über andere Kommunikationsmittel (bspw. Telefonate oder Briefverkehr)⁵⁵ oder an die die Privatsphäre sichernde Ausgestaltung der Haftzelle⁵⁶. Bei Letzterer ist etwa an eine genügende Abtrennung des sanitären Bereichs zu denken, wenn mehrere Personen in einer Haftzelle untergebracht sind. Aufgrund von Art. 9 EMRK (Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit) kann der Staat sodann beispielsweise verpflichtet sein, Besuche ei-

52 Der Freiheitsentzug und die damit einhergehende Beschränkung der Bewegungsfreiheit hat Reflexwirkungen auf andere Menschenrechte. Von einer Reflexwirkung wird ausgegangen, wenn neben der Bewegungsfreiheit ein anderes Menschenrecht vom Freiheitsentzug faktisch zumindest partiell mitbetroffen ist: KAISER/SCHÖCH § 5 Rn. 52 f. KAISER und SCHÖCH unterteilen in Bezug auf das deutsche Grundgesetz die Grundrechte in zwei Kategorien; solche, die vom Freiheitsbezug zumindest faktisch mitbetroffen sind und solche, die sowohl aus rechtlicher als auch aus faktischer Perspektive auch während des Strafvollzugs weiter unbeschränkte Wirkung entfalten. Vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 ff., welche auf die komplexe Aufgabe eines Rechtsstaats hinweisen, die Anforderungen an das staatliche Strafvollzugswesen zu erfüllen und dabei die Freiheitsrechte der Inhaftierten nicht übermässig zu beschränken.

53 EGMR – *Paul u. Audrey Edwards*/GBR, UrT. v. 14.03.2002, 46477/99, Rn. 63 f.

54 EGMR – *Polyakova* u.a./RUS, UrT. v. 07.03.2017, 35090 u.a.; EGMR – *Istvan Gabor Kovacs*/HUN, UrT. v. 17.01.2012, 15707/10, Rn. 35 ff.; EGMR – *Gradek*/POL, UrT. v. 08.06.2010, 39631/06, Rn. 40 ff.; vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (213 f. m.w.H.).

55 EGMR – *Lebois*/BUL, UrT. v. 19.10.2017, 67482/14; vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (213 f. m.w.H.).

56 EGMR – *Szafrański*/POL, UrT. v. 15.12.2015, 17249/12, Rn. 39 f.

nes Priesters oder Pastors in der Strafvollzugsanstalt zuzulassen⁵⁷ und religionskonforme Nahrung⁵⁸ bereitzustellen. Auch das Recht auf freie Meinungsäusserung i.S.v. Art. 10 EMRK endet nicht mit der Inhaftierung, weshalb aus Art. 10 EMRK auch während des Strafvollzugs entsprechende abwehr- und gewährleistungsrechtliche Verpflichtungen fliessen.⁵⁹ Zumal die persönliche Freiheit keine notwendige Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf Eheschliessung ist, hat der Staat weiter aufgrund von Art. 12 EMRK (Recht auf Eheschliessung und Familienbegründung) auch Inhaftierten zu ermöglichen, eine eheliche Beziehung ihrer Wahl einzugehen.⁶⁰ Art. 14 EMRK gebietet schliesslich, die Konventionsrechte und Freiheiten ohne Diskriminierung zu gewährleisten. Im Kontext des Strafvollzugs hatte sich der Gerichtshof aufgrund dieser Bestimmung etwa mit (angeblichen) Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Anwendung eines bestimmten Gefängnisregimes oder vorzeitiger Entlassungen auseinanderzusetzen.⁶¹

57 EGMR – *Poltoratski/UKR*, Urt. v. 29.04.2003, 38812/97, Rn. 163 ff.; EGMR – *Mozer/MDA u. RUS*, Urt. v. 23.02.2016, 11138/10, Rn. 197 ff.

58 EGMR – *Jakobski/POL*, Urt. v. 07.12.2010, 18429/06, Rn. 42 ff.: Anspruch eines buddhistischen Strafgefangenen, im Strafvollzug fleischlose Mahlzeiten zu erhalten; zur Gewährleistung der Glaubens- und Gewissensfreiheit im Strafvollzug im Einzelnen: KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (217 ff.).

59 Vgl. etwa EGMR – *Yankov/BUL*, Urt. v. 11.12.2003, 39084/97: Feststellung einer Verletzung von Art. 10 EMRK, nachdem der Beschwerdeführer für „mässig“ anstössige Äusserungen gegen das Justiz- und Strafvollzugssystem in einem persönlichen Manuskript mit sieben Tagen in einer Disziplinarzelle bestraft worden war. Vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (219 f.), welche die Kommunikationsgarantien für die Realisierung des Normalisierungsgrundsatzes und die Resozialisierung als besonders wichtig erachten.

60 Vgl. EGMR – *Frasik/POL*, Urt. v. 05.01.2010, 22933/02, Rn. 95; vgl. im Einzelnen sowie zu zulässigen Einschränkungen auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (215 ff.).

61 Vgl. etwa EGMR – *Chaldayev/RUS*, Urt. v. 28.05.2019, 33172/16, Rn. 76 ff.; EGMR – *Varnas/LTU*, Urt. v. 09.07.2013, 42615/06, Rn. 116 ff.: Unterschiedliche Besuchsregelung im gewöhnlichem Strafvollzug und während der Untersuchungshaft; EGMR – *Gülay Cetin/TUR*, Urt. v. 05.03.2013, 44084/10: Unterschiedliche Anforderungen an die Entlassungsmöglichkeit bei finaler Krankheit im gewöhnlichen Strafvollzug und während der Untersuchungshaft; EGMR (GK) – *Kafkaris/CYP*, Urt. v. 12.02.2008, 21906/04, Rn. 162 ff.: Beschwerde eines Inhaftierten, welcher eine lebenslange Strafe verbüsste, bzgl. der Begnadigungspraxis; EGMR – *Clift/GBR*, Urt. v. 13.07.2010, 7205/07, Rn. 73 ff.: Abhängigkeit der prozessualen Voraussetzungen der vorzeitigen Entlassung vom zu verbüsstenden Strafmass; EGMR – *X/TUR*, Urt. v. 09.10.2012, 24626/09, Rn. 51 ff.: Totale

Es sind denn auch diese Rechte, welche Untergrenzen an den Haftstandard stellen und so in ihrem Geltungsbereich die konkrete Ausgestaltung des Freiheitsentzuges mit all seinen Modalitäten prägen. Wie in dieser Arbeit gezeigt wird, nimmt die EMRK heute bei der Gewährleistung und Durchsetzung menschenrechtskonformer Haftbedingungen eine wegweisende Funktion ein.⁶² Dies, obwohl bei ihrer Verabschiedung kein besonderer Fokus auf die Rechte der Strafgefangenen gelegt worden war.⁶³

II. Stellung des Inhaftierten

Das besondere Näheverhältnis zwischen Staat und Inhaftierten (Sonderstatusverhältnis) verpflichtet den Staat im Sinne einer „besonderen Fürsorgepflicht“⁶⁴ bzw. im Sinne einer „besonderen Obhuts- und Sorgepflicht“ zu weitergehenden (insbesondere positivrechtlichen) Gewährleistungen. Andererseits führte resp. führt dieses besondere Näheverhältnis, in seiner Ausprägung als „besonderes Gewaltverhältnis“, auch dazu, dass dem Staat weitere Einschränkungsmöglichkeiten eingeräumt wurden resp. bisweilen immer noch werden. Auf diese Besonderheiten wird in der Folge näher eingegangen; dies sowohl aus einem konventionsrechtlichen als auch aus einem nationalen Blickwinkel.

1. Modifikationen zu Gunsten des Inhaftierten?

1.1 Konventionsrechtliche Betrachtung

a Materieellrechtliche Besonderheiten

Es ist anerkannt, dass inhaftierte Personen sich aufgrund des Freiheitsentzugs, welcher die direkte Unterstellung unter die staatliche Kontrolle bewirkt, in einer missbrauchsanfälligen Lebenssituation befinden und somit eine besonders verletzbare Personengruppe bilden, welche es in

Isolierung eines homosexuellen Inhaftierten, um ihn vor den Mitinhaftierten zu schützen.

62 Vgl. insb. Teil 3 und Teil 4.

63 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 10.

64 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 70.

besonderem Masse zu schützen gilt.⁶⁵ Mit anderen Worten hat der Staat gegenüber Strafgefangenen aufgrund des Sonderstatusverhältnisses eine besondere Obhuts- und Sorgpflicht.⁶⁶ Im Einzelnen bedeutet dies, dass die Konventionsrechte als subjektive Rechte⁶⁷ den Staat nicht bloss zu einem negativen Verhalten, sprich zu einem Unterlassen („abwehrrechtliche Dimension der Menschenrechte“), verpflichten, sondern die Konventionsrechte des Strafgefangenen dem Staat auch *in besonderem Masse* eine Verpflichtung zu einem positiven Tätigwerden auferlegen.⁶⁸ Diese positiven Verpflichtungen beinhalten eine Schutz- und eine leistungs- resp.

65 Vgl. etwa SK-StPO/MEYER Art. 2 EMRK Rn. 37, Art. 3 EMRK Rn. 14; IK/KAU Art. 3 EMRK Rn. 54; Karpenstein/Mayer/SINNER Art. 3 Rn. 22; MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 11, 26; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH § 4 Rn. 33; HOHL-CHIRAZI forumpoenale 2018, 187 (189); zur „*vulnerability*“ als konzeptionelles Instrument für die Beurteilung von Menschenrechtsfragen weitergehend vgl. FURUSHO UCL JLJ 2016, 175 ff.; vgl. ferner EGMR (GK) – *Salman/TUR*, Urt. v. 27.06.2000, 21986/93, Rn. 99; EGMR – *Keenan/GBR*, Urt. v. 03.04.2001, 27229/95, Rn. 91; EGMR – *Trubnikov/RUS*, Urt. v. 05.07.2005, 49790/99, Rn. 68; EGMR – *Renolde/FRA*, Urt. v. 16.10.2008, 5608/05, Rn. 83.

66 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161; KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (209, 211).

67 Ehlers/EHLERS § 2 Rn. 25: Als subjektive Rechte werden Rechte bezeichnet, auf die sich der Menschenrechtsträger zur Befriedigung seiner Individualinteressen jederzeit berufen kann und welche von ihm auch auf dem Gerichtsweg durchgesetzt werden können. Im Umkehrschluss verpflichten subjektive Rechte des Menschenrechtsträgers auch unmittelbar den Staat. Vgl. auch SK-StPO/MEYER Methodik Rn. 60: Vom subjektiven Gehalt der Konventionsrechte sei deren „objektiver Wertordnungskern“ zu unterscheiden, welcher überindividuelle Zwecke verfolgen. Zur Menschenwürde als objektiv-rechtlicher Grundsatz, der in der ganzen Konvention zum Tragen komme vgl. RONC S. 336; zur Frage des Bestehens einer objektiv-rechtlichen Menschenrechtsdimension bei Konventionsrechten vgl. eingehend HOLOUBEK S. 78 ff.

68 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14; MEYER-LADEWIG/LEHNERT Einleitung Rn. 30, Art. 3 Rn. 7, 11; vgl. auch HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK S. 24 f.; implizit auch: IK/KAU Art. 3 EMRK Rn. 7; PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 14. Positive Verpflichtungen treffen den Staat selbstverständlich nicht nur beim Vorliegen von Sonderstatusverhältnissen. Der EGMR hat vielmehr schon früh Menschenrechtswirkungen anerkannt, welche weit über eine rein abwehrrechtliche Dimension der Konventionsrechte hinausgehen. Zur allgemeinen Konventionsrechtsdogmatik vgl. im Einzelnen etwa HOLOUBEK S. 45 ff., 54 ff.; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH § 4 Rn. 4, 14: Leistungsansprüche bestünden bei Freiheitsrechten insbesondere dann, wenn ohne staatliche Unterstützung eine Freiheit nicht genutzt werden könnte. Vgl. bspw. EGMR (GK) – *Kudła/POL*, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 94; EGMR – *Pakhomov/RUS*, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 61; EGMR – *Kalashnikov/RUS*, Urt. v. 15.07.2002, 47095/99, Rn. 95.

gewährleistungsrechtliche Komponente („schutzrechtliche- und leistungsrechtliche Dimension der Menschenrechte“).⁶⁹ Weiter umfassen die positiven Verpflichtungen gewisse prozedurale Untersuchungspflichten, wenn Hinweise für eine Konventionsrechtsverletzung vorliegen oder eine solche von einem Betroffenen glaubhaft vorgebracht wird.⁷⁰

Veranschaulichen lässt sich die „Verpflichtungstrias“ der abwehr-, schutz- und leistungsrechtlichen Dimension der Konventionsrechte am Beispiel der Gesundheitsversorgung im Strafvollzug.⁷¹ Der Staat hat aus der *abwehrrechtlichen* Dimension des Art. 3 EMRK im Allgemeinen Handlungen zu unterlassen, welche den Zugang zu Gesundheitsgütern erschweren oder verunmöglichen, wenn dies zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung der Betroffenen führt.⁷²

Nimmt der Staat dem Strafgefangenen mit dessen Inhaftierung nun aber die Möglichkeit, sich selbst um einen angemessenen Gesundheitsschutz resp. eine angemessene Gesundheitsversorgung zu kümmern, reicht es nicht mehr aus, dass der Staat sich nur passiv verhält und bloss nicht interveniert. Die Inhaftnahme hat vielmehr zur Folge, dass der Staat aufgrund seiner positiven Verpflichtung nun umfassend für den Gesundheitsschutz und die Gesundheitsversorgung des Strafgefangenen verantwortlich wird.⁷³ Die *schutzrechtliche* Dimension von Art. 3 EMRK verpflichtet nun

69 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14; Ehlers/EHLERS § 2 Rn. 26 ff., wobei EHLERS bei den Leistungsrechten weiter unterscheidet, ob sie auf *originäre* oder *derivative* Teilhabe gerichtet sind. Bei Ersterem führe die Leistungspflicht dazu, dass noch nicht vorhandene staatliche Massnahmen ergriffen werden müssen. Bei Zweitem folge aus ihr, dass Zugang zu den schon bestehenden Leistungen geschaffen werden müsse. Zu den Schutzwirkungen der Konventionsrechte im Einzelnen vgl. auch HOLOUBEK S. 45 ff.

70 Zum Inhalt dieser Untersuchungspflichten im Einzelnen MEYER-LADEWIG/LEHNERT Einleitung Rn. 30; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14; EGMR (GK) – *Labita*/ITA, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 131; EGMR – *Stoica*/ROM, Urt. v. 04.03.2008, 42722/02, Rn. 67; EGMR – *Assenov* u.a./BUL, Urt. v. 28.10.1998, 24760/94, Rn. 102.

71 Zur „Verpflichtungstrias“ der Abwehr-, Schutz- und Gewährleistungspflichten hinsichtlich Gesundheitsfragen bei Strafgefangenen vgl. auch KÜNZLI/ACHERMANN S. 14 ff.

72 KÜNZLI/ACHERMANN S. 15.

73 KÜNZLI/ACHERMANN S. 15. Diese umfassende Verpflichtung betrifft aber selbstverständlich lediglich das Ergreifen von geeigneten Mitteln („*obligation of means*“) und nicht ein konkretes Resultat. Vgl. auch SCHILLING Rn. 188; MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 11, 42 ff.; PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 15; EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 94; EGMR – *Mozer*/MDA u. RUS, Urt. v. 23.02.2016, 11138/10, Rn. 178; EGMR (GK) – *Idalov*/RUS,

nämlich den Staat, Inhaftierte auch vor Gefahren zu schützen, welche von Dritten (nicht staatlichen Akteuren) oder vom betroffenen Strafgefangenen selber ausgehen, sofern der Staat um die Gefahr wusste oder wissen musste und sofern ihm zumutbare Mittel zur Intervention zur Verfügung standen.⁷⁴ Konkret kann dies beispielsweise bedeuten, dass der Staat Massnahmen zu ergreifen hat, damit gesunde Inhaftierte nicht mit Inhaftierten mit ansteckenden Krankheiten untergebracht werden.⁷⁵ Dies hat in präventiver Hinsicht wiederum zur Konsequenz, dass der Staat zumindest bei Verdachtsfällen verpflichtet ist, eine Untersuchung der potentiell kranken Inhaftierten zu veranlassen oder andere präventive Massnahmen zum Schutz der übrigen Inhaftierten zu ergreifen.⁷⁶ Die positive Verpflichtung des Staates, auch dann tätig zu werden, wenn der Inhaftierte seine gesundheitlich prekäre Situation selbst herbeigeführt hat, hat beispielsweise bei einem sich im Hungerstreik befindenden Inhaftierten zur Folge, dass der Staat eine Zwangsernährung zu prüfen und gegebenenfalls auch zu veranlassen hat.⁷⁷ Zusammenfassend trifft den Staat aus der schutzrechtlichen Dimension des Art. 3 EMRK also die Pflicht, Risikoanalysen vorzunehmen und bei absehbaren und bekannten Gefahren vorhandene und zumutbare reaktive Massnahmen zu ergreifen.⁷⁸

Urt. v. 22.05.2012, 5826/03, Rn. 93; EGMR – *Popov/RUS*, Urt. v. 13.07.2006, 26853/04, Rn. 208.

- 74 EGMR – *Paul u. Audrey Edwards/GBR*, Urt. v. 14.03.2002, 46477/99, Rn. 55; EGMR – *D.F./LAT*, Urt. v. 29.10.2013, 11160/07, Rn. 81 ff.; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14, 146; zum Schutz vor sich selbst vgl. SK-StPO/MEYER Art. 2 EMRK Rn. 77, 80 ff.; EGMR – *Coselav/TUR*, Urt. v. 09.10.2012, 1413/07, Rn. 52 ff. (Verpflichtung zur erhöhten Suizidprävention); EGMR – *Rappaz/SUI*, Entsch. v. 26.03.2013, 73175/10 (Pflicht zum Tätigwerden bei Hungerstreikenden in der Vollzugsanstalt).
- 75 Gemeint sind hier Übertragungen ohne Mitwirkung des Angesteckten, wie dies etwa bei über Tröpfcheninfektion übertragbaren Infektionskrankheiten häufig der Fall sein dürfte (bspw. COVID-19 etc.). Differenziert auch zu Ansteckungen mit Zutun des Angesteckten vgl. KÜNZLI/ACHERMANN S. 18 f. (Übertragungen etwa durch Spritzenaustausch oder über einvernehmlichen Sexualverkehr).
- 76 Die Untersuchung von potentiell Kranken hat gegenüber den weiteren Inhaftierten eine schutzrechtliche Dimension; gegenüber dem Betroffenen selbst basiert die Untersuchung vornehmlich auf dem leistungsrechtlichen Gehalt seiner Menschenrechte.
- 77 SK-StPO/MEYER Art. 2 EMRK Rn. 77, 80 ff.; EGMR – *Rappaz/SUI*, Entsch. v. 26.03.2013, 73175/10. Diese positive Verpflichtung beinhaltet hier sowohl eine schutz- als auch eine leistungsrechtliche Komponente.
- 78 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 136, 146; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH § 4 Rn. 33.

Aufgrund des *leistungs-* resp. *gewährleistungsrechtlichen* Gehalts der Menschenrechte hat der Staat sodann sicherzustellen, dass dem Strafgefangenen während seiner Inhaftierung eine angemessene präventive und therapeutische Gesundheitsversorgung zuteil wird.⁷⁹ Dieser Verpflichtung kann der Staat entweder nachkommen, indem er innerhalb der Strafvollzugsanstalt personelle und infrastrukturelle Massnahmen ergreift und so Inhaftierten in der Strafvollzugsanstalt eine angemessene Gesundheitsversorgung zur Verfügung stellt oder indem er in organisatorischer Hinsicht sicherstellt, dass der Strafgefangene prompten Zugang zu einer angemessenen Gesundheitsversorgung ausserhalb des Strafvollzuges erhält.⁸⁰

Die positiven Verpflichtungen des Staates, sei es aufgrund der schutzrechtlichen oder gewährleistungsrechtlichen Dimension der Menschenrechte, enden dabei nicht mit dem Ergreifen von Massnahmen auf administrativer Ebene. Besonders missbrauchsanfällige Lebenssituationen können darüber hinaus auch legislatorische Massnahmen im Sinne einer „menschenrechtsschützenden“ Regulierung notwendig machen.⁸¹ Aufgrund des gewährleistungsrechtlichen Gehalts ist der Staat dabei auch verpflichtet, gewisse Menschenrechtsverletzungen wie Verletzungen von Art. 3 EMRK unter Strafe zu stellen.⁸²

b) Prozedurale Besonderheiten

Der Staat hat nicht nur eine Sorge- und Obhutspflicht gegenüber den Strafgefangenen, sondern verfügt in der Regel auch über eine Informationsherrschaft, wenn es um Vorgänge oder Unterbringungsmodalitäten im

79 EGMR – *Pakhomov/RUS*, Urt. v. 30.09.2010, 44917/08, Rn. 61; EGMR – *Yevgeniy Alekseyenko/RUS*, Urt. v. 27.01.2011, 41833/04, Rn. 99; EGMR (GK) – *Kudta/RUS*, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 93; EGMR – *Khudobin/RUS*, Urt. v. 26.10.2006, 59696/00, Rn. 93; EGMR – *Kalashnikov/RUS*, Urt. v. 15.07.2002, 47095/99, Rn. 95; EGMR – *Mouisel/FRA*, Urt. v. 14.11.2002, 67263/01, Rn. 40; EGMR – *Kaprykowski/POL*, Urt. v. 03.02.2009, 23052/05, Rn. 69; vgl. auch PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 14; in Bezug auf Art. 2 EMRK auch KÄLIN/KÜNZLI S. 345 f.

80 In der Terminologie von Ehlers/EHLERS § 2 Rn. 28 (vgl. bereits Fn. 69) würde es sich bei Ersterem um *originäre* und bei Letzterem um *derivative* Teilhaberechte handeln.

81 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14, 136; EGMR – *Opuz/TUR*, Urt. v. 09.06.2009, 33401/02, Rn. 158 ff.

82 Die Strafrechtsbestimmungen im nationalen Recht sind entsprechend auszugestalten: MEYER ZStW 123 (2011), 1 (13); SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 14, 136.

Strafvollzug geht.⁸³ Dies bringt den Inhaftierten regelmässig in Beweisnot, wenn er die Haftumstände beanstanden möchte.⁸⁴ Im Sinne der Gewährleistung einer effektiven Durchsetzung der garantierten Rechte trägt der EGMR diesem Umstand durch die Einführung gewisser beweisrechtlicher Erleichterungen Rechnung.⁸⁵ Es liegt zwar zunächst am Beschwerdeführer, einen „Beweis des ersten Anscheins“ für menschenrechtswidrige Haftbedingungen zu erbringen. Gelingt dieser, kehrt allerdings die Beweisführungslast um, und es ist in der Folge am Konventionsstaat, die Vorbringen des Beschwerdeführers zu widerlegen.⁸⁶ Massnahmen gegenüber dem Strafgefangenen und Vollzugsmodalitäten sind durch die Vollzugsbehörde deshalb stets vollständig, präzise und zeitnah zu dokumentieren.

Die Anforderungen an den „Beweis des ersten Anscheins“ sind für *Verletzungen* in staatlicher Obhut nochmals reduziert:⁸⁷ Betrifft die Beschwerde des Inhaftierten einen Eingriff in seine körperliche Integrität während des Strafvollzugs, muss dieser zunächst nur die Verletzungen belegen;⁸⁸ es liegt dann am Staat zu erklären, woher die Verletzungen stammen.⁸⁹ Dabei kann der Staat nur dann den Einwand vorbringen, die Verletzungen hätten bereits bei Antritt der Freiheitsstrafe bestanden, wenn dies durch eine ärztliche Eintrittsuntersuchung festgestellt wurde.⁹⁰

83 EGMR (GK) – *Salman/TUR*, Urt. v. 27.06.2000, 21986/93, Rn. 100: Bei Inhaftierungssituationen: „*exclusive knowledge of the authorities*“; EGMR (GK) – *Bouyid/BEL*, Urt. v. 28.09.2015, 23380/09, Rn. 83; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161; Ehlers/UERPMMANN-WITZACK § 3 Rn. 42 (in Bezug auf Polizeigewahrsam).

84 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 70; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 160; IK/KAU Art. 3 EMRK Rn. 28; PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 15.

85 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161; Ehlers/UERPMMANN-WITZACK § 3 Rn. 42 (in Bezug auf Polizeigewahrsam); vgl. auch MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 54.

86 EGMR – *Ribitsch/AUT*, Urt. v. 04.12.1995, 18896/91, Rn. 34; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161; RUDOLF EuGRZ 1996, 497, 500 f.

87 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161.

88 PETERS/ALTWICKER § 6 Rn. 15; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161; GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 70.

89 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 70: Mögliche Erklärungen seien etwa, dass die Verletzungen zum Zeitpunkt der Inhaftnahme bereits bestanden haben, dass die Verletzungen im „Gefängnisalltag“ entstanden sind oder dass der Inhaftierte die Verletzungen selbst hervorgerufen hat. Vgl. auch MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 54; Karpenstein/Mayer/SINNER Art. 3 Rn. 31; EGMR (GK) – *Salman/TUR*, Urt. v. 27.06.2000, 21986/93, Rn. 99; EGMR (GK) – *Selmouni/FRA*, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 87.

90 Karpenstein/Mayer/SINNER Art. 3 Rn. 31; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 161.

Gelingt dem Beschwerdeführer der Beweis des ersten Anscheins und bleiben Beweise seitens des Staates aus, entscheidet der EGMR auf der Grundlage der verfügbaren Unterlagen „*beyond reasonable doubt*“. Kohärenz und Stringenz der Ausführungen des Beschwerdeführers sind deshalb wesentlich.⁹¹ Regelmässig dürfte dann in solchen Fällen eine Verletzung von Art. 3 EMRK festgestellt werden.⁹²

1.2 Nationale Betrachtungsweise

Auch auf nationaler Ebene wird erkannt, dass die Vollzugsbehörden gegenüber den Strafgefangenen eine besondere Fürsorgepflicht (vollzugsrechtliche Fürsorgepflicht) trifft.⁹³ Diese stellt weitergehende Anforderungen an die Ausgestaltung des Strafvollzugs. Im Einzelnen wird in der Lehre etwa die Errichtung und Zurverfügungstellung von Gesundheits- und Sozialdiensten, der Beizug von Fachpersonen sowie die Gewährleistung einer Gefängnisseelsorge gefordert.⁹⁴ Wesentliche Unterschiede zur konventionsrechtlichen Betrachtungsweise bestehen weder in materieller noch in prozessualer Hinsicht. Es ist deshalb auf die konventionsrechtlichen Ausführungen zu verweisen.⁹⁵

91 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 162.

92 IK/KAU Art. 3 EMRK Rn. 28.

93 BGE 139 I 180, E.1.3 (Art. 75 Abs. 1 StGB als positivrechtliche Verankerung einer besonderen Fürsorgepflicht/Betreuungspflicht); BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 32; vgl. auch BGer 6B_421/2019, Urt. v. 11.07.2019, E. 2.8; BGer 6B_1075/2018, Urt. v. 15.11.2018, E. 3.3.3. f. (Verlegung in eine psychiatrische Klinik aufgrund der vollzugsrechtlichen Fürsorgepflicht).

94 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 32.

95 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 211: Das Bundesgericht berücksichtige und antizipiere zunehmend die Rechtsprechung der Organe der EMRK. Zum Einfluss der EMRK auf das Verfassungsrecht der Schweiz vgl. auch KIENER in: Jaag/Kaufmann, S. 53 ff., 69 ff.: KIENER weist im Allgemeinen auch auf die transformative Funktion des Bundesgerichts hin, welches die Rechtsprechung des EGMR nachvollzogen und in das schweizerische Verfassungsrecht inkorporiert habe.

2. Modifikationen zu Lasten des Inhaftierten?

2.1 Konventionsrechtliche Betrachtung

Schon kurz nach der Inkraftsetzung der EMRK im Jahre 1953 machten Beschwerden von Strafgefangenen einen Grossteil der Arbeit der Strassburger Organe aus.⁹⁶ Während langer Zeit war die Rechtsprechung von Kommission und Gerichtshof allerdings von der Annahme geprägt, dass mit dem Strafvollzug ein inhärenter Verlust weiterer Rechte einhergehe.⁹⁷ Mit und infolge des Urteils *Golder/GBR* wurden für die *prozessualen* Gehalte der EMRK besondere Einschränkungsmöglichkeiten bei Inhaftierten schrittweise abgeschafft.⁹⁸ Die Kehrtwende bezüglich der besonderen Einschränkungsmöglichkeiten der materiellen Gehalte der EMRK kam erst deutlich später. Das Schutzniveau der EMRK für Personen im Strafvollzug war bis in die 1980er Jahre sehr tief.⁹⁹ Ungenügende Haftbedingungen infolge Überbelegungssituationen oder unangemessener Medikation wurden von Kommission und Gerichtshof zu dieser Zeit nur bei politischen Gefangenen als Verletzungen von Art. 3 EMRK erkannt.¹⁰⁰ Die Weigerung der Strassburger Organe, ungenügende Haftbedingungen konsequent als Verstösse gegen Art. 3 EMRK zu beurteilen, führte denn auch seit Mitte der 80er Jahre vermehrt zu Kritik.¹⁰¹ In den 90er Jahren wurden auf europäischer Ebene verschiedene Vorschläge gemacht, welche die Rechtsstellung der Inhaftierten verbessern sollten, insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung einer angemessenen Unterbringung und der medizinischen Versorgung.¹⁰² Diese mündeten in eine Europäische Strafvollzugspolitik.¹⁰³

96 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 10.

97 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 10.

98 Vgl. insb. EGMR (Pl) – *Golder/GBR*, Urt. v. 21.02.1975, 4451/70; VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 11 f.

99 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 12.

100 Vgl. etwa EKMR (Pl) – DEN u.a./GRE, Report v. 05.11.1969, 3321/67 u.a., Rn. 8 (1. Griechenland-Fall); VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 12; LIVINGSTONE *Punishment & Society* 2000, 309 (314).

101 Vgl. auch JUNG S. 91 ff.: Das Zögern des Gerichtshofes, sich auf eine Bewertung der konkreten Lebensbedingungen im Alltag des Strafvollzuges einzulassen, sei mit der umfassenden Schutzrichtung von Art. 3 EMRK nur schwerlich vereinbar. Zur menschenrechtlichen Situation Inhaftierter auch kritisch: TRECHSEL, *Human Rights*, S. 30 ff.; VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 12 f.

102 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 12.

103 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 12.

Im Urteil *Kudla/RUS*¹⁰⁴ hielt der Gerichtshof dann erstmals fest, dass gestützt auf Art. 3 EMRK allen Strafgefangenen das Recht zukäme, unter menschenwürdigen Haftbedingungen untergebracht zu sein.¹⁰⁵ Besondere Möglichkeiten zur Einschränkung der Rechte des Inhaftierten gehören nun seit längerem der Vergangenheit an.¹⁰⁶ Heute prägen deshalb nicht mehr besondere Möglichkeiten zur Einschränkung der Rechtsstellung des Inhaftierten, sondern vielmehr das Bewusstsein über die Menschenrechtssensibilität des Freiheitsentzugs, die Rechtsprechung des EGMR.¹⁰⁷

2.2 Nationale Betrachtungsweise

Die ältere Terminologie auf nationaler Ebene verwendete den Begriff des „besonderen Gewaltverhältnisses“, um das Verhältnis zwischen Staat und Inhaftiertem zu beschreiben.¹⁰⁸ Das *besondere* Gewaltverhältnis war dabei dem Innenraum des Staates zugeordnet, während das *allgemeine* Gewaltverhältnis zwischen Bürger und Staat dem Aussenverhältnis zugeordnet war.¹⁰⁹ Der Begriff des Gewaltverhältnisses wurde auch auf nationaler Ebene von den Begriffen des „Sonderstatusverhältnisses“ bzw. des „besonderen Rechtsverhältnisses“ abgelöst.¹¹⁰ Auch das Sonderstatusverhältnis führt

104 EGMR (GK) – *Kudla/RUS*, UrT. v. 26.10.2000, 30210/96.

105 EGMR (GK) – *Kudla/RUS*, UrT. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn.94; vgl. auch SUDRE FS Cohen-Jonathan, S. 1499 (1503): Durch die konstruktive Auslegung der Konvention im Urteil *Kudla/POL* sei unter Art. 3 EMRK ein neues Recht entstanden, das Recht auf menschenwürdige Haftbedingungen.

106 KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (205). Anders noch GRÄFENSTEIN ZfStrVO 2003, 10 (10 f., 15), welche noch im Jahr 2003 feststellte, dass hinsichtlich des Fallmaterials zu Strafvollzugsfragen zwar eine zunehmende Tendenz zu beobachten sei, die Analyse der inhaltlichen Substanz der Spruchpraxis zu Art. 3 EMRK aber noch ernüchternd ausfalle. Die Konkretisierung und Realisierung von Art. 3 EMRK sei in vielen Fällen noch durch institutionsbedingte und zum Teil auch strafzweckbedingte Vorbehalte behindert.

107 Zu den Einschränkungsvoraussetzungen der Konventionsrechte im Strafvollzug im Einzelnen vgl. KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (206 ff.).

108 BGE 68 I 73, E. 1; GRIFFEL N 147; BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 205; BAECHTOLD S. 9; KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (198); zur dogmengeschichtlichen Herkunft der Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses im deutschen Kontext vgl. VON KIELMANSEGG Juristische Arbeitsblätter 2012, 881 (881 f.); ausf. VON KIELMANSEGG S. 15 ff.

109 GRIFFEL N 147.

110 BGE 99 Ia 262, E. III.; BAECHTOLD S. 9; für Deutschland vgl. BverfG – UrT. v. 14.03.1972 – 41/7, NJW 1972, 811 (812); zur Parallelität dieser Entwick-

aber noch heute zu mehreren Besonderheiten, welche die Möglichkeit eröffnen, Freiheitsrechte des Betroffenen in besonderem Masse einzuschränken.¹¹¹

a Anforderungen an die gesetzliche Grundlage und Gesetzesform bei Grundrechtseinschränkungen (Legalitätsprinzip)

In der Vergangenheit wurde davon ausgegangen, dass Personen im besonderen Gewaltverhältnis zwar ihre Grundrechtsträgerschaft behielten, Einschränkungen ihrer Grundrechte jedoch keiner gesetzlichen Grundlage bedürften, weil sich die Möglichkeit zur Einschränkung der Grundrechte mithin direkt aus der Natur des jeweiligen besonderen Gewaltverhältnisses ergebe.¹¹² Im Leitentscheid *Minelli I*¹¹³ erwog dann aber das Bundesgericht, dass es aus rechtsstaatlichen Gründen unerlässlich erscheine, die wichtigsten mit Untersuchungshaft oder Strafvollzug verbundenen Freiheitsbeschränkungen durch einen allgemeinen Erlass zu regeln, um den Gefangenen vor Willkür zu schützen.¹¹⁴

lung in Deutschland und in der Schweiz sowie zu eigenen Nuancen in der Schweiz vgl. ausf. VON KIELMANSEGG S. 97 ff. Sowohl vom Begriff des Gewaltverhältnisses als auch vom Begriff des Sonderstatusverhältnisses werden nicht nur inhaftierte Personen, sondern eine sehr heterogene Personengruppe umfasst: Militärpersonen, das Personal des öffentlichen Dienstes oder etwa Schüler: KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (198); HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 451.

111 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 450. Im Vergleich zur früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum „besonderen Gewaltverhältnis“ sind diesen besonderen Einschränkungsmöglichkeiten aber enge Schranken gesetzt: BAECHTOLD S. 9 ff.; vgl. auch kritisch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (196): Die Schweizer Staatsrechtsdoktrin habe die Figur des Sonderstatusverhältnisses aus dem deutschen Recht übernommen. Während das Konzept des Sonderstatusverhältnisses in Deutschland von Lehre und Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben worden sei, werde in der Schweiz nach wie vor an diesem festgehalten (vgl. auch Fn. 108). Bei der Beurteilung, ob Grundrechtsbeschränkungen im Vollzugswesen rechtmässig erfolgt seien oder nicht, biete der Sonderstatus allerdings kaum noch einen zeitgemässen juristischen Lösungsansatz.

112 Vgl. auch BGE 98 I b 305, E. 2 a; BGE 97 I 52; BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 205; KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013 195 (198).

113 BGE 99 Ia 262.

114 BGE 99 Ia 262, E. III. Im Jahr zuvor hatte das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem Entscheid BVerfG, Urt. v. 14.03.1972 – 41/7, NJW 1972, 811 (812) bereits festgehalten, dass Grundrechte von Strafgefangenen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden können.

Zur notwendigen *Bestimmtheit* des Rechtssatzes im Sonderstatusverhältnis führte das Bundesgericht aus, dass wesentliche Einzelheiten in einem allgemeinen Erlass zu regeln seien, sie dürften nicht dem freien Ermessen der Anstaltsbeamten überlassen werden (Normdichte).¹¹⁵ Im Freiheitsentzug könne jedoch nicht nach dem Prinzip verfahren werden, dass alles, was nicht ausdrücklich verboten sei, gestattet sei. Nicht alle sich stellenden Konstellationen seien voraussehbar, weshalb gewisse Generalklauseln im Einzelfall ausreichend sein müssten.¹¹⁶

Zur notwendigen *Gesetzesform* erwog das Bundesgericht im Leitescheid *Minelli I* weiter, die Anordnung der Untersuchungshaft oder der Strafe erfordere eine klare Grundlage in einem formellen Gesetz (Normstufe).¹¹⁷ Einer Grundlage in einem formellen Gesetz bedürften darüber hinaus insbesondere auch die Art und die mögliche Höchstdauer des Freiheitsentzugs.¹¹⁸ Die Regelung der Einzelheiten der Vollzugsordnung dürfe jedoch vom Gesetzgeber an die Exekutive delegiert werden, weil es dabei nicht um Grundsatzfragen gehe, deren Entscheidung nur auf dem Wege der formellen Gesetzgebung zulässig sei.¹¹⁹ Letzteres gelte, obwohl das Mass der Freiheitsbeschränkung wesentlich von der Ausgestaltung des Vollzugs betroffen sei.¹²⁰

115 BGE 99 Ia 262, E. III.

116 BGE 99 Ia 262, E. III; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 453; vgl. auch MÜLLER S. 33 f.: Mindestvoraussetzung an die Bestimmtheit der Haftordnung sei aber, dass sowohl die Strafgefängenen als auch das Personal der Strafvollzugsbehörde die Konsequenzen ihres Handelns mit dem erforderlichen Grad der Gewissheit abschätzen können und ihre Handlungen und ihr Verhalten daran orientieren können. Vgl. kritisch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013 195 (205): geringe Anforderungen an die Bestimmtheit als potentieller rechtsstaatlicher Stolperstein.

117 BGE 99 Ia 262, E. III.

118 BGE 99 Ia 262, E. III.

119 BGE 99 Ia 262, E. III.

120 BGE 99 Ia 262, E. III; dazu kritisch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013 195 (200 f., 205): Eine Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen sei immer dann möglich, wenn keine schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen vorliegen. Für die Beurteilung, ob es sich um schwerwiegende Einschränkungen handle oder nicht, sei der Zweck des Sonderstatusverhältnisses massgebend. So lasse sich eine eingeschränkte Bewegungsfreiheit im Strafvollzug etwa aus dem Zweck des Strafvollzugs ableiten, weshalb diese Beschränkung vorhersehbar und damit nicht schwerwiegend sei. Für das Erfordernis der formellen Gesetzesgrundlage sei folglich entscheidend, wie weit der Zweck des entsprechenden Rechtsverhältnisses verstanden werde. Diese Abgrenzung sei aber unpräzise und deshalb problematisch.

Diese Grundsätze gelten im Wesentlichen noch heute.¹²¹ Zusammengefasst sind beim Sonderstatusverhältnis demnach die Anforderungen an Normdichte geringer, und dem formellen Gesetzgeber ist eine grosszügigere Gesetzesdelegation erlaubt.¹²²

b Öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeit i.e.S.

In der älteren Rechtsprechung wurde *a priori* von einer Vorrangstellung des öffentlichen Interesses gegenüber den individuellen Interessen der Inhaftierten ausgegangen.¹²³ Dem ist heute nicht mehr so: Das Bundesgericht geht heute bei Güterabwägungsfragen sehr grundrechtssensibel vor, wobei die individuellen Interessen der Strafgefangenen gleichberechtigt berücksichtigt werden wie die öffentlichen Interessen; sie treten mithin nicht mehr von vorneherein in den Hintergrund.¹²⁴

Damit führt das Sonderstatusverhältnis heute hinsichtlich der Verhältnismässigkeitsprüfung im engeren Sinne nicht mehr zu Besonderheiten zu Lasten des Inhaftierten.

c Möglichkeit disziplinarischer Massnahmen

Im Sonderstatusverhältnis verfügt die Behörde über Disziplinargewalt, welche den Erlass von Disziplinar massnahmen ermöglicht.¹²⁵ Disziplinar massnahmen als administrative Sanktion mit pönalem Charakter können

121 Das Bundesgericht hatte sich mit diversen Einzelfragen zu beschäftigen, so dass es Gelegenheit hatte, seine Rechtsprechung zum Sonderstatusverhältnis und zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage weiter auszudifferenzieren. An seiner grundsätzlichen Haltung änderte sich dabei allerdings nichts.

122 GRIFFEL N 149: GRIFFEL wendet diesbezüglich allerdings ein, dass die Anforderungen an Normdichte und Normstufe auch „im Normalfall“ nicht eindeutig feststünden und von verschiedenen Faktoren abhängen würden. Zwischen Sonderstatusverhältnis und normalen Verhältnissen bestünde heute *kein kategorialer* Unterschied, es bestünden vielmehr nur *graduelle* Unterschiede, weshalb die Rechtsfigur des Sonderstatusverhältnisses heute entbehrlich sei. Zur Abkehr vom Sonderstatus vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013, 195 (195 ff.): Die Sonderstatuskonzeption sei eine veraltete Rechtsfigur und weise erhebliche dogmatische Mängel auf.

123 MÜLLER S. 60 f.

124 MÜLLER S. 60 f., 123 f.; vgl. auch KELLER/SCHÄDLER ZSR 2013 195 (203).

125 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1505; GRIFFEL N 586.

etwa bei der Verletzung einer Anstaltsordnung angeordnet werden, dienen der Wahrung oder Wiederherstellung der Ordnung und gewähren dabei die ordnungsgemässe Aufgabenerfüllung sowie das Ansehen und die Vertrauenswürdigkeit der Verwaltungsbehörde.¹²⁶ Die Anordnung einer Disziplinar massnahme setzt eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus.¹²⁷ An die Bestimmtheit dieser gesetzlichen Grundlagen werden allerdings keine allzu hohen Anforderungen gestellt; den Behörden wird nicht selten ein Entschliessungs- bzw. ein Auswahlermessen zugebilligt.¹²⁸ Der Behörde steht es sodann auch frei, ganz auf die Anordnung der Disziplinar massnahme zu verzichten (Opportunitätsprinzip).¹²⁹

d Prozedurale Besonderheiten

In der Vergangenheit wurde auf nationaler Ebene, dem materiellen Charakter des besonderen Gewaltverhältnisses entsprechend, auf prozessualer Ebene gefolgert, dass dem Inhaftierten kein Recht auf gerichtlichen Rechtsschutz zusteht.¹³⁰ Durch die materielle Fortentwicklung der Rechtsfigur des Sonderstatusverhältnisses folgten auch aus prozessualer Hinsicht Anpassungen.¹³¹ Gewisse prozessuale Besonderheiten bestehen allerdings fort:¹³²

Bei Beschwerden im Rahmen des Strafvollzugs ist zunächst das kantonale Recht zu beachten. In einigen Kantonen sind besondere *Beschwerdeinstanzen* vorgesehen, etwa die Anstaltsdirektion oder das ihr übergeordnete Departement.¹³³ Abweichungen zum allgemeinen Verwaltungsrecht können auch z.B. bei den *Beschwerdefristen* vorgesehen sein.¹³⁴ Sind für den Strafvollzug keine besonderen, abweichenden Vorschriften erlassen worden, ist subsidiär das allgemeine Verwaltungsrecht anwendbar.¹³⁵ Seit

126 GRIFFEL N 585; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1506.

127 GRIFFEL N 587; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1514.

128 GRIFFEL N 587; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1514, 1517.

129 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1517; GRIFFEL N 587.

130 MÜLLER S. 69.

131 MÜLLER S. 69, 124.

132 MÜLLER S. 69, 124.

133 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 212: Im Kanton Jura ist die Vollzugsbehörde, im Kanton Glarus der Verhörerichter und im Wallis die Kantonsregierung zuständig.

134 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 212, diese würden von 24 Stunden bis zu 30 Tagen reichen.

135 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 212.

der Einführung der Einheitsbeschwerde auf Bundesebene (BGG) hat der Inhaftierte die Möglichkeit, Entscheide im Bereich des Strafvollzugs auf Bundesebene anzufechten, wobei es keine Rolle spielt, welche kantonale Instanz letztinstanzlich entschieden hat.¹³⁶ Gemäss Art. 95 BGG *e contrario* ist die Verletzung von kantonalem Recht vor Bundesgericht allerdings kein Beschwerdegrund. Je nach Kanton befinden sich aber konkrete strafvollzugsrechtliche Vorschriften gerade auf kantonalen Ebene. Vor Bundesgericht gerügt werden kann aber immerhin die Verletzung kantonalen verfassungsmässiger Rechte (Art. 95 lit. c BGG) und von Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG), was auch die Rüge der willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts umfasst. Schliesslich ist vor Bundesgericht auch die Rüge von Völkerrecht zulässig (Art. 95 lit. b BGG).

Für den Rechtsschutz entscheidend ist nicht nur die generelle Beschwerdemöglichkeit, sondern auch *Kontrollumfang* und *Kontrolldichte*.¹³⁷ Die Gerichte sind dabei verpflichtet, die ihnen zugewiesene Kognition auszunutzen.¹³⁸ Materiellrechtliche Besonderheiten des Sonderstatusverhältnisses hinsichtlich der Normdichte wirken sich hier aus: Offen formulierte Rechtsätze und Generalklauseln führen zu einem weiten Ermessen der Strafvollzugsbehörde. Selbst bei voller Kognition auferlegen sich die Gerichte bei Fragen, welche besonderes Fachwissen erfordern oder organisatorische Belange betreffen – was gerade beim Strafvollzug der Fall sein dürfte –, bei der Überprüfung der Streitfrage nämlich eine besonders grosse Zurückhaltung.¹³⁹

Zusammenfassend ist der Rechtsschutz von Personen im Sonderstatusverhältnis leicht eingeschränkt. Im Umfang des bestehenden Rechtsschutzes kommen allerdings insbesondere auf beweisrechtlicher Ebene auch die Besonderheiten zu Gunsten des Inhaftierten zur Anwendung.

III. Zwischenfazit: Menschenrechte im Strafvollzug

Das besondere Näheverhältnis zwischen Staat und Inhaftiertem prägt die Rechtsstellung des Gefangenen. Während früher sowohl von konventionsrechtlicher als auch von nationaler Seite Personen im Freiheitsvollzug nur eine minderwertige Menschenrechtsstellung zugesprochen wurde, stehen

136 BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER S. 213.

137 MÜLLER S. 107.

138 MÜLLER S. 107 f.: Ansonsten läge ein Fall formeller Rechtsverweigerung vor.

139 MÜLLER S. 110.

heute die Obhuts- und die Fürsorgepflicht des Staates im Vordergrund, selbst wenn nach wie vor gewisse Nachteile fortbestehen.

Hinsichtlich der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte ist der Inhaftierte auf nationaler Ebene auch heute noch mit der Situation konfrontiert, dass geringere Anforderungen an die Normdichte bzw. an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage gestellt werden und dem formellen Gesetzgeber eine grosszügigere Gesetzesdelegation erlaubt ist. Inhaftierte unterstehen weiter der Disziplinargewalt der Strafvollzugsbehörden, wobei Disziplinarmassnahmen aber einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.

Ganz anders wirkt sich das Sonderstatusverhältnis auf die leistungs-, schutz-, und gewährleistungsrechtliche Dimension der Menschenrechte aus. Sowohl auf konventionsrechtlicher als auch auf nationaler Ebene werden aus dem Umstand, dass der Betroffene durch den Freiheitsentzug nicht mehr in der Lage ist, selbst für seine Grundbedürfnisse zu sorgen, *besondere* positive Leistungspflichten des Staates gefolgert. Die Inhaftierung bürdet dem Staat auch gesteigerte Schutzpflichten auf, sowohl vor anderen, etwa Mitinhaftierten, als auch vor sich selbst. Damit wird der besonders verletzligen Position des Inhaftierten Rechnung getragen.

Die materiellrechtliche Entwicklung korreliert mit den prozessualen Folgen eines Sonderstatusverhältnisses: Der Rechtsschutz der Inhaftierten wurde sukzessive ausgebaut. Auf nationaler Ebene sind in einigen Kantonen gleichwohl nach wie vor besondere Beschwerdeinstanzen und kürzere Beschwerdefristen vorgesehen. Hinsichtlich des Kontrollumfangs wirkt sich das Zugeständnis eines weiten Ermessens der Strafvollzugsbehörden aus. Insbesondere bei Fragen, welche grosses Fachwissen erfordern, oder bei organisatorischen Fragen des Strafvollzugs, ist weiter von einer reduzierten Kontrolldichte auszugehen, da Gerichte sich bei der Überprüfung solcher Fragen selbst bei voller Kognition besondere Zurückhaltung auferlegen. Nicht nur die Sorge- und Obhutspflicht des Staates gegenüber dem Gefangenen, sondern auch die Informationsherrschaft des Staates betreffend Vorgänge und Unterbringungsmodalitäten, haben beweisrechtliche Erleichterungen für den Strafgefangenen zur Folge: Der Beschwerdeführer hat den Beweis des ersten Anscheins zu erbringen; gelingt dieser, kehrt die Beweisführungslast um, und es ist am Konventionsstaat, die Vorbringen des Beschwerdeführers zu widerlegen. Nochmals reduziert sind die Anforderungen an den Anscheinsbeweis, wenn der Beschwerdeführer geltend macht, er habe im Strafvollzug Verletzungen erlitten. Die Durchsetzung eines effektiven Mindeststandards in der Haft wird damit massgeblich auf beweisrechtlicher Ebene abgesichert.

Vereinfacht gesagt, fand ein umfassender Wandel der Menschenrechtsstellung der Inhaftierten statt: Von der ursprünglichen Annahme eines dem Freiheitsentzug innewohnendem immanenten Entzugs der Menschenrechte hin zum menschenrechtlichen Postulat, dem Inhaftierten während des Vollzugs nicht mehr Leid zuzufügen, als durch den Freiheitsentzug an sich hervorgerufen wird („*no more harm principle*“).

Kapitel 3: Rechtsrahmen im Mehrebenensystem

Vorgaben an den Strafvollzug finden sich auf sämtlichen Stufen des Mehrebenensystems. Soweit diese für die konkrete Ausgestaltung des Strafvollzugs für menschenrechtliche Mindeststandards bei den Haftbedingungen von Relevanz sind, wird ein Überblick über die wichtigsten Rechtsnormen auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene gegeben. Um ein Verständnis für Wirkungsweise und normativen Geltungsanspruch der einzelnen Regelwerke zu erhalten, drängt es sich auf, nicht nur auf die Regelwerke als solche, sondern auch auf Zweck, Aufbau und Organisation der massgeblichen regelsetzenden Institutionen einzugehen. Die einzelnen Ebenen werden dabei nicht für sich allein betrachtet. Der Blick wird vielmehr auch auf die Interaktion der verschiedenen Ebenen gerichtet. Sofern die hier übersichtsartig dargelegten Regelwerke themenspezifische Anforderungen an den Strafvollzug stellen, werden sie in den jeweiligen Kapiteln wieder aufgegriffen.

I. Vereinte Nationen (UN)

Hauptziel der Vereinten Nationen ist die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit (Art. 1 Ziff. 1 UN-Charta). Weiter bezweckt die UN die Herbeiführung einer internationalen Zusammenarbeit, um internationale Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Art zu lösen und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu festigen (Art. 1 Ziff. 3 UN-Charta). Die Gewährung und Förderung eines menschenrechtskonformen Strafvollzugs ist damit vom Aufgabengebiet der Vereinten Nationen ohne Weiteres umfasst.¹⁴⁰

140 In diesem Sinne vgl. auch MEYER S. 104.

Akteure der UN sind u.a. die Generalversammlung, der Sicherheitsrat, der Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC), die Sonderorganisationen sowie der Internationale Gerichtshof.

Die Generalversammlung wird in Art. 10 i.V.m. Art. 11 UN-Charta dazu ermächtigt, sich mit allen Fragen, welche von der UN-Charta umfasst sind, zu befassen und *Empfehlungen* an die Mitgliedstaaten oder an den Sicherheitsrat auszusprechen.¹⁴¹ Zudem ist der *Abschluss völkerrechtlicher Verträge* eines ihrer wichtigsten Handlungsinstrumente.¹⁴²

Konkrete Einzelrechte, welche sich auch auf die Gestaltung des Strafvollzugs auswirken können, wurden etwa in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)¹⁴³ festgehalten.¹⁴⁴ Diese schaffte ursprünglich allerdings keine durchsetzbaren verbindlichen Rechte; vielmehr handelt es sich um eine nicht bindende Entschliessung der UN-Generalversammlung, welche aber von Gerichten bei der Auslegung von subjektiven Rechten beigezogen wird.¹⁴⁵ Heute hat die AEMR allerdings den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangt.¹⁴⁶ Einschlägige völkerrechtliche Verträge wurden beispielsweise mit dem Internationalen Pakt über wirtschaft-

141 Vorbehalten bleibt der Vorrang des Sicherheitsrates: Zu Angelegenheiten, mit welchen sich der Sicherheitsrat befasst, darf die Generalversammlung keine Empfehlungen machen, es sei denn, sie wird vom Sicherheitsrat darum ersucht (Art. 11 Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 UN-Charta).

142 MEYER S. 140.

143 A/RES/217(III)[A], Universal Declaration of Human Rights.

144 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Einleitung (EMRK) Rn. 3.

145 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Einleitung (EMRK) Rn. 3; BROWNLIE S. 612, insbesondere der EGMR ziehe die AEMR als Auslegungshilfe hinzu.

146 Vgl. SK-StPO/MEYER Einleitung (EMRK) Rn. 3: Im Einzelnen bestehe Uneinigkeit darüber, welche Rechte der AEMR tatsächlich den Status des Völkergewohnheitsrechts erlangt hätten. Vgl. ferner FASSBENDER APuZ 46/2008, 3 (4): Viele der Artikel der AEMR würden als Ausdruck des Völkergewohnheitsrechts anerkannt. Vgl. auch bereits BUERGENTHAL Studien zu Grund- und Menschenrechten 1999, 19 (27): Immer mehr Rechte der AEMR würden den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangen. Die Frage, ob es sich bei den Rechten der AEMR um Völkergewohnheitsrecht handle oder ob in dieser nur allgemeine Rechtsprinzipien verbrieft seien, verliere aber immer mehr an Bedeutung, zumal die meisten Staaten den internationalen Menschenrechtspakten beigetreten seien und viele Staaten auch weitere wichtige Menschenrechtsverträge ratifiziert hätten, in denen dieselben Rechte verbrieft seien. Vgl. dazu auch KÄLIN/KÜNZLI S. 15: Es sei von Beginn weg geplant gewesen, die AEMR in verbindliches Vertragsrecht zu überführen, wozu etwa die Verabschiedung der beiden Menschenrechtspakte habe dienen sollen. Zur Debatte der völkergewohnheitsrechtlichen Verbindlichkeit der AEMR auch ausf. RICHTER S. 141 ff.

liche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)¹⁴⁷, dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)¹⁴⁸ und dem Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (UNCAT) geschaffen.¹⁴⁹

Das UNCAT enthält in Art. 1 Abs. 1 eine Definition der Folter, auf welche sich auch der EGMR bezieht.¹⁵⁰ Überwacht wird die Durchsetzung dieses Übereinkommens durch den UN-Ausschuss gegen Folter (Committee against Torture, CAT). Für die Staaten bindende Entscheide kann das CAT allerdings nicht fällen.¹⁵¹ Am 18. Dezember 2002 wurde das Übereinkommen sodann durch das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende

147 Der UNO-Pakt I enthält keine Vorschrift, wie er innerstaatlich durchgesetzt werden soll. Es ist am nationalen Recht, wie die staatsvertragliche Verpflichtung zu erfüllen ist und ob bzw. inwiefern der UNO-Pakt I resp. einzelne seiner Normen vom Einzelnen im Rahmen eines Individualbeschwerdeverfahrens direkt angerufen werden können sollen (*self-executing*). Es gibt auch kein Vertragsorgan, welchem die Kompetenz zukäme, die aufgeführten Verpflichtungen verbindlich zu konkretisieren. Durchsetzungssystem sei lediglich das Berichtssystem: vgl. etwa bereits BGer 2P.273/1999, Urt. v. 22.09.2000, E. 1.

148 Vgl. insb. Art. 7 UNO-Pakt II, der festhält, dass niemand der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden darf und insbesondere niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden darf, und Art. 10 Abs. 1 und Abs. 3 UNO-Pakt II, welche festhalten, dass jedem, dem seine Freiheit entzogen wurde, menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnende Würde behandelt werden muss. Der Strafvollzug schliesse eine Behandlung der Gefangenen mit ein, die vornehmlich auf ihre Besserung und gesellschaftliche Wiedereingliederung hinzielt.

149 MEYER S. 198: Diese würden nicht nur dazu dienen, „das menschenrechtliche Bewusstsein der internationalen Gemeinschaft“ zu steigern, sondern würden die Anerkennung universeller Regeln statuieren, welche Staaten auch gegen ihren Willen binden würden, und seien so wichtige Eckpfeiler. Zur Entstehungsgeschichte des UNCAT vgl. etwa EVANS International and Comparative Law Quarterly 2002, 365 ff.

150 Vgl. unter vielen: EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 97; EGMR – *Ilascu* u.a./MDA, Urt. v. 08.07.2004, 48787/99, Rn. 426; zur Definition im Einzelnen vgl. auch EVANS International and Comparative Law Quarterly 2002, 365 (369, 375 ff.); vgl. zum Folterbegriff auch VOYAME in: Matscher, S. 109 (110 f.). Eine Definition der Begriffe der anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlungen oder Strafen findet sich im Übereinkommen demgegenüber nicht.

151 Vgl. zum Ganzen auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 4; zum Durchsetzungsmechanismus vgl. auch VAN ZYL SMIT Crime and Justice 2010, 503 (511 ff.).

Behandlung oder Strafe (Optional Protocol to the Convention Against Torture, OPCAT) ergänzt. Das OPCAT enthält keine neuen materiellrechtlichen Bestimmungen. Es bezweckt vielmehr die Durchsetzung des UN-CAT.¹⁵² So ist in Art. 2 OPCAT die Schaffung eines Unterausschusses des CAT vorgesehen (Subcommittee on Prevention of Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, SPT).¹⁵³ Dem SPT sind Besuchs- und Kontrollrechte in Haftanstalten der Vertragsstaaten zu gewähren. Art. 3 OPCAT verpflichtet die Vertragsstaaten weiter, auf innerstaatlicher Ebene mindestens ein Gremium zu schaffen, welches seinerseits Besuche von Orten der Freiheitsentziehung vornimmt (nationaler Präventionsmechanismus; zur Schweiz vgl. NKVF).¹⁵⁴

Weiter kommt dem Wirtschafts- und Sozialrat (ECOSOC, Art. 61 ff. UN-Charta) eine breite Befassungs- und *Empfehlungs*kompetenz zu (vgl. insb. Art. 62 Abs. 2 UN-Charta).¹⁵⁵ Die ihm in Art. 62 UN-Charta zugewiesenen Aufgaben der wirtschaftlichen sozialen Entwicklung stehen in einem engen Konnex zum Schutz der körperlichen Integrität des Einzelnen. Die Gewährleistung dieser ist bei Verfolgungs- und Vollzugsmassnahmen entscheidend,¹⁵⁶ weshalb dem ECOSOC im Bereich des Strafvollzugs eine wichtige Rolle zukommt, wenn es um Fragen rund um die Behandlung Strafgefangener oder Gefängnisstandards geht (vgl. insbesondere United Nations Standards and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice).¹⁵⁷

Mit der Resolution 1992/1 hat der ECOSOC die Commission on Crime Prevention and Criminal Justice (UNCCPCJ) errichtet.¹⁵⁸ Im Jahr 2006

152 Vgl. auch VAN ZYL SMIT *Crime and Justice* 2010, 503 (516).

153 Das europäische Modell in Form des CPT stand hierzu Pate: vgl. dazu auch MURDOCH *Eur J Crim Policy Res* 2006, 121 (122); VAN ZYL SMIT *Crime and Justice* 2010, 503 (516).

154 Es resultiert folglich ein Nebeneinander von internationalem und nationalem Gremium. Dies als Kompromisslösung langjähriger Verhandlung der Vertragsstaaten: vgl. VAN ZYL SMIT *Crime and Justice* 2010, 503 (516); Nowak/Ammer/Birk/Monina/KRISPER Art. 3 OPCAT Rn. 2: Das „Zwei-Säulen-System“ gelte als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips. Die Primärverpflichtung eines effektiven Menschenrechtsschutzes liege bei den Vertragsstaaten, währenddem den internationalen Monitoringgremien eine ergänzende Aufgabe zukäme. Zum „Zwei-Säulen-System“ und zur Zusammenarbeit der beiden Präventionsmechanismen vgl. auch HUNGERBÜHLER S. 35 ff., S. 43 f.

155 MEYER S. 104.

156 Ausf. MEYER S. 104 f.

157 MEYER S. 105; CLARK S. 11 ff., 147 ff.

158 E/RES/1992/1, Concerning the Establishment of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice; vgl. auch A/RES/46/152, Concerning the Cre-

wurden die Aufgaben des UNCCPCJ durch die Resolution 61/252 ausgeweitet: Die UNCCPCJ wurde dabei befähigt, als Lenkungsorgan des United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) zu fungieren.¹⁵⁹ Weiter ist die UNCCPCJ vorbereitendes Gremium für die United Nations Congresses on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders (UNCPCTO)¹⁶⁰, welche vor allem in ihrer ersten Zeit bedeutende Arbeit hinsichtlich des Strafvollzugs leisteten.¹⁶¹ So verabschiedete der UNCPCTO nämlich im Jahr 1955 die Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen. Dieses Standardwerk wurde durch den ECOSOC mit Resolution 663 C (XXIV) angenommen. Da diese später unter anderem als Vorbild für die European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners¹⁶² (Europäische Mindestgrundsätze für die Behandlung von Gefangenen) dienten,¹⁶³ wird im Folgenden auch auf diese eingegangen.

Wichtige Hinweise betreffend *Auslegung* und eigenen *Geltungsanspruch* der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen lassen sich aus den Vorbemerkungen zu den Mindestgrundsätzen entnehmen. In der ersten Vorbemerkung wird festgehalten, dass nicht bezweckt wird, ein detailliertes Modellsystem für Strafvollzugsanstalten aufzustellen. Ziel sei vielmehr, bewährte Grundsätze und Praktiken bei der Behandlung der Gefangenen und der Führung einer Anstalt zu erkennen und an ihnen festzuhalten. In der zweiten Vorbemerkung weisen sie auf die grosse Varietät in den Mitgliedstaaten hin. Angesichts der grossen Unterschiede bei den Entwicklungsstandards, den finanziellen Möglichkeiten der Mitgliedstaaten und den weiteren sozioökonomischen Gegebenheiten räumen sie in diesem Sinne selbst ein, dass die statuierten Regelungen nicht zu jeder Zeit an jedem Ort angewendet werden können. Die dritte Vorbemerkung

ation of an Effective United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Programme.

159 A/RES/61/252, Questions Relating to the Programme Budget for the Biennium 2006–2007, XI.

160 Der United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (UNCPCTO) bzw. seit dem Jahr 2005 der United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice ist aus Politikern, Praktikern, Wissenschaftlern und Vertretern der Mitgliedstaaten und der Gesellschaft zusammengesetzt und findet seit dem Jahr 1995 im Fünf-Jahres-Rhythmus statt.

161 MEYER S. 106.

162 Recommendation R (87) 3 on the European Prison Rules 1987.

163 Vgl. auch MORGENSTERN in: Dünkel/Drenkhahn/Morgenstern, S. 35 (37): Mindeststandards der Vereinten Nationen zur Behandlung Strafgefangener als „Mutter aller Strafvollzugsgrundsätze“.

weist auf den evolutiven Charakter der Mindestgrundsätze hin: Weiterentwicklung, Ausbau und Fortschritt im Bereich der Behandlung Gefangener und Führung von Strafvollzugsanstalten sollen nicht gebremst werden. Die Mindestgrundsätze halten den Weg für neue Versuche und Praktiken offen, sofern diese die Mindestgrundsätze wahren und ihrem Geist gesamthaft entsprechen.

In Bezug auf die *Höhe* bzw. *Ausgereiftheit* des in den Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen festgesetzten Standards ist mit Blick auf die genannten Vorbemerkungen einerseits zu vermuten, dass die Erzielung eines Konsenses aufgrund der immensen Varietät in den Mitgliedstaaten nur bei einem nicht allzu hohen Standard gelingen kann. Andererseits dürften sich die den Mitgliedstaaten zugestandenen situativen Relativierungsmöglichkeiten positiv auf die Konsensfähigkeit und damit auf die Höhe des Standards auswirken. Es wird jedenfalls schon aus den Vorbemerkungen deutlich, mit welchen Herausforderungen man bei der Erarbeitung dieser internationalen Mindeststandards konfrontiert war und um was für ein ambitioniertes Projekt es sich handelt. Die dritte Vorbemerkung verdeutlicht schliesslich die „*Motorfunktion*“, welche den vereinbarten Grundsätzen zur Gewährleistung eines menschenrechtswahrenden Mindeststandards zukommen soll.

Systematisch sind die Mindestgrundsätze von 1955 in zwei Teile gegliedert. Der erste Teil befasst sich mit den allgemein anzuwendenden Grundsätzen, welche für alle Kategorien von Inhaftierten gelten. Sie befassen sich mit der Führung einer Vollzugsanstalt und legen diesbezüglich Grundprinzipien fest, bspw. hinsichtlich Fragen der Unterbringung, der Hygiene, der Gesundheitsfürsorge, der Disziplinarstrafen, der Zwangsmittel oder der Verlegung. Im zweiten Teil der Mindestgrundsätze von 1955 wird zwischen verschiedenen Kategorien von Inhaftierten differenziert, wobei Sonderfragen zu jeder Kategorie Regelungsgegenstand sind. In der Fassung von 1955 wurde im zweiten Teil zwischen „Strafgefängene[n]“, „Geisteskranke[n] und geistig abnorme[n] Gefängene[n]“, „Festgenommene[n] oder Untersuchungsgefängene[n]“ sowie „Zivilgefängene[n]“ unterschieden. Im Jahr 1977 wurde durch den neu beigefügten Art. 95 eine weitere Kategorie „Personen, die festgenommen oder in Haft gehalten werden, ohne dass sie einer strafbaren Handlung beschuldigt sind“ hinzugefügt.¹⁶⁴

164 Dies führte nicht nur im Teil zwei zu einer weiteren Kategorie, sondern erstreckt auch den Anwendungsbereich des ersten Teils der Mindestgrundsätze auf diese Personengruppe.

Ganz im Sinne ihrer „*Motorfunktion*“ haben sich die Mindestgrundsätze von 1955 seither weiterentwickelt: Im Jahr 2011 entschied die Generalversammlung, eine intergouvernementale Expertengruppe mit der Überprüfung und, wenn notwendig, mit der Überarbeitung der UN-Mindestgrundsätze von 1955 zu beauftragen. Die Generalversammlung gab der Expertengruppe dabei vor, dass die Revision nicht zu einer Senkung, sondern nur zu einem Ausbau des Standards führen darf. Auch der Geltungsbereich der UN-Mindestgrundsätze sei beizubehalten. Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben identifizierte die Expertengruppe bei drei Treffen zwischen den Jahren 2012 und 2014 in enger Zusammenarbeit mit dem UNODC Themengebiete und Regeln, welche einer Revision zu unterziehen sind. Anlässlich eines vierten Treffens im März 2015 einigte sich die Expertengruppe schliesslich auf eine überarbeitete Version der Mindestgrundsätze: Die „Nelson-Mandela-Regeln“.¹⁶⁵ Diese revidierten Regeln wurden im Dezember 2015 einstimmig von der UN-Generalversammlung verabschiedet, nachdem der ECOSOC diese Regeln zuvor angenommen hatte. Damit wurde nach 60 Jahren das Regelwerk der Mindestgrundsätze umfassend revidiert. Während die zweigeteilte Grundstruktur und die einzelnen Kategorien im zweiten Teil bestehen blieben,¹⁶⁶ gab es inhaltliche Änderungen und Anpassungen sowohl bei den generellen Regelungen und Grundprinzipien als auch bei den einzelnen themenspezifischen Ausführungen. Ziel war es, neuen Entwicklungen im Bereich der Menschenrechte und der Grundsätze des Strafrechts Rechnung zu tragen und diese in eine neue, zeitgemässe Fassung zu integrieren. Präzisierungen und zahlreiche neue Regelungen führten insgesamt zu einem Ausbau des Schutzstandards. Sofern die Änderungen bei den themenspezifischen Fragen relevant werden, wird auf diese im jeweiligen Kapitel näher eingegangen.

Neben diesem „Standardwerk“ der Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen finden sich auf Ebene der Vereinten Nationen zahlreiche weitere einschlägige Regelwerke. So wurden am 14. Dezember

165 A/RES/70/175, United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners („The Nelson Mandela Rules“); vgl. auch: Short Guide to the Revised United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), zuletzt abgerufen am 06.08.2020. Der Kongress fand in Südafrika statt. Das revidierte Regelwerk wurde als Ehrung von Nelson Mandela, welcher sich während 27 Jahren im Strafvollzug in Südafrika befand und sich für die Rechte der Gefangenen einsetzte, nach diesem benannt.

166 In den Kategorienüberschriften kam es lediglich zu zeitgemässen terminologischen Anpassungen etwa von „Geistesranke und geistig abnorme Gefangene“ hin zu „Gefangene mit psychischen Behinderungen und/oder Erkrankungen“.

1990 etwa die Grundprinzipien für die Behandlung der Gefangenen (Basic Principles for the Treatment of Prisoners¹⁶⁷) verabschiedet, welche elf Grundprinzipien statuieren. Von ihrer Konzeption her handelt es sich bei diesen um grundsätzliche Werte und weniger um präzise ausformulierte Normen, aus denen sich direkte Vorschriften betreffend die materiellen Haftbedingungen ergeben würden.¹⁶⁸ Auch die Formulierungen der einzelnen Prinzipien („shall“) weisen auf einen programmatischen Charakter hin. Im Rahmen des vorliegenden Untersuchungsgegenstands ist weiter etwa der Grundsatzkatalog für den Schutz aller Personen einschlägig, die irgendeiner Form von Haft oder Strafgefangenschaft unterworfen sind (Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment¹⁶⁹). Neben diesen allgemeinen Regelwerken finden sich auf Ebene der Vereinten Nationen auch je Kategorie der Inhaftierten weitere spezifische Regelwerke, so etwa die Regeln der Vereinten Nationen für die Behandlung weiblicher Gefangener und Massnahmen ohne Freiheitsentzug für weibliche Straffällige (Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders [„The Bangkok Rules“]¹⁷⁰) oder die Mindeststandards der Vereinten Nationen für die Verwaltung der Jugendgerichtsbarkeit (United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice [„The Beijing Rules“]¹⁷¹).

167 A/RES/45/111, Concerning the Basic Principles for the Treatment of Prisoners.

168 Es wird etwa festgehalten, dass die Menschenwürde der Strafgefangenen zu wahren ist, es nicht zu Diskriminierungen kommen darf oder dass die Religion und Kultur im Vollzug zu berücksichtigen sind, wenn dies die Umstände erlauben. Weiter wird statuiert, dass die Menschenrechte im Vollzug nicht weiter eingeschränkt werden dürfen, wie es durch den Freiheitsentzug an sich unerlässlich ist.

169 A/RES/43/173, Concerning the Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment.

170 A/RES/65/229, Concerning the United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders („The Bangkok Rules“).

171 A/RES/40/33, Concerning the United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice („The Beijing Rules“).

II. Europarat

Der Europarat nimmt als älteste internationale Organisation Europas¹⁷² und als normativer Akteur¹⁷³ die Aufgabe wahr, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedstaaten zu schaffen, die Ideale und Grundsätze zu fördern, die das gemeinsame Erbe der Mitgliedstaaten bilden, sowie den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu fördern (Art. 1 lit. a ERS). Zur Aufgabenerfüllung berät der Europarat Fragen von gemeinsamem Interesse, schliesst Abkommen oder geht gemeinschaftlich auf wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und wissenschaftlichen Gebieten und auf Gebieten des Rechts und der Verwaltung vor und schützt die Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Art. 1 lit. b ERS). Durch sein grosses Engagement im Bereich der Menschenrechte wird dem Europarat auch die Funktion eines „rechtsstaatlichen-menschenrechtlichen Gewissens Europas“ zugeschrieben.¹⁷⁴

Handlungsorgan des Europarates ist das Ministerkomitee (Art. 13 ERS). Mögliche Handlungsformen sind der Abschluss von *Abkommen* und *Ver einbarungen* und die Annahme einer gemeinsamen Politik durch die Regierungen (Art. 15 lit. a ERS)¹⁷⁵ sowie der Erlass von Beschlüssen in Form von *Empfehlungen* an die Regierungen der Mitgliedstaaten (Art. 15 lit. b Satz 1 ERS).¹⁷⁶ Über vertikale Rechtssetzungsbefugnisse verfügt der Europarat mangels Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf den Europarat jedoch gerade nicht.¹⁷⁷

Die Empfehlungen des Europarates sind Ausdruck der gemeinsamen Werteordnung und beinhalten eine normativ-autoritäre Überzeugung zu einem Vorgehen bei einer bestimmten Sachfrage.¹⁷⁸ Aus ihnen können

172 MEYER S. 254; vgl. auch OESCH S. 9: Europarat als erste Organisation im Nachkriegseuropa, welche sich auch mit politischen Fragen beschäftigte.

173 MEYER S. 858.

174 MEYER S. 261; Ehlers/WALTER § 1 Rn. 2: Europarat als „Hüter von Menschenrechten“; vgl. auch Erklärung des Deutschen Bundestags „50 Jahre Europarat: 50 Jahre europäischer Menschenrechtsschutz“, BT-Drs 14/1568 v. 09.09.1999, 2.

175 Die Entscheidungsautonomie zum Abschluss der Abkommen verbleibt dabei aber bei den Mitgliedstaaten: vgl. MEYER S. 263; vgl. auch JAAG/HÄNNI Rn. 309, OESCH S. 9; Ehlers/WALTER § 1 Rn. 5.

176 Vgl. zu diesen auch JAAG/HÄNNI Rn. 310; GRABENWARTER ZaöRV 2014, 419 (431): Erlass von *Soft Law* im Zuge des Standardsettings als typische Tätigkeit des Europarats schlechthin.

177 MEYER S. 254, 262: Nicht möglich seien deshalb bindende supranationale Beschlüsse des Europarates.

178 MEYER S. 263.

zwar niemals unmittelbare rechtliche Pflichten erwachsen, gleichwohl sind sie eine bedeutende Rechtserkenntnisquelle.¹⁷⁹

Neben seiner legislativen Tätigkeit ist das Ministerkomitee in der Implementierungsphase mit Monitoringaufgaben betraut: Es kann Mitgliedstaaten dazu auffordern, über Massnahmen zu berichten, welche sie aufgrund einer Empfehlung des Ministerkomitees ergriffen haben (Art. 15 lit. b Satz 2 ERS). Darüber hinausgehende Befugnisse, etwa zur Ersatzvornahme bei Nichteinhaltung der rechtlich verbindlichen Konventionen oder zur weitergehenden Durchsetzung der Empfehlungen, kommen dem Ministerkomitee aber nicht zu.¹⁸⁰

Hervorzuheben ist im vorliegenden Themenbereich auch die Arbeit des Europäischen Ausschusses für Strafrechtsfragen (CDPC).¹⁸¹ Dieser wurde durch das Ministerkomitee geschaffen, setzt sich als nicht politisches Gremium aus Sachverständigen zusammen und unterstützt durch sein Fachwissen die Vorarbeiten zu Übereinkommen, Resolutionen und Empfehlungen massgeblich.¹⁸² Auch in der Implementierungsphase kommt dem CDPC eine bedeutende Rolle zu.

Zum Zwecke seiner Aufgabenerfüllung hat der Europarat eine Vielzahl für den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit relevanter Regelwerke und Normen in Form von Abkommen und Empfehlungen erlassen, auf welche in der Folge näher eingegangen wird.

1. Die Europäische Menschenrechtskonvention

Die EMRK wurde am 4. November 1950 in Rom als erstes rechtlich verbindliches Menschenrechtsabkommen unterzeichnet.¹⁸³ Heute ist ihre überragende Bedeutung nicht von der Hand zu weisen.¹⁸⁴ Mit der

179 Zur rechtlichen Relevanz der Empfehlungen ausf. vgl. auch WITTINGER S. 206 ff.; MEYER S. 263; vgl. auch JUNG FS Ress, S. 519 (523, 526).

180 MEYER S. 543; GRABENWARTER ZaöRV 2014, 419 (431).

181 KLARE The British Journal of Criminology 1961, 377 ff.; WILKITZKI ZStW 105 (1993), 821 (824 f.).

182 Ausf. MEYER S. 256 f.; zu den historischen und politischen Hintergründen vgl. auch BATES S. 5 ff., 33 ff., 77 ff.

183 GRABENWARTER/PABEL § 1 Rn. 1; MEYER S. 265.

184 MEYER S. 265 f.: MEYER hebt insbesondere die Ausstrahlungswirkung der EMRK hervor, sowohl auf den nationalen Gesetzgeber und die nationalen Gerichte als auch auf die Europäische Union. Die EMRK konstituiere dabei eine „objektive Werteordnung mit supranationalen Werten“.

Möglichkeit, nach Erschöpfung des nationalen Instanzenzugs (Art. 35 Abs. 1 EMRK)¹⁸⁵ bei einer unabhängigen Instanz – dem EGMR – Individualbeschwerde einzureichen (Art. 34 EMRK), besteht ein effektiver rechtlicher Durchsetzungs- und Kontrollmechanismus der in der EMRK gewährleisteten Garantien.¹⁸⁶ Nachdem bereits aufgezeigt wurde, dass bei der Durchführung des Strafvollzugs eine ganze Reihe an Garantien der EMRK zu beachten ist, wird nun ein Überblick über die Wesensmerkmale der Fundamentalgarantie von Art. 3 EMRK gegeben, auf dessen Begriffsmerkmale eingegangen und der Bezug zu den materiellen Haftbedingungen hergestellt.

Art. 3 EMRK schützt als Fundamentalnorm den Einzelnen vor Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Die Garantien in Art. 3 EMRK gelten *absolut*.¹⁸⁷ Der absolute Charakter von Art. 3 EMRK unterstreicht die Bedeutung des von Art. 3 EMRK zu schützenden Schutzgutes für die „freiheitlich-rechtsstaatlichen Grundlagen demokratischer Gesellschaften“.¹⁸⁸ Die Begriffe „Folter“, „unmenschliche“ oder „erniedrigende Behandlung“ sind unbestimmter Natur und damit auslegungsbedürftig.¹⁸⁹

185 Zum Erfordernis der Rechtswegerschöpfung im Einzelnen vgl. etwa SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 88 ff.

186 Vgl. auch MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM/VON RAUMER Einleitung Rn. 2; MEYER S. 590; zur historischen Entwicklung des Individualbeschwerdeverfahrens vgl. ausf. Ehlers/WALTER § 1 Rn. 8 ff.; GRABENWARTER/PABEL § 1 Rn. 3 ff.

187 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 8; EGMR – *Öcalan/TUR*, UrT. v. 12.03.2003, 46221/99, Rn. 218; EGMR (GK) – *Labita/ITA*, UrT. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 119.

188 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 9; DEMKO HRRS 2005, 94; EGMR (GK) – *Selmouni/FRA*, UrT. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 95; EGMR (GK) – *Bouyid/BEL*, UrT. v. 28.09.2015, 23380/09, Rn. 81; EGMR – *Öcalan/TUR*, UrT. v. 12.03.2003, 46221/99, Rn. 218; EGMR (PI) – *Soering/GBR*, UrT. v. 07.07.1989, 14038/88, Rn. 88.

189 MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 6; Frowein/Peukert/Frowein Art. 3 Rn. 1; DEMKO HRRS 2005, 94 (95).

Der EGMR legt die Konvention autonom aus.¹⁹⁰ Er verfolgt dabei keine statische Auslegung¹⁹¹, vielmehr orientiert er sich an der „europäischen öffentlichen Ordnung“.¹⁹² Er folgt einer effektivitätssichernden und einer dynamisch-teleologischen Auslegung, bei welcher er andere internationale Übereinkommen berücksichtigt und im Einklang mit der gemeineuropäischen Rechtsüberzeugung agiert.¹⁹³ Dieser dynamische Auslegungsansatz kann im Kontext materieller Haftbedingungen etwa dann zentral werden, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse etwa zu Auswirkungen spezifischer Praktiken oder Umstände auf den Einzelnen gewonnen werden.¹⁹⁴

Art. 3 EMRK bezweckt den Schutz der physischen und psychischen Integrität des Einzelnen vor Eingriffen, welche eine „Missachtung der Person in ihrem Menschsein“ erkennen lassen.¹⁹⁵ Die Begriffe der „Folter“, der „unmenschlicher Behandlung“ und der „erniedrigenden Behandlung“ sind in einem Stufenverhältnis angeordnet.¹⁹⁶ Die Folter bildet gemeinhin die schwerste Form und die erniedrigende Behandlung die schwächste Form einer Verletzung von Art. 3 EMRK, weshalb die *Schwere* des Eingriffs nicht nur darüber entscheidet, ob eine Verletzung von Art. 3 EMRK vorliegt; vielmehr kommt ihr auch innerhalb von Art. 3 EMRK qualifizierende Wirkung zu.¹⁹⁷ Eine Verletzung von Art. 3 EMRK setzt aber stets ein Mindestmass an Schwere der Beeinträchtigung voraus.¹⁹⁸ Die erforderliche

190 Zum Begriff der autonomen Auslegung etwa SCHILLING Rn. 44: Die Begriffe der EMRK würden nur nach ihrem Sinn und ihrer Funktion im Rahmen der Konvention selbst ausgelegt. Ein Rückgriff auf die technische Bedeutung der Begriffe im innerstaatlichen Recht habe damit zu unterbleiben. Zur Figur der autonomen Auslegung und deren methodischer Einordnung auch BAADE S. 153 ff.

191 Vgl. EGMR – *Tyrrer*/GBR, Urt. v. 25.04.1978, 5856/72, Rn. 31; EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, Rn. 101; vgl. auch SCHILLING Rn. 45.

192 Frowein/Peukert/Frowein Art. 3 Rn. 1; MAHONEY in: Widmer, S. 143 ff.; zum Ganzen vgl. auch HOLOUBEK S. 49 ff.; kritisch zur Annahme eines europäischen Standards vgl. GRABENWARTER EuGRZ 2011, 229 (231 f.).

193 Ausf. SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 74; vgl. auch BERNHARDT FS Wiarda, S. 65 (67, 69 ff.); zur Effektivitätssicherung auch BATES S. 321 f., 341 ff.

194 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 12.

195 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 41; Meyer-Ladewig/LEHNERT Art. 3 Rn. 1.

196 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 41; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 10.

197 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 10: Bedeutung habe die Differenzierung für Fragen der Verwertbarkeit und der Entschädigung. Vgl. ferner GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 41.

198 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 10; EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 100.

Eingriffsintensität beurteilt sich dabei nach einem *relativen* Massstab, welcher sich nach allen Umständen des jeweiligen Einzelfalles richtet.¹⁹⁹ Die Art und der Zusammenhang der Behandlung oder Strafe, die Art und Methode der Durchführung, die Dauer, die körperlichen und seelischen Auswirkungen und je nach dem auch das Geschlecht, das Alter, der Gesundheitszustand sowie auch die besondere Verletzlichkeit des Opfers sollen bei der Frage des Erreichens der erforderlichen Schwelle des Mindestmasses an Schwere eine Rolle spielen.²⁰⁰ Das Eingriffsverständnis des EGMR ist dabei ein kumulatives.

In der vorliegenden Arbeit stehen Fragen zu Überbelegungssituationen und rund um eine angemessene Gesundheitsversorgung im Zentrum, weshalb im Folgenden der Fokus auf die Begriffe der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung oder Strafe gelegt wird. Für das Vorliegen von Folter i.S.v. Art. 3 EMRK dürfte es in diesem Zusammenhang nämlich regelmässig an der Voraussetzung des subjektiven Moments des „*prohibited purpose*“ fehlen.²⁰¹

Während unter *Strafe* i.S.v. Art. 3 EMRK sämtliche hoheitlichen Massnahmen mit Sanktionencharakter verstanden werden, umfasst die *Behandlung* als Auffangbegriff sämtliches sonstiges staatliches Verhalten gegenüber dem Betroffenen, sei dies in Form eines staatlichen Tuns oder Unterlassens.²⁰² Die Verbüssung der Freiheitsstrafe als solche ist aufgrund ihres Sanktionencharakters damit evidenterweise der *Strafe* zuzuordnen. Geht es allerdings um die Beurteilung der Haftbedingungen, sind diese am Massstab einer unmenschlichen resp. erniedrigenden *Behandlung* zu prüfen. Der Sanktionencharakter der Haftstrafe bezieht sich nämlich gerade nicht auf die Bedingungen ihrer Verbüssung, sondern nur auf den Freiheitsentzug als solchen.

199 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 41; EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 100; EGMR (GK) – *Ilascu* u.a./MDA u. RUS, Urt. v. 08.07.2004, 48787/99, Rn. 427; EGMR (GK) – A. u.a./GBR, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127.

200 EGMR (GK) – *Labita*/ITA, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 120; EGMR (GK) – *Ilascu* u.a./MDA u. RUS, Urt. v. 08.07.2004, 48787/99, Rn. 427; EGMR (GK) – A. u.a./GBR, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127; EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 100; GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 43; VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 127.

201 Vgl. dazu auch die Definition des Art. 1 Abs. 1 UNCAT, auf welche der EGMR immer wieder Bezug nimmt; vgl. etwa EGMR (GK) – *Selmouni*/FRA, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 97.

202 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 22; VILLIGER § 15 Rn. 274; PÖSL S. 57.

Unmenschlich ist jede Behandlung oder Strafe, welche längere Zeit andauert, absichtlich erfolgt und entweder eine tatsächliche Körperverletzung oder intensive psychische resp. physische Schmerzen hervorruft.²⁰³ Das Vorliegen der Absicht ist für eine Verletzung von Art. 3 EMRK im Einzelfall allerdings nicht konstitutiv.²⁰⁴ Für die Qualifikation der unmenschlichen Behandlung oder Strafe ist vielmehr das Erleiden erheblicher seelischer und körperlicher Qualen massgeblich.²⁰⁵ Soweit bisweilen weiter darauf abgestellt wird, dass beim Betroffenen bei einer unmenschlichen Behandlung auch Gefühle der Furcht und Erniedrigung ausgelöst werden,²⁰⁶ führt dies zu einer Verwischung der Abgrenzung der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung, sind diese Kriterien doch gerade Wesensmerkmal der Erniedrigung.²⁰⁷

Im Unterschied zur unmenschlichen Behandlung setzt die *erniedrigende* Behandlung nämlich nicht voraus, dass es zu einer Verursachung von Schmerzen resp. Leid kommt; zentrale Voraussetzung ist vielmehr das Vorliegen eines Demütigungsmoments.²⁰⁸ Insbesondere bei einer Herabsetzung oder Entwürdigung, bei mangelndem Respekt, bei einem Hervorrufen von Gefühlen der Angst, Ohnmacht oder der Minderwertigkeit ist damit von einer erniedrigenden Behandlung auszugehen.²⁰⁹ Ausreichend kann dabei sein, dass der Betroffene sich subjektiv, d.h. in seinen eigenen Augen, gedemütigt fühlt.²¹⁰ Der Gerichtshof berücksichtigt bei seiner Prü-

203 MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 22; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 23; EGMR (GK) – *Labita*/ITA, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 120; EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 92; EGMR (GK) – A. u.a./GBR, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127.

204 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 43.

205 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 23.

206 Vgl. etwa GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 43.

207 Kritisch auch: SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 24.

208 EGMR (GK) – A. u.a./GBR, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127; EGMR (GK) – *Labita*/ITA, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 120; GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 48.

209 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 24; GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 48; EGMR (GK) – *Labita*/ITA, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 120; EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 92; EGMR (GK) – A. u.a./GBR, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127; EGMR – *Vasyukov*/RUS, Urt. v. 05.04.2011, 2974/05, Rn. 59; EGMR (GK) – *Bouyid*/BEL, Urt. v. 28.09.2015, 23380/09, Rn. 87.

210 Vgl. etwa EGMR – *Tyryer*/GBR, Urt. v. 25.04.1978, 5856/72, Rn. 32; EGMR – *Raninen*/FIN, Urt. v. 16.12.1997, 20972/92, Rn. 55.

fung zwar, ob eine Erniedrigungsabsicht vorliegt oder nicht, konstitutive Voraussetzung ist eine solche aber nicht.²¹¹

Der Gerichtshof betont weiter, dass, obgleich sich die Konvention nicht ausdrücklich auf die Menschenwürde beziehe, die Achtung der Menschenwürde zum Wesen der Konvention gehöre.²¹² Eine besonders enge Verbindung der Menschenwürde bestünde hinsichtlich des Konzepts einer erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK.²¹³ Gleichwohl scheint die Menschenwürderelevanz für sich genommen kein geeignetes Abgrenzungskriterium zur unmenschlichen Behandlung zu sein, ist doch sämtlichen Einzelgarantien des Art. 3 EMRK ein Menschenwürdekern inhärent.²¹⁴

Die Begriffsmerkmale einer „unmenschlichen“ resp. einer „erniedrigenden Behandlung“ verdeutlichen, dass bei deren Unterscheidung nicht allein auf die *Intensität* des Verstosses abgestellt werden kann. Obwohl die beiden Garantien grundsätzlich – zumindest was die messbaren gesundheitlichen Auswirkungen betrifft – in einem Stufenverhältnis angeordnet sind, unterscheiden sie sich gerade auch aufgrund ihrer Einwirkungsweisen auf den Betroffenen. Damit sind die Unterschiede auch *normativer* Natur.²¹⁵ Ihnen gemein ist allerdings ihr Menschenwürdebezug.

211 Vgl. etwa EGMR (GK) – *Jallob*/GER, Urt. v. 11.07.2006, 54810/00, Rn. 68; im Einzelnen auch SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 73 f.: Erniedrigungsabsicht sei für den EGMR aber wichtiger Indikator.

212 EGMR (GK) – *Bouyid*/BEL, Urt. v. 28.09.2015, 233380/09, Rn. 89: Der Gerichtshof weist dabei daraufhin, dass sich die Menschenwürde immerhin in der Präambel des 13. ZP der Konvention finde.

213 EGMR (GK) – *Bouyid*/BEL, Urt. v. 28.09.2015, 233380/09, Rn. 90; vgl. etwa auch EGMR (GK) – *Kudła*/POL, Urt. v. 26.10.2000, 30210/96, Rn. 94; EGMR – *Valasinas*/LTU, Urt. v. 24.07.2001, 44558/98, Rn. 102; EGMR – *Yankov*/BUL, Urt. v. 11.12.2003, 39084/97, Rn. 114.

214 Vgl. etwa EGMR (GK) – *Bouyid*/BEL, Urt. v. 28.09.2015, 233380/09, Rn. 81: „[...] the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment is a value of civilisation closely bound up with respect for human dignity.“; vgl. auch BERGMANN S. 120 ff.

215 VERMEULEN/BATTJES in: van Dijk/van Hoof u.a., S. 386, 399; SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 71. Vgl. auch PROSENJAK S. 9 ff., 171, der zunächst auf die Abgrenzung der Einzelgarantien durch das Kriterium der Schwere eingeht, schliesslich aber mit Blick auf die Kriterien der Folter und der unmenschlichen Behandlung zum Schluss gelangt, dass diese beiden Tatbestände sich nicht durch ein „Mehr“ oder „Weniger“ unterscheiden lassen, sondern ihnen eine *andere Art von Vorwerfbarkeit* innewohne, womit Folter ein *aliud* sei. Dies gilt nicht nur im Verhältnis zwischen Folter und unmenschlicher Behandlung, sondern auch im Verhältnis unmenschlicher und erniedrigender Behandlung. Vgl. so auch bereits ADDO/GRIEF EJIL 1998, 510 (511): „The distinction between the

Weder den Begriffsmerkmalen der erniedrigenden noch denen der unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK lässt sich eindeutig entnehmen, inwieweit die Menschenrechtsprüfung an normativen oder soziomedizinischen resp. empirischen Kriterien zu bestimmen ist bzw. inwiefern diese beiden Elemente jeweils gar miteinander zu kombinieren sind.²¹⁶ Der Rechtsprechung zu Art. 3 EMRK lassen sich jedenfalls sowohl soziomedizinische resp. empirische als auch normativ wertende Elemente entnehmen. So resümiert der Gerichtshof auch in seinem Urteil *Keenan/GBR*, dass, selbst wenn der *Nachweis der Schwere* des einer bestimmten Massnahme zuzuschreibenden *physischen oder psychischen Leidens* in vielen der von ihm nach Art. 3 EMRK entschiedenen Fällen eine wichtige Rolle gespielt hat,²¹⁷ Situationen denkbar sind, in denen der *Nachweis der tatsächlichen Auswirkungen* auf den Betroffenen *kein wesentliches Kriterium* für die Feststellung eines Verstosses gegen Art. 3 EMRK ist.²¹⁸ So könne die Behandlung einer psychisch kranken Person mit den durch Art. 3 EMRK auferlegten Normen zum Schutz der grundlegenden Menschenwürde unvereinbar sein, auch wenn diese Person möglicherweise nicht in der Lage sei, auf irgendwelche spezifische Beeinträchtigungen hinzuweisen.²¹⁹ Ähnlich argumentierte der Gerichtshof bereits bei der Beurteilung von Gewaltanwendungen an Personen, denen die Freiheit entzogen ist. Anstatt auf ein Mindestmass an erlittenem Leiden abzustellen, prüft der Gerichtshof hier, ob die Gewaltanwendung unbedingt *erforderlich* war. War sie dies nicht, stellt er fest, dass die Würde des Opfers verletzt wurde und ein Verstoß

three categories of infringement identified in Article 3 is useful for the purpose of applying the appropriate label to a *particular form* of abuse“; vgl. auch GREER HRLR 2018, 297 (299): „very different form of harmful conduct“.

216 Vgl. auch die Überlegungen von SALIGER ZStW (116) 2004, 35 (37, 41 f.); in Bezug auf die erniedrigende Behandlung vgl. auch WEBSTER S. 64 ff.

217 Der EGMR forderte insbesondere bei der Prüfung einer *unmenschlichen* Behandlung immer wieder einen konkreten Nachweis der seelisch oder körperlich erlittenen Qualen. Konnte der Beschwerdeführer solche nicht vorbringen, verneinte der Gerichtshof in diesen Fällen das Vorliegen einer unmenschlichen Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK: vgl. etwa EGMR – *Kaprykowski/POL*, Urt. v. 03.02.2009, 23052/05, Rn. 75; EGMR – *Hummatov/AZE*, Urt. v. 29.11.2007, 9852/03 u. 13413/04, Rn. 121; EGMR – *Sarban/MDA*, Urt. v. 04.10.2005, 3456/05, Rn. 86.

218 EGMR – *Keenan/GBR*, Urt. v. 03.04.2001, 27229/95, Rn. 113 ff.: Der Gerichtshof stellte vorliegend sowohl eine unmenschliche als auch eine erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK fest. Vgl. auch Dörr/Grote/Maruhn/BANK Kap. 11 Rn. 21.

219 EGMR – *Keenan/GBR*, Urt. v. 03.04.2001, 27229/95, Rn. 113.

gegen Art. 3 EMRK vorliegt.²²⁰ Der Gerichtshof legt demnach im Rahmen seiner autonomen Auslegung die Beurteilungskriterien sowohl bei unmenschlichen als auch bei erniedrigenden Behandlungen je Fallgruppe fest und stellt anhand dieser für die einzelnen Fallgruppen je spezifische Prüfprogramme auf.

Für die folgende Art. 3 EMRK-Prüfung von Überbelegungssituationen und der Gesundheitsversorgung bedeutet dies zusammenfassend, dass jeweils Klarheit über die konkret zu beurteilende Einzelgarantie (unmenschliche oder erniedrigende Behandlung) sowie über die jeweiligen Beurteilungskriterien und das spezifische Prüfprogramm zu schaffen ist.

2. Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe

Das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigenden Behandlung vom 26. November 1987²²¹, welches unter der Aufsicht des CDPC ausgearbeitet wurde, ist neben der EMRK die einzige Konvention, welche für sämtliche Mitgliedstaaten bindend ist und gemeinsame, transnationale Werte konsolidiert.²²² Es verstärkt das UN-Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung.²²³

Das Übereinkommen bezweckt, schon auf der Stufe der Prävention ansetzend, den Schutz von Personen, welche sich im Freiheitsentzug befinden, vor Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (vgl. Präambel).²²⁴ Mit einem *nichtjustiziellen Kontrollmechanismus* bezweckt es die Verhütung von Verletzungen des Art. 3 EMRK.²²⁵ Dies unter ausdrücklichem Hinweis darauf, dass Personen, die sich durch eine

220 EGMR – *Keenan/GBR*, Urt. v. 03.04.2001, 27229/95, Rn. 113; EGMR – *Ribitsch/AUT*, Urt. v. 04.12.1995, 18896/91, Rn. 38; vgl. auch Dörr/Grote/Maruhn/BANK Kap. 11 Rn. 21.

221 Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26.11.1987.

222 MEYER S. 275.

223 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 5.

224 Zum verwendeten Begriff der Folter und der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung im Einzelnen: EVANS International and Comparative Law Quarterly 2002, 365 (369, 373 ff.); VAN ZYL SMIT Crime and Justice 2010, 503 (519).

225 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 5 mit Verweis auf Art. 3 des Abkommens.

Verletzung des Art. 3 EMRK beschwert fühlen, die in der Konvention vorgesehenen Verfahren in Anspruch nehmen können (Präambel). Art. 17 Abs. 2 des Abkommens hält fest, dass das Übereinkommen so auszulegen ist, dass die Befugnisse der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention oder die von den Vertragsparteien nach jener Konvention eingegangenen Verpflichtungen nicht eingeschränkt würden.

Art. 1 des Abkommens sieht die Bildung eines Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vor („European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment“ / „CPT-Ausschuss“ / „Ausschuss“).²²⁶ Der Ausschuss stattet Orten, an welchen Personen durch eine öffentliche Behörde die Freiheit entzogen wurde, regelmässige Besuche ab (Art. 7 Abs. 1 des Abkommens). Die Vertragsparteien erklären sich mit der Unterzeichnung des Übereinkommens bereit, dem Ausschuss in ihrem Hoheitsgebiet Zugang zu diesen Orten zu gewähren (Art. 2 des Abkommens). Ferner verpflichtet sich der unterzeichnende Staat, sicherzustellen, dass dem Ausschuss gewisse Erleichterungen zuteil werden (Zugang zum Hoheitsgebiet, Informationen und Zugang zu den Orten, in denen sich Personen im Freiheitsentzug befinden; Art. 8 Abs. 2 des Abkommens). Es ist dem Ausschuss ferner auch zu erlauben, sich mit jeder Person, der die Freiheit entzogen wurde, und mit Personen, welche sachdienliche Auskünfte geben können, zu unterhalten (Art. 8 Abs. 3 und Abs. 4 des Abkommens). Die Mitglieder des Ausschusses und die Sachverständigen geniessen Vorrechte und Immunitäten (Art. 16 des Abkommens i.V.m. Anlage).

Nach den Besuchen verfasst der Ausschuss einen Bericht, welcher grundsätzlich vertraulich zu behandeln ist.²²⁷ Dieser enthält die beim Besuch festgestellten Tatsachen unter Berücksichtigung von Äusserungen der betreffenden Vertragspartei.²²⁸ Dieser Bericht wird samt erforderlichen Emp-

226 Zur Entwicklung und Arbeit des CPT eingehend MURDOCH Eur J Crim Policy Res 2006, 121 ff.

227 Art. 11 des Abkommens sieht vor, dass der Ausschuss den Bericht grundsätzlich nur dann (gegebenenfalls mit einer Stellungnahme der betreffenden Vertragspartei) veröffentlicht, wenn die Vertragspartei darum ersucht.

228 Vgl. auch KOEPEL S. 185 ff.: Die präventiv ausgerichtete Arbeit lasse sich in der Praxis nicht eindeutig von einer nachträglichen Kontrolle abgrenzen. Dies habe aber nur vordergründig ein Kompetenzproblem zur Folge. Eine effektive Prävention setze das Wissen über eventuelle Missstände voraus. Die Berichte hätten sich allerdings nicht auf einzelne Menschenrechtsverletzungen zu konzentrieren, sondern mehr auf potentielle Gefahrenquellen hinzuweisen.

fehlungen der Vertragspartei übermittelt. Neben der Zustellung dieses Berichts kann der Ausschuss Konsultationen mit der Vertragspartei führen, um Verbesserungen des Schutzes von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, vorzuschlagen (Art. 10 Abs. 1 des Abkommens). Lehnt die Vertragspartei ab, die Lage im Sinne der Empfehlungen des Ausschusses zu verbessern, resp. verweigert die Vertragspartei die Zusammenarbeit mit dem Ausschuss, kann der Ausschuss mit Zweidrittelmehrheit seiner Mitglieder beschliessen, eine öffentliche Erklärung abzugeben (Art. 10 Abs. 2 des Abkommens).²²⁹ Damit kommt der öffentlichen Erklärung eine sanktionierende Wirkung zu.²³⁰ In der Praxis stimmen allerdings fast alle Staaten ohnehin einer Veröffentlichung der Berichte zu.²³¹ Öffentliche Erklärungen gegen den Willen der Staaten sind äusserst selten.²³² Neben diesen Länderberichten verfasst der Ausschuss jährlich einen allgemeinen Bericht über seine Tätigkeit (Art. 12 des Abkommens). Die Veröffentlichung dieser Jahresberichte ermöglicht eine externe Kontrolle der Arbeit des CPT.²³³

Das Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe wird durch einen erläuternden Bericht ergänzt.²³⁴ Anders als der Name es vermuten liesse, dient dieser nicht dazu, „unklare Begriffe oder Punkte“ des Übereinkommens bloss „zu erläutern“. ²³⁵ Vielmehr legt er die Art und Weise der Auslegung und Anwendung der Regeln der Konvention fest, wobei das CPT selbst den erläuternden Bericht als „massgebliche Interpretation“ des Übereinkommens erachtet.²³⁶

229 Allgemein zur Monitoringfunktion des CPT im Nachgang seiner Besuche vgl. MURDOCH Eur J Crim Policy Res 2006, 121 (131 f.).

230 VÓKÓ S. 259; MURDOCH S. 44: Öffentliche Erklärungen seien denn auch das einzige Sanktionsmittel, welches dem CPT zur Verfügung stehe. Vgl. ferner MORGENSTERN in: Dünkel/Drenkhahn/Morgenstern, S. 35 (47): Öffentliche Erklärung als Ausübung politischen Drucks.

231 Vgl. etwa MURDOCH S. 43.

232 Bislang gegen die Türkei (1992 und 1996), Russland (2001, 2003, 2007 und 2019), Griechenland (2011), Bulgarien (2015) und Belgien (2017): Vollständige aktuelle Liste abrufbar auf der Seite des CPT: CPT – Public Statements, zuletzt abgerufen am 07.07.2020; vgl. dazu auch THIELE in: Beichelt/Choluj/Rowe/Wagener S. 247 (259 f.); MURDOCH Eur J Crim Policy Res 2006, 121 (134); MURDOCH S. 44; BRUMMER S. 210.

233 VÓKÓ S. 259.

234 Explanatory Report to the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment v. 26.11.1087.

235 VÓKÓ S. 264.

236 Vgl. dazu VÓKÓ S. 264 f.: Fraglich sei allerdings, ob das Ministerkomitee überhaupt befugt ist, eine „massgebliche Interpretation“ des Übereinkommens zu

Der erläuternde Bericht hält fest, dass der Ausschuss nicht bezweckt, Staaten zu verurteilen, sondern sich im Geiste der Zusammenarbeit und der Beratung um Verbesserungen beim Schutz von Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, zu bemühen (Abs. 20 des erläuternden Berichts).²³⁷ Es sei nicht Aufgabe des Ausschusses, justizielle Funktionen auszuüben oder zu erklären, dass Verletzungen der einschlägigen internationalen Übereinkünfte begangen worden seien. Der Ausschuss werde deshalb weder *in abstracto* noch bezüglich konkreter Tatsachen Stellungnahmen zur Auslegung dieser Übereinkünfte abgeben (Abs. 17 des erläuternden Berichts). Für die Beurteilung, ob der Ausschuss der Vertragspartei Empfehlungen zu geben habe, müsse der Ausschuss allerdings die Fakten, die er während der Besuche festgestellt habe, bewerten. Wenn die Fakten unklar seien, habe er keine ausreichende Grundlage, um Empfehlungen auszusprechen, da er gerade nicht dafür zuständig sei, Zeugen gemäss den allgemeinen Grundsätzen des rechtlichen Verfahrens anzuhören. Das weitere Vorgehen sei deshalb, die Vertragspartei über diesen Umstand zu informieren und weitere Ermittlungen auf nationaler Ebene vorzuschlagen, mit dem Ersuchen, über die Ergebnisse der nationalen Untersuchung informiert zu werden (Abs. 18 des erläuternden Berichts). Weitere Besuche an bereits besuchten Orten können als Folgemaßnahme organisiert werden (Abs. 19 des erläuternden Berichts).

Das CPT zieht aus dem ihm zugesprochenen präventiven Charakter selbst vier Hauptschlussfolgerungen.²³⁸ Erstens: *Gegenstand* der Betrachtung des CPT sind die allgemeinen Bedingungen, welche es während seinen Besuchen vorfindet. Dabei konzentriert sich das CPT aber nicht nur auf bestehende Verletzungen, sondern richtet seine Aufmerksamkeit auch auf Umstände, welche *Indikatoren für zukünftige* Verletzungen sein

liefern. Die zur Prüfung dieser Frage hinzugezogene Gruppe von Rapporturen habe einstimmig die Meinung vertreten, dass das Ministerkomitee nicht zur massgeblichen Interpretation befugt sei. Gleichwohl habe der erläuternde Bericht für die Auslegung des Übereinkommens grossen Wert, wengleich er nicht denselben Wert habe wie der Text als solcher.

237 Vgl. dazu etwa auch MURDOCH Eur J Crim Policy Res 2006, 121 (125, 131 f.): Dem CPT gehe es um *Kooperation* und *nicht* um *Konfrontation*. Ziel sei ein ständiger *Dialog* mit den Staaten *anstelle* einer *Verurteilung*. So auch GRÄFENSTEIN ZfStrVO 2003, 10 (11); vgl. auch KOEPEL S. 208: Es bestehe ein Zusammenhang der vom CPT verwendeten Sprache in den Berichten mit seiner Zielsetzung der Kooperation mit den Mitgliedstaaten. Empfehlungen und Fragen des CPT seien sehr höflich, wengleich die Berichte durchaus kritisch seien.

238 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 47.

könnten.²³⁹ Zweitens: Das CPT bezieht *methodologisch* die den Problemen zugrundeliegenden Ursachen mit ein:²⁴⁰ Der soziale und wirtschaftliche Kontext und der Hintergrund der verschiedenen Länder wird vom CPT dabei berücksichtigt.²⁴¹ Die Menschenwürde müsse aber in allen Mitgliedstaaten der Konvention effektiv respektiert werden.²⁴² Drittens: Die durch das CPT *vorzuschlagenden Verbesserungsmöglichkeiten* haben aufgrund seines präventiven Handlungsauftrags vor allem langfristige Massnahmen zu sein.²⁴³ Sofortige oder kurzfristige Massnahmen hält das CPT für inadäquat.²⁴⁴ Viertens: *Der anzuwendende bzw. der zu fordernde Massstab* hat zur Erfüllung der Funktion des CPT ein höherer zu sein als derjenige, der von der Europäischen Kommission und vom EGMR bei der Prüfung einer Verletzung von Art. 3 EMRK angewendet werde.²⁴⁵

Zusammenfassend bedeutet dies, dass dem CPT hauptsächlich eine Präventionsfunktion zukommt. Gemäss erläuterndem Bericht soll es insbesondere nicht Aufgabe des CPT sein, die Konformität mit Art. 3 EMRK zu prüfen bzw. diese gar sicherzustellen. Ein Bestreben nach einem einheitlichen Massstab mit den Konventionsorganen der EMRK ist dem erläuternden Bericht auch nicht zu entnehmen. Unterschiedliche Standards lassen sich gemäss CPT vielmehr durch die unterschiedlichen Aufgaben und Rollen der verschiedenen Regelwerke und Gremien legitimieren.²⁴⁶

3. Von den Europäischen Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen (ESMR) zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (EPR)

Den Empfehlungen der European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners des Ministerkomitees von 1973 (Europäische Mindest-

239 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 48.

240 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 49.

241 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 49.

242 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 49.

243 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 50: In Frage kämen etwa Bildungsstrategien.

244 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 50.

245 CPT – 1st General Report [CPT/Inf (91) 3], Rn. 51.

246 Vgl. dazu auch MORGAN in: van Zyl Smit/Dünkel, S. 717 (719 f., 729), der dabei aber auch auf potentielle Probleme der unterschiedlichen Verwendung der Begriffe hinweist. Zum Verhältnis des Standards der EMRK und des CPT vgl. auch MURDOCH S. 46 ff.; MORGENSTERN in: Dünkel/Drenkhahn/Morgenstern, S. 47 f.

grundsätze für die Behandlung Gefangener, ESMR)²⁴⁷, welche unter der Aufsicht des CDPC ausgearbeitet wurden, kommt auf Europaratsebene eine herausragende Bedeutung zu. Sie sind Ausgangspunkt weiterer themenspezifischer Empfehlungen. Inhaltlich orientieren sich die ESMR stark an den Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen der Vereinten Nationen.²⁴⁸

Aufgrund der engen Anlehnung der ESMR an die UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung Gefangener stellt sich die Frage, welcher Mehrwert den ESMR zukommt. Die Europäischen Mindestgrundsätze sind eine auf europäische Verhältnisse angepasste Empfehlung (vgl. Präambel der ESMR), mit welcher sich europäische Staaten unter Umständen besser identifizieren können als mit der globalen Empfehlung der Vereinten Nationen.²⁴⁹ Gleichwohl bleibt einzuwenden, dass auch Europa weder im Jahr 1955 noch heute ein homogener Raum ist – weder was den allgemeinen Lebensstandard betrifft, noch was die materiellen Haftbedingungen in Strafvollzugsanstalten angeht.²⁵⁰ Grundsätzlich ähnlichere Wertvorstellungen und Bedingungen lassen innerhalb Europas dennoch eine weitergehende Konsensfähigkeit vermuten als auf globaler Ebene. Damit sind die ESMR grundsätzlich ein geeignetes Instrument, auf europäischer Ebene auf Empfehlungsbasis eine inhaltliche Weiterentwicklung des Standards zu erzielen. Eine vergleichende Analyse kam jedoch zum Schluss, dass die ESMR zumindest keine revolutionären Neuerungen gegenüber den Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen beinhalten. Der Achtung der Menschenwürde der Strafgefangenen komme in den ESMR gegenüber den UN-Mindestgrundsätzen allerdings eine akzentuierte Bedeutung zu.²⁵¹

Selbst wenn die ESMR gegenüber den UN-Mindestgrundsätzen keine revolutionären Neuerungen enthält, führt sie jedenfalls zu einer Rezeption der UN-Mindestgrundsätze, welche geeignet ist, zu deren Konsolidierung beizutragen.²⁵² In der Präambel der ESMR wird allerdings von einem

247 Resolution (73) 5, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners.

248 Im Einzelnen vgl. Teil 3 Kap. 2 III. 1. u. 3.; Teil 3 Kap. 3 III. 2. u. 4.

249 Vgl. auch VAN ZYL SMIT Eur J Crim Policy Res 2006, 107 (110).

250 Vgl. dazu auch div. länderspezifische Monitoringberichte etwa des CPT.

251 REYNAUD S. 34: „[...] le texte européenne ne contient pas de modifications révolutionnaires par rapport au texte de l'ONU, on peut toutefois relever quelque notions nouvelles ou de précisions supplémentaires qui y ont été introduites afin de mieux assurer le respect de la dignité humaine des personnes incarcérées“; vgl. auch VAN ZYL SMIT Eur J Crim Policy Res 2006, 107 (110).

252 In diesem Sinne vgl. auch VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 21; zum Effekt der Konsolidierung einer *Soft Law*-Bestimmung für deren „Grad der Normativität“ vgl.

differenzierteren Verhältnis zu den UN-Mindestgrundsätzen ausgegangen (vgl. Präambel der ESMR). Die Promotion der UN-Mindestgrundsätze ist dabei nur eines der angestrebten Zwecke.²⁵³ Im Selbstverständnis der ESMR stehen die Modernisierung²⁵⁴ und Fortentwicklung der UN-Mindestgrundsätze im europäischen Kontext im Vordergrund (vgl. Präambel). Der in diesem Sinne weiterentwickelte Standard ist jener, der verbreitet werden soll. Die ESMR sehen sodann einen Reporting-Mechanismus vor: Die Mitgliedstaaten sind eingeladen, alle fünf Jahre den Generalsekretär über Massnahmen zu informieren, welche sie im Sinne der ESMR ergriffen haben (vgl. schon Präambel II.).

Die Frage, ob die Zielsetzung der ESMR erreicht wurde, eine effektive Fortentwicklung des UN-Standards zu bewirken, lässt sich nicht mit einem Vergleich der beiden Ausgangsdokumente der UN-Mindestgrundsätze von 1955 und der ESMR von 1973 beantworten, weil beide Regelwerke unabhängig reformierbar sind. Auf Europaratsebene ist aufgrund der geringeren Anzahl der beteiligten Vertragsstaaten und aufgrund des ähnlicheren Werteverständnisses eine höhere Konsensfähigkeit zu erwarten als auf UN-Ebene.²⁵⁵ Es erstaunt deshalb nicht, dass bereits im Jahr 1987 vom Ministerkomitee ein neu ausformulierter Entwurf der ESMR, die

etwa Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28: „[...] the repetition of *soft law* by the same or different public authorities hardens its normative claim. While the mere accumulation of non-law instruments cannot per se create international law, the emergence of an *opinio juris*, if accompanied by other hardening factors, can transmute such instruments into international legal norms, by sliding them up the scale of international normativity and thus integrating them into the Council of Europe’s binding normative system.“

- 253 Ansonsten hätte sich meines Erachtens ernstlich die Frage gestellt, ob die Propagierung einer bereits bestehenden Empfehlung als alleinige Zielsetzung einer neuen Empfehlung eine erneute Legiferierung legitimiert hätte. Dies insbesondere, da der Geltungsbereich der ESMR ein kleinerer ist als bei den UN-Mindestgrundsätzen und sich auch hinsichtlich des Verpflichtungsgrades nichts Wesentliches ändert, da sowohl die UN-Mindestgrundsätze als auch die ESMR Empfehlungscharakter haben. Aufgrund des Empfehlungscharakters hätte aber auch argumentiert werden können, dass die Anforderungen an die Legitimation des entsprechenden Vorhabens geringer sein dürften. Wenn es lediglich um die Propagierung der UN-Mindestgrundsätze gegangen wäre, dann hätte es aber diverse andere Möglichkeiten gegeben, um diese Zielsetzung zu erreichen. Zu denken wäre etwa an die Verbesserung der Zugänglichkeit der UN-Regelwerke sowohl für die Inhaftierten als auch für Behörden.
- 254 Zwischen der Verabschiedung der UN-Mindestgrundsätzen und den ESMR liegen immerhin 18 Jahre.
- 255 Vgl. auch NEALE in: Muncie/Sparks, S. 203 (207).

Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 1987 bzw. die European Prison Rules von 1987 (EPR)²⁵⁶, angenommen wurde. Die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 1987 führten zu einer erneuten Europäisierung des Regelwerks. Auch die Bedeutung der Gewährleistung der Menschenwürde der Strafgefangenen rückte noch mehr in den Vordergrund.²⁵⁷ Knapp 20 Jahre später wurden auch diese Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 1987 vollständig überarbeitet und aktualisiert (Europäische Strafvollzugsgrundsätze von 2006 bzw. die European Prison Rules from 2006²⁵⁸).²⁵⁹ Dieser erneute Reformprozess brachte grundsätzlich detailreichere Bestimmungen hervor.²⁶⁰

Aus der Präambel der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze von 2006 geht hervor, dass sowohl die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR als auch die Arbeit des CPT im Reformprozess der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze berücksichtigt wurden.²⁶¹ Auch wurden gemeinsame Grundsätze des Strafvollzugs der einzelnen Mitgliedstaaten beobachtet. Dies im Bewusstsein, dass gemeinsame Grundsätze geeignet sind, die internationale Kooperation auszubauen. Daneben flossen frühere themenspezifische Europaratsempfehlungen in den Reformprozess der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze ein. Obgleich auch hier die Wechselwirkung zwischen den einzelnen Regelwerken deutlich wird, geht auch die EPR nicht so weit, einen einheitlichen Standard der einzelnen Regelwerke zu fordern.

Der Natur einer Empfehlung entsprechend halten die Strafvollzugsgrundsätze hinsichtlich ihres Geltungsanspruchs fest, dass sich die Mit-

256 Recommendation R (87) 3 on the European Prison Rules 1987.

257 VAN ZYL SMIT/SNACKEN S. 23; zu den Neuerungen im Einzelnen vgl. auch NEALE in: Muncie/Sparks, S. 203 (208 ff.).

258 Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules 2006.

259 DÜNKEL/MORGENSTERN/ZOLONDEK Neue Kriminalpolitik 2006, 86, wobei die Autoren das Bedürfnis nach einer Aktualisierung der Strafvollzugsgrundsätze von 1987 im Wesentlichen auf vier Faktoren zurückführen: die Verabschiedung des Übereinkommens zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigenden Behandlung und die Arbeit des CPT, die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR, die europäische Erweiterung nach den gesellschaftlichen Umwälzungen in Mittel- und Osteuropa sowie die Aktivität des Europäischen Parlaments und der Parlamentarischen Versammlung, welche die Zustände in Gefängnissen zahlreicher Länder beklagt hätten.

260 Zu den Faktoren, welche eine weitergehende Standardsetzung erleichterten, im Einzelnen: VAN ZYL SMIT Eur J Crim Policy Res 2006, 107 (111 ff.).

261 Zum Verhältnis der Arbeit des CPT und der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vgl. MURDOCH S. 35 ff.

gliedstaaten in ihrer Gesetzgebung, ihren Richtlinien und ihrer Praxis von den in der Empfehlung zu Grunde gelegten Regelungen *leiten* zu lassen haben.²⁶² Der Geltungsanspruch der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze geht folglich nicht so weit, eine jederzeitige akribische Einhaltung des festgehaltenen Standards zu fordern.²⁶³ Internationale und nationale Gerichte können sich aber selbstverständlich auf die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze berufen, auch um auf andere nationale Behörden und die Regierung Druck auszuüben, die derzeitige Strafvollzugspraxis nach Massgabe der europäischen Standards zu verbessern.²⁶⁴ Sicherzustellen ist durch die Mitgliedstaaten jedenfalls, dass die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze und deren begleitender Kommentar übersetzt und soweit als nur möglich verbreitet werden; dies insbesondere bei Inhaftierten, Strafvollzugsbeamten und gerichtlichen Instanzen. Der begleitende Kommentar zu den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen hält fest, dass die Bedeutung der EPR seit 1987 gestiegen sei; sowohl EGMR als auch CPT würden die EPR nun regelmässig heranziehen, was in Zukunft in noch ausgeprägterem Masse erfolgen solle.²⁶⁵ Die Nichteinhaltung der Strafvollzugsgrundsätze bedeutet aber nicht zwingend eine Verletzung von Art. 3 EMRK.

4. Weitere Empfehlungen des Europarates

Die inhaltlich umfassenden ESMR bzw. EPR werden auf Europaratsebene durch eine Vielzahl weiterer spezifischer Empfehlungen ergänzt. Auch diese wurden unter der Aufsicht des CDPC ausgearbeitet. Empfehlungen, welche vor der umfassenden Revision der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze im Jahr 2006 erlassen wurden, wurden bisweilen in diesem Reformprojekt wieder aufgegriffen und fanden so teilweise Eingang auch in dieses allgemeine Standardregelwerk. Das CDPC liefert zu den Empfehlungen meist auch gleich eigene Kommentare (Explanatory Reports /

262 Zum Geltungsanspruch und der Wirkungsweise der Strafvollzugsgrundsätze von 1987 im Einzelnen auch NEALE in: Muncie/Sparks, S. 203 (210 ff.).

263 Zum Geltungsanspruch der Europäischen Strafvollzugsgrundsätze vgl. auch MURDOCH S. 34 f.

264 KOEPEL S. 220.

265 Commentary to Recommendation Rec (2006) 2 on the European Prison Rules, Introduction.

Explanatory Memorandum),²⁶⁶ welche den zuständigen Behörden als Auslegungsrichtlinien dienen.

Regelungssubjekt der spezifischen Empfehlungen ist jeweils eine konkrete Personengruppe im Strafvollzug; Regelungsobjekt ein konkretes Gebiet des Strafvollzugs. So finden sich etwa Empfehlungen zum Umgang mit gefährlichen Strafgefangenen,²⁶⁷ zu ausländischen Strafgefangenen²⁶⁸ oder zu jugendlichen Strafgefangenen²⁶⁹ sowie Empfehlungen zur Arbeit oder zur Ausbildung während des Strafvollzugs,²⁷⁰ zum Transfer von verurteilten Strafgefangenen,²⁷¹ zum Umgang mit ansteckenden Krankheiten im Strafvollzug,²⁷² Empfehlungen für Personen, welche mit der Implementierung von Sanktionen und Massnahmen betraut sind,²⁷³ oder etwa Empfehlungen zu ethischen und organisatorischen Fragen der Gesundheitsversorgung in Strafanstalten,²⁷⁴ Empfehlungen zum Problem der Überbelegung,²⁷⁵ zur lebenslangen Freiheitsstrafe bzw. zum Langzeitstraf-

266 Vgl. etwa Recommendation R (99) 22 Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation and *Explanatory Memorandum*; Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison and *Explanatory Memorandum* etc.

267 Recommendation R (82) 17 Concerning Custody and Treatment of Dangerous Prisoners; Recommendation CM/Rec (2014) 3 Concerning Dangerous Offenders.

268 Recommendation R (84) 12 Concerning Foreign Prisoners; Recommendation CM/Rec (2012) 12 Concerning Foreign Prisoners.

269 Recommendation CM/Rec (2008) 11 on the European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions or Measures.

270 Recommendation R (89) 12 on Education in Prison.

271 Recommendation R (92) 18 Concerning the Practical Application of the Convention on the Transfer of Sentenced Persons: Dabei geht es insbesondere darum, das Verfahren zu vereinfachen, damit die Strafgefangenen in ihrem Heimatstaat ihre Strafe absitzen können.

272 Recommendation R (93) 6 Concerning Prison and Criminological Aspects of the Control of Transmissible Diseases Including AIDS and Related Health Problems in Prisons.

273 Recommendation R (97) 12 on Staff Concerned with the Implementation of Sanctions and Measures.

274 Recommendation R (98) 7 Concerning the Ethical and Organisational Aspect of Health Care in Prison.

275 Recommendation R (99) 22 Concerning Prison Overcrowding and Prison Population Inflation.

vollzug,²⁷⁶ zur Untersuchungshaft,²⁷⁷ zu Fragen der Bewährungshilfe²⁷⁸ und zu einem ethischen Code für das Aufsichtspersonal.²⁷⁹

III. Nationale Ebene / Schweiz

In der Schweiz finden sich strafvollzugsrelevante Normen auf der Ebene des Bundes, der interkantonalen und der kantonalen Ebene. Was die Normhierarchie betrifft, sind Modalitäten zum Strafvollzug auf Verfassungs-, Konkordats-, Gesetzes- und Verordnungsebene normiert.

Völkerrechtliche Verträge sind dabei zu beachten²⁸⁰: Auch wenn die völkerrechtliche Verantwortlichkeit zur Umsetzung der völkerrechtlichen Verträge beim Bund liegt, bleiben die Kantone innerstaatlich dennoch in der Pflicht (vgl. auch Art. 5 Abs. 4 BV).²⁸¹ Das föderalistische System der Schweiz, welches Autonomie und ein daraus abgeleitetes Recht auf Selbstgesetzgebung und Selbstverwaltung der Kantone vorsieht, kann allerdings dazu führen, dass völkerrechtliche Vorgaben von den Kantonen auf je

276 Recommendation Rec (2003) 23 on the Management by Prison Administrations of Life Sentence and Other Long-Term Prisoners.

277 Recommendation Rec (2006) 13 on the Use of Remand in Custody, the Conditions in which it Takes Place and the Provision of Safeguards against Abuse.

278 Recommendation CM/Rec (2010) 1 on the Council of Europe Probation Rules.

279 Recommendation CM/Rec (2012) 5 on the European Code of Ethics for Prison Staff.

280 Zum Beitritt der Schweiz zur EMRK im Besonderen vgl. KLEY/SIGRIST in: Jaag/Kaufmann, S. 17 (35 ff.); zur Rezeption der EMRK und zum Verhältnis von nationalem und internationalem Recht in der Schweiz im Einzelnen etwa THURNHERR in: Keller/Stone Sweet, S. 311 (316 ff., 329 ff.). Art. 190 BV äussert sich nicht zum Verhältnis von Bundesgesetz und Völkerrecht. Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass Völkerrecht zwar grundsätzlich Gesetzesrecht vorgeht, dieser Grundsatz gelte allerdings dann nicht, wenn die Bundesversammlung bewusst ein völkerrechtswidriges Gesetz verabschiedet hat, in diesem Fall sei das spätere völkerrechtswidrige Gesetz (*lex posterior*) massgebend („Schubert-Praxis“: BGE 99 Ib 39 ff.). Diese Rechtsprechungspraxis relativierte das Bundesgericht später, indem es festhielt, dass internationale Menschenrechtsgarantien dem Landesrecht im Konfliktfall stets voringen („PKK-Praxis“: BGE 125 II 417).

281 Vgl. ausf. KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 ff.: Es sei denn auch am Bund, soweit im völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen, Rechenschaftsberichte zuhanden von dessen Implementierungsorganen zu verfassen. Auch allfällige Rügen einer mangelhaften Umsetzung würden an den Bund gerichtet, selbst wenn die Umsetzungsverantwortung innerstaatlich bei den Kantonen liegen würde.

unterschiedliche Art und Weise umgesetzt werden.²⁸² Grenze der kantonalen Vielfalt sind nicht nur menschenrechtliche völkerrechtliche Vorgaben, sondern auch massgebendes Bundesrecht (vgl. Art. 49 BV, Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor).

1. Bundesebene

1.1 Bundesverfassung

Auf Verfassungsstufe sind zunächst die Grundrechte zu beachten. Der Strafvollzug tangiert nämlich nicht nur die in der EMRK verankerten Menschenrechte, sondern eben auch diverse in der Bundesverfassung verankerte Grundrechte:²⁸³ beispielsweise Art. 7 BV (Menschenwürde), Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit), Art. 8 Abs. 2 BV (Diskriminierungsverbot), Art. 9 BV (Willkürverbot), Art. 10 Abs. 1 BV (Recht auf Leben), Art. 10 Abs. 2 BV (Recht auf persönliche Freiheit), Art. 10 Abs. 3 BV (Folterverbot), Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen), Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre), Art. 14 BV (Recht auf Ehe und Familie), Art. 15 BV (Glaubens- und Gewissensfreiheit) und Art. 16 BV (Meinungs- und Informationsfreiheiten). Auch Art. 31 BV und Art. 32 BV halten Rechte einer Person im Freiheitsentzug bzw. im Strafverfahren fest, betreffen im Unterschied zu den vorgenannten Grundrechten aber nicht die Modalitäten materieller Haftbedingungen. Art. 35 BV sieht schliesslich vor, dass die Grundrechte umfassend zu verwirklichen sind.

Die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des *Straf- und Strafprozessrechts* liegt gemäss Art. 123 Abs. 1 BV beim Bund. Art. 123 Abs. 1 BV ist eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Kraft; die Kanto-

282 Zum Spannungsverhältnis der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit des Bundes und der innerstaatlichen Kompetenzordnung ausf.: KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 ff.; vgl. auch THURNHERR in: Keller/Stone Sweet, S. 311 (335).

283 Zum Einfluss der EMRK auf das Verfassungsrecht der Schweiz im Allgemeinen KIENER in: Jaag/Kaufmann, S. 53 ff.; vgl. auch THURNHERR in: Keller/Stone Sweet, S. 311 (364 ff.); KELLER/MARTI Justice – Justiz – Giustizia 2015/1, 1 (6): Innerstaatliche Richter hätten auch dann die Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen, wenn von den Parteien nur die entsprechenden Bestimmungen der BV angeführt würden. Dies, da es für das Erfordernis der Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs genüge, dass der Beschwerdeführer die Rüge einer EMRK-Verletzung der Sache nach vorgebracht habe.

ne bleiben solange zuständig, bis der Bund legiferiert hat (konkurrierende Kompetenz).²⁸⁴ Für den *Straf- und Massnahmenvollzug* sind gemäss Art. 123 Abs. 2 BV hingegen die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht. Gemäss Art. 123 Abs. 3 Satz 1 BV ist der Bund allerdings befugt, eigene Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug zu erlassen. Art. 123 Abs. 3 Satz 1 BV wird in dem Sinn ausgelegt, dass der Bund einen „Systemwechsel vom kantonalen zu einem einheitlichen Bundesvollzugsrecht vornehmen kann“.²⁸⁵ Bislang hat der Bund diese Möglichkeit nicht wahrgenommen und (noch) kein besonderes Strafvollzugsgesetz geschaffen.²⁸⁶ Bundesrechtliche Rahmenbestimmungen finden sich allerdings im Strafgesetzbuch.

Der Bund kann den Kantonen weiter Beiträge für die Errichtung von Anstalten (Art. 123 Abs. 3 lit. a BV) resp. für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug (Art. 123 Abs. 3 lit. b BV) gewähren.²⁸⁷ Diese *Bundesförderung* ist durch die finanzielle Entlastung ein geeignetes Mittel, Anreize für die Kantone zur Umsetzung von menschenrechtlichen Vorgaben zu schaffen, ohne dass dies zu Kompetenzeinbussen zulasten der Kantone führen würde.²⁸⁸ Der Bund kann an die Gewährung dieser Beiträge allerdings Bedingungen knüpfen, womit er zumindest indirekten Einfluss auf die Modalitäten des Strafvollzugs nehmen kann.²⁸⁹

Systematisch unter dem Abschnitt „Zusammenwirken von Bund und Kantonen“ sieht Art. 48 BV vor, dass Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten miteinander Verträge schliessen können. Namentlich können sie Aufgaben von regionalem Interesse gemeinsam wahrnehmen. Auf An-

284 Der Bund hat die Kompetenz mit der Verabschiedung des StGB und der StPO wahrgenommen, im Bereich des materiellen Strafrechts verbleiben den Kantonen in engem Umfang weiterhin Gesetzgebungskompetenzen (vgl. etwa Art. 335 Abs. 1 StGB und Art. 3 BV): BSK BV/GöKSU Art. 123 BV Rn. 3.

285 Kritisch: BSK BV/GöKSU Art. 123 BV Rn. 22: Dies verträge sich nur schlecht mit der verfassungsmässigen Kompetenzausscheidung, die Kantone stünden gem. Art. 3 BV im Genuss der Kompetenzvermutung. GöKSU fordert daher, Art. 123 Abs. 3 BV so auszulegen, dass dieser dem Bund *lediglich punktuelle* Eingriffe in die kantonale Gesetzgebungshoheit erlaube, wenn eine bundesrechtliche Ordnung sich gegenüber einer föderalistischen Ordnung *aufdränge*.

286 Vgl. auch KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 (7 f.).

287 Nicht umfasst von dieser Norm sind Leistungen für die Verbesserung der menschenrechtlichen Situation in Polizeigegefängnissen: vgl. KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 (16).

288 Vgl. KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 (16).

289 BSK BV/GöKSU Art. 123 BV Rn. 23 f. mit Verweis auf das Bundesgesetz über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (SR 341); vgl. auch KIENER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 3 (16).

trag interessierter Kantone kann der Bund die Kantone zur Zusammenarbeit und insb. auch zur Harmonisierung des Vollzugsrechts verpflichten (Art. 48a Abs. 1 lit. a BV).²⁹⁰

Wenngleich dem Bund auch im Bereich des Strafvollzugs gewisse Gesetzgebungskompetenzen zugesprochen wurden und er diese teilweise auch wahrgenommen hat, bleiben die Kantone betreffend Modalitäten des Strafvollzugsrechts wichtiger Gesetzgeber.

1.2 Bundesgesetze

Auf Gesetzesstufe finden sich auf Bundesebene sowohl im Strafgesetzbuch (StGB) als auch in der Strafprozessordnung (StPO) strafvollzugsspezifische Vorschriften. Gemäss Art. 372 Abs. 1 StGB sind die Kantone zum Strafvollzug verpflichtet, wenn dieser von ihren Strafgerichten gestützt auf das StGB ausgefällt wurde. Die Kosten des Straf- und Massnahmenvollzugs tragen die Kantone, wobei die Verurteilten in angemessener Weise an den Kosten des Vollzugs beteiligt werden können (Art. 380 StGB). Gegen Ersatz der Kosten sind die Kantone weiter verpflichtet, Urteile der Bundesstrafbehörden zu vollziehen.

Art. 372 Abs. 3 StGB verpflichtet die Kantone, einen *einheitlichen* Vollzug strafrechtlicher Sanktionen zu gewährleisten. Über die gemeinsame Errichtung und den gemeinsamen Betrieb von Anstalten und Einrichtungen können die Kantone Vereinbarungen treffen oder sich das Mitbenutzungsrecht an Anstalten und Einrichtungen anderer Kantone sichern (Art. 378 Abs. 1 StGB).

Grundsätze betreffend den Vollzug einer Freiheitsstrafe finden sich auf Bundesebene insbesondere in den Art. 74 ff. StGB. In grundlegender Weise hält Art. 74 StGB fest, dass die Menschenwürde des Gefangenen zu achten ist und dass seine Rechte nur so weit zu beschränken sind, als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugseinrichtung es erfordern. Als allgemeines Vollzugsziel postuliert Art. 75 Abs. 1 StGB sodann, dass das soziale Verhalten des Gefangenen – insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben (Resozialisierung) – zu fördern ist. Der Strafvollzug hat dabei den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit als möglich zu entsprechen (Normalisierungsprinzip), die Betreuung des Gefangenen zu gewährleisten und schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken (Betreuungsprinzip und Entgegenwirkungsprinzip / Prinzip des *nil*

290 Vgl. auch BSK BV/BRÄGGER Art. 74 BV Rn. 2.

nocere) sowie dem Schutz der Allgemeinheit, des Vollzugspersonals und der Mitgefangenen Rechnung zu tragen (Sicherungsprinzip).

Zusammenfassend normiert der Bund Grundsätze und Leitlinien für den Vollzug, ohne in die konkrete Organisation des Strafvollzugs einzugreifen. Soweit weitere Bestimmungen des StGB oder andere bundesrechtliche Erlasse für die themenspezifischen Fragen relevant werden, werden diese an dortiger Stelle aufgegriffen.

1.3 Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)

Zur Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungen der Schweiz aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe wurde im Jahr 2010 die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) geschaffen.²⁹¹ Die NKVF ist eine von Bund und Kantonen unabhängige nationale Kommission.²⁹² Der Kommission gehören 12 Mitglieder an. Sie setzt sich aus Fachleuten zusammen, die über die erforderlichen beruflichen und persönlichen Kompetenzen und Kenntnisse verfügen, insbesondere im medizinischen, psychiatrischen, juristischen oder interkulturellen Bereich oder im Bereich des Freiheitsentzugs und des Besuchs von Orten des Freiheitsentzugs (Art. 5 BG KVF²⁹³).

Gemäss Art. 2 lit. a BG KVF überprüft die Kommission regelmässig die Situation von Personen, denen die Freiheit entzogen ist, und besucht regelmässig alle Orte, an denen sich diese Personen befinden.²⁹⁴ Mit den Zielen, die Behandlung und die Situation der Inhaftierten zu verbessern sowie Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe zu verhüten, gibt sie *Empfehlungen* an die zuständigen Behörden ab (Art. 2 lit. b Ziff. 1 und Ziff. 2 BG KVF). Weiter unter-

291 Eingehend zur NKVF HUNGERBÜHLER S. 69 ff.; zum Verhältnis des SPT und den nationalen Präventionsmechanismen vgl. Nowak/Ammer/Birk/Monina/KRISPER Art. 3 OPCAT Rn. 3: Nationale Präventionsmechanismen seien grundsätzlich besser in der Lage, regelmässige Besuche in Haftanstalten und Follow-up-Besuche durchzuführen und mit den Behörden in einen Dialog zu treten. In diesem Sinne wurden sie auch als „*the front line of torture prevention*“ bezeichnet.

292 OMLIN in: Brägger, S. 319.

293 Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009, SR 150.1.

294 Zur Besuchstätigkeit der NKVF im Einzelnen vgl. etwa HUNGERBÜHLER S. 274, 277 ff.

breitet sie Vorschläge und Bemerkungen zu geltenden Erlassen oder zu Erlassentwürfen (Art. 2 lit. c BG KVF). Die Kommission verfasst sodann einen jährlichen Bericht über ihre Tätigkeit, welcher der Öffentlichkeit zugänglich ist (Art. 2 lit. d BG KVF). Die Kommission unterhält schliesslich Kontakte mit dem Unterausschuss für Prävention und dem CPT. Sie übermittelt diesen beiden Gremien Informationen und stimmt ihre Tätigkeit mit ihnen ab (Art. 2 lit. e BG KVF).

2. Interkantonale Ebene

Die Kantone machten im Bereich des Strafvollzugs von der Möglichkeit Gebrauch, Verträge miteinander zu schliessen (vgl. insb. Art. 123 BV i.V.m. Art. 48 BV und Art. 372 und Art. 378 StGB). Im Sinne regionaler Vollzugsgemeinschaften²⁹⁵ haben sie drei regionale Konkordate geschlossen: das *Konkordat der Nordwest- und Innerschweiz* (AG, BS, BL, BE, LU, OW, NW, SZ, SO, UR, ZG), das *Ostschweizer Konkordat* (AI, AR, GL, GR, SH, SG, TG, ZH) und das *Konkordat der lateinischen Schweiz* (FR, GE, JU, NE, VD, VS, TI). Sämtliche Kantone der Schweiz sind damit Teil eines der drei Strafvollzugskonkordate.²⁹⁶

Gründungsvertrag und damit Ausgangsdokument ist bei allen drei Strafvollzugskonkordaten die jeweilige Konkordatsvereinbarung. Diese enthält Bestimmungen zu den verfolgten Zielen, den Organen und deren Kompetenzen. Die Harmonisierungsbemühungen werden durch die Verabschiedung von interkantonalen Vollzugsbestimmungen wahrgenommen.²⁹⁷ Dies in Form von Reglementen, Richtlinien, Beschlüssen und Empfehlungen. Art. 48 Abs. 4 BV sieht vor, dass Kantone interkantonale Organe zum Erlass rechtssetzender Bestimmungen ermächtigen können, die einen interkantonalen Vertrag umsetzen. Dies unter der Voraussetzung, dass der Vertrag nach dem gleichen Verfahren, welches für die Gesetzgebung gilt, genehmigt worden ist und die inhaltlichen Grundzüge der Bestimmungen selbst festlegt (Art. 48 Abs. 4 lit. a und lit. b BV). Das Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz sowie das Strafvollzugskonkordat

295 SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (252).

296 Historisch sind die Strafvollzugskonkordate darauf zurückzuführen, dass in kleinen Kantonen für eigene Vollzugsanstalten kein Bedarf bestand und auch grosse Kantone nicht in der Lage waren, alle gemäss StGB erforderlichen Anstaltstypen zu betreiben: BAECHTOLD S. 7; vgl. auch BAECHTOLD in: van Zyl Smit/Dünkel, S. 653 (656 f.).

297 Vgl. auch SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (252).

der Ostschweiz enthalten zwar eine Kompetenznorm zu Gunsten der Konkordatskonferenz bzw. zu Gunsten der Strafvollzugskommission, welche sie zum Erlass von strafvollzugsrechtlichen Bestimmungen ermächtigt. Zu einer Übertragung von Rechtssetzungsbefugnissen kam es aufgrund der fehlenden materiellen Ausgestaltung der Konkordatsvereinbarung hingegen nicht.²⁹⁸ Ihre Richtlinien und Reglemente sind damit *Soft Law* und somit rechtlich nicht verbindlich.²⁹⁹ Eine Verbindlicherklärung der Bestimmungen bleibt möglich, setzt allerdings die Zustimmung aller Konkordatskantone voraus (Art. 2 lit. c OSK bzw. Art. 3 lit. f NWI³⁰⁰). Anders im Strafvollzugskonkordat der lateinischen Schweiz; ihre Konkordatskonferenz ist ermächtigt, verbindliches Recht zu verabschieden.³⁰¹ Die Beschlüsse der Konkordatskonferenz richten sich an bestimmte Personen und regeln deren Rechtsstellung (Rechte und Pflichten), womit sie verbindlich sind. Nicht verbindlich sind aber auch im Geltungsbereich des Strafvollzugskonkordats der lateinischen Schweiz ihre Richtlinien und Empfehlungen. Diese dienen als Auslegungsdirektive und geben Hinweise dafür, wie der Ermessensspielraum sowohl bundesrechtlicher als auch kantonaler Bestimmungen genutzt werden sollte.

Regelungsgegenstand sind konkrete Einzelfragen des Strafvollzugs wie beispielsweise der Vollzugsplan, das Disziplinarrecht, das Arbeitsentgelt oder der Urlaub während des Strafvollzugs. Sieht das anwendbare Strafvollzugskonkordat eine bestimmte Regelung vor, tritt diese an die Stelle der kantonalen Bestimmung.³⁰² Halten kantonale Erlasse nur die Grundsätze einer Materie fest und verweisen im Einzelnen auf die anwendbaren Richtlinien oder das Reglement, ergänzen sie die kantonalen Erlasse.³⁰³

Eine *gesamtschweizerische* Harmonisierung findet durch die Konkordate damit nicht statt. Auf institutioneller Ebene finden sich allerdings verschiedene Gremien, welche auf unterschiedliche Weise auf eine weitere

298 SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (254).

299 SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (254); eingehend zur Rechtsnatur der Richtlinien in der NWI: SCHÄRER SZK 2/2012, 51 (51, 53 ff.); SCHÄRER stellt fest, dass Richtlinien durch die breite Implementierung und ihre konsequente Anwendung einer Rechtsverordnung sehr nahe kämen.

300 SCHÄRER SZK 2/2012, 51 (55): Von dieser Möglichkeit sei aufgrund der grossen Akzeptanz und der breiten Einhaltung der Richtlinien in den Konkordatskantonen bis anhin kein Gebrauch gemacht worden. Die Akzeptanz beruhe vor allem darauf, dass die Richtlinien gemeinsam erarbeitet und beschlossen worden seien, weshalb sie auf einem breiten Konsens beruhen würden.

301 SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (254).

302 Vgl. auch SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (253).

303 Vgl. auch SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (253).

Harmonisierung hinwirken. So etwa die Regierungskonferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren (KKJPD), welche beispielsweise im November 2014 eine gemeinsame Grundlage für den schweizerischen Sanktionenvollzug verabschiedet hat.³⁰⁴ Auch die Koordinationskonferenz Justizvollzug (KOK) bezweckt als gesamtschweizerisches Organ einen Austausch zwischen den Kantonen und trägt so zu einer gewissen weiteren Harmonisierung unter den Kantonen bei.³⁰⁵ Auf eine gesamtschweizerische Zusammenarbeit bei Fragen rund um den Strafvollzug wirkt auch das Schweizerische Kompetenzzentrum für den Justizvollzug (SKJV) hin.³⁰⁶

Zusammenfassend findet in normativer Hinsicht durch die drei regionalen Strafvollzugskonkordate zumindest innerhalb des jeweiligen Konkordatsgebiets eine Harmonisierung zentraler Vollzugsfragen statt. Daneben bestehen verschiedene weitere Gremien, namentlich die KKJPD, die KOK und das SKJV, welche auf eine gewisse gesamtschweizerische Harmonisierung hinwirken.

3. Kantonale Ebene

Art. 51 BV verpflichtet die Kantone, sich eine demokratische Verfassung zu geben. Die meisten Kantonsverfassungen enthalten Grundrechts- und Aufgabenbestimmungen.³⁰⁷ Relevant werden diese vor allem dann, wenn sie über die in der Bundesverfassung gewährleisteten Grundrechte hinausgehen.³⁰⁸ Spezifische strafvollzugsrechtliche Grundrechte finden sich soweit ersichtlich jedoch keine in den Kantonsverfassungen.

Sowohl Gesetzesstufe als auch Regelungsbreite und Regelungstiefe des kantonalen Strafvollzugsrechts variieren stark.³⁰⁹ Auf Gesetzesstufe haben die Kantone Bern, Solothurn, Zürich, Graubünden und Neuenburg im Be-

304 Grundlagen für den strafrechtlichen Sanktionenvollzug in der Schweiz, zuletzt abgerufen am 15.01.2020.

305 Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren, Straf- und Massnahmenvollzug, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

306 Schweizerisches Kompetenzzentrum für den Justizvollzug – Ziele und Aufgaben, zuletzt abgerufen am 06.08.2020; WALTER in: Fink/Arnold/Genillod-Villard/Oberholzer, S. 241 (247); Das SKJV als potentielle Drehscheibe für eine mögliche weitere gesamtschweizerische Angleichung.

307 JAAG in: Biaggini/Gächter/Kiener § 11 Rn. 22.

308 Als verfassungsmässige Rechte sind sie auch vor Bundesgericht möglicher Beschwerdegrund (Art. 95 lit. c BGG).

309 Zum Ganzen: SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (253); SCHÄRER SZK 2/2012, 51 ff.; BAECHTOLD in: van Zyl Smit/Dünkel, S. 653 (656 f.).

reich des Strafvollzugsrechts umfassend legiferiert (Gesetze im formellen Sinn). Auf Verordnungsstufe haben die Kantone Bern, Solothurn, Zürich, Neuenburg, Aargau, St. Gallen, Tessin, Waadt und Wallis umfassende Bestimmungen zum Strafvollzugsrecht verabschiedet. In den übrigen Kantonen wurde das Strafvollzugsrecht gar nicht oder nur rudimentär normiert; Verwaltungsvorschriften übernehmen hier die Regelung des Strafvollzugs.³¹⁰ Beispielhaft wird im Folgenden näher auf die Bestimmungen des Kantons Zürich eingegangen.

Einschlägige Erlasse im Kanton Zürich sind das Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJVG ZH) und die Justizvollzugsverordnung (JVZ ZH). Das StJVG ZH regelt zunächst in den §§ 14 ff. die Zuständigkeiten im Justizvollzug. Der für den Justizvollzug zuständigen Direktion des Regierungsrates obliegen alle im Zusammenhang mit dem Vollzug strafrechtlicher Sanktionen anfallenden Aufgaben und Entscheide, welche nicht ausdrücklich anderen Instanzen übertragen wurden (§ 14 Abs. 1 StJVG ZH). Vollzugsbestimmungen finden sich in den §§ 20 ff. StJVG ZH. Gemäss § 31 lit. b StJVG ZH liegt die Regelungskompetenz für den Vollzug freiheitsentziehender Sanktionen, insbesondere für die Rechte und Pflichten der Verurteilten im Anstaltsalltag, beim Regierungsrat. Der Regierungsrat erliess unter anderem gestützt auf diese Bestimmung die Justizvollzugsverordnung (JVZ ZH).

§ 32 StJVG ZH sieht schliesslich vor, dass der Regierungsrat mit anderen Kantonen Vereinbarungen treffen kann. Regelungsgegenstand dieser Vereinbarungen können etwa der Vollzug von Strafen und Massnahmen sowie die Bewährungshilfe durch ausserkantonale Anstalten und Dienste, die Übernahme des Vollzugs ausserkantonalen Sanktionen und die dabei zur Anwendung gelangenden Tarife sein (§ 32 Abs. 1 lit. a StJVG ZH). Zweck dieser Vereinbarungen kann etwa die Vereinheitlichung des Vollzugs von freiheitsentziehenden Sanktionen in staatlichen Einrichtungen oder die gemeinsame Planung eines bedarfsgerechten Platzangebots für freiheitsentziehende Sanktionen sein (§ 32 Abs. 1 lit. c und d StJVG ZH).

Zusammenfassend zeigt sich in den Kantonen ein sehr heterogenes Bild. Die Harmonisierungsbemühungen durch die Konkordate sind vor diesem Hintergrund zu würdigen.

310 Vgl. auch SCHÄRER in: Brägger, S. 251 (253); eindrücklich zur Heterogenität und „Unübersichtlichkeit“ des kantonalen Strafvollzugsrechts: BAECHTOLD SZK 1/2004, 61 ff.

IV. Zwischenfazit zum Rechtsrahmen im Mehrebenensystem

Freiheitsstrafen werden durch den Nationalstaat vollzogen. Der Rahmen, in welchem der Strafvollzug zu erfolgen hat, wird allerdings nicht nur durch die nationale Verfassung, nationale Gesetze und nationale Verordnungen vorgegeben. Vielmehr greifen internationale und europäische Institutionen den Strafvollzug als Regelungsgegenstand auf. Insbesondere der Europarat hat sich diesbezüglich als bedeutender Akteur hervorgetan. Die Tendenz geht sowohl auf UN-Ebene als auch auf Europaratsebene dahin, dass betreffend das Strafvollzugsrecht die Normdichte und Normtiefe im Verlaufe der Zeit zunahm. Es ist auch zu erwarten, dass sich diese Tendenz in der Zukunft fortsetzen wird. Die erlassenen Bestimmungen unterscheiden sich sowohl hinsichtlich ihrer rechtlichen Bindungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten als auch in ihrem Selbstverständnis. Während völkerrechtliche Verträge von den Mitgliedstaaten zwingend einzuhalten sind, wirken Empfehlungen als *Soft Law* auf eine andere Art und Weise auf die mitgliedstaatliche Rechtsanschauung ein.

Kapitel 4: *Soft Law*

I. Begriff, Charakter und normative Einordnung

Eine universell anerkannte Definition von *Soft Law* gibt es nicht,³¹¹ weshalb zu definieren ist, was in der vorliegenden Arbeit unter *Soft Law* verstanden wird. Dazu ist zunächst festzulegen, ob einem binären Ansatz

311 Zum Spektrum dessen, was als *Soft Law* verstanden werden könnte vgl. CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 ff.: Aus völkerrechtlicher Sicht seien bestehende Definitionen des Begriffs *Soft Law* vielfältig, uneinheitlich und zuweilen inkohärent. Vgl. auch ZEMANEK FS Seidl-Hohenveldern, S. 843 (856): „It is the undifferentiated use of the term *Soft Law* for quite different phenomena which is confusing, since observations which are pertinent to one type are not relevant to the other. A more subtly differentiating evaluation would, therefore, help to clarify the presently fluid notion“; noch weiter gehend THÜRER ZSR 1985, 429 (433): Eine exakte wissenschaftliche Definition sei aufgrund des Untersuchungsgegenstandes gar nicht möglich. *Soft Law* sei kein Rechtsbegriff mit einem dogmatisch bestimmbareren Inhalt und Umfang. Es sei vielmehr eine Formulierung, welche sich aufgrund ihres diffusen und gezielten „Schlagwortcharakters“ einer begrifflichen Abgrenzung von vorneherein zu entziehen scheine. Zum *Soft Law*-Begriff vgl. weiter auch GAMMELTOFT-HANSEN/LAGOUTTE/CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 1 (2 ff.).

zwischen Recht und Nicht-Recht gefolgt wird oder ob Recht vielmehr als *Kontinuum* zu verstehen ist.³¹² Wird ersterem positivistischen Ansatz gefolgt, sind *Soft Law*-Regeln entweder Bestandteil des positiven Rechts – d.h. nach den etablierten Quellen bestehendes internationales Recht –, welche aber in ihrer *Handhabung* „weich“ sind, da beispielsweise die verwendete Formulierung nicht justiziabel ist³¹³, oder sie sind überhaupt nicht als Recht zu betrachten (sog. „*Non-Law*“³¹⁴). Distanziert man sich demgegenüber von einem binären Ansatz und wird der Dichotomie von Verbindlichkeit und Nichtverbindlichkeit weniger Bedeutung zugemessen und „Recht“ weiter begriffen, als von Art. 38 IGH-Statut umfasst, sind als *Soft Law* jene Bestimmungen zu verstehen, welche zwar nicht rechtsverbindlich im technischen Sinne sind, welche aber gleichwohl eine normative, verhaltensbeeinflussende Wirkung entfalten.³¹⁵ *Soft Law*-Normen erzeugen damit *Rechtswirkungen*, ohne dass ihnen Rechtsverbindlichkeit im technischen Sinne zukommt.³¹⁶ Dem *Soft Law*-Begriff, wie er in der vorliegenden Arbeit verwendet wird, liegt der zweite Ansatz zugrunde.³¹⁷

Im Sinne der Begriffskomponente „*Soft*“ begründen diese Regelwerke damit zwar keine verbindlichen subjektiven Rechte und Pflichten und

312 CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (16).

313 CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (16): Weil die „*Softness*“ bei diesem Definitionsansatz nicht auf den Charakter des *Instruments* zurückzuführen ist, gäbe es in diesem Verständnis gar kein *Soft Law-Instrument*.

314 So CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (16).

315 CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (16 f.); zum Verständnis von Art. 38 IGH in diesem Kontext vgl. auch ZEMANSKA FS Seidl-Hohenveldern, S. 843 (844).

316 THÜRER ZSR 1985, 429 (434).

317 Anders etwa der Arbeitsbegriff von CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 16 ff., welcher einem binären Ansatz folgt, wobei er *Soft Law* zur Kategorie „Nicht-Recht“ zählt. Konstitutives Element von *Soft Law* sei dann aber, dass ihm eine gewisse „Zugkraft“ zukomme. Als *Soft Law* seien damit alle Regeln zu verstehen, welche eine gewisse autoritative Akzeptanz hätten, aber nicht von Art. 38 IGH umfasst seien. Schliesst der binäre Ansatz, so wie er von CERONE verstanden wird, ein Spektrum relativer Weichheit resp. Härte nicht aus, scheint es meines Erachtens für die vorliegende Fragestellung auch nicht passend, einem binären Ansatz zu folgen. Es geht nicht nur um die Frage, ob *Soft* oder *Hard Law* vorliegt, sondern eben gerade auch um die Frage, wie es sich mit der *Normativität* des *Soft Law* verhält bzw. wie sich diese entwickeln kann (vgl. *hardened Soft Law*). Die reine Unterscheidung zwischen Recht und Nicht-Recht rückt damit in den Hintergrund. Vgl. in diesem Sinne ZEMANEK FS Seidl-Hohenveldern, S. 843 (844 ff., 858), welcher die Dichotomie von „bindend“ und „nicht bindend“ zur Bestimmung der Natur von *Soft Law* für wenig hilfreich hält.

wenden sich auch nicht primär an die Betroffenen. Sie sehen denn auch keine direkten Durchsetzungsmassnahmen vor und stehen keiner direkten gerichtlichen Überprüfung offen.³¹⁸ Auch formale oder verfahrensrechtliche Anforderungen an den Entstehungsprozess von *Soft Law* gibt es in diesem Sinne nicht; im Unterschied zu *Hard Law* haben sie den für die Rechtserzeugung vorgesehenen Weg gerade nicht oder zumindest nicht ganz durchlaufen.³¹⁹ Im Sinne des Wortbestandteils „*Law*“ sehen sie aber gleichwohl *Verhaltensweisen* vor resp. bringen Verhaltenserwartungen zum Ausdruck, welche sich auf materielle bzw. rechtliche Erwägungen stützen.³²⁰ Im Unterschied zu blossen Akten der Politik oder der Moral ist ihnen damit ein *normativer Gehalt* inhärent, womit sie eine gewisse Rechtsnähe aufweisen und gewisse Rechtswirkungen erzeugen.³²¹ Der Grad der Normativität der einzelnen Regelwerke bzw. der betreffenden Bestimmungen kann allerdings variieren.³²²

Ausgearbeitet wird *Soft Law* in der Regel durch Ausschüsse internationaler Organisationen, durch NGOs oder überstaatliche Expertengremien.³²³ Damit sind im Sinne einer „Expertokratie“ meist Sachverständige mit der Schaffung von *Soft Law*-Regelwerken befasst. *Soft Law* kann dabei ergänzend zu hartem, kodifiziertem Recht etwa in Form zusätzlicher Absichtserklärungen der Verfasser oder aber ohne Konnex zu kodifiziertem

318 Zu diesen Kriterien kritisch CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (18): Mangelnde Justiziabilität oder das Fehlen von Rechtsbehelfen mache eine vertragliche Verpflichtung noch nicht rechtlich unverbindlich. Dem ist meines Erachtens zwar zuzustimmen; gleichwohl bedeutet dies *e contrario* nicht, dass diese Merkmale für *Soft Law* nicht zutreffen und für dieses nicht gerade auch bezeichnend sind.

319 THÜRER ZSR 1985, 429 (434); differenziert auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28. Richter *Pinto de Albuquerque* bringt vor, dass die Existenz von *travaux préparatoires*, erläuternden Berichten und Kommentaren mit einer gründlichen Diskussion der Ursachen und Folgen der Entscheidungen Hinweis auf die *normative Dichte* des *Soft Law*-Textes seien. Auch die Komplexität des Beratungsverfahrens, einschliesslich des Abstimmungsmusters, seien ein Härtefaktor.

320 THÜRER ZSR 1985, 429 (434); vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 6.

321 Vgl. THÜRER ZSR 1985, 429 (434).

322 Vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Ur. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28, welcher den Grad der Normativität anhand verschiedener Faktoren, die sich entweder auf das Verfahren der Regelungsetzung oder auf das Verfahren der Regelanwendung beziehen, bestimmt sehen will.

323 MEYER S. 30.

Recht geschaffen werden.³²⁴ Häufig zeichnet sich das *Soft Law* durch detaillierte Bestimmungen aus,³²⁵ was darauf zurückzuführen sein dürfte, dass Mitgliedstaaten eher einem (zumindest scheinbar) unverbindlichen Instrumentarium zustimmen als einem rechtlich verbindlichem, bei welchem die Nichteinhaltung für den Mitgliedstaat zu *direkten* Konsequenzen wie etwa einer (finanziellen) Sanktionierung führt.³²⁶

Was die Legitimität von *Soft Law* anbelangt, sind die Meinungen im Schrifttum ambivalent. Während *Soft Law* von den einen als „Bereicherung“³²⁷ angesehen wird, wird es von anderen als „unerwünschtes Phänomen“³²⁸ betitelt, wobei es aufgrund seiner Wirkungsweise bisweilen als Deckmantel der Macht einzelner staatlicher und nichtstaatlicher Akteure betrachtet wird.³²⁹ Sogar die Demokratie und die Souveränität des Staates werden durch das Bestehen von *Soft Law* in Gefahr gesehen.³³⁰ Vorliegend wird jedoch schwerpunktmässig nicht der Frage der Legitimität nachgegangen. Vielmehr wird aufgrund der grossen praktischen Relevanz des *Soft Law* auf dem Gebiet des Strafvollzugs untersucht, welche konkrete Rolle *Soft Law* hinsichtlich menschenrechtlicher Anforderungen an den Strafvollzug tatsächlich zukommt bzw. inwieweit es auf die Standardsetzung tatsächlich Einfluss nimmt. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob sich einschlägiges *Soft Law* zu „*hardened soft law*“ resp. gar zu *Hard Law* verhärtet resp. transformiert; ob also der Grad der Normativität im Laufe der Zeit zunimmt. Zur Einordnung dieser Frage wird zunächst auf die Mechanismen eines solchen Transformationsprozesses eingegangen: das Erlangen praktischer Wirksamkeit von *Soft Law* durch Implementierungskontrollen,

324 HILLGENBERG EJIL 1999, 499 (515); vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 8 f.

325 MEYER S. 263: MEYER sieht im Zusammenhang mit den Handlungsinstrumenten einen Vorteil des Erlasses von Empfehlungen gegenüber dem Abschluss von völkerrechtlichen Abkommen gerade darin, dass mit Empfehlungen nicht nur eine „Minimallösung“, sondern „ausgefeilte Regelungen“ erzielt werden könnten, was zu einem grösseren „Annäherungseffekt“ führen könne. Vgl. ferner HIRSCH S. 51.

326 Vgl. auch HILLGENBERG EJIL 1999, 499.

327 Vgl. etwa POPOVIC S. 54; vgl. MAVRONICOLA HRLR 2015, 721 (730).

328 Vgl. etwa KLABBERS Nordic Journal of International Law 1998, 381 ff.; vgl. auch WEIL AJIL 1983, 413 ff.

329 KLABBERS Nordic Journal of International Law 1998, 381 (391).

330 KLABBERS Nordic Journal of International Law 1998, 381 (391): „[...] we need to insist in a degree of formalism, because it is precisely this formalism that protects us from arbitrariness on the part of the powers that be.“

durch Einflussnahme auf die Rechtssetzung und durch Einflussnahme auf die Rechtsanwendung von *Hard Law*-Normen.

II. Praktische Wirksamkeit

1. Praktische Wirksamkeit durch Implementierungskontrolle / Implementierungshilfe

Im *Soft Law* sind bisweilen nachgelagerte Implementierungskontrollen resp. Monitorings durch speziell dafür eingesetzte Ausschüsse oder Sachverständige vorgesehen.³³¹ Dazu werden Befugnisse zur Auslegung und Konfliktlösung an ein unabhängiges drittes Gremium übertragen, welches Follow-up-Mechanismen vorsieht.³³² Die stetige Kontrolle des Umsetzungsstandes und die entsprechende (öffentliche) Berichterstattung sollen sanften Druck auf die Vertragsparteien ausüben und so die Erfüllungspflichtung der Vertragsparteien verstärken.³³³

Solche Implementierungskontrollen finden sich in der Praxis sowohl auf internationaler und europäischer als auch auf nationaler Ebene. Auf der Ebene der Vereinten Nationen hat beispielsweise der ECOSOC Verfahren zur effektiven Implementierung der UN-Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen angenommen.³³⁴ Es werden etwa regelmässig Fragebogen an die Mitgliedstaaten versandt und deren Antworten evaluiert.³³⁵ Zum Voranbringen der Implementierung der UN-Mindestgrundsätze setzen die Vereinten Nationen weiter etwa auf die Zurverfügungstel-

331 MEYER S. 285.

332 Vgl. etwa Directorate General Human Rights and Rule of Law, Practical Impact of the Council of Europe Monitoring Mechanisms, zuletzt abgerufen am 23.07.2020; vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28 m.w.N.

333 MEYER S. 285, 923: Monitoring, Evaluierung und ggf. begleitende Stellungnahmen als sanfte Überzeugungsarbeit zur *Steuerung der Rechtsentwicklung* und Kontrolle der geschaffenen Standards; vgl. auch Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28: Auch die „*kontrafaktische Kraft des normativen Textes*“ würde durch Mechanismen der Rechenschaftspflicht verstärkt.

334 Vgl. E/RES/1984/47, Annex to the Procedures for the Effective Implementation of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; im Einzelnen dazu ABELS S. 36 ff.

335 Kritisch zu dieser Evaluationsmethode: ABELS S. 36: Die geringe Anzahl an Antworten nationaler Behörden liesse keine aussagekräftigen generellen Schlussfol-

lung eines Trainingsangebots, auf technische Unterstützung, auf Hilfe bei der Verbreitung der UN-Mindestgrundsätze unter den Strafgefangenen und dem Personal von Strafvollzugsanstalten sowie auf das Erstellen periodischer Berichte über die erzielten Fortschritte.³³⁶

Auf Europaratsebene ist etwa das CDPC bei der Implementierungskontrolle bedeutender Akteur. Es nimmt schon durch die Ausarbeitung von Explanatory Reports resp. Explanatory Memoranda, welche es mit den Entwürfen der Regelwerke gleich mitliefert, entscheidenden Einfluss auf die Handhabung der Regelwerke in der Praxis – mithin auf ihre effektive Implementierung.³³⁷ Weiter kann das CDPC (permanente) Unterausschüsse bilden, wie etwa die CDPC Sub-group on Prison Overcrowding, und diese mit Monitoringaufgaben betrauen. Konkret wurde unter der Aufsicht des CDPC beispielsweise das *White Paper on Prison Overcrowding* (Weissbuch) ausgearbeitet, in welchem die Situation der Überbelegung der Gefängnisse analysiert und spezifische Massnahmen empfohlen werden, die von den Behörden zu ergreifen sind.³³⁸ Zur Förderung der im Weissbuch vorgesehenen Massnahmen beschloss das CDPC weiter die Organisation einer *High Level Conference*.

Diese sanfte Druckausübung kann im Ermessensbereich des bestehenden *Hard Law* direkte Wirkung auf deren Auslegung und damit auf praktische Handhabungsfragen haben. Auch eine breite Öffentlichkeitswirkung und eine allgemeine Aufmerksamkeit entfalten allein schon praktische Wirkung.³³⁹ Ferner kann die Implementierungskontrolle eine Art Reflexwirkung auf die Legislative und Judikative haben (zur praktischen Wirksamkeit durch Rechtssetzung und Rechtsprechung vgl. sogleich). In der Praxis kommt der Implementierungskontrolle damit bisweilen eine derart wichtige Bedeutung zu, dass sie – sogar im Bereich des Strafrechts – als „*alternatives* Mittel zur Rechtssetzung“ bezeichnet wird.³⁴⁰

gerungen zu. Weiter sei die Vertrauenswürdigkeit der Informationen fraglich, da diese von den Nationalstaaten selbst kämen.

336 Vgl. Procedures 1 to 13 inkl. Commentaries: E/RES/1984/47, Annex to the Procedures for the Effective Implementation of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners; zum Ganzen vgl. auch ABELS S. 36 f.

337 Vgl. auch MEYER S. 285.

338 White Paper on Prison Overcrowding, zuletzt abgerufen am 15.01.2020.

339 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28.

340 MEYER S. 285; vgl. auch JUNG FS Ress, S. 519 (524).

2. Praktische Wirksamkeit durch Rechtssetzung

Auf legislativer Ebene kann *Soft Law* praktische Wirkung entfalten, indem es etwa im nationalen Gesetzgebungsprozess berücksichtigt wird bzw. gar den Anstoß für einen solchen bildet, insbesondere wenn Empfehlungen Anknüpfungspunkte für nationales Strafvollzugsrecht werden.³⁴¹ Weiter kann *Soft Law* auch Ausgangspunkt der Ausarbeitung eines *rechtlich verbindlichen* Regelwerks durch dieselbe Organisation resp. durch dasselbe Gremium sein, sofern dieses auch dazu ermächtigt ist.³⁴² Wenn zuvor noch kein Konsens bestand, kann *Soft Law* als Instrument der Überzeugungsbildung dienen.³⁴³ Denkbar ist allerdings auch, dass bei den Vertragsparteien grundsätzlich bereits ein Konsens bestand und die Entscheidung, in einem ersten Schritt *Soft Law* zu verabschieden, rein auf einem zeitlichen Faktor basierte, beansprucht bei Internationalen Organisationen die Verabschiedung von rechtlich verbindlichen Verträgen in aller Regel doch ungleich mehr Zeit. Eine Rezeption des *Soft Law* kann weiter auch in der Weise erfolgen, dass dieses von einer anderen Organisation oder einem anderen Gremium aufgegriffen wird und für ein anderes *Soft Law*-Regelwerk Pate steht. So kann der Wirkungsbereich des übernommenen *Soft Law* ausgedehnt und bzw. oder die Dringlichkeit der Umsetzung untermauert werden.³⁴⁴

341 HIRSCH S. 51; vgl. auch CERONE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 15 (17); LIGHART/VAN OPLOO/MEIJERS/MEYNEN/KOOIJMANS NJECL 2019, 287 (290); zum Beispiel des Einflusses der Europäischen Mindestgrundsätze auf die deutschen Gesetzgebungsarbeiten zum Jugendstrafvollzug vgl. DÜNKEL/BAECHTOLD/VAN ZYL SMIT in: Goerdeler/Walkenhorst, S. 114 (138): Die Grundsätze würden zum unmittelbaren Prüfungsmaßstab der Gesetzgebungsarbeiten.

342 Mit Beispielen auf der Ebene der Vereinten Nationen vgl. VILLENEUVE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 213 (216 ff.); für die Europaratsebene vgl. MEYER S. 284, 542: Der Europarat stecke mit Empfehlungen zunächst Themenfelder ab und schaffe für diese zunächst allgemeine Sensibilität, um die Empfehlung dann als Ausgangspunkt zur Ausarbeitung eines völkerrechtlichen Abkommens zu nehmen. Eine Empfehlung könne aber auch eine bereits bestehende Konvention zum Ausgangspunkt nehmen und diese fortentwickeln. Das inhaltlich über die Konvention Hinausgehende hat dann (vorerst) rechtlich unverbindlichen Charakter, bis es allenfalls später in einer weiteren Konvention aufgenommen wird.

343 ZEMANEK FS Seidl-Hohenveldern, S. 843 (858): „shaping a consensus for future multilateral conventions“; im Zusammenhang mit den Empfehlungen des Europarates: MEYER S. 542.

344 Vgl. etwa die Wiederaufnahme der UN-Mindestgrundsätze für die ESMR auf Europaratsebene.

Die Wiederaufnahme des *Soft Law* durch die Legislative ist mit Blick auf die kritischen Stimmen, welche ein Demokratiedefizit oder ein Untergraben der staatlichen Souveränität erkennen, grundsätzlich unproblematisch. Der demokratisch legitimierte Gesetzgebungsprozess, bzw. das gewöhnliche Vorgehen zum Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen, wird wie gewöhnlich durchlaufen. Das *Soft Law*-Regelwerk selbst bleibt von diesem Prozess unberührt; dieses behält nach wie vor den rechtlich unverbindlichen Charakter. Wenn es um die Durchsetzung geht, ist denn auch nicht das *Soft Law*-Regelwerk, sondern das neu verabschiedete Gesetz oder das neue Übereinkommen einzuklagen.³⁴⁵ Nicht mehr gleich unproblematisch wäre die Situation erst dann, wenn das *Soft Law* dem Gesetzgeber nicht mehr als bloße Inspirationsquelle diene und damit nicht mehr nur eine Motorfunktion inne hätte, sondern die „sanfte“ Druckausübung durch die Implementierungskontrolle des *Soft Law* quasi zu einem Befolgungszwang führen würde. Der formell demokratisch legitimierte Gesetzgebungsprozess würde in dieser Konstellation Gefahr laufen, blosser Schein zu sein.

3. Praktische Wirksamkeit in der Rechtsprechung

3.1 Im Allgemeinen

Auf die Rechtsprechung kann *Soft Law* grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten Einfluss nehmen. Zum einen kann sich eine rechtsanwendende Behörde bei der Auslegung von *Hard Law* an einer *Soft Law*-Bestimmung orientieren;³⁴⁶ die Rezeption von *Soft Law* erfolgt dann auf der Rechtsebene. Zum anderen kann *Soft Law* indirekt durch seine nachgelagerte Implementierungskontrolle, deren Ergebnisse in Berichten festgehalten werden, bei der Sachverhaltserstellung von Relevanz sein. Im Allgemeinen dürfte Letzteres umso bedeutsamer sein, je schwieriger die Beweiserhebung und je tiefer das Beweismass ist. Genügt beispielsweise die Erbringung eines Anscheinsbeweises, ist von einem Monitoringbericht, der die allgemeine

345 Vorausgesetzt, dass das Übereinkommen genügend bestimmt und damit „*self-executing*“ ist.

346 VILLENEUVE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S.213 (218); in diesem Sinne vgl. auch LIGTHART/VAN OPLOO/MEIJERS/MEYNEN/KOOIJMANS NJECL 2019, 287 (290); ZEMANEK in: FS Seidl-Hohenveldern, S. 843 (860).

Situation in einem Land schildert, mehr zu erwarten, als wenn ein Einzelnachweis zu erbringen ist.

Die Orientierung der Rechtsprechung an einer *Soft Law*-Bestimmung ist es, welche zur Kritik des Demokratiedefizits bzw. des Souveränitätsmangels geführt haben dürfte. Als primär rechtsanwendende Behörde hat ein Gericht rechtlich verbindliche Normen auszulegen, anzuwenden und im Einzelfall durchzusetzen. Moniert wird, dass durch die Aufnahme des *Soft Law* in der Rechtsprechung die Grenze zwischen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung und der Rechtssetzung verwischt und die Grenze üblicher (verfassungs-)gerichtlicher Befugnisse überschritten würden.³⁴⁷ Dem ist entgegenzuhalten, dass die *Soft Law*-Bestimmung, welche über den Weg der Auslegung einer rechtlich verbindlichen Norm Eingang in die Rechtsprechung findet, zwar indirekt im Einzelfall durchgesetzt würde, das Urteil aber individuell-konkreter Natur ist, womit eine allgemeine rechtliche Verbindlichkeit der *Soft Law*-Bestimmung weiterhin nicht existiert. Gleichwohl muss selbst ohne rechtlich durchsetzbare generell-abstrakte Wirkung der Bestimmung eingestanden werden, dass nicht mehr von einer rechtlichen Unverbindlichkeit im ursprünglichen Sinne auszugehen ist, wenn die *Soft Law*-Bestimmung regelmässig gerichtlich durchgesetzt werden kann. Setzt die Vertragspartei die *Soft Law*-Bestimmung nicht um, drohen nämlich weitere Beschwerden und Verurteilungen und der normative Anspruch der *Soft Law*-Bestimmung steigt.³⁴⁸ Es ist dieser Vorgang, welcher als Transformationsprozess oder als „*hardening Soft Law*“ bezeichnet wird.³⁴⁹ Rechtspolitische Zielbestimmungen können sich auf diese Weise nämlich zu rechtsverbindlichen, subjektiven Rechten formen.³⁵⁰ Die Grenze zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung ist für jede auszulegende Norm nach Massgabe des für sie anwendbaren Auslegungskanons separat zu bestimmen.

347 GRABENWARTER/PABEL § 5 Rn. 12.

348 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 28.

349 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13; vgl. etwa auch VILLENEUVE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 213 (218 f.).

350 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 44.

3.2 Bei Konventionsrechten

a Auf Rechtsebene

Als völkerrechtlicher Vertrag ist für die EMRK die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) massgebend.³⁵¹ Gemäss Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Wortlaut und Systematik sowie im Sinne seiner Ziele und Zwecke auszulegen. Aus der Präambel der EMRK geht hervor, dass die EMRK die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte bezweckt. Weiter wird erwo-gen, dass es Ziel des *Europarates* sei, eine engere Verbindung zwischen *seinen* Mitgliedern herzustellen, und dass eines der Mittel zur Erreichung dieses Zieles die Wahrung und Fortentwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sei. Damit wird deutlich, dass die EMRK sich in ihrem Selbstverständnis in den Gesamtkontext der Arbeiten des *Europarates* stellt. Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK hält fest, dass jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz für die Auslegung des Vertrags zu berücksichtigen ist.³⁵² Nach wie vor nicht abschliessend geklärt ist allerdings, ob *Soft Law* aufgrund seiner rechtlich nicht bindenden Natur von dieser Bestimmung umfasst ist oder nicht.³⁵³

351 EGMR (Pl) – *Golder/GBR*, Urt. v. 21.02.1975, 4451/70, Rn. 29 f. (obwohl die Normen der WVK zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht in Kraft getreten waren); vgl. etwa auch EGMR (GK) – *Mamatkulov u. Abduraslovic/TUR*, Urt. v. 06.02.2003, 46827/99 u. 46951/99, Rn. 99; BENAVIDES CASALS S. 70: die Auslegungsregelungen der WVK als *Ausgangspunkt* für die Interpretation der EMRK; MATSCHER FS Bernhardt, S. 503 (504 m.w.H.): Die in der WVK verankerten Auslegungsprinzipien seien zu beachten; allerdings seien auch die Besonderheiten des internationalen Menschenrechtsschutzes zu berücksichtigen. In diesem Sinne auch BERNHARDT FS Wiarda, S. 65 (65 f.): Die Besonderheit von Menschenrechtsabkommen sei, dass es nicht um gegenseitige Beziehungen und den Austausch von Vorteilen zwischen souveränen Staaten gehe, sondern um das Einräumen von Rechten für die der Jurisdiktion unterliegenden Menschen. Vgl. auch PETERS/ALTWICKER § 2 Rn. 40; VILLIGER FS Ress, S. 317 ff.; FLAUSS in: Widmer, S. 159 (160).

352 Vgl. dazu auch BENAVIDES CASALS S. 75 f.; EGMR – *Bankovic* u.a./BEL u.a., Entsch. v. 12.12.2001, 52207/99.

353 Dörr/Schmalenbach/Dörr Art. 31 WVK Rn. 97: „Notwithstanding the fact ‚rules‘ would imply that only legally binding instruments can play a role under lit. c, parts of international judicial practice seem to apply this condition somewhat less restrictively and also consider non-binding documents as material relevant for interpretation“; ablehnend auch VILLIGER Art. 31 WVK Rn. 25: „The term ‚applicable‘ leaves no room for doubt: *non-binding* rules cannot be

Der Gerichtshof selbst scheut sich im Einzelfall jedenfalls nicht, auch rechtlich nicht verbindliche Regelwerke des Europarates für die Auslegung eines Konventionsrechts hinzuzuziehen.³⁵⁴ Es wurde bereits ausgeführt, dass der EGMR keine statische Auslegung vornimmt. Vielmehr orientiert er sich an der *europäischen öffentlichen Ordnung* und entscheidet auf diese Weise im Einklang mit der gemeineuropäischen Rechtsüberzeugung.³⁵⁵ Für die Auslegung der EMRK sind damit nicht nur die Konvention und ihre Zusatzprotokolle massgebend;³⁵⁶ vielmehr greift der EGMR auch internationale und europäische Regelwerke auf. Ob er dies in Anwendung von Art. 31 Abs. 1 WVK oder Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK tut, geht aus der EGMR-Rechtsprechung nicht immer eindeutig hervor.³⁵⁷ Unabhängig von

relied upon. [...] the applicable rules are those in force at the time of the interpretation of the treaty“; zumindest kritisch GRABENWARTER/PABEL § 5 Rn. 12; vgl. auch RONC ex ante, 67 (74); LAGOUTTE S. 28; FOROWICZ S. 43 ff. Auch die Konventionsstaaten argumentieren vor dem Gerichtshof immer wieder, dass der Einbezug nicht bindender Regelwerke von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK nicht umfasst sei: vgl. etwa die Türkei in EGMR (GK) – *Demir* u. *Baykara*/TUR, Urt. v. 12.11.2008, 34503/97, Rn. 61.

354 EGMR (GK) – *Demir* u. *Baykara*/TUR, Urt. v. 12.11.2008, 34503/97, Rn. 65, 74: „In a number of judgments the Court has used, for the purpose of interpreting the Convention, intrinsically non-binding instruments of Council of Europe organs, in particular recommendations and resolutions of the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly“; EGMR (GK) – *Öneryıldız*/TUR, Urt. v. 30.11.2004, 48939/99, Rn. 59, 71, 90, 93; dieses Vorgehen befürwortend vgl. ROZAKIS TLR 2005, 257 (274); vgl. auch RONC ex ante 67 (74).

355 Zur rechtsvergleichenden Methodik des EGMR ausf. auch MAHONEY/KONDAK in: Andenas/Fairgrieve, S. 119 ff., welche betonen, dass das Konsensergebnis weder bindend noch ausschlaggebend für das Ergebnis sei, es werde heute aber als einer der indikativen oder überzeugenden Faktoren anerkannt, welche Interpretationssprünge rechtfertigen können. Vgl. auch MOWBRAY in: Brems/Gerards, S. 17 (35); MAHONEY in: Widmer, S. 143 ff.; WILDHABER/HJARTARSON/DONNELLY HRLJ 2013, 248 (256).

356 Vgl. SK-StPO/MEYER Einleitung (EMRK) Rn. 63; EGMR – *Rantsev*/CYP u. *RUS*, Urt. v. 07.01.2010, 25965/04, Rn. 273.

357 Wird die *Soft Law*-Bestimmung in Anwendung von Art. 31 Abs. 1 WVK zur Auslegung eines Konventionsrechts herangezogen, führt dies meines Erachtens im Sinne der teleologischen Auslegung zu einer verstärkten Gewichtung europäischer *Soft Law*-Regelwerke. Würden nicht bindende Regelwerke, welche zwischen den Vertragsparteien anwendbar sind, demgegenüber als solche von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK umfasst gesehen, wären sowohl europäische als auch internationale Regelwerke bei der Auslegung der Konventionsrechte grundsätzlich gleichermaßen zu berücksichtigen. Da auch bei dieser Auslegung Art. 31 Abs. 1 WVK im Allgemeinen weiterhin massgebend bliebe, weshalb eine verstärkte Berücksichtigung europäischer Regelwerke auch dann möglich bliebe,

der konkreten Rechtsgrundlage des Einbezugs des *Soft Law* verdeutlicht dieses Vorgehen als solches den evolutiven Gehalt der Konventionsrechte („Konvention als *living instrument*“³⁵⁸).

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die Berücksichtigung von *Soft Law*-Bestimmungen bei der Auslegung eines Konventionsrechtes aufgrund ihres Auslegungskanonns vorgesehen ist, weshalb die Grenze der zulässigen Rechtsfortbildung dadurch nicht per se überschritten wird. Dieser Auslegungsweise haben die Mitgliedstaaten bei ihrem Beitritt zur EMRK denn auch zugestimmt, weshalb nicht vorgebracht werden kann, dass sie durch den Beizug von *Soft Law* zu etwas verpflichtet würden, dem sie nicht zugestimmt hätten. Gleichwohl kann auf diese Weise ein Transformationsprozess im oben genannten Sinn („*hardening Soft Law*“) einsetzen. Im Bereich des Strafvollzugsrechts wird darin bisweilen eine Verwischung zwischen europäischer Vollzugspolitik und Menschenrechtsschutz erkannt.³⁵⁹

Das Aufgreifen von *Soft Law* durch die rechtsanwendenden Behörden darf nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nicht leichtfertig geschehen.³⁶⁰ In diesem Sinn ist eine vertiefte Auseinandersetzung der rechtsanwendenden Behörde zur Wertigkeit der konkreten *Soft Law*-Bestimmung in Bezug auf den Schutzgehalt der Konventionsnorm zu fordern. Für die Auslegung von Art. 3 EMRK bedeutet dies, dass die rechtsanwendende Behörde eine *Soft Law*-Bestimmung grundsätzlich heranziehen darf; sie hat aber deren Gehalt in Bezug auf eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung genau zu prüfen.

hat die Rechtsgrundlage des Einbezugs des *Soft Law* meines Erachtens nur graduelle Auswirkungen. Zum Verhältnis der einzelnen Interpretationsmittel von Art. 31 WVK im Allgemeinen vgl. auch VILLIGER FS Ress, S. 317 (327).

358 Vgl. bereits EGMR – *Tyrer/GBR*, UrT. v. 25.04.1978, 5856/72: In *Tyrer* verwendete der Gerichtshof erstmals das Leitmotiv der „Konvention als *living instrument*“, welches besagt, dass die Auslegung der Konvention vor dem Hintergrund der sich entwickelnden Normen des nationalen und internationalen Rechts zu erfolgen hat. Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršić/CRO*, UrT. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 20: Die Formulierung des europäischen Konsenses in *Tyrer* zeige die Vision einer deliberativen internationalen Demokratie, in der eine Mehrheit oder ein repräsentativer Anteil der Vertragsparteien des Übereinkommens als im Namen aller sprechend angesehen werde und somit berechtigt sei, den anderen Parteien ihren Willen aufzuzwingen. Der Konsens als *volonté générale* könne auch dann bestehen, wenn nicht alle Vertragsparteien derselben Lesart der Konvention folgen würden.

359 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 44; RONC S. 110.

360 Vgl. auch WILDHABER/HJARTARSON/DONNELLY HRLJ 2013, 248 (256), welche eine vertiefte Auseinandersetzung des Gerichtshofs zur Frage fordern, welche Bedeutung *Soft Law* für die Bildung eines europäischen Konsenses zukommt.

Nur wenn die rechtsanwendende Behörde die konventionsrechtlichen Gehalte nach ihrem eigenen Verständnis bei Nichtanwendung der *Soft Law*-Bestimmung als verletzt erachtet, ist die *Soft Law*-Bestimmung im Einzelfall anzuwenden; sie ist dann nämlich von deren Schutzgehalt umfasst. Im konkreten Einzelfall diene das *Soft Law* der rechtsanwendenden Behörde dann als Inspirationsquelle, womit ihr auch im Sinne eines effektiven Menschenrechtsschutzes eine Motorfunktion zukommt. Weiter ist durch die rechtsanwendende Behörde dann besondere Vorsicht bei der Annahme eines europäischen Konsenses geboten, wenn im *Soft Law* selbst Vorbehalte oder Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen sind; zum Beispiel, wenn es seinen Geltungsanspruch situationsabhängig selbst einschränkt. Einzuwenden bleibt jedenfalls, dass dieses Vorgehen der Rechtssicherheit abträglich ist; dies insbesondere aufgrund der beachtlichen Normdichte des *Soft Law* im Mehrebenensystem. Es bleibt kaum vorhersehbar, bei welchen *Soft Law*-Bestimmungen der EGMR sich veranlasst sehen könnte, diese aufzugreifen.³⁶¹

b Auf Sachverhaltsebene

Da das Potential von *Soft Law*-Monitoringberichten zur Sachverhaltserstellung entscheidend von beweisrechtlichen Grundsätzen abhängt, werden diese vorab überblicksartig dargelegt.

Der Gerichtshof ermittelt gem. Art. 38 EMRK den entscheidenderheblichen Sachverhalt *ex officio* (Amtsermittlungsgrundsatz). Er entscheidet dabei frei über die Notwendigkeit, den Umfang und die Form der zu ergreifenden Ermittlungen.³⁶² An Parteivorbringen und Beweisanträge ist er nicht gebunden.³⁶³ Aufgrund mangelnder Ressourcen und seiner subsidiären Rolle entspricht es allerdings nicht seiner Konzeption, als Tatsacheninstanz zu amten.³⁶⁴ Dies ist dann kein Problem, wenn – wie es überwiegend der Fall

361 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 44; RONC S. 110; in diese Richtung auch BREUER ZÖR 2013, 729 ff.: Der EGMR beziehe sich auf internationale Rechtstexte ohne erkennbares System und unabhängig davon, ob der betroffene Staat Vertragsstaat sei oder nicht.

362 SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 226.

363 MEYER-LADEWIG/EBERT Art. 38 Rn. 2; SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 226.

364 SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 228; vgl. auch SCHABAS S. 807: Es erfordere normalerweise zwingende Elemente, um den Gerichtshof dazu zu veranlassen, von der Sachverhaltserstellung der nationalen Gerichte abzu-

ist – der Sachverhalt schon im nationalen Instanzenzug genügend erstellt oder unbestritten ist.³⁶⁵ In diesen Fällen nimmt der Gerichtshof nämlich nur noch eine Schlüssigkeitsprüfung des dargelegten Sachverhalts vor.³⁶⁶ Eine besonders genaue Prüfung der Schlüsse der nationalen Gerichte erfolgt bei vorgebrachten Verstössen gegen Art. 2 und Art. 3 EMRK.³⁶⁷

Ist der Sachverhalt nicht genügend erstellt, beispielsweise weil der Mitgliedstaat über eine Informationsherrschaft der Beweismittel verfügt und eine effektive Aufklärung des Sachverhaltes verweigert, hat der Gerichtshof als Tatsacheninstanz zu fungieren.³⁶⁸ Gemäss Regel A1 VerFO-Annex kann der Gerichtshof jede sachdienliche Ermittlungshandlung ergreifen. Die Mitgliedstaaten sind ihrerseits zur Mitwirkung verpflichtet (vgl. Art. 34 EMRK und Art. 38 EMRK).³⁶⁹ Der EGMR dürfte selbst etwa Augenscheine vornehmen oder Sachverständige befragen³⁷⁰; in der Praxis hat sich dieses Vorgehen allgemein allerdings nicht etabliert.³⁷¹ Dem EGMR steht es gemäss Regel A1 Abs.2 VerFO-Annex weiter frei, jede Institution seiner Wahl um Bewertungen und Informationen zu er-suchen. Schliesslich steht es dem Gerichtshof im Sinne eines „faktischen Outsourcings“ offen, Berichte anderer Institutionen beizuziehen.³⁷² Konkret

weichen, da der Gerichtshof der Tatsachenfeststellung der nationalen Gerichte grosse Achtung beimesse. Vgl. auch EGMR – *Edwards*/GBR, Urt. v. 16.12.1992, 13071/87, Rn. 34; EGMR (GK) – *Giuliani* u. *Gaggio*/ITA, Urt. v. 24.03.2011, 23458/02, Rn. 180; EGMR – *Barbu Anghelescu*/ROM, Urt. v. 05.10.2004, 443/99, Rn. 52; EGMR – *Avsar*/TUR, Urt. v. 10.07.2001, 25657/94, Rn. 283; EGMR – *Klaas*/GER, Urt. v. 22.09.1993, 15473/89, Rn. 29.

365 JACOBS/WHITE/OVEY S. 27; SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 228.

366 SCHABAS S. 807; SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 228; vgl. etwa EGMR – *Avsar*/TUR, Urt. v. 10.07.2001, 25657/94, Rn. 283.

367 Vgl. etwa EGMR – *Avsar*/TUR, Urt. v. 10.07.2001, 25657/94, Rn. 284; EGMR – *Ribitsch*/AUT, Urt. v. 04.12.1995, 18896/91, Rn. 32.

368 SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 229 f.; JACOBS/WHITE/OVEY S. 27; hinsichtlich der Praxis des EGMR kritisch vgl. SCHÜRER EuGRZ 2014, 512 ff.

369 Ausf. SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 237 ff.; zum Problem unko-operativer Konventionstaaten vgl. auch LEACH/PARASKEVA/UZELAC S. 74.

370 Vgl. etwa EGMR – *Peers*/GRE, Urt. v. 19.04.2001, 28524/95, Rn. 4 (Fact-Finding-Besuch des Gefängnisses Koridallos).

371 Zu einer detaillierten Analyse von *Fact-Finding* Missionen der Kommission und des Gerichtshofs vgl. LEACH/PARASKEVA/UZELAC S. 4 ff.; vgl. auch JACOBS/WHITE/OVEY S. 27; SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 232; Karpenstein/Mayer/WENZEL Art. 38 Rn. 6.

372 SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 236: Der Gerichtshof greife auf Berichte von NGOs, den UN-Organen und Nebenorganen, UN-Sonderorganisa-tionen, Europaratsgremien, der EU oder gar auf Feststellungen anderer justiziel-ler Menschenrechtsorgane zurück. Dieses faktische Outsourcing ist dabei vom

bedeutet dies, dass *Soft Law*-Regelwerke bzw. deren Implementierungsberichte selbst dann der Sachverhaltserstellung vor dem Gerichtshof dienen können, wenn sie keine der Parteien als Beweismittel vorgebracht hat. Greift der Gerichtshof allerdings in Form von Evaluationen und Berichten fremde Tatsachenfeststellungen auf, liegt es fortan am Gerichtshof, die Qualitätsanforderungen sicherzustellen³⁷³ resp. deren Beweiswert bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Bei der Bewertung des Beweiswertes können sowohl formelle als auch materielle Kriterien massgeblich werden. Entscheidend kann beispielsweise sein, ob die Berichte von unabhängigen, etablierten Expertengremien wie etwa dem CPT stammen, ob die Berichte aktuell sind resp. ob sie mit dem in Frage stehenden Beurteilungszeitraum übereinstimmen, wie konkret sie verfasst sind und inwieweit die festgestellten Tatsachen weiter dokumentiert wurden resp. wie nachvollziehbar diese sind.

Wie bereits ausgeführt, ist zu vermuten, dass Implementierungsberichten bei der Sachverhaltserstellung eine umso grössere Bedeutung zukommt, je tiefer das Beweismass ist. Da die Informationsherrschaft des Staates betreffend Vorgänge im Strafvollzug und Unterbringungsmodalitäten zu beweisrechtlichen Erleichterungen für den Strafgefangenen führt, hat der Beschwerdeführer zunächst lediglich den Beweis des ersten Anscheins zu erbringen. Da die Implementierungsberichte in der Praxis geeignet sein dürften, die Vorbringen des Beschwerdeführers zu untermauern, ist zu erwarten, dass der Anscheinsbeweis mit deren Hilfe regelmässig erbracht werden kann.

Die Wirkungsweise des Beizugs von Implementierungsberichten der *Soft Law*-Regelwerke auf der Ebene der Sachverhaltserstellung unterscheidet sich in seinen Wirkungen massgeblich vom Beizug internationaler Regelungsinstrumentarien auf der Rechtsebene. Ein Transformationsprozess im engeren Sinn (Wandlung von *Soft Law* zu *Hard Law*) findet von vorneherein nicht statt. Auch wenn zum Zeitpunkt der Verabschiedung des *Soft Law*-Regelwerks sicherlich nicht bezweckt war, dass ein darauf basierender Implementierungsbericht später als Beweismittel in

Vorgehen nach Regel A 1 Abs. 2 Verfo (Möglichkeit der Kammer, eine Person oder Institution um Bewertung und Informationen zu ersuchen) und von der Anwendung der Regel 44 Abs. 3 lit. a Verfo (Einladung von Institutionen zu einer *motion to intervene*) zu unterscheiden. Vgl. auch JACOBS/WHITE/OVEY S. 27; vgl. unter vielen EGMR – *Ostrovar/MDA*, UrT. v. 13.09.2005, 35207/03, Rn. 58 (Aufgreifen von CPT-Berichten).

373 SK-StPO/MEYER Verfahrensrecht (EMRK) Rn. 236; MEYER FS Paeffgen, S. 793 (804 ff.); Bergsmo (Hrsg.), Quality Control in Fact-Finding.

einem gerichtlichen Verfahren dient, ist darin kein relevantes Problem zu sehen. Dies umso weniger, als die Mitgliedstaaten vor dem Gerichtshof ohnehin zur Mitwirkung bei der Sachverhaltserstellung verpflichtet wären. Der Konventionsstaat wäre damit nämlich ohnehin verpflichtet, die in den Implementierungsberichten offengelegten Informationen dem Gerichtshof zur Verfügung zu stellen, zumindest wenn der Gerichtshof darum ersucht.

III. Zwischenfazit

Soft Law bezeichnet rechtlich unverbindliche Regelwerke. Sie zeichnen sich oft durch besonders detaillierte Bestimmungen aus, gewähren dem Einzelnen aber keine subjektiven Rechte. Trotz ihres damit primär nicht durchsetzbaren Charakters erlangen sie oft eine grosse praktische Wirksamkeit. Diese basiert auf drei interagierenden Hauptpfeilern: (1) Das *Soft Law* selbst führt eine effektive Implementierungskontrolle durch und übt auf diese Weise (sanften) Druck auf die Vertragsparteien zur effektiven Umsetzung aus. (2) Das *Soft Law* dient als Inspirationsquelle für neue Rechtssetzungs- bzw. Reformprojekte. (3) Das *Soft Law* findet Eingang in die Rechtsprechung und nimmt auf diese Weise Einfluss auf die Rechtsfortbildung.

Die Implementierungskontrolle entfaltet eine Art Reflexwirkung, indem auf diese Weise Rechtssetzungsprojekte angestossen oder die rechtsanwendenden Behörden dazu veranlasst werden, die *Soft Law*-Regelwerke aufzugreifen und umzusetzen, oder indem der Beschwerdeführer bei der Sachverhaltsdarstellung Monitoringberichte als Beweismittel vorbringt.

Unter dem Demokratiegesichtspunkt ist das Aufgreifen von *Soft Law* in der Rechtssetzung unproblematisch, solange dieses als blosser Inspirationsquelle fungiert und nicht von einem eigentlichen Befolgungszwang auszugehen ist. Erfolgt die Rezeption in der Rechtsprechung, ist insbesondere die Grenze der richterlichen Rechtsfortbildung zu wahren. Die EMRK verfolgt grundsätzlich einen evolutiven Auslegungsansatz („EMRK als *living instrument*“³⁷⁴); die Berücksichtigung von *Soft Law* bei der Schutzgehaltsbestimmung bleibt damit und auch mit Blick auf den *telos* der EMRK grundsätzlich zulässig, solange diese nicht leichtfertig erfolgt, son-

374 Vgl. EGMR – *Tyrer/GBR*, Urt. v. 25.04.1978, 5856/72, Rn. 31; EGMR (GK) – *Selmouni/FRA*, Urt. v. 28.07.1999, Rn. 101; vgl. auch BATES S. 326 ff.; MAHONEY in: Widmer, S. 143 (147 ff.).

dem mit Blick auf die Wertigkeit der jeweiligen Bestimmung für die anzuwendende Norm. Zurückhaltung der rechtsanwendenden Behörde ist weiter insbesondere dann zu fordern, wenn das *Soft Law* selbst Vorbehalte resp. Ausnahmemöglichkeiten vorsieht; auf diese Weise ist sicherzustellen, dass seitens der rechtsanwendenden Behörde nicht von einem inhaltlich weitergehenden als dem tatsächlich bestehenden europäischen Konsens ausgegangen wird. Der Beizug von *Soft Law*-Implementierungsberichten internationaler Gremien auf der Ebene der Sachverhaltesterstellung führt zu keinem Transformationsprozess; relevante rechtliche Probleme stellen sich hier nicht. Stützt die rechtsanwendende Behörde sich bei der Sachverhaltesterstellung auf solche Berichte, hat sie aber eine Qualitätskontrolle vorzunehmen; der Beweiswert der Berichte haben sich in der Beweiswürdigung niederzuschlagen.

Das Aufgreifen von *Soft Law*, ob gerechtfertigt oder nicht, bringt jedenfalls eine gewisse Rechtsunsicherheit mit sich. Für die Verhandlungsparteien scheinen die Folgen des *Soft Law* in Bezug auf dessen Verbindlichkeit damit oft nicht mehr vorhersehbar. Wenn in der nachfolgenden Untersuchung im Bereich des Strafvollzugsrechts tatsächlich ein Transformationsprozess zum „*hardening Soft Law*“ festgestellt werden sollte, wird sich in der Zukunft zeigen, ob und wie sich dies auf die Bereitschaft der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Erarbeitung weiterer *Soft Law*-Regelwerke auswirken wird.³⁷⁵

Kapitel 5: Absolute Rechte

I. Vorbemerkungen

Während im ethischen und philosophischen Kontext über die Frage debattiert wird, ob absolute moralische Rechte existieren,³⁷⁶ geht es in dieser

375 So wurde bereits festgestellt, dass Unsicherheiten betreffend fortschreitende Verbindlichkeit von *Soft Law* bei den Vertragsstaaten in Einzelfällen zu Widerwillen führen kann. „*Hardening Soft Law*“ birgt damit zumindest die Gefahr einer Gegenreaktion und vermehrter Abneigung der Staaten, womit *Soft Law* letztlich Opfer seines eigenen Erfolges würde. Am Beispiel der Erklärung zu den Rechten indigener Völker der Vereinten Nationen: VILLENEUVE in: Lagoutte/Gammeltoft-Hansen/Cerone, S. 213 ff.

376 Vgl. etwa schon: GEWIRTH *The Philosophical Quarterly* 1981, 1 ff.; LEVINSON *The Philosophical Quarterly* 1982, 73 ff.; GEWIRTH *The Philosophical Quarterly* 1982, 348 ff.

Arbeit darum, was ein absolutes Recht im rechtlichen Sinn ausmacht.³⁷⁷ Es wird nämlich gemeinhin davon ausgegangen, dass Art. 3 EMRK absolut gilt.³⁷⁸ Da alle Garantien von Art. 3 EMRK – das Folterverbot und das Verbot der unmenschlichen und der erniedrigenden Behandlung oder Strafe – als *absolut* anerkannt werden,³⁷⁹ können diese Gehalte in diesem

377 Ausf. MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (724f.): Die Frage nach den Merkmalen absoluter Rechte gehe auch der Frage voraus, ob das Gesetz absolute Rechte vorsehen sollte.

378 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 8: Art. 3 EMRK unterliege als einzige Bestimmung der EMRK keinerlei Ausnahmen, Einschränkungen oder Vorbehalten. Vgl. auch KARPENSTEIN/MAYER/SINNER Art. 3 Rn. 1. Trotz des klaren Wortlautes führte die Einschränkunglosigkeit von Art. 3 EMRK in der Vergangenheit immer wieder zu Diskussionen. Vgl. zu dieser Debatte im Einzelnen GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 52: Für eine Einschränkungbarkeit des Art. 3 EMRK sei etwa vorgebracht worden, dass Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) unter besonderen Voraussetzungen zum Schutz des Lebens eines anderen die gezielte Tötung vorsehe, was zu einem Wertungswiderspruch führen würde (der Staat dürfe zur Rettung eines Lebens töten, hingegen nicht foltern, eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung anwenden). Gegen dieses Argument spricht zum einen der klare Wortlaut von Art. 3 EMRK und die Tatsache, dass zwischen Art. 2 EMRK und Art. 3 EMRK auch im Rahmen von Art. 15 EMRK differenziert wird. So darf von Art. 3 EMRK in keinem Fall, das heisst auch nicht bei einer Gefährdung des „Lebens der Nation“ durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand, abgewichen werden (Art. 15 EMRK). Eine Abweichung von Art. 2 EMRK ist hingegen bei Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegshandlungen zulässig (Art. 15 Abs. 2 EMRK). Vgl. ausf. auch STEIN S. 334 ff. Gemäss STEIN bleibe im Wege der Auslegung von Art. 3 EMRK jedenfalls kein Raum für eine Analogie zu Art. 2 EMRK. Eine solche Fortbildung wäre als eine schöpferische Rechtsfindung *contra legem* zu verstehen, welche gegen die fundamentalen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit verstossen würde. Vgl. ferner GEBAUER NVwZ 2004, 1405 ff.: GEBAUER ist der Ansicht, dass die Absolutheit des Folterverbots weder durch formale Verweise auf Folterverbotsnormen noch mit Verweisen auf die Menschenwürde zu begründen sei, vielmehr liege das Erfordernis der Absolutheit des Folterverbots in der dieser Sache inhärenten Missbrauchsgefahr. Die Absolutheit von Art. 3 EMRK durch die Einführung einer Rechtfertigungsmöglichkeit in Frage zu stellen, ist vor den genannten Argumenten meines Erachtens jedenfalls klar abzulehnen.

379 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 8: Art. 3 EMRK differenziere intern nicht zwischen den Arten der unzulässigen Beeinträchtigung, so dass es keine normimmanente Möglichkeit der Rechtfertigung niedrighwelligerer Beeinträchtigungen gebe. So auch ADDO/GRIEF EJIL 1998, 510 (512). Vgl. aber MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (755), welche einwendet, dass sich bei Beweisverwertungsfragen, welche sich im Rahmen von Art. 6 EMRK stellen, eine Hierarchie unter den Garantien von Art. 3 EMRK abzuzeichnen scheine. Dies werfe die Frage auf, ob dies den Parameter der Anwendbarkeit untergrabe. Vgl. zur Bedeutung

Kontext gemeinsam abgehandelt werden. Es geht hier denn auch nicht um die Konturierung der Grenzen zwischen diesen Garantien, sondern um Art. 3 EMRK als solchen – also um die Frage der *Wesensmerkmale* eines absoluten Rechts.³⁸⁰

II. Merkmale und Kernelemente eines absoluten Rechts am Beispiel von Art. 3 EMRK

Bei der Frage, welche Merkmale die Absolutheit ausmachen, wird auf rechtstheoretischer Ebene auf zwei unterschiedliche Parameter zurückgegriffen: die Anwendbarkeit des absoluten Rechts („*applicability criterion*“) und die methodische Bestimmung des zu schützenden Inhalts des absoluten Rechts („*specification criterion*“).³⁸¹ Diese beiden Parameter sind miteinander verbunden.³⁸² Das Anwendbarkeitskriterium geht der Frage nach, ob und wann die Anwendung eines Standards aufgrund konkurrierender oder konfligierender Interessen rechtmässig verdrängt werden kann,³⁸³ während das Spezifitätskriterium die Konkretisierung des gewährleisteten Massstabes betrachtet und den Fokus auf die Definition und Umgrenzung des zu schützenden Standards legt.³⁸⁴ Mit anderen Worten bestimmt das Spezifitätskriterium den Inhalt des Rechtes und das Anwendbarkeitskriterium legt dann fest, ob von diesem Standard abgewichen werden darf.

1. Hinsichtlich der Anwendbarkeit

1.1 Kriterien

Hinsichtlich des Anwendbarkeitskriteriums basiert die Absolutheit auf drei kumulativen Merkmalen: (1) keine Rechtfertigung durch ein anderes legitimes in der demokratischen Gesellschaft notwendiges Ziel,³⁸⁵ (2) kei-

des Art. 3 EMRK im Rahmen von Art. 6 EMRK auch ausf. SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 131 ff.

380 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (725).

381 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (724 f., S. 729).

382 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (724 f., S. 729).

383 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (724 f.).

384 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (724 f.).

385 Vgl. etwa RIEGEL/SPEICHER StV 2016, 520 ff.: Ein Abwiegen des Rechtes mit den Zwecken, welche die Massnahme verfolgt, erfolgt nicht.

ne Abweichung im Falle eines Notstandes (vgl. auch Art. 15 EMRK) und (3) Irrelevanz des Verhaltens des Menschenrechtsträgers.³⁸⁶

Das Missbrauchsverbot gemäss Art. 17 EMRK bleibt hingegen – als Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit des Rechts als solches – unberührt von der Absolutheit des Rechts.

1.2 Prüfungsmethodisches Vorgehen

Das prüfungsmethodische Vorgehen variiert je nach Funktion des Menschenrechts. Bei *Abwehrrechten* wird im Allgemeinen eine dreistufige Prüfung³⁸⁷ vorgenommen: Zunächst werden der Schutzbereich selbst, sodann der Eingriff in den Schutzbereich und in einem letzten Schritt die Rechtfertigung des Eingriffs geprüft.³⁸⁸ Der Schutzbereich ist der Anwendungsbereich des Menschenrechts; er legt den „potentiellen Gewährleistungsbereich“³⁸⁹ fest.³⁹⁰ Geprüft wird in diesem Schritt, ob das fragliche Verhalten überhaupt von einem bestimmten Menschenrecht erfasst ist. Bei der Prüfung des Eingriffs wird ermittelt, ob eine Einschränkung der gewährleisteten Menschenrechtsposition – also des Schutzbereichs – vorliegt.³⁹¹ Wird ein Eingriff in den Schutzbereich festgestellt, hat dies im Allgemeinen die Frage nach der Rechtfertigung des Eingriffs zur Folge.³⁹² Obwohl eine Wesensgehaltsgarantie vom EGMR grundsätzlich nicht ausdrücklich vorgesehen ist, prüft er, ob ein Eingriff den Kerngehalt eines Rechts betrifft.³⁹³

386 Vgl. MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (737).

387 Der EGMR handelt die ersten beiden Prüfungsschritte oft zusammen ab, so dass praktisch eine zweistufige Prüfung erfolgt: SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 2: Zu Gunsten einer exakten Begriffsbildung und einer differenzierten Eingriffsdogmatik sei allerdings das dreistufige Vorgehen zu bevorzugen. Kritisch auch PAPIER FS Wildhaber, S. 523 (525): Verwischung von Schutzbereichsbestimmung und Beschränkung, selbst dogmatisch sei eine Unterscheidung oftmals nur schwer möglich.

388 GRABENWARTER/PABEL § 18 Rn. 1.

389 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 13.

390 GRABENWARTER/PABEL § 18 Rn. 2.

391 SCHILLING Rn. 88 ff.; GRABENWARTER/PABEL § 18 Rn. 5.

392 GRABENWARTER/PABEL § 18 Rn. 5; zur Prüfungsmethodik der Rechtfertigung bei Abwehrrechten ausf. SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 31 ff. Vgl. auch SCHILLING Rn. 93, welcher in diesem Zusammenhang von der Prüfung der „Zulässigkeit“ spricht.

393 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 53.

Auch wenn es um die Frage der Beachtung *positiver Gewährleistungs- oder Schutzpflichten* geht³⁹⁴, wird in der Regel eine dreistufige Prüfung durchlaufen. Im ersten Prüfungsschritt wird ermittelt, ob dem in Frage stehenden Menschenrecht überhaupt eine *leistungsrechtliche* Dimension innewohnt, ob der Staat die Möglichkeit hat, dieser zu entsprechen und ob ein individueller Anspruch auf Erfüllung der positiven Pflicht besteht.³⁹⁵ Als Korrelat zur Eingriffsprüfung – wie sie bei einem Abwehrrecht durchgeführt wird – wird bei der positiven Gewährleistungspflicht in einem zweiten Schritt geprüft, ob eine *Beeinträchtigung* durch das Unterlassen einer Pflicht verursacht wird.³⁹⁶ Bei der Erfüllung einer positiven Verpflichtung wird dem Staat vor allem hinsichtlich der zu ergreifenden Mittel ein grosser Spielraum zugestanden.³⁹⁷ Ist der Staat einer solchen Pflicht nicht nachgekommen, ist in einem dritten Schritt die Rechtmässigkeit des Unterlassens zu prüfen.³⁹⁸ Anders als bei Abwehrrechten, bei denen sich mögliche Rechtfertigungsgründe häufig bereits dem Wortlaut entnehmen lassen, finden sich bezüglich der Gewährleistungspflichten keine solchen textlich verankerten Gründe. Der EGMR greift bei den positiven Verpflichtungen vielmehr auf eine Kriterienammlung zurück, welche er in seinem Fallrecht für jedes Menschenrecht einzeln entwickelt hat.³⁹⁹

394 Zur Entwicklung positiver Schutzpflichten durch den EGMR im Allgemeinen: MOWBRAY S. 1 ff.; STARMER in: Jowell/Cooper, S. 139 ff.: STARMER sieht die Grundlage der positiven Rechte in der Anerkennung des Umstands, dass ein rein abwehrrechtlicher Ansatz für sich alleine nicht geeignet ist, einen *effektiven* Schutz der gewährleisteten Menschenrechte zu bieten.

395 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 6; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL § 19 Rn. 5.

396 GRABENWARTER/PABEL § 19 Rn. 5; SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 9, 22: Die Unterlassung habe bei einer positiven Verpflichtung zwar keinen Eingriffscharakter im technischen Sinne, nichtsdestotrotz könne sie aber eine Beeinträchtigung des gewährleisteten Menschenrechts sein.

397 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 10; zu den Beurteilungsspielräumen der Mitgliedstaaten bei positiven Verpflichtungen differenziert GRABENWARTER/PABEL § 19 Rn. 7.

398 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 10; vgl. aber DÖRR/Grote/Maruhn/KRIEGER Kap. 6 Rn. 45: KRIEGER befürwortet zwar eine dreistufige Prüfung kritisiert aber, dass die Konventionsorgane bei der Prüfung von Schutzpflichten nicht immer zwischen der Frage, ob der Schutzbereich durch staatliches Unterlassen berührt sei, und der Rechtfertigung dieses Unterlassens differenzieren würden.

399 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 10; vgl. auch HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK S. 26: Die für die Abwehrrechte ausdrücklich genannten Kriterien können dabei auch bei positiven Verpflichtungen zumin-

Im Allgemeinen kann ein Unterlassen durch die Wahrung der Rechte Dritter, zu Gunsten gegenläufiger Interessen der Allgemeinheit, aufgrund politischer Richtungsentscheidungen demokratisch legitimierter Organe, zu Gunsten konfligierender Ziele oder aufgrund einer Knappheit an Ressourcen gerechtfertigt sein.⁴⁰⁰ Für die Rechtmässigkeit des Unterlassens wird jedenfalls keine gesetzliche Grundlage gefordert.⁴⁰¹

Der *absolute Charakter* – mithin die Vorbehaltslosigkeit des Art. 3 EMRK – führt aufgrund des Anwendbarkeitskriteriums dazu, dass bloss mehr eine zweistufige Prüfung⁴⁰² vorzunehmen ist. Im ersten Schritt wird wie bis anhin geprüft, ob der Schutzbereich greift. Geht es um die abwehrrechtliche Dimension des Art. 3 EMRK, folgt in einem zweiten Schritt die Prüfung, ob ein Eingriff vorliegt und, bei der gewährleistungsrechtlichen Dimension, ob eine Beeinträchtigung des Schutzgehaltes durch ein Unterlassen einer bestehenden positiven Verpflichtung vorliegt. Der dritte Prüfungsschritt einer möglichen Rechtfertigung des Eingriffs bzw. der Beeinträchtigung entfällt.⁴⁰³ Die Menschenrechtsverletzung liegt damit grundsätzlich *per se* vor, wenn es zu einer Beeinträchtigung des Schutzgehaltes kommt. Eingriffe in den Schutzgehalt sind damit grundsätzlich nicht zulässig.⁴⁰⁴

dest von einer *gewissen Relevanz* sein: EGMR – *Powell* u. *Rayner*/GBR, Urt. v. 21.02.1990, 9310/81, Rn. 40; EGMR (GK) – *Hatton* u.a./GBR Urt. v. 08.07.2003, 36022/97, Rn. 98; EGMR – *Demir* u. *Baykara*/TUR, Urt. v. 12.11.2008, 34503/97, Rn. 111; vgl. auch Dörr/Grote/Marauhn/KRIEGER Kap. 6 Rn. 45; Gemäss KRIEGER würde eine Schutzpflichtverletzung nicht unmittelbar an den Schranken von Abs. 2 geprüft, die Abwägung erfolge vielmehr im Rahmen von Abs. 1, wobei allerdings die „Wertung“ von Abs. 2 beigezogen würde.

400 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 10.

401 Dörr/Grote/Marauhn/KRIEGER Kap. 6 Rn. 45; SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 11.

402 Wird bei Abwehrrechten durch die Zusammenfassung der ersten beiden Prüfungsschritte von einer zweistufigen Prüfung ausgegangen, führt der absolute Charakter des Art. 3 EMRK analog dazu bei Zusammenfassung der ersten beiden Prüfungsschritte zu einer einstufigen Prüfung. Vgl. etwa SMET in: *Brems/Gerards*, S. 273.

403 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (736); vgl. auch schon HASSEMER FS Maihofer, S. 183 (183 f.): „[...] Wer sich auf eine Abwägung zwischen den drohenden Schäden und den bedrohten Prinzipien einlässt, hat die Prinzipien schon an diesem Punkt der Überlegung aufgegeben“; GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 51; vgl. auch MEYER-LADEWIG/LEHNERT Art. 3 Rn. 3.

404 GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 40; SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 4; vgl. auch SMET HRLR 2017, 499 (508); STEIN S. 333: Jeder Eingriff in das geschützte Fundamentalrecht bedeute eine Verletzung der Vorschrift. Vgl. ferner MÖHLENBECK S. 53 f.

Vorbehaltlos garantierte Rechte schliessen allerdings die Annahme immanenter bzw. impliziter Schranken nicht zwingend aus. Auch der EGMR anerkennt bisweilen immanente bzw. implizite Schranken.⁴⁰⁵ Da die EMRK, obwohl ihr ein Verfassungscharakter innewohnt, keine „voll-integrierte Verfassung“ ist,⁴⁰⁶ bleibt der EGMR bei der Anerkennung immanenter Schranken jedoch zurückhaltend. Für Art. 3 EMRK hat der EGMR (bislang) soweit ersichtlich auch keine eindeutigen verfassungsimmanenten Schranken anerkannt.⁴⁰⁷ Schutzbereich und Kerngehalt von Art. 3 EMRK sind damit deckungsgleich.⁴⁰⁸ Anerkennt man im Allgemeinen bei vorbehaltlos garantierten Rechten immanente Schranken, ist jedenfalls die Verhältnismässigkeit zu wahren.⁴⁰⁹ Die Verhältnismässigkeitsprüfung unterliegt dann gewissen Besonderheiten.⁴¹⁰

Aus dem absoluten Charakter von Art. 3 EMRK folgt zusammenfassend hinsichtlich des Anwendbarkeitskriteriums, dass kein noch so grosses

-
- 405 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 4: Der EGMR habe bei gewissen schrankenlos gewährleisteten Rechten wie beim Recht auf Zugang zum Gericht gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK oder dem Recht auf freie Wahlen gem. Art. 3 ZP I zur EMRK immanente bzw. implizite Schranken anerkannt. Vgl. auch ZIMMERMANN in: Böllmann/Hemme/Korkmaz/Kühn/Sinn, S. 63 (69). Vgl. weiter PETERS/ALWICKER § 3 Rn. 20, welche allerdings dafür plädieren, impliziten Schranken enge Grenzen zu setzen; ein Verweis auf die Verwaltungspraktikabilität oder eine angespannte Haushaltslage müssten etwa von vorneherein als taugliche implizite Schranken ausscheiden.
- 406 BREUER in: Zimmermann, S. 51 ff.: Die EMRK sei eine „kupierte“ Verfassung; es handle sich um eine Verfassung mit Grundrechtsteil, jedoch ohne Staatsorganisationsteil; SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 4: Die EMRK gewähre mit ihrem Grundrechtskatalog vielmehr Einzelrechte mit spezifischen Einschränkungsvorbehalten. Vgl. auch ALLEWELDT in: Zimmermann, S. 75: Die EMRK inkl. Rechtsprechung des EGMR sei kein klassisches Völkerrecht. Wenn man den Terminus der Verfassung in einem weiten Sinne verstehe, könne man sie aber als Teil der europäischen Verfassungsordnung bezeichnen.
- 407 Vgl. ausf. SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 9 m.w.N.: Es würden aber immanente Schranken diskutiert, welche Ausnahmen im vitalen Interesse staatlicher Selbstbehauptung und zum Schutz der Menschenwürde und des Lebens von (potentiellen) Opfern (Schutzpflicht) rechtfertigen können sollen.
- 408 Bei nicht absolut gewährleisteten Rechten stellen sich hinsichtlich des absoluten Kerngehaltes im Allgemeinen denn auch dieselben Fragen wie bei Art. 3 EMRK. Zum „absolut geschützten, aber abwägungsoffenen Kernbereich“ vgl. etwa BALDUS JZ 2008, 218 (224 ff.).
- 409 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 5, 44.
- 410 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 45: Das Kriterium des dringenden sozialen Bedürfnisses spiele als Ausgangspunkt der Überlegungen etwa keine Rolle.

entgegenstehendes Interesse Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe *rechtfertigen* kann. Eine Interessenabwägung findet in diesem Sinn nicht statt. Von den Garantien des Art. 3 EMRK darf mit anderen Worten selbst dann nicht abgewichen werden, wenn das Leben der Nation bedroht ist. Unter Umständen bleibt allerdings eine Berücksichtigung konfligierender Rechte bei der Bestimmung des Schutzbereichs möglich.⁴¹¹

2. Bei der Bestimmung des Schutzbereichs und des Eingriffs

Nach welchen Grundsätzen die Verpflichtung festzulegen ist, ist eine Frage des Spezifitätskriteriums.⁴¹² Aufgrund der Vorbehaltslosigkeit von Art. 3 EMRK ist die Bestimmung des Schutzbereichs von umso grösserer Relevanz,⁴¹³ da die positive oder negative Verpflichtung, einmal ausgelöst, nicht mehr rechtmässig ausser Kraft gesetzt werden kann. Deshalb legt auch der Gerichtshof bei Art. 3 EMRK besonderen Wert auf die Schutzbereichsbestimmung.⁴¹⁴

2.1 Relativität der Schutzbereichsbestimmung und des Eingriffsbegriffs

Eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung oder Bestrafung im Sinne von Art. 3 EMRK setzt ein Mindestmass an Schwere voraus.⁴¹⁵ Entscheidend ist damit die Festlegung dieses Mindestmasses. Bereits im Urteil IRL/GBR hielt der EGMR fest, dass die Ermittlung der Mindestmassschwelle schon aufgrund der Natur der Dinge *relativ* zu erfolgen habe.⁴¹⁶ Zu berücksichtigen sind alle Umstände des Einzelfalls wie die Dauer der Behandlung, die physischen und mentalen Folgen, welche die Behandlung mit sich bringt, in gewissen Fällen auch das Geschlecht, das Alter sowie

411 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 4.

412 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (738).

413 Siehe auch MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (738 f.).

414 GRABENWARTER/PABEL § 18 Rn. 3.

415 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 10.

416 EGMR – IRL/GBR, Urt. v. 18. 01.1978, 5310/71, Rn. 162. Es handelt sich dabei auch um das erste Urteil des EGMR, in welchem dieser eine Verletzung von Art. 3 EMRK feststellte. Zur Relativität der Anwendung des Begriffs der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung auch FELDMAN S. 242.

der Gesundheitszustand des von der Behandlung oder Bestrafung Betroffenen. Auch Natur und Kontext der Behandlung werden berücksichtigt.⁴¹⁷

Vor dem Hintergrund, dass der EGMR bei der Bestimmung des Schutzbereichs bezüglich des Erreichens des Mindestmasses an Schwere eine relative Betrachtung zuzulassen scheint, stellt sich die Frage, welche Faktoren bei der Schutzbereichsbestimmung legitimerweise berücksichtigt werden dürfen, ohne dass unter dem Deckmantel der Ermittlung des notwendigen Mindestmasses an Schwere die Essenz des Anwendbarkeitskriteriums untergraben wird.⁴¹⁸ Dieses zielt nämlich gerade darauf ab, dass besondere Merkmale oder Verhaltensweisen des Opfers unberücksichtigt bleiben.⁴¹⁹ Bei der Schutzbereichsbestimmung sollten nur jene relativen Kriterien berücksichtigt werden, welche sich auf den Grad des erlittenen Leidens bzw. die Schwere der zugefügten Behandlung auswirken.⁴²⁰ Auf materielle Haftbedingungen angewendet, bedeutet dies, dass der Gesundheitszustand des Inhaftierten berücksichtigt werden muss, wenn sich dieser auf die potentielle Leidzufügung auswirkt.⁴²¹ So ist etwa anzunehmen, dass schlechte hygienische Zustände in einer Zelle bei einem kranken Inhaftierten in

417 EGMR – IRL/GBR, Urt. v. 18. 01.1978, 5310/71, Rn. 162; EGMR (GK) – *Labita/ITA*, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 120; EGMR (GK) – *Ilascu u.a./MDA u. RUS*, Urt. v. 08.07.2004, 48787/99, Rn. 427; EGMR (GK) – *A. u.a./GBR*, Urt. v. 19.02.2009, 3455/05, Rn. 127; EGMR (GK) – *Selmouni/FRA*, Urt. v. 28.07.1999, 25803/94, Rn. 100; vgl. auch etwa *VAN ZYL SMIT/SNACKEN* S. 127; *MAVRONICOLA* MLR 2013, 589 (593); *MAVRONICOLA* HRLR 2012, 723 (749): Die Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 3 EMRK basiere damit auf zwei Elementen: der Schwere der Behandlung, welche sich auf die Handlung des Ausführenden beziehe, und der Intensität des Leidens, welche den von der Handlung Betroffenen ins Zentrum rücke. Vgl. ferner *GRABENWARTER/PABEL* § 20 Rn. 53.

418 Vgl. auch *SMET* in: *Brems/Gerards*, S. 273 (275 ff.).

419 Vgl. auch *MAVRONICOLA* HRLR 2012, 723 (750); zur Relativität der Schutzbereichsbestimmung bei „absoluten“ Rechten kritisch *GREER* HRLR 2015, 101 (115); kritisch auch *HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK* S. 238.

420 *MAVRONICOLA* HRLR 2012, 723 (750); mit Beispielen siehe auch *MAVRONICOLA* MLR 2013, 589 (593 f.); vgl. auch *PÖSL* S. 50, 53: Die Prüfung der Mindestschwere dürfe nicht zu einer „verkappten Verhältnismässigkeitsprüfung“ führen. Es dürfe nur darum gehen, „Bagatellbehandlungen“ auszuschneiden.

421 Vgl. etwa EGMR – *Dybeku/ALB*, Urt. v. 18.12.2007, 41153/06, Rn. 47: „The Court accepts that the very nature of the applicant’s psychological condition made him more vulnerable than the average detainee and that his detention may have exacerbated to a certain extent his feelings of distress, anguish and fear. In this connection, the Court considers that the fact that the Government admitted that the applicant was treated like the other inmates, notwithstanding his particular state of health, shows the failure of their commitment to improv-

potenzierter Weise negative Auswirkungen entfalten. Diese Relativität untergräbt gerade nicht das Anwendbarkeitskriterium. Etwa renitentes Verhalten eines Inhaftierten oder der Umstand, dass dieser wegen einer schweren Straftat verurteilt wurde, haben aber keinen Einfluss auf das Mass des erlittenen Leidens oder die Schwere der zugefügten Behandlung⁴²²; es kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass ein gefährlicher Straftäter weniger unter schlechten hygienischen Bedingungen leidet. Würde man Letzteres annehmen, würde das starre Anwendbarkeitskriterium durch eine falsch verstandene Relativität bei der Bestimmung des Schutzbereichs ausgehebelt werden. Die Gefährlichkeit des Betroffenen ist in dieser Konstellation unerheblich für die Bestimmung des Schutzbereichs.⁴²³

2.2 Umgang mit konfligierenden Interessen und Rechten

Die Berücksichtigung konfligierender Rechte bleibt bei der Bestimmung des Schutzbereichs grundsätzlich möglich.⁴²⁴ Aufgrund der Interaktion zwischen Anwendbarkeitsforderung und Schutzbereichsbestimmung ist allerdings auch hier in besonderer Weise darauf zu achten, dass die Schutzbereichsbestimmung die Anwendbarkeitsforderung nicht untergräbt.

Schon auf rechtstheoretischer Ebene wird argumentiert, dass das Konzept eines absoluten Rechts eine Hierarchie verlangt: Die Gewährung des absoluten Rechts hat dem nicht absolut zu gewährendem Recht in jedem

ing the conditions of detention in compliance with the recommendations of the Council of Europe.“

422 Vgl. etwa EGMR – *Dybeku/ALB*, Urt. v. 18.12.2007, 41153/06, Rn. 35, 47: „It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim’s behaviour. [...] The Court considers that the fact that the applicant was found criminally responsible for an offence of homicide and sentenced to life imprisonment is *not decisive* for the question whether the authorities fulfilled their obligation under Article 3 to protect him from treatment or punishment contrary to this provision“; EGMR (GK) – *Labita/ITA*, Urt. v. 06.04.2000, 26772/95, Rn. 119.

423 Anders könnte hinsichtlich der Gefährlichkeit dann zu argumentieren sein, wenn es um Massnahmen geht, welche etwa bezwecken eine mögliche Flucht zu verhindern resp. Drittpersonen zu schützen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine solche Gefahr vorliegen. Dazu kritisch HARRIS/O’BOYLE/WARBRICK S. 238. Vgl. aber SMET in: Brems/Gerards, S. 273 (275 ff.), welcher argumentiert, dass die Berücksichtigung der Gefährlichkeit des Betroffenen in diesen Situationen vom absoluten Charakter des Art. 3 EMRK gedeckt sei.

424 SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 4.

Fall vorzugehen.⁴²⁵ Weiter wird argumentiert, dass keine absolute positive Pflicht bestehen kann, wenn diese eine negative absolute Pflicht verletzen würde.⁴²⁶ Es wird in dieser Konstellation folglich schon gar keine positive Verpflichtung erkannt und auf diese Weise die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen zwei absoluten Rechten verhindert.⁴²⁷

In Bezug auf den leistungsrechtlichen Gehalt von Art. 3 EMRK, welchem insbesondere bei Sonderstatusverhältnissen besondere Bedeutung zukommt, stellt sich bei der Spezifizierung des Schutzbereichs die Frage, inwieweit fiskalische Interessen des Staates bei der Bestimmung eines *angemessenen* Standards berücksichtigt werden dürfen.⁴²⁸ Auch dies ist mit Blick auf das Zusammenwirken der Schutzbereichsbestimmung und des Anwendbarkeitskriteriums zu beantworten. Die Verlagerung von Elementen, welche in ihrer Essenz zu einer Verhältnismässigkeitsprüfung führen,⁴²⁹ vom dritten Prüfungsschritt der Rechtfertigung in den ersten Prüfungsschritt der Schutzbereichsbestimmung scheint mit Blick auf das absolut geltende Anwendbarkeitskriterium zu einer gewissen Widersprüch-

425 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (734).

426 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (732); am Beispiel von *Gäffen/GER*: MAVRONICOLA HRLR 2017, 479 (482 ff.): Die positive Verpflichtung des Staates, eine Person vor Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung durch eine Drittperson zu schützen, umfasse das Ergreifen sämtlicher *möglicher* und *zulässiger* Mittel. Kein solch zulässiges Mittel – und damit nicht von der positiven Pflicht umfasst – sei aber die Ausübung von Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung des Staates gegenüber dem Gefährder. Vielmehr greife hier die negative absolute Pflicht gegenüber dem Gefährder. Vgl. dazu EGMR (GK) – *Gäffen/GER*, Urt. v. 01.06.2010, 22978/05.

427 A.A. GREER HRLR 2015, 101 (122 ff.); vgl. auch GREER HRLR 2018, 297 (300, 302 f.): Diese Betrachtungsweise würde das Dilemma mit dem Umgang konfliktierender Interessen bei absoluten Rechten nicht lösen, sondern nur umgestalten. Eine überzeugende Lösung sei hingegen noch nicht gefunden. Vgl. auch SALIGER ZStW 116 (2004), 35 (47), welcher ausführt, dass eine abwägende Verrechnung der Würde eines Geiselnegers mit der Würde des Opfers nicht überzeuge. Die Verpflichtung des Staates, die Menschenwürde aktiv nicht zu verletzen, sei stärker als die Verpflichtung, sie gegen andere zu schützen. Im Allgemeinen wiege die Verletzung eines Handlungsverbotes tendenziell schwerer als die Nichterfüllung eines Handlungsgebots. Es sei nicht zu sehen, wie der Staat seine Schutzpflichten rechtsstaatlich erfüllen soll.

428 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (757).

429 Diesbzgl. unkritisch GRABENWARTER/PABEL § 20 Rn. 53, welcher die Prüfung der Mindestschwere des Eingriffs sogar gerade als Interessenabwägung bezeichnet. Eine kritische Differenzierung von Umständen, welche einbezogen werden dürfen, und solchen, die unbeachtet zu bleiben haben, wird in der Folge auch nicht vorgenommen.

lichkeit oder zumindest zu einer gewissen Aufweichung der absoluten Geltung zu führen.⁴³⁰ So erkennt der Gerichtshof in der Berücksichtigung fiskalischer Interessen zwar nicht *per se* einen Verstoss gegen das Absolutheitsgebot,⁴³¹ hält gleichzeitig aber auch fest, dass mangelnde Ressourcen keine Umstände rechtfertigen dürfen, die Art. 3 EMRK verletzen.⁴³²

Zusammenfassend lässt der Gerichtshof die Berücksichtigung konfligierender Interessen und Rechte unter gewissen Voraussetzungen auch bei absoluten Rechten zu. Konfligierende Interessen können dazu führen, dass das Mindestmass an Schwere des Eingriffs nicht als gegeben erachtet oder dass eine ergriffene Massnahme als sozialadäquat und angemessen angesehen wird.⁴³³

2.3 Bestimmtheitserfordernis

Der absolute Charakter führt allgemein gesagt dazu, dass Beurteilungsspielräume sich auf die Schutzbereichsebene begrenzen.⁴³⁴ Mit Blick auf die aufgezeigte Interaktion zwischen Bestimmung der Schutzbereichsebene und der absoluten Anwendbarkeitsforderung kommt allgemein der Bestimmtheit des Massstabes auf Schutzbereichsebene eine umso grössere Bedeutung zu. Die Berücksichtigung von Variablen bei der Schutzbereichsbestimmung führt direkt auch zu einer Variabilität des Ergebnisses.⁴³⁵ Dies führt letztlich zu einer gewissen Rechtsunsicherheit, was genau nun abso-

430 Betreffend die absolute Geltung der Menschenwürde und Abwägungsfragen vgl. auch BALDUS AÖR 2011, 529 (536 ff.).

431 Vgl. etwa EGMR (GK) – *N./GBR*, Urtr. v. 27.05.2008, 26565/05, Rn. 44; MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (757): Die Ursache der Zurückhaltung des Gerichtshofs liege darin, dass er eine zu weite Verlagerung der Pflichten der Konventionsstaaten in den sozioökonomischen Bereich verhindern wolle. Vgl. auch VERMEULEN/BATTJES in: van Dijk/van Hoof u.a., S. 409.

432 EGMR – *Mamedova/RUS*, Urtr. v. 01.06.2006, 7064/05, Rn. 63; EGMR – *Orchowski/POL*, Urtr. v. 22.10.2009, 17885/04, Rn. 153; EGMR – *Neshkov u.a./BUL*, Urtr. v. 27.01.2015, 36925/10 u.a., Rn. 229; EGMR – *Varga u.a./HUN*, Urtr. v. 10.03.2015, 14097/12 u.a., Rn. 103; vgl. dazu auch SMET in: Brems/Gerards, S. 273 (291 f.).

433 SK-StPO/MEYER Art. 3 EMRK Rn. 8.

434 Vgl. auch SK-StPO/MEYER Methodik der Grundrechtsanwendung (EMRK) Rn. 115.

435 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (753).

lut ist.⁴³⁶ Eine Weigerung, einen harten Massstab festzulegen, ist deshalb mit Blick auf den absoluten Charakter, der die fundamentale Bedeutung der ihr innewohnenden Garantien unterstreicht, nicht unproblematisch. Der absolute Charakter darf auf der anderen Seite aber auch nicht dazu führen, dass eine Weiterentwicklung des Schutzstandards gebremst oder die Flexibilität der Einzelfallbetrachtung ausgeschlossen würde.⁴³⁷

Zusammenfassend ist im Lichte des absoluten Charakters von Art. 3 EMRK für jedes Themengebiet eine möglichst grosse Rechtssicherheit durch einen möglichst harten Massstab zu fordern. Gleichwohl dürfen dadurch die „*Living instrument*“-Konzeption der EMRK und die notwendige Flexibilität für eine Einzelfallbetrachtung nicht verhindert werden. Mit anderen Worten hat die Rechtsprechung bei absoluten Rechten in besonderer Weise auf die Grenze zwischen einer zu spezifischen und einer zu allgemeinen Rechtsprechung zu achten. Es ist ein ausreichendes Mass an Allgemeingültigkeit und Klarheit zu gewährleisten.⁴³⁸

III. Absolutes Recht im Sonderrechtsverhältnis

Die Inhaftierung des Betroffenen führt – wie bereits aufgezeigt – zu einem besonderen Näheverhältnis zum Staat, was sich wiederum auf das Rechtsverhältnis zwischen Inhaftiertem und Staat auswirkt, indem dem Inhaftierten einerseits besondere Rechte eingeräumt werden, er andererseits aber auch gewisse Einschränkungen in Kauf zu nehmen hat. Soweit das Sonderstatusverhältnis weitergehende positivrechtliche Garantien oder prozessuale Vorteile zur Folge hat, ist dies mit Blick auf den absoluten Charakter von Art. 3 EMRK von vorneherein unproblematisch. Führt das Sonderstatusverhältnis nämlich im Rahmen der schutzrechtlichen oder gewährleistungsrechtlichen Dimension der Konventionsrechte etwa zur Notwendigkeit einer besonders ausgeprägten „menschenrechtsschützenden“ Regulierung, entspricht dies gleichzeitig auch den Anforderungen des Spezifitätskriteriums bei der Bestimmung des Schutzbereichs absoluter Rechte. Demgegenüber bleiben die aus dem Sonderstatusverhältnis fließenden

436 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (751); vgl. auch bereits ADDO/GRIEF EJIL 1998, 510 (522); vgl. auch PÖSL S. 50 f.

437 Sinngemäss MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (755); vgl. auch bereits ADDO/GRIEF EJIL 1998, 510 (522).

438 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (743).

Nachteile im Lichte der Kernelemente eines absoluten Rechts mit besonderem Bedacht zu würdigen.

Auf nationaler Ebene ist im Sonderstatusverhältnis bei der *Einschränkbarkeit* eines Grundrechts die Anforderung an die Normdichte der einschränkenden Norm geringer, und dem formellen Gesetzgeber ist eine grosszügigere Gesetzesdelegation erlaubt.⁴³⁹ Aufgrund der Anwendbarkeitsforderung des absoluten Rechts, die eine gesetzliche Einschränkung ohnehin ausschliesst, besteht bei absoluten Rechten dieser Nachteil im Sonderstatusverhältnis *prima vista* nicht. Aufgrund der Wechselwirkungen zwischen Anwendbarkeitskriterium und Spezifitätskriterium ist bei absoluten Rechten allerdings insofern Vorsicht geboten, als im Sinne der positiven Verpflichtung des Staates und mit Blick auf das Spezifitätskriterium stets auf eine genügende menschenrechtsschützende Regulierung des Schutzbereichs zu achten ist. Mit anderen Worten dürfen bei absoluten Rechten im Sonderstatusverhältnis eine Gesetzesdelegation oder unbestimmte Normen auf Schutzbereichsebene nicht zu Unsicherheiten führen, was nun absolut geschützt sei.

Im Allgemeinen führt das Sonderstatusverhältnis heute nicht mehr zur Annahme, dass das öffentliche Interesse jenes des Inhaftierten grundsätzlich überwiegt, vielmehr hat immer eine menschenrechtssensible Güterabwägung zu erfolgen, bei welcher sich das öffentliche Interesse und das Privatinteresse des Inhaftierten grundsätzlich gleichberechtigt gegenüberstehen. Auch dieser allgemeine Grundsatz kann nicht ohne Weiteres auf absolute Rechte übertragen werden. Eine Interessenabwägung findet auch im Sonderstatusverhältnis bei absoluten Rechten in diesem Sinne nicht statt; es ist vielmehr grundsätzlich von einem *Vorrang* des Interesses desjenigen auszugehen, der ein absolutes Recht für sich beansprucht. Beim leistungsrechtlichen Gehalt bleibt das öffentliche Interesse hinsichtlich des Spezifitätskriteriums bei der Frage, welcher Standard als angemessen angesehen wird, jedoch nicht gänzlich unberücksichtigt.

Das Sonderstatusverhältnis führt weiter dazu, dass die Behörde grundsätzlich über Disziplinargewalt verfügt, welche den Erlass von Disziplinar-massnahmen ermöglicht.⁴⁴⁰ Der abwehrrechtliche Gehalt absoluter Rechte ist hier jedenfalls als Grenze der zulässigen Disziplinar-massnahmen zu sehen.

Soweit das Sonderstatusverhältnis in prozessrechtlicher Hinsicht auf kantonaler Ebene zu besonderen Beschwerdeinstanzen (etwa die Anstalts-

439 GRIFFEL N 149.

440 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN N 1505; GRIFFEL N 586.

direktion oder das ihr übergeordnete Departement) oder abweichenden Beschwerdefristen führt, verlangen absolute Rechte, wie alle Menschenrechte, nach einer effektiven Durchsetzungsmöglichkeit. Solange diese auch bei abweichenden Beschwerdeinstanzen und Beschwerdefristen gewährleistet bleiben, stellen sich auch hier keine Schwierigkeiten. Im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes ist bei absoluten Rechten in inhaltlicher Sicht sodann in besonderer Weise auf die Grenze einer zu spezifischen und einer zu allgemeinen Rechtsprechung zu achten.⁴⁴¹ Auch dieser Grundsatz absoluter Rechte hat im Sonderstatusverhältnis nämlich gleichermaßen zu gelten.

IV. Absolute Rechte und Soft Law?

Die in Art. 3 EMRK verbürgten Garantien, der Verbote von Folter, unmenschlicher und erniedrigenden Behandlung, werden von verschiedenen weiteren (*Soft Law*-)Regelwerken und Gremien aufgegriffen. Wie aufgezeigt, kann *Soft Law* grundsätzlich durch seine Rezeption in der Rechtsprechung praktische Wirksamkeit entfalten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob auch absolute Rechte die Berücksichtigung von *Soft Law* bzw. der Arbeit von Gremien, welche die Einhaltung des *Soft Law* überwachen, zulassen und ob aufgrund des absoluten Charakters ein einheitlicher Massstab zu erwarten resp. anzustreben ist.

Als Kernelemente des absoluten Rechts wurden die Forderung nach dessen unbedingter Anwendbarkeit, ein gewisses Konkretisierungserfordernis bei der Bestimmung des Schutzbereichs und des Eingriffs sowie der Grundsatz des Vorrangs absoluter Rechte vor nicht absoluten Rechten ausgemacht. Gleichwohl wurde erkannt, dass auch absolute Rechte es zulassen, den Schutzbereich relativ zu bestimmen, konfligierende Interessen und Rechte bei der Bestimmung des Schutzbereichs oder des Eingriffsbegriffs zumindest zu berücksichtigen und auch einen evolutiven Auslegungsansatz anzuwenden.

Gehen Forderungen des *Soft Law* über das hinaus, was bislang als harte Garantien unter einem absoluten Recht erkannt wird, ist eine Berücksichtigung des *Soft Law* zumindest insofern unproblematisch, als es dadurch in dieser Konstellation zu keinerlei Einschränkungen der zu gewährleisten Garantien kommt. Da auch die Inhalte absoluter Rechte nicht starr sind, ist die Berücksichtigung von *Soft Law*-Regelwerken auch bei absolu-

441 MAVRONICOLA HRLR 2012, 723 (743).

ten Rechten grundsätzlich nach den allgemein ausgearbeiteten Kriterien der richterlichen Rechtsfortbildung zulässig. Wird durch das Aufgreifen bestehenden *Soft Law* der Schutzbereich eines absoluten Rechts aber ausgedehnt, also einem evolutiven Ansatz gefolgt, wirkt sich dies aufgrund der unbedingten Anwendbarkeitsforderung wiederum direkt auch auf das Ergebnis aus, kommen doch Ausgleichsmöglichkeiten auf der Rechtfertigungsebene von vorneherein nicht in Betracht. Die Auseinandersetzung zur Wertigkeit der konkreten *Soft Law*-Bestimmung in Bezug auf den Gehalt des Schutzbereichs der absoluten Norm hat deshalb mit nochmals gesteigertem Bedacht zu erfolgen.

Ist der im *Soft Law* verankerte Standard aber tiefer als jener, welcher unter einem absoluten Recht bereits gewährleistet ist, darf das *Soft Law*-Regelwerk jedenfalls nicht in der Weise hinzugezogen werden, dass aus ihm Rechtfertigungsgründe oder Ausnahmetatbestände abgeleitet würden. Grenze der Berücksichtigung von *Soft Law* ist damit jedenfalls die unbedingte Anwendbarkeitsforderung des absoluten Rechts: Sähe zum Beispiel das *Soft Law* vor, dass der vom EGMR unter Art. 3 EMRK gewährleistete Standard in einer Notsituation unterschritten werden dürfte, und würde der EGMR dem folgen, stünde die Notstandsfestigkeit und damit die Natur des absoluten Rechts in Frage.⁴⁴² Unabhängig davon, ob es sich um ein absolutes hartes Recht oder um ein „gewöhnliches hartes Recht“⁴⁴³ handelt, wird aufgrund der Konstitutionalisierung der europäischen Rechtsordnung zudem eine *Aufweichung* eines etablierten harten Rechts durch

442 EGMR (GK) – *Muršić*/CRO, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 65: Hinweis auf das IKRK, welches einen tieferen Unterbringungsstandard für Notstandssituationen vorsieht: „The ICRC also made a *distinction* between the general accommodation requirements and accommodation requirements in emergency situations (such as political crisis, natural disasters, fire, riots, health crises in which large numbers of detainees needed to be separated from the others or events which required the transfer of detainees from a prison that had been damaged to another prison). The ICRC’s initial indication that in such situations 2 sq. m per prisoner should be provided had been subsequently criticized by the experts. The emphasis was thus placed not on the indication of minimum requirement of personal space but the necessity of returning a prison to normal conditions (including minimum space specifications) as soon as possible. In particular, it was emphasized that in such instances it is necessary to avoid a situation in which the restrictions introduced to deal with the emergency situation developed into a chronic deficiency.“

443 Gemeint sind sämtliche Konventionsrechte, welchen kein absoluter Charakter zukommt.

Soft Law generell als unzulässig betrachtet.⁴⁴⁴ Für absolute Rechte würde dies bedeuten, dass der vormals festgelegte *Schutzbereich* durch neues *Soft Law* keinesfalls mehr eingeschränkt werden dürfte. Einzuwenden bleibt, dass die Beurteilung, was durch die Auslegung der Konventionsrechte im Einzelfall als harte Garantie, welche nicht mehr aufgeweicht werden darf, beurteilt werden kann, gerade vor dem Hintergrund des „*Living instrument*-Charakters“ nicht immer eindeutig sein dürfte.

Auch bei der Frage, ob ein einheitlicher Massstab anzustreben ist, ist bei der Essenz dessen, was absolute Rechte ausmachen, anzusetzen. Das besondere Bestimmtheiterfordernis absoluter Rechte könnte zwar dahingehend ausgelegt werden, dass ein einheitlicher Massstab anzustreben ist. Allerdings ergibt sich schon aus dem evolutiven Charakter der EMRK und dem Umstand, dass *Soft Law* blosser Erkenntnisquelle für die Auslegung von Konventionsrechten ist, dass ein einheitlicher Standard der EMRK und anderer Regelwerke nicht zu fordern sein kann. Das würde unter Umständen die Weiterentwicklung des Standards gefährden oder die Geschwindigkeit der Reaktion auf neue Entwicklungen verlangsamen. Gegen ein absolutes Erfordernis, einen einheitlichen Standard zu verlangen, spricht auch, dass die EMRK und das jeweilige *Soft Law* eine andere Zielsetzung resp. einen anderen Auftrag verfolgen können. Der besonderen Expertise von etablierten internationalen Gremien im Bereich des *Soft Law* ist gleichwohl besondere Beachtung zu schenken; eine unterschiedliche Zielsetzung darf deshalb nicht bloss als vorgeschobenes Argument für die Rechtfertigung nach unten abweichender Standards dienen.

Zusammenfassend darf bzw. muss aufgrund des Auslegungskanons der EMRK *Soft Law* auch bei absoluten Rechten berücksichtigt werden. Ein einheitlicher Standard zwischen EMRK und den verschiedenen *Soft Law*-Regelwerken ist allerdings auch bei absoluten Rechten keinesfalls zwingend.

V. Zwischenfazit

Die Methodik der Bestimmung des Schutzbereichs und die Frage der Anwendbarkeit interagieren. Der absolute Charakter basiert *prima vista* auf der absoluten Anwendbarkeit des einmal bestimmten Schutzbereichs.

444 Richter *Pinto de Albuquerque* partly diss. op., EGMR (GK) – *Muršič/CRO*, Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, Rn. 30 ff.: Dies sei nämlich gleichbedeutend mit der Umgehung verbindlicher internationaler Verpflichtungen.

Jeder Eingriff in den Schutzbereich ist damit eine Konventionsverletzung oder mit anderen Worten sind der Schutzbereich und der Kerngehalt des Konventionsrechts deckungsgleich.

Die Bestimmung des Schutzbereichs erfolgt demgegenüber *relativ*. Um die absolute Anwendbarkeit nicht zu untergraben, ist bei der relativen Bestimmung des Schutzbereichs besonders darauf zu achten, welche Kriterien in die Schutzbereichsbestimmung einbezogen werden. Es ist nur dann legitim, ein relatives Kriterium einzubeziehen, wenn es sich auf den Grad des Leidens resp. die Schwere der zugefügten Behandlung auswirkt. Die Berücksichtigung anderer Kriterien würde zu einer Aufweichung der absoluten Anwendbarkeitsforderung führen.

Zu einer gewissen Aufweichung der unbedingten Anwendbarkeitsforderung kommt es auch, wenn der Gerichtshof bei absoluten Rechten unter gewissen Voraussetzungen die Berücksichtigung konfligierender Interessen und Rechte zulässt. Konfligierende Rechte können dazu führen, dass das Mindestmass an Schwere des Eingriffs nicht als gegeben oder dass eine Massnahme als sozialadäquat und angemessen erachtet wird. Im Allgemeinen ist allerdings davon auszugehen, dass absolute und nicht absolute Rechte in einem Hierarchieverhältnis stehen, wobei absolute Rechte grundsätzlich vorgehen. Eine absolut positive Verpflichtung wird weiter dann nicht erkannt, wenn ihr eine absolute negative Verpflichtung gegenüberstehen würde. Eine gewisse Aufweichung des Anwendbarkeitskriteriums scheint der EGMR weiter bei positiven leistungsrechtlichen Verpflichtungen zuzulassen, indem er den Konventionsstaaten aus sozioökonomischen Überlegungen einen gewissen Spielraum bei der Frage der Angemessenheit des Standards zuzugestehen scheint.

Obwohl, wie gezeigt, eine gewisse Relativität des Standards nicht ausgeschlossen ist, führt die Abhängigkeit des Standards von mehreren Variablen des Einzelfalls auch zu einer grossen Variabilität des Ergebnisses. Ein fehlender harter Massstab gefährdet die Rechtssicherheit der Betroffenen, weshalb hier in besonderem Masse Vorsicht geboten ist. Das Zugeständnis, auch bei absoluten Rechten gewisse relative Kriterien zu berücksichtigen, ist jedoch auch als Ausdruck eines progressiven, einem stetigen Wandel unterliegenden Schutzstandards zu sehen, welcher Raum für Eventualitäten und die Weiterentwicklung des Standards lässt („EMRK als *living instrument*“). Zum einen bleibt damit für jedes Themengebiet genau zu analysieren, welche Kriterien legitimerweise in die Schutzbereichsbestimmung miteinbezogen werden dürfen resp. müssen, ohne dass die absolute Anwendbarkeitsforderung untergraben wird. Zum anderen ist für jedes Themengebiet auszutarieren, wie konkret der unter Art. 3 EMRK

zu garantierende Standard zu formulieren ist, dass sowohl der der EMRK zugrundeliegenden Konzeption des stetigen Wandels und der Einzelfallbetrachtung als auch dem Umstand, dass gerade der absolute Charakter nach einer gesteigerten Rechtssicherheit verlangt, Rechnung getragen wird. Das Bestehen eines Sonderrechtsverhältnisses hat *prima vista* keinen entscheidenden Einfluss auf die Gewährung absoluter Rechte. Absolute Rechte sind vielmehr Schranken für Einschränkungsmöglichkeiten im Sonderstatusverhältnis. Aufgrund der Wechselwirkungen zwischen Anwendbarkeitskriterium und Spezifitätskriterium ist jedoch bei der Schutzbereichsbestimmung in besonderem Masse darauf zu achten, dass Gesetzesdelegationen oder unbestimmte Normen den Anforderungen einer menschenrechtsschützenden Regulierung im Sinne der positiven Verpflichtung des Staates nicht zuwiderlaufen.

Die Kernelemente absoluter Rechte führen weiter nicht dazu, dass *Soft Law* bei absoluten Rechten nicht berücksichtigt werden dürfte. Im Gegenteil sind auch absolute Rechte nicht starr. *Soft Law* darf damit jedenfalls dann berücksichtigt werden, wenn es dadurch zu einer Weiterentwicklung des Standards kommt. Vorsicht ist aber dann geboten, wenn der Beizug von *Soft Law* zu einer Aufweichung eines bereits etablierten harten Standards eines absoluten Rechts führt. Die Berücksichtigung von *Soft Law* darf bei absoluten Rechten insbesondere nicht zu einer Aufweichung der Anwendbarkeitsforderung führen. Trotz des besonderen Bestimmtheitserfordernisses führt die Absolutheit eines Rechts schliesslich nicht dazu, dass ein einheitlicher Standard zwischen der EMRK und des *Soft Law* zu verlangen ist. Der besonderen Expertise etablierter Standards und Gremien hat der EGMR allerdings gerade bei absoluten Rechten gebührend Rechnung zu tragen und darf eine mögliche unterschiedliche Zielsetzung der Standards und der EMRK nicht bloss vorschieben, um ein Abweichen vom etablierten *Soft Law*-Standard nach unten zu begründen.