

Jürg O. Luginbühl, Rechtsanwalt, Zürich

Die Beschwerde an den EGMR – Gewohnte Denkmuster über Bord werfen!

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rügegrundsatz
 1. Einführung
 2. Im Einzelnen
- III. Autonome Auslegung
 1. Zivilrechtliche Ansprüche
 2. Strafrechtliche Anklage
 - a) Allgemein
 - b) Beispiele
- IV. Tücken der Beschwerde an den EGMR
 1. Prozesskostenhilfe
 2. Pflicht zur Übersetzung/Übersetzungskosten
 3. Vorgehen bei mittellosen Klienten
- V. Verhältnis Konvention und Bundesverfassung
- VI. «dissenting opinions»/«opinion en partie dissidente»
- VII. Schlussbemerkungen und Kritik

I. Einleitung

Anwälte,¹ die regelmässig am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) prozessieren, gibt es wohl nur ganz wenige. Der vorliegende Aufsatz richtet sich deshalb an Praktiker, die sich rasch über Form und Inhalt der Beschwerde orientieren wollen. Der Autor legt dabei keinen Wert auf Vollständigkeit, sondern es soll der Versuch unternommen werden, auf Punkte hinzuweisen, die immer wieder übersehen werden oder gar nicht erst bekannt sind. Wer zum ersten Mal eine Beschwerde an den EGMR verfasst, wird selbstverständlich auf die Konvention und die einschlägige Literatur zurückgreifen müssen.²

¹ Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird im Text die männliche Form verwendet.

² Empfohlene Grundlagenliteratur für die Anwaltskanzlei: GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2009; FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009; VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), Unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich 1999; GOLSONG/KARL/WILDHABER (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblatt Ergänzungswerk, Köln usw. seit 1986.

II. Rügegrundsatz

1. Einführung

Der Rügegrundsatz stellt eine *zentrale Anforderung* an eine formell und inhaltlich aussichtsreiche Beschwerde dar.

Der Rügegrundsatz besagt, dass bereits im Rahmen des *ersten innerstaatlichen Rechtsmittels* die im konkreten Fall wesentlichen EMRK-Rügen erhoben werden müssen. Sinnvoll ist sodann, schon anlässlich der Mandatsübernahme die Frage nach einer allfälligen EMRK-Verletzung zu stellen und zu prüfen, und bereits der ersten mit dem Fall befassten staatlichen Instanz allfällige EMRK-Rügen zur Kenntnis zu bringen. Angesichts der reichen Rechtsprechung des EGMR zu den einzelnen Rechten und Freiheiten (Art. 2–18 EMRK; in den letzten Jahren insbesondere Art. 8 EMRK) empfiehlt sich ein solches Vorgehen *ausnahmslos*.³

Dem ist auch deshalb so, weil der EGMR hinsichtlich Inhalt und Tragweite der EMRK-Normen von einer *autonomen völkerrechtlichen Auslegung* ausgeht.⁴ Für die Anwaltschaft bedeutet dies, dass sie sich mit einem *grundsätzlich von innerstaatlichen Denkgewohnheiten abweichenden Normensystem* befassen muss. Anschauliches Beispiel dafür ist etwa die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens). Nach der Praxis des EGMR fällt unter den Begriff des «Privatlebens» auch die gesamte privatwirtschaftliche Tätigkeit von Menschen, mithin jede private Geschäfts- und Gewerbetätigkeit. In diesem Zusammenhang kann man sich fragen, ob die Ladenschlussgesetze der Kantone unter dem Blickwinkel der EMRK zulässig sind. Als zulässiger staatlicher Eingriff im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK kommt eigentlich nur der «Schutz der Gesundheit» in Betracht, ansonsten muss wohl von einer unzulässigen gewerbepolitischen Massnahme gesprochen werden. Gewerbetreibende könnten deshalb den Geschäftsbetrieb behindernde Verbote missachten mit der Absicht, ein Strafverfahren auszulösen. Dort könnte dann vorgebracht werden, das Verbot sei wegen Verletzung von Art. 8 EMRK unwirksam, weshalb ein Freispruch ergehen müsse. Im Einzelfall wäre immerhin der Vorbehalt des Ge-

³ LUDWIG MINELLI pflegte zu sagen: «Es empfiehlt sich dabei, vor dieser Prüfung den Schalter von enger Juristerei auf maximale Phantasie umzustellen».

⁴ VILLIGER (Fn. 2), N 162.

sundheitsschutzes vorher sorgfältig abzuklären. Ein anderes Beispiel ist die vorgesehene Befragung weiter Bevölkerungskreise durch das Bundesamt für Statistik («Volkszählung im Einjahresrhythmus als Registererhebung mit ergänzenden Stichprobenerhebungen» ab dem Jahr 2010): Bekanntlich soll ein Fragebogen verschickt werden, der die Empfänger dazu verpflichtet, sämtliche Fragen «wahrheitsgemäss, fristgerecht und unentgeltlich» zu beantworten, obwohl unter anderem detaillierte Fragen zur Arbeitsmarktsituation, Einkommen, Aus- und Weiterbildung, Haushaltsstruktur und Haushaltsarbeit sowie zur Gesundheit beantwortet werden müssen. Die Verletzung der Auskunftspflicht wird mit einer «Aufwandgebühr» bis maximal CHF 1000.– geahndet. Ob einzelne Fragen oder gar ganze Fragenkomplexe bzw. die Verpflichtung, diese unter Androhung erheblicher finanzieller Nachteile zu beantworten, vor Art. 8 EMRK standhalten, wird sich zeigen müssen. Ähnliches gilt für die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), die erstmals einem Obligatorium untersteht. Auch hier müssen Fragen beantwortet werden, die tief in das Privat- und Familienleben eingreifen. Wer seiner Auskunftspflicht auf Mahnung hin nicht nachkommt, wird gebüsst (Art. 22 BSG). Allgemein lässt sich somit sagen: Hinsichtlich geplanter oder bestehender Verbote und Gebote, an die Sanktionen mit Strafcharakter geknüpft werden, kommt Art. 8 EMRK die Funktion eines eigentlichen *Auffangtatbestandes* zu. Immer ist somit im Strafverfahren, aber auch im Verwaltungsverfahren, zu prüfen, ob Verbote und Gebote unter dem Blickwinkel von Art. 8 EMRK überhaupt Bestand haben können.⁵

2. Im Einzelnen

Der Grundsatz, wonach EMRK-Verletzungen innerstaatlich zu rügen sind, gehört systematisch zur Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges (vgl. zu den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen Art. 35 EMRK).

Nach heutiger Auffassung müssen Anwälte damit rechnen, dass eine Beschwerde zufolge Nichtausschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges zurück gewiesen wird, wenn nicht spätestens im Rahmen des ersten Rechtsmittels EMRK-Verletzungen gerügt werden. Die als verletzt gerügten EMRK-Bestimmungen sind dabei zu *nennen* und es ist kurz zu *begründen*, weshalb sie als verletzt erscheinen. Implizite oder sinngemässe Rügen werden aufgrund der enormen Geschäftslast am EGMR (Russland!) kaum mehr berücksichtigt, insbesondere dann nicht, wenn der Beschwerdeführer anwaltlich vertreten ist. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht oder der EGMR eine Verletzung der EMRK von sich aus prüfen. Dies beispielsweise dann, wenn Normen des innerstaatlichen Rechts angerufen worden sind, die mit solchen der EMRK im Kern übereinstimmen. Darauf verlassen dürfen sich Rechtsvertreter allerdings nicht.

⁵ MINELLI, *Auffangnorm, Mensch und Recht* Nr. 112 (Juni 2009).

III. Autonome Auslegung

Ein wichtiger Anwendungsfall der bereits erwähnten autonomen Auslegung begegnet uns in Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren, «fair trial»). Die Rechtsbegriffe «zivilrechtliche Ansprüche» bzw. «strafrechtliche Anklage» sind *nicht* so zu verstehen, wie dies in der Schweiz üblich ist.⁶ Vielmehr ist jeweils zu prüfen, was der EGMR darunter versteht. Allgemein lässt sich sagen, dass der EGMR bei der Auslegung dieser Rechtsbegriffe *deutlich über das innerstaatliche Rechtsverständnis hinausgeht*, ohne dass eine abstrakte Definition existiert.

1. Zivilrechtliche Ansprüche

Schadenersatzforderungen gegenüber dem Gemeinwesen (z.B. ungerechtfertigter Haftbefehl, Verletzungen während der Untersuchungs- und Polizeihaft), nicht aber Genugtuungsforderungen zufolge unrechtmässiger Untersuchungshaft, die auf Art. 5 Abs. 5 EMRK zu stützen sind, fallen darunter. Ehrverletzungsklagen werden unter die «zivilrechtlichen Ansprüche» subsumiert, weil sie den Anspruch einer Person auf einen guten Ruf betreffen.⁷ Das entspricht der innerstaatlichen Rechtsverfolgung von Ehrverletzungsdelikten, die in einem dem Zivilrecht angenäherten (Straf)verfahren zu erfolgen hat.

Besondere Beachtung verdient der Fall *Youssef Nada*.⁸ Der Beschwerdeführer wandte sich gegen die Aufnahme in eine Liste gemäss der Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban (TalibanV).⁹ Das Bundesgericht stellte fest, die TalibanV greife unmittelbar in vermögenswerte Rechte des Beschwerdeführers und in seine Erwerbstätigkeit ein. Insgesamt würden diese Sanktionen einschneidende wirtschaftliche Einschränkungen für die Betroffenen enthalten. Sodann verletze das *Delisting*-Verfahren des Sanktionsausschusses des UNO-Sicherheitsrats sowohl die Anforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz gemäss Art. 29a BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II sowie auch an eine wirksame Beschwerde i.S. von Art. 13 EMRK und Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt I. Dennoch drang Youssef Nada mit seiner Beschwerde nicht durch. Die Schweiz sei an die Sanktionsbeschlüsse des UNO-Sicherheitsrats gebunden, sofern diese nicht gegen zwingendes Völkerrecht (*ius cogens*) verstossen würden. Ein Verstoss gegen zwingendes Völkerrecht liege nicht vor. Der Schweiz sei es deshalb verwehrt, den Beschwerdeführer selbständig aus Anhang 2 der TalibanV zu streichen. In Ausnahmefällen hilft somit auch ein offensichtlicher Verstoss gegen EMRK-Normen einem Beschwerde-

⁶ VILLIGER (Fn. 2), N 376 und 393.

⁷ VILLIGER (Fn. 2), N 386^{bis}.

⁸ BGE 133 II 450, 461 ff.

⁹ SR 946.203.

fürer nicht weiter. Immerhin hat das Bundesgericht aufgrund der besonderen Umstände des Falles darauf verzichtet, Youssef Nada die Verfahrenskosten aufzuerlegen.

2. Strafrechtliche Anklage

a) Allgemein

Eine formelle Anklage ist für die Subsumtion unter diesen Rechtsbegriff nicht unbedingt erforderlich. Führt die Polizei beispielsweise Ermittlungen durch und bleiben diese nicht strikte amtsintern, so ist der Betroffene bei Bekanntwerden solcher Vorgänge berechtigt dagegen vorzugehen, weil eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt.¹⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung muss das auch gelten, wenn die Polizei ein Vorverfahren durchführt oder jemand Zielperson einer verdeckten Ermittlung ist. Solche Ermittlungen bleiben zwar ihrem Zweck entsprechend zunächst geheim. Ist dies indessen nicht der Fall («Lecks») oder werden solche Ermittlungen später in das Strafverfahren eingeführt, so muss gegen sie grundsätzlich eine Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK möglich sein, ohne dass bereits eine formelle Anklage vorliegt. Denn gerade solche Ermittlungen sind geeignet, einen Angeschuldigten in demselben Masse erheblich zu beeinträchtigen wie offizielle Mitteilungen oder die bekannten, typischen EMRK-Verletzungen im Rahmen eines Strafverfahrens. Angesichts der erheblichen Rechtsverletzungen, die derartige Ermittlungen für den davon Betroffenen bedeuten können, sollte die Beschwerde gegen solche Untersuchungshandlungen zugelassen und rasch behandelt werden.

Ob im Übrigen eine «strafrechtliche Anklage» vorliegt oder nicht, entscheidet der EGMR nach drei Kriterien:

- Gehört die Zuwiderhandlung gemäss innerstaatlichem Recht dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsbereich an?
- Welche ist die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung und was sind ihre Folgen?
- Wie schwer ist die ausgesprochene oder drohende Sanktion?

Die Kriterien sind *in dieser Reihenfolge* zu prüfen. Sobald ein Zuordnungskriterium auf das Strafrecht verweist, fallen die folgenden Kriterien ausser Ansatz.¹¹

b) Beispiele

Steuerstrafrechtsverfahren können, müssen aber nicht unter Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen.¹² Das Übertretungs- und Ordnungswidrigkeitenstrafrecht des Bundes, der Kantone und der Gemeinden fällt in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹³ Immer wieder zu Beschwerden Anlass gegeben haben *Disziplinarsanktionen*. Als Grundsatz gilt bis heute,

dass disziplinarische Massnahmen (zum Beispiel Ordnungsbussen in Gerichtsverfahren, Disziplinarstrafmassnahmen gegen Gefangene) grundsätzlich *nicht* in den Schutzbereich der EMRK fallen.¹⁴ Indessen gibt es selbst im Bereich der Disziplinarbussen Ausnahmen:¹⁵ So wurde die Schweiz wegen Verletzung von Art. 6 EMRK verurteilt, weil sie einem Journalisten, der wegen Verletzung des Untersuchungsgeheimnisses gebüsst worden war, eine mündliche Verhandlung verweigert hatte. Grund für die ausnahmsweise Anwendung von Art. 6 EMRK war der Umstand, dass sich die Geheimhaltungspflicht nach Auffassung des Gerichtshofes nicht nur an eine bestimmte Personengruppe, sondern potentiell an die gesamte Bevölkerung richte.¹⁶ Vor diesem Hintergrund wird man sich im Zusammenhang mit in einigen Kantonen bestehenden Schulgesetzen, wonach zulasten nicht kooperationswilliger Eltern Bussen ausgesprochen werden können, fragen dürfen, ob solche Sanktionen trotz ihres (wohl wenig sinnvollen) Disziplinierungscharakters nicht dennoch ein Verfahren erfordern, welches die Garantien von Art. 6 EMRK einhält. Denn grundsätzlich richten sich Teilnahmeverpflichtungen an Eltern von Schülern und damit potentiell an die gesamte Bevölkerung, und nicht nur an die betroffenen Eltern. Für Anwälte mag sodann von Interesse sein, dass sie bei disziplinarischen Sanktionen wegen Verletzung von Berufspflichten nicht die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK anrufen können, es sei denn, die Aufsichtsbehörde verfüge die Einstellung in der Berufsausübung oder gar den Entzug der Bewilligung.¹⁷ Ausnahmen sind somit hauptsächlich unter Berufung auf das dritte Kriterium (Schwere der Sanktion) denkbar. Schliesslich hat das Bundesgericht mehrfach entschieden, dass Führerausweisentzüge eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellen.¹⁸

Die dargestellte Praxis zeigt, dass es sich für Anwälte (und vor allem für ihre Klienten) lohnen kann, grundsätzlich bei jeder Mandatsübernahme im Sinne eines «brain storming» die Frage einer allfälligen EMRK-Verletzung sorgfältig zu prüfen.

IV. Tücken der Beschwerde an den EGMR

Hürden und Hindernisse formeller und materieller Natur gibt es im Rahmen einer Beschwerde an den EGMR einige. Das zeigen schon die Ausführungen unter Ziff. III. hievoro. Es würde indessen den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, weiteren Punkten vertieft nachzugehen (z.B. Praxis des

¹⁰ VILLIGER (Fn. 2), N 393.

¹¹ VILLIGER (Fn. 2), N 394 ff.

¹² VILLIGER (Fn. 2), N 399.

¹³ VILLIGER (Fn. 2), N 398.

¹⁴ VILLIGER (Fn. 2), N 400.

¹⁵ Zu eng deshalb ius.focus 1/2009, 25.

¹⁶ EGMR v. 22.5.1990, *Weber v. Switzerland.*,

¹⁷ BGer, Urteil v. 7.7.2004, 2A.98/2004, E. 3.3.

¹⁸ BGer, Urteil v. 30.4.2007, 6A.113/2006, E. 6.2.3.

EGMR zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozess).¹⁹

Herausgegriffen seien zwei Aspekte verfahrenstechnischer Natur, die nach der Erfahrung des Schreibenden noch (zu) wenig bekannt, für die Anwaltschaft aber von erheblichem Interesse sind.

1. Prozesskostenhilfe²⁰

Die gute Nachricht zuerst: Das Verfahren am EGMR ist immer *kostenlos*. Die Verfahrensordnung des Gerichtshofes (nachfolgend VO GH, SR 0.101.2) sieht sodann vor, dass einem Beschwerdeführer die sog. «Prozesskostenhilfe» gewährt werden kann (Art. 91 ff. VO GH). Voraussetzung dafür ist gemäss Art. 92 VO GH, dass die Hilfe für die ordnungsgemässe Prüfung der Beschwerde notwendig und dass der Beschwerdeführer mittellos ist. Diese Voraussetzungen decken sich mit den innerstaatlichen Anforderungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Gestützt auf die Bundesgerichtspraxis sind Schweizer Anwälte gewohnt, dass sie neben dem Ersatz der Unkosten Anspruch auf einen angemessenen Verdienst haben.²¹ Von diesen – vergleichsweise idyllischen – Verhältnissen ist die Strassburger Entschädigungspraxis weit entfernt. Aufgrund der aktuellen Praxis beträgt die pauschale Entschädigung *einschliesslich Barauslagen* für alle Verfahren unabhängig von Aufwand und Dauer EUR 850.–. Eine solche Entschädigung deckt praktisch in keinem Fall die Praxisunkosten auch nur annähernd. Verliert der Anwalt des mittellosen Beschwerdeführers in Strassburg, verdient er nicht nur nichts, sondern er kommt regelmässig zu Verlust. Warum ist das so? Der EGMR leidet – offenbar im Gegensatz zum Europarat, der für Übersetzungen alljährlich ein kleines Vermögen ausgibt – an akutem Geldmangel. Die Gründe für das knappe Budget sind nebst den hohen Fallzahlen indessen auch politischer Natur. Folge davon ist, dass der EGMR nicht in der Lage ist, für die von ihm – aufgrund eines aufwändigen Erklärungsformulars (Art. 93 Abs. 1 VO GH) – bewilligte Prozesskostenhilfe die unentgeltlichen Rechtsvertreter nach denjenigen Grundsätzen zu entschädigen, die er selber sinngemäss den Konventionsstaaten (zu Recht) vorschreibt. Die Vorgaben an die Vertragsstaaten stützen sich auf Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK und meines Erachtens auch auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK («fair trial»). Nur wenn der Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand beinhaltet, dass dieser auch angemessen entschädigt wird, hat der Beschuldigte einen fairen Prozess. Das ist in der Schweiz weitgehend gewährleistet. Findet indessen ein mittelloser Klient für die Beschwerde an den EGMR keinen Anwalt, der bereit ist kos-

tenlos für ihn zu arbeiten, bekommt er in dieser Hinsicht in Strassburg aktuell keinen fairen Prozess.

Eine detaillierte Aufstellung über die Aufwendungen für die Beschwerde ändert an der Anwaltsentschädigung im Falle einer Niederlage nichts. Art. 95 VO GH (individuelle Festsetzung der Entschädigung) ist aus den genannten Gründen toter Buchstabe geblieben. Für den Fall des Obsiegens ist die Kostenaufstellung indessen der Beschwerde dennoch beizulegen. Der Gerichtshof pflegt nämlich die Schweiz in aller Regel zu einer angemessenen Prozessentschädigung zu verurteilen.

Schliesslich erscheint ein Hinweis auf erhebliche Kostenrisiken des Anwalts bereits im Rahmen einer Beschwerde an das Bundesgericht angebracht. So hat das Bundesgericht entschieden, in Fällen *notwendiger Verteidigung* verbiete es sich, die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes von den Prozessaussichten abhängig zu machen.²² Zwar betreffen die Ausführungen des Bundesgerichts das kantonale Verfahren. Indessen führt das Bundesgericht mit überzeugender Begründung und *unter Hinweis auf die EMRK und den UNO-Pakt II* aus, dass die professionelle Verteidigung *bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens* gewährleistet sein müsse. Damit sagt es eigentlich nichts anderes, als dass die unentgeltliche Rechtsverteidigung gemäss Art. 64 Abs. 2 BGG und Art. 29 Abs. 3 BV in Fällen *notwendiger Verteidigung immer* – und damit *unabhängig* von den Prozessaussichten – gewährt werden muss. Denn auch Bundesgesetze und die Verfassung sind EMRK-konform auszulegen.²³ Alle Staatsorgane haben deshalb darauf zu achten, dass das Völkerrecht in Rechtssetzung und Rechtsanwendung respektiert wird.²⁴ Mithin lässt sich sagen, dass auch Bundesgesetze und Verfassung auf ihre Vereinbarkeit mit der EMRK und weiteren völkerrechtlichen Erlassen, die in der Schweiz direkt anwendbar sind («self executing»), vom Bundesgericht überprüft werden müssen. Wie die Prüfung hinsichtlich Rechtsverteidigung bei *notwendiger Verteidigung* im Rahmen von Art. 64 Abs. 2 BGG ausfallen müsste, hat das Bundesgericht in zitierten Entscheid vorgezeichnet.

Wie aber sieht die Praxis aus? Das Bundesgericht handelt «Aussichtslosigkeit» im Sinne von Art. 64 Abs. 2 BGG grundsätzlich *streng*.²⁵ Gemäss THOMMEN, ehemaliger Gerichtsschreiber an der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, gilt sodann – unabhängig von der Frage der *notwendigen Verteidigung* – im Sinne einer Faustregel, dass der Verweis auf Aussichtslosigkeit umso zurückhaltender erfolgen sollte, je grösser die Betroffenheit im Sinne der Strass-

¹⁹ EGMR v. 29.5.2006 und 22.4.2008, *Portmann v. Switzerland* = FP 2009, 130 ff.

²⁰ Vgl. dazu SCHAEERZ, Müssen Anwälte in Strassburg das Kostenrisiko selbst tragen?, *plädoyer* 5/2008, 25.

²¹ BGE 132 I 201, 213 ff.

²² BGE 129 I 281, 287 f.

²³ Art. 5 Abs. 4 BV.

²⁴ HANGARTNER, in: EHRENZELLER et al. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 5 N 44.

²⁵ THOMMEN, Kosten und Entschädigungen in strafrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, FP 2009, 51 ff., 54 f.

burger Rechtsprechung sei.²⁶ Selbst daran scheint sich das Bundesgericht indessen nicht immer zu halten: Aus einem Urteil aus dem Jahre 2008 ist ersichtlich, dass trotz einer Freiheitsstrafe von nicht weniger als sechs Jahren und trotz ausführlicher Erwägungen im Urteil des Bundesgerichts die Gesuche um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wegen Aussichtslosigkeit *ohne nähere Begründung* abgewiesen wurden.²⁷ Angesichts der Voraussetzungen für das Vorliegen notwendiger Verteidigung dürfte es sich dabei um einen krassen Fall handeln.²⁸ Einen Schritt in die richtige Richtung scheint das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2009 zu vollziehen. Die zentralen Erwägungen sind indessen betont zurückhaltend und unverbindlich gehalten.²⁹ Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichts selber und entgegen derjenigen des EGMR³⁰ besteht somit in Fällen notwendiger Verteidigung für den Anwalt des Beschwerdeführers ein erhebliches Kostenrisiko.³¹ Anwälten, die mittellose Klienten verteidigen, ist deshalb zu empfehlen, bereits im Rahmen des Gesuches um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Verbeiständung an das Bundesgericht auf die hier vertretene Auffassung hinzuweisen. In Fällen notwendiger Verteidigung sollte der Aufwand einer Beschwerde an den EGMR nicht gescheut werden, wenn das Bundesgericht das Gesuch unter Hinweis auf Aussichtslosigkeit abweist. Dabei ist zu beachten, dass das Bundesgericht über Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und einen unentgeltlichen Rechtsbeistand immer erst *zusammen* mit dem Endentscheid befindet und damit in Kauf nimmt, dass dieser Entscheid vom negativen Ausgang des Beschwerdeverfahrens beeinflusst wird.³² Wer sich zuvor für seinen Klienten nachhaltig eingesetzt hat, wird es deshalb allenfalls schwer haben, nunmehr am Gerichtshof geltend zu machen, der Beschuldigte habe kein faires Verfahren gehabt. Einen Ausweg bietet immerhin die direkte Berufung auf Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK, indem gerügt wird, der *formelle Akt* der Bestellung habe im Widerspruch zu dieser Bestimmung nicht stattgefunden. Diese Beschwerde wäre *im Namen des Beschuldigten* zu erheben. Daneben wäre wohl *in eigenem Namen* ein Verstoß gegen Art. 4 EMRK (Zwangsarbeit) geltend zu machen, für den Fall, dass man mit der Beschwerde gestützt auf Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK nicht durchdringt.

2. Pflicht zur Übersetzung/Übersetzungskosten

Die Beschwerde selber kann in einer der *Amtssprachen der Vertragsparteien* verfasst werden. Anwälte in der Deutschschweiz wissen, dass sie die Beschwerde in deutscher Sprache

verfassen können. Weitgehend unbekannt ist hingegen, dass nach der Beschwerde die Kommunikation einschliesslich weiterer Schriftsätze in einer der Sprachen des Gerichtshofes erfolgen muss (Art. 34 Abs. 3a VO GH). Die Sprachen des Gerichtshofes sind bekanntlich Französisch und Englisch. Unter welchen Umständen der Gerichtshof von den Parteien ergänzende Stellungnahmen einholt, zeigt der Fall *Portmann v. Switzerland* anschaulich.³³ Eintretensfragen, die der EGMR den Parteien zur Stellungnahme unterbreitet, dürften nicht allzu selten sein. Sie führen regelmässig zur Übersetzungspflicht. Folge für den Anwalt mit Muttersprache Deutsch: Er sieht sich veranlasst, eine solche Stellungnahme übersetzen zu lassen. Die Kosten für die – juristisch einwandfreie – Übersetzung sind nicht zu unterschätzen. Sie betragen schnell einmal tausend Franken und (deutlich) mehr. *Übersetzungskosten* zählen nun aber zu den Barauslagen und werden deshalb vom EGMR ebenfalls mit der Pauschale von EUR 850.– abgegolten. In solchen Fällen kann es deshalb vorkommen, dass der Rechtsvertreter mit der Pauschalentschädigung bereits bei der Deckung der Übersetzungskosten zu Schaden kommt, von einer auch nur ansatzweisen Deckung der Praxisunkosten (oder gar einem Verdienst) ganz zu schweigen. In solchen Fällen ist deshalb dringend zu empfehlen, dem Gerichtshof gestützt auf Art. 34 Abs. 3a in Verbindung mit Art. 31 VO GH zu beantragen, eine ergänzende Stellungnahme in der Landessprache verfassen zu können.

3. Vorgehen bei mittellosen Klienten

Um es vorwegzunehmen: In den meisten Fällen der mittellosen Klientenschaft wird der Anwalt angesichts des nicht unbeträchtlichen Aufwandes in einem nicht alltäglichen Rechtsgebiet auf eine Beschwerde an den Gerichtshof aus finanziellen Überlegungen schlicht und einfach verzichten (müssen). Will er dies partout nicht, ist zu empfehlen – allenfalls zusammen mit dem Klienten – *frühzeitig* externe Geldquellen zu erschliessen. Eine Mischung aus Phantasie und nicht allzu grosser (falscher) Bescheidenheit kann sich als fruchtbar erweisen, vor allem dann, wenn dem Fall generell oder in einem Teilbereich allgemeine Bedeutung zukommt. Letzteres dürfte bei einer Beschwerde an den EGMR immerhin öfter vorkommen als in der alltäglichen innerstaatlichen Arbeit. Kurz: Vor einem eigentlichen «*fund raising*» sollten Anwalt und Klient nicht zurück schrecken.³⁴ Dem Verfasser ist weiter bekannt, dass der SAV sich der Problematik angenommen und den Missstand – Art. 6 EMRK wird nolens volens durch den Gerichtshof selber verletzt – auf die Traktandenliste gesetzt hat. Die SAV-Fachkommission Menschenrechte wie auch der Europäische Anwaltsverband (CCBE) befassen sich mit der wohl nicht leicht zu

²⁶ THOMMEN (Fn. 25), 56.

²⁷ BGer, Urteil v. 17.6.2008, 6B_289/2008 und 6B_290/2008, E. 11.

²⁸ BGE 120 Ia 43, 45 ff. und BGE 130 I 350.

²⁹ BGer, Urteil v. 31.7.2009, 6B_204/2009, E. 6.

³⁰ GRAF, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren, Zürich 2000, N 310.

³¹ THOMMEN (Fn. 25), 54.

³² THOMMEN (Fn. 25), 55.

³³ EGMR, *Portmann v. Switzerland* (Fn. 19).

³⁴ Man könnte beispielsweise den Verein der demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) bzw. dessen kantonale Sektionen oder die Stiftung SOS Beobachter angehen.

entschärfenden Problematik. Konkrete Ergebnisse liegen zurzeit noch nicht vor.

V. Verhältnis Konvention und Bundesverfassung

Hier ist in aller Kürze darauf hinzuweisen, dass sich das Verhältnis zwischen der EMRK und der BV seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1.1.2000 sukzessive geändert hat. Reichte früher der Schutzbereich der Rechte und Freiheiten der Konvention regelmässig weiter als die Bundesverfassung, so ist heute teilweise sogar das Gegenteil der Fall. Zahlreiche in der Konvention und der Bundesverfassung verbrieft Rechte sind sodann deckungsgleich.

Das entbindet den Anwalt allerdings nicht davon, den Rügegrundsatz sorgfältig zu beachten, wenn er sich im innerstaatlichen Verfahren den Gang nach Strassburg nicht zum vornherein verbauen will.

VI. «dissenting opinions»/«opinion en partie dissidente»

Ein wichtiges, aber zu wenig bekanntes Arbeitsinstrument sind die «dissenting opinions» bzw. «opinion en partie dissidente»

Anders als in der Schweiz sind abweichende Meinungen eines (oder mehrerer) Richter aus der Internetpublikation der Entscheide des EGMR ersichtlich.³⁵ Die abweichenden Meinungen – gelegentlich noch unterteilt in gänzlich und teilweise abweichende Meinungen – befinden sich am Schluss der Entscheide (nach dem Dispositiv).³⁶ Es ist deshalb durchaus denkbar, dass in früheren umstrittenen Fällen, die zuungunsten eines Beschwerdeführers entschieden wurden, Argumente für einen *aktuellen* Fall zu finden sind. So wird beispielsweise das derzeit – auch innerstaatlich – umstrittene Feld der Verwertbarkeit unrechtmässig erlangter Beweismittel den EGMR wohl auch in Zukunft beschäftigen. Es wird dann Aufgabe eines Rechtsvertreters sein abzuklären, ob die aktuelle Praxis des EGMR, wonach dieser die Frage der Unverwertbarkeit innerstaatlicher Beweismittel nicht prüft, wenn nur das gesamte Verfahren wenigstens als fair erscheint, nicht schon einmal Gegenstand einer (begehrten) abweichenden Meinung war. In diesem Zusammenhang ist immerhin interessant, dass für den wissenschaftlichen Mitarbeiter am EGMR im Fall *Portmann v.*

³⁵ <http://www.echr.coe.int/echr> (26.1.2010).

³⁶ Als Beispiel seien die dissenting opinions einzelner Richter in EGMR v. 30.6.2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Switzerland* genannt. Einfach zu finden unter <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en> (26.1.2010), wenn man über das Entscheiddatum sucht.

Switzerland ein «leicht schaler Nachgeschmack» zurückbleibt – wiewohl die Entscheidung *einstimmig* erging.³⁷

VII. Schlussbemerkungen und Kritik

In der Präambel der EMRK ist die Rede davon, es sei Ziel des Europarates, eine grössere Einigkeit unter seinen Mitgliedern herbeizuführen und eines der Mittel zur Erreichung dieses Zieles bestehe in der Wahrung und in der *Entwicklung* der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Man bezeichnet die EMRK deshalb auch als «*dynamisch*». Der Gerichtshof fühlt sich deshalb nicht immer an frühere Entscheidungen gebunden, wenn er den Eindruck gewinnt, ein Menschenrecht oder eine Grundfreiheit sei nach und nach zu erweitern. «Strassburg locuta – causa finita» gilt deshalb grundsätzlich nur immer für den individuell beurteilten Fall.

Dieses Entwicklungsziel ist heute angesichts der chronischen Überlastung des Gerichtshofes mit Entscheidungsdauern von vier und mehr Jahren in Gefahr. Nicht weniger bedenklich ist die aktuelle Praxis der Prozesskostenhilfe. Gerade im Strafrecht ist die Mittellosigkeit der rechtsuchenden Menschen eher die Regel als die Ausnahme. Gerade im Strafrecht stehen oft sehr gewichtige Einschränkungen der persönlichen Freiheit auf dem Spiel. Im mehrfach zitierten Entscheid *Portmann v. Switzerland* ging es um nicht weniger als 10 Jahre Freiheitsentzug, der (altrechtlich) zugunsten einer Verwahrung aufgeschoben wurde. Zu hoffen und zu fordern ist, dass Recht und Politik Mittel und Wege finden, um den faktischen Verstoß gegen Art. 6 EMRK, der nirgends gerügt werden kann, zu beseitigen oder wenigstens nachhaltig zu lindern. Anwälte, die es in Kauf nehmen, mit anspruchsvoller Arbeit Verluste von mehreren Tausend Franken zu erleiden, dürften eher die Ausnahme bleiben. Der EGMR leistet mit seiner Entschädigungspraxis hinsichtlich der Möglichkeit in Strassburg *wirksam* Beschwerde zu führen ungewollt einer Zweiklassengesellschaft Vorschub. Das Bundesgericht ist *ohne Not* auf einem ähnlichen Weg.³⁸ Aus Sicht des Verfassers sollte es sich deshalb dazu durchringen, im Sinne einer EMRK-konformen Auslegung von Bundesgesetz und Verfassung bei notwendiger Verteidigung auf die Prüfung der Prozessaussichten zu verzichten.

Stichwörter: EMRK, Beschwerde an den EGMR, Rügegrundsatz, Prozesskostenhilfe

Mots-clés: CEDH, requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, principe d'allégation, assistance judiciaire

³⁷ RIETIKER, Anmerkung zu EGMR *Portmann v. Switzerland* (Fn. 19), 135.

³⁸ THOMMEN (Fn. 25), 55 f.

■ **Zusammenfassung:** Der Beitrag bietet einen Überblick über einige relevante Punkte und Stolpersteine der Beschwerde an den EGMR. Dazu gehört der Rügegrundsatz, der bereits beim ersten innerstaatlichen Rechtsmittel beachtet werden muss. Der Autor beleuchtet die finanziellen Aspekte einer EGMR-Beschwerde, kritisiert die Praxis des Gerichtshofes zur Prozesskostenhilfe und skizziert mögliche Lösungswege.

Résumé: La contribution donne un aperçu de quelques points importants et pierres d'achoppement de la requête devant la Cour européenne des droits de l'homme. Parmi ceux-ci figure le principe d'allégation, qui doit être observé déjà dans le cadre du premier recours déposé au plan national. L'auteur éclaire les aspects financiers de la requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, critique la pratique de cette dernière en matière d'assistance judiciaire et ébauche de possibles solutions.